JOANA GALVÃO TELES

A RENÚNCIA A DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS NA ARBITRAGEM: O CASO PARTICULAR DO DIREITO A REQUERER A ANULAÇÃO DA SENTENÇA ARBITRAL NA ARBITRAGEM INTERNACIONAL

Tese especialmente elaborada para obtenção do grau de Doutora em Direito, especialidade em Direito Processual

Orientadora:
Professora Doutora Mariana França Gouveia, NOVA School of Law

Junho, 2024

JOANA GALVÃO TELES

A RENÚNCIA A DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS NA ARBITRAGEM: O CASO PARTICULAR DO DIREITO A REQUERER A ANULAÇÃO DA SENTENÇA ARBITRAL NA ARBITRAGEM INTERNACIONAL

Tese especialmente elaborada para obtenção do grau de Doutora em Direito, especialidade em Direito Processual

Orientadora:
Professora Doutora Mariana França Gouveia, NOVA School of Law

Junho, 2024

Declaração antiplágio

Nos termos do disposto no artigo 15.º do Regulamento n.º 756/2019 (Regulamento do Terceiro Ciclo de Estudos Conducente ao Grau de Doutor/a em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa), declaro que o texto apresentado é da minha exclusiva autoria e que toda a utilização de contribuições ou textos alheios está devidamente referenciada.

Lisboa, 27 de junho de 2024

Joana Galvão Teles

A Deus,
Aos meus pais,
Aos meus filhos, Sebastião, Helena e Clara.

"[…] tende a coragem de substituir os medos pelos sonhos: substituí os medos pelos sonhos, não sejais *administradores de medos,* mas empreendedores de sonhos!" Discurso do Papa Francisco na Universidade Católica Portuguesa na JMJ 2023

Agradecimentos

A vida tem tanto de belo, quanto de difícil. Muito depende da perspetiva que escolhemos abraçar. Este caminho do doutoramento foi, para além de tudo, belo. E, por isso, tenho muito a agradecer.

A minha primeira palavra de agradecimento dirige-se à minha orientadora, Professora Doutora Mariana França Gouveia, pela sua presença, disponibilidade, orientação, incentivo e amizade constantes ao longo deste percurso.

Agradeço à comunidade académica da NOVA School of Law, a todos os professores e colaboradores, pelo amplo e diverso leque de conhecimentos, discussões e perspetivas relevantes, oportunidades e apoio disponibilizados. Agradeço aos meus colegas de doutoramento, em especial à Ana Coimbra Trigo, com quem tive o gosto e a sorte de partilhar este caminho de doutoramento.

Agradeço a todos os académicos, professores e colaboradores de outras instituições, que permitiram e apoiaram a minha visita, por breves períodos temporais, na fase de pesquisa e investigação para a tese, ao Departamento de Estudos Jurídicos da Universidade Bocconi, em Milão, ao Instituto *Max Planck Luxembourg* para Direito Processual Internacional, Europeu e Regulatório, no Luxemburgo, e ao Instituto de Estudos Jurídicos Avançados (*Institute of Advanced Legal Studies*, *IALS*), em Londres, bem como a todos os académicos ou profissionais da prática da arbitragem, que, por diferentes formas, e mesmo à distância, incluindo além-mar, no Brasil, me ofereceram tempo, atenção e dedicação para trocar ideias sobre o tema e/ou disponibilizar bibliografia. Devo agradecer, em especial, ao Professor Doutor Juan Fernández-Armesto, pelos conselhos e orientação, sempre encorajadores, à Professora Doutora Catherine Rogers, por me ter recebido tão bem na Universidade Bocconi, ao Professor Doutor Franco Ferrari, pela discussão e comentários ao tema e ao projeto, à Professora Doutora Paula Costa e Silva, pelas sugestões, orientações e disponibilização de elementos, à Presidente e Juíza da Câmara Comercial Internacional do Tribunal de Apelação (*Cour d'Appel)* de Paris, a Dra. Fabienne Schaller, pela disponibilidade e elementos relevantes, ao Professor Doutor Jan Kleinheisterkamp, pela troca de ideias sobre o sistema jurídico inglês e incentivo muito úteis e, ainda, à Dra. Isabel Cantidiano e ao Professor Doutor Ricardo de Carvalho Aprigliano, pelos elementos amavelmente disponibilizados.

Uma palavra muito especial de agradecimento à Morais Leitão, a todos os colegas e amigos, que permitiram e contribuíram, generosamente, para que pudesse conciliar o trabalho com o doutoramento e chegar até à meta, em particular, o meu profundo reconhecimento ao Filipe Vaz Pinto e à Vanessa Fernandes Guerreiro, por todo o apoio ao longo deste caminho.

Finalmente, e não menos importante, agradeço aos meus amigos e família, aqueles que Deus enviou à minha vida, pois foram muitos os que me acompanharam, deram força e ânimo e/ou apoiaram, de diversas formas e ao longo das várias fases. Em especial, e entre outros, jamais esquecerei o desafio e o incentivo da Rita Lynce de Faria para fazer o doutoramento e o apoio e a amizade incondicionais da Ventura Adrover, da Maria João da Luz e da Maria João Galvão Teles. Agradeço aos meus pais, Rita e Paulo, por serem suporte e essência para mim, também neste caminho, assim como aos meus filhos, Sebastião, Helena e Clara, que são alegria e dom na minha vida.

Por tanto e tantos, este caminho de doutoramento foi mais bonito do que difícil, mais saboroso e enriquecedor do que solitário ou fechado, só podendo agradecer a Deus.

Lisboa, 27 de junho de 2024

Joana Galvão Teles

Modo de citar e outras convenções

A presente dissertação foi escrita ao abrigo do acordo ortográfico da Língua Portuguesa (1990). O modo de citar segue o estilo Chicago em notas de rodapé (conjunto de regras contidas no "*Chicago Manual of Style*", na 17.ª edição, na modalidade usualmente designada "*notes and bibliography*"), com os esclarecimentos, adaptações e/ou ressalvas que resultem dos pontos seguintes:

1. Todas as referências bibliográficas e jurisprudenciais constam de notas de rodapé e de uma lista final de bibliografia.
2. Na primeira referência de obras em notas de rodapé, as citações contêm os seguintes elementos: nome do(s) autor(es), título e subtítulo, número de volume (quando exista), número de edição (se existir mais do que uma), editora, ano e página(s), com exceção das publicações disponíveis online que não incluam este último elemento. Os artigos publicados em revistas, estudos de homenagem e obras coletivas contêm, tendencialmente, os seguintes elementos: nome do(s) autor(es), título do artigo, nome da revista ou obra onde o artigo está inserido, volume (quando exista), número, editora, ano e respetiva(s) página(s). Para obras com editores ou tradutores, são também indicados os nomes destes. Nos casos de co-autoria, o nome dos autores é indicado de acordo com a ordem constante do texto. Nas referências subsequentes, indica-se apenas o nome do autor e o título da obra, omitindo-se, em regra, os restantes elementos, exceto a indicação da(s) página(s) relevante(s). Quando sejam citados textos de autores diferentes, a regra consiste na ordenação alfabética (nome dos autores), salvo quando um texto seja referenciado de forma especial e com maior destaque (caso em que será indicado em primeiro lugar). Quando sejam citados vários textos do mesmo autor, a ordem na sua indicação segue um critério cronológico (do mais antigo para o mais recente). Por regra, as referências somente contêm os elementos essenciais e recomendados, tal como previstos no estilo Chicago. Alguns elementos adicionais poderão ser indicados se se considerar que facilitará o acesso e consulta pelo leitor.
3. A referência aos textos disponíveis on-line contém os seguintes elementos: nome do(s) autor(es), título e subtítulo, ano, página(s) (quando indicadas no documento), forma e/ou local de publicação e data da última consulta.

4. A jurisprudência nacional disponível on-line é identificada através do Tribunal, do número do processo e da data da decisão (DD.MM.AA). As decisões do Tribunal Constitucional são indicadas através do número da decisão, número de processo e da respetiva data (DD.MM). A jurisprudência estrangeira é referenciada através da forma em que está publicada na sua origem, dependendo consoante a jurisdição e seguindo um critério cronológico (do mais antigo para o mais recente):
    - Jurisprudência internacional, europeia e interamericana: Tribunal, nome das partes, número de processo e data da decisão;
    - Inglaterra: nome das partes, ano, Tribunal ou publicação, consoante o caso;
    - França, Suíça e Brasil: Tribunal, número de processo e data.
5. Os instrumentos normativos estão devidamente identificados ao longo do texto e/ou em nota de rodapé, sendo referenciados pelo tipo de instrumento, número e data (instrumentos normativos nacionais) e título e data (instrumentos normativos internacionais), indicando-se na primeira vez em que são citados a última atualização (se for caso disso) e as abreviaturas pelas quais serão designados nas vezes seguintes.
6. A lista de referências bibliográficas está dividida em secções relativos a fontes secundárias e outras, jurisprudência e instrumentos normativos. A lista de fontes secundárias está organizada de acordo com os critérios acima indicados em 2. para a primeira referência. A lista de jurisprudência encontra-se dividida em jurisprudência internacional, incluindo europeia e interamericana, e por jurisdições nacionais. Os instrumentos normativos serão listados no final, por ordem cronológica (do mais antigo para o mais recente), de modo completo e atualizado, muitas vezes coincidente com a citação no próprio texto.
7. Nas citações de doutrina e jurisprudência, mantém-se a grafia originalmente usada nas mesmas. O uso de maiúsculas segue a formatação da fonte citada.
8. Os textos estrangeiros transcritos (doutrinários, jurisprudenciais ou legislativos) estão traduzidos para português, sendo a tradução da responsabilidade da autora da presente dissertação.
9. O significado das abreviaturas usadas na presente dissertação encontra-se numa lista em anexo.
10. Termos em latim ou estrangeiros são identificados através da formatação em itálico.

Lista de abreviaturas

AC	*Appeal Cases*, correspondente a relatórios jurídicos que publicam decisões de recurso de tribunais superiores no RU
All ER	*All England Law Reports*, correspondente a Relatórios Jurídicos de Inglaterra, uma série de publicações de decisões inglesas
CAC-CCIP	Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969
CAM	Corte de Arbitragem de Madrid
CAM-CCBC	Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá
C. App	*Cour d' Appel*, correspondente a Tribunal de Recurso
CBMA	Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem
C. Cass., civ.	*Cour de Cassation civile*, correspondente a Tribunal de Cassação, divisão civil ou Supremo Tribunal Civil
CCF	Código Civil Francês, de 1804
CCI	Centro de Arbitragem da Câmara do Comércio Internacional, em Paris
CCP	Código Civil Português, aprovado pelo Decreto n.º 47344/66, de 25.11, com todas as alterações entretanto introduzidas até à mais recente pelo Decreto-Lei n.º 10/2024, de 08.01
CDFUE	Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2016
CDH	Comité dos Direitos Humanos da ONU
CEACI	Convenção Europeia sobre Arbitragem Comercial Internacional, de 1961
CE	Comissão Europeia
CEASS/ CEORD	*Conseil d' État*, correspondente a Conselho de Estado (ASS: Secção da Assembleia e ORD: Secção da Ordem Pública)
CEDH	Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, comummente conhecida por Convenção Europeia dos Direitos Humanos, de 1950
CES	Conselho Económico e Social da ONU
CFB	Constituição Federal Brasileira, de 1988

CIACI	Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional ou "Convenção do Panamá", de 1975
CIArb	*Chartered Institute of Arbitrators*, correspondente a Instituto Certificado de Árbitros
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CIDP	Centro de Investigação de Direito Privado
CIMA	*Corte Civil Y Mercantil de Arbitraje*, correspondente a Tribunal Civil e Comercial de Arbitragem
CNI	Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 1958
C. Const.	*Conseil Constitutionnel*, correspondente a Conselho Constitucional
Comm	*Commercial Court*, correspondente a Tribunal Comercial, parte especializada da Divisão do Banco da Rainha no Tribunal Superior de Inglaterra e País de Gales
Convenções de Genebra	Protocolo de Genebra de 1923 relativo às Cláusulas de Arbitragem e a Convenção de Genebra de 1927 relativa à Execução das Sentenças Arbitrais Estrangeiras
CPCB	Código de Processo Civil Brasileiro, aprovado pela Lei n.º 13.105, de 16.03.2015, com as alterações entretanto introduzidas
CPCF	Código de Processo Civil Francês, aprovado pelo Decreto n.º 75/1123 de 5.12.1975, com as alterações entretanto introduzidas
CPCI	Código de Processo Civil Italiano, de 2023
CPCP	Código de Processo Civil português, aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26.06, com as alterações entretanto introduzidas até à mais recente Lei n.º 3/2023, de 16.01
CRP	Constituição da República Portuguesa, de 1976, na redação atual (última alteração: Lei Constitucional n.º 1/2004, de 24.07)
CVDT	Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969
Cfr.	Conferir
DDHC	Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789
DJ	Diário da Justiça

DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948
Ed./Eds.	Editor/ Editores
EJUD	Escola Judicial do Paraná
EPFRC	"Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custas", expressão correspondente às partes principais das sentenças do TIDH
ETIJ	Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça, de 1945
EWCA Civ	*England and Wales Court of Appeal, Civil Division,* correspondente a Tribunal de Recurso de Inglaterra e País de Gales, Divisão Civil
EWHC	*England and Wales High Court*, correspondente a Tribunal Superior de Inglaterra e País de Gales
FD	Faculdade de Direito
HRA/LDH	*Human Rights Act*, correspondente a Lei dos Direitos Humanos inglesa, de 1998
ICCA	*International Council for Commercial Arbitration*, correspondente a Conselho Internacional de Arbitragem Comercial
i.e.	Isto é
ILA/CDI	*International Law Commission*, correspondente a Comissão de Direito Internacional
ILAs	*International Standard Annulments*, correspondente a Fundamentos de Anulação Internacional
LAB	Lei de Arbitragem Brasileira, aprovada pela Lei n.º 9.307, de 23.09.1996, com as alterações entretanto introduzidas pela Lei n.º 13.129, de 26.05.2015
LAE	Lei de Arbitragem Espanhola, aprovada pela Lei 60/2003, de 23.12, com as reformas entretanto introduzidas
LAF	Decreto n.º 2011-48, de 13.01.2011, que reformou a Lei de Arbitragem Francesa, incluída no CPCF
LAI	Lei de Arbitragem Inglesa, o *English Arbitration Act,* de 1996
LAP	Lei de Arbitragem Portuguesa, aprovada pela Lei n.º 63/2011, de 14/12
LCIA	*London Court of International Arbitration*, que é um centro institucional de arbitragem internacional em Londres

LMU	Lei-Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional, de 1985, com as alterações introduzidas em 2006
LSAs	*Local Standard Annulments*, correspondente a Fundamentos de Anulação Locais ou Nacionais
ONU	Organização das Nações Unidas
PIDCP	Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966
PILA	*Private International Law Act*, correspondente à Lei Federal Suíça de Direito Internacional Privado, que regula a arbitragem internacional
pp.	Páginas
Proc.	Processo
QB	*Queen's Bench Division*, correspondente a Divisão do Banco da Rainha no Tribunal Superior de Inglaterra e País de Gales
REDP	Revista Eletrónica de Direito Processual
RU	Reino Unido
SCAI e CSA	Instituição de Arbitragem da Câmara Suíça, que alterou a designação para Centro Suíço de Arbitragem
SIAC	Centro de Arbitragem Internacional de Singapura
Ss.	Seguintes
STF	Supremo Tribunal Federal do Brasil
STJ	Supremo Tribunal de Justiça em Portugal
TC	Tribunal Constitucional em Portugal
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos Humanos
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, de 2007, na versão consolidada em 2016
TIDH	Tribunal Interamericano de Direitos Humanos
TIJ	Tribunal Internacional de Justiça
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TUE	Tratado da União Europeia, baseado no Tratado de Maastricht, de 1992, com as alterações até ao Tratado de Lisboa, de 2007, na versão consolidada de 2016
UE	União Europeia

UKSC	*United Kingdom Supreme Court*, correspondente a Supremo Tribunal do Reino Unido
UNCITRAL/ CNUDCI	*United Nations Commission on International Trade Law*, correspondente a Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional
UNL	Universidade Nova de Lisboa
USP	Universidade de São Paulo
V.	*Vide*
WLR	*Weekly Law Reports*, correspondente a Relatórios Jurídicos Semanais, publicação jurídica

DECLARAÇÃO

O corpo da tese, incluindo espaços e notas, ocupa um total de 961.294 caracteres.

Lisboa, 27 de junho de 2024

Joana Galvão Teles

Resumo

A arbitragem é um meio de resolução de litígios, que se alicerça na autonomia privada e é reconhecida, quer internacionalmente, quer nas constituições estaduais analisadas, como um modo de exercício, alternativo aos tribunais estaduais, do direito fundamental constitucional à tutela jurisdicional efetiva. A questão que se coloca é a de saber se, em primeiro lugar, as partes podem acordar renunciar, validamente, a direitos fundamentais processuais na arbitragem e, podendo, com que requisitos e dentro de que limites, para, em segundo lugar e em particular, aplicar os requisitos e limites referidos à (in)admissibilidade da renúncia ao direito a requerer a anulação da sentença arbitral na arbitragem internacional. Partindo da ponderação do âmbito, conteúdo e regime dos direitos fundamentais em confronto, de um lado, à tutela jurisdicional efetiva, incluindo o direito à arbitragem e outros direitos fundamentais processuais, como o de impugnar a sentença arbitral em determinados casos e, do outro lado, à autonomia privada, que fundamenta a renúncia, e sem prejuízo de a ponderação dever ser feita em cada caso concreto, concluo que a renúncia àqueles direitos é válida, se cumprir determinados requisitos subjetivos e objetivos, que identifico, incluindo os limites e os respetivos critérios para aferir da referida (in)validade. Quanto ao direito a requerer a anulação da sentença arbitral na arbitragem internacional, concluo que, sem prejuízo e com base nas soluções consagradas *de jure constituto*, a renúncia por acordo das partes é, do ponto de vista constitucional normativo e, *de jure constituendo* no direito português, válida, desde que se respeitem aqueles requisitos. Em particular, tem de existir um meio de impugnar a sentença arbitral, quando esta viole, de forma grave, direitos fundamentais processuais e/ou interesses de ordem pública de cada Estado, que não estão na disponibilidade das partes, nos casos e termos necessários a garantir o conteúdo essencial do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. No entanto, há margem do legislador para adotar o regime mais adequado ao propósito referido. Na arbitragem internacional, do ponto de vista normativo-constitucional, podem as partes renunciar, total e/ou parcialmente, à anulação na sede, quando há a possibilidade de controlo último, pelo menos de violações graves de direitos fundamentais processuais e/ou interesses de ordem pública de cada Estado, aquando do reconhecimento e execução da sentença arbitral, sendo esta a solução legal que, na minha opinião, melhor se coaduna com a arbitragem internacional no seu todo.

Abstract

Arbitration is a dispute resolution mechanism rooted in private autonomy and internationally recognised, as well as in the national constitutions analysed, as an alternative means to state courts for exercising the constitutional fundamental right to effective judicial protection. The primary question of this dissertation is whether the parties can validly agree to waive fundamental procedural rights in arbitration, and if so, under what conditions and within what limits. Secondly, I specifically apply these conditions and limits to the (in)admissibility of waiving the right to seek annulment of the arbitral award in international arbitration. By weighing the scope, content and framework of conflicting fundamental rights – the right to effective judicial protection (encompassing the right to arbitration and other fundamental procedural rights, such as the right to challenge the arbitral award in certain cases), against private autonomy (which justifies the waiver) – and, without prejudice to the necessary case-by-case balancing, I conclude that the waiver of these rights is valid, provided that subjective and objective requirements, including the limits and criteria for assessing the (in)validity of the waiver, are met. Regarding the right to request annulment of the arbitral award in international arbitration, I conclude that, without prejudice to and relying on legal solutions established *de jure constituto*, the waiver by agreement of the parties is valid from a normative constitutional perspective and *de jure constituendo* under Portuguese Law, provided such subjective and objective requirements are respected. Specifically, there must be a means to challenge the arbitral award when it seriously violates fundamental procedural rights and/or public order interests of each State, which are beyond the parties' disposal, in certain cases and under certain terms as necessary to protect the core essence of the fundamental right to effective judicial protection. However, the legislator retains discretion to adopt the most appropriate legal framework for this purpose. In the context of international arbitration, from a normative-constitutional perspective, the parties may waive annulment at the seat, in whole and/or in part, provided there is the possibility of ultimate oversight, particularly in cases involving serious violations of fundamental procedural rights and/or public order interests of each State at the stage of recognition and enforcement of the arbitral

award. In my opinion, this legal solution is the one that best aligns with the global system of international arbitration.

Palavras-Chave: Arbitragem, Arbitragem Internacional, Autonomia Privada, Renúncia, Direitos Fundamentais Processuais, Anulação

Key Words: Arbitration, International Arbitration, Private Autonomy, Waiver, Fundamental Procedural Rights, Annulment

I. Introdução: objeto, método e razão de ordem

1. Objeto: breve colocação do problema e questões a responder

A arbitragem é um mecanismo privado de resolução de litígios, que assenta na autonomia das partes e é reconhecida pelos diversos Estados como uma alternativa aos meios judiciais estaduais, na qual a decisão é confiada a um tribunal arbitral, composto por um ou mais árbitros, e cuja decisão, uma vez proferida, é vinculativa para as partes[1]. É unânime entre os especialistas em arbitragem internacional, como Alan Redfern e Martin Hunter, com Nigel Blackaby e Constantine Partasides, António Sampaio Caramelo, Carlos Alberto Carmona, Christophe Seraglini e Jérôme Ortscheidt, Dário Moura Vicente, Emmanuel Gaillard, Franco Ferrari e Friedrich Rosenfeld, Gary Born, Giuditta Cordero-Moss, Mariana França Gouveia, Maxi Scherer, Paula Costa e Silva, Tony Cole e Pietro Ortolani, entre muitos outros, que a autonomia privada é, então, o fundamento, a pedra angular ou o "coração" da arbitragem[2]. As partes de uma convenção de arbitragem gozam de uma ampla margem de autonomia quanto a diversos aspetos na resolução dos respetivos litígios, desde logo, o próprio meio de resolução, excluindo a jurisdição dos tribunais estaduais, os árbitros e o modo de os designar, a sede da arbitragem, com as consequências que tal implica, as

[1] Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e processo: um comentário à Lei no. 9.307/96*, 3.ª, rev. atualizada e ampliada (São Paulo: Ed. Atlas, 2009), 15 e ss.; Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.ª (Coimbra: Almedina, 2020), 119 e ss.; Gary Born, «Chapter 1: Overview of International Commercial Arbitration (updated November 2023)», em *International Commercial Arbitration*, 3.ª (Kluwer Law international; Kluwer Law International, 2021), 1–95; Gary Born, «Chapter 2: Legal Framework for International Arbitration Agreements (Updated November 2023)», em *International Commercial Arbitration*, 3.ª (Kluwer Law international; Kluwer Law International, 2021), 255–374; Tony Cole e Pietro Ortolani, *Understanding international arbitration* (Abingdon, Oxon ; New York, NY: Routledge, an imprint of the Taylor & Francis Group, 2020), entre outros.

[2] António Sampaio Caramelo, *A impugnação da Sentença Arbitral*, 4.ª (Coimbra: Almedina, 2023), 7; Born, «Chapter 2: Legal Framework for International Arbitration Agreements (Updated November 2023)» §2.01; Carmona, *Arbitragem e processo*, 15; Christophe Seraglini e Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 2e ed., Précis Domat droit privé (Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2019), 19 e ss.; Dário Moura Vicente, «Requirements for the Enforceability of Arbitral Awards: A Comparative Overview.», *The Cambridge Handbook of Judicial Control of Arbitral Awards*, Cambridge University Press, 2020, 84; Emmanuel Gaillard, *Legal theory of international arbitration* (Leiden ; Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010), 2; Franco Ferrari e Friedrich Rosenfeld, «Límites a la autonomía de las partes en arbitraje internacional», *Arbitraje, Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones* X, n. 2 (2017): 336 e ss.; Giuditta Cordero-Moss, «Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration», *Oslo Law Review*, n. 1 (2014): 47–66; Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 119; Maxi Scherer, «The fate of parties' agreements on judicial review of awards: a comparative and normative analysis of party-autonomy at the post-award stage», *Arbitration International* 2016, n. 32 (2016): 437–57; Nigel Blackaby et al., *Redfern and Hunter on international arbitration*, 7.ª (New York ; Oxford, University Press: Oxford University Press, 2023) § 2.01; Paula Costa e Silva, «I. Anulação e Recursos da Decisão Arbitral», em *Estudos de Arbitragem*, vol. II (Almedina, 2022), 469; Cole e Ortolani, *Understanding international arbitration*, 315.

regras processuais, a língua, o direito material aplicável ao fundo do litígio, entre outros. Além disso, ao escolherem a sede, escolhem também a *lex arbitrii*, os tribunais estaduais que darão assistência à arbitragem e que farão o controlo do processo e da sentença arbitral, bem como, se houver bens localizados nesse território, executarão a sentença arbitral e/ou, se esse Estado for parte da Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras ("CNI")[3], as consequências práticas relativamente ao reconhecimento e execução da sentença arbitral noutros Estados estrangeiros, que sejam também parte da CNI. Consequentemente, as partes têm ampla margem de autonomia contratual para desenhar a arbitragem, quer doméstica, quer internacional, e as respetivas regras, do modo mais adequado e adaptado à resolução dos litígios e aos fins legítimos que pretendem prosseguir (seja mais celeridade ou mais oportunidades de alegação e produção de prova, ainda que prejudique a eficiência e rapidez, seja mais confidencialidade ou publicidade, seja mais oralidade ou mais produção de prova documental, seja numa língua que exige mais tradução ou em diversas línguas com recurso a interpretação, entre muitos outros que se podem identificar).

Contudo, sem prejuízo de a autonomia privada ser um fundamento essencial da arbitragem, e considerando que este meio de resolução de litígios consubstancia uma renúncia à jurisdição dos tribunais estaduais e, como aprofundarei, o exercício de um direito fundamental processual, consagrado constitucionalmente, quer a nível internacional, quer nas várias jurisdições nacionais, a arbitragem tem de se articular com o(s) ordenamento(s) jurídico(s) com que se relaciona e, necessariamente, tem de oferecer determinadas garantias, respeitar certos requisitos mínimos e limites imperativos que lhe são impostos para que os diversos Estados e a comunidade internacional lhe confiram legitimidade, credibilidade e eficácia, como também é reconhecido pela doutrina citada[4]. Deste modo, gozando a arbitragem de consagração constitucional, quer internacional, quer ao abrigo dos sistemas jurídicos nacionais, importa analisar a (in)admissibilidade da renúncia a direitos fundamentais, nomeadamente processuais, na arbitragem, os respetivos requisitos e limites

[3] Assinada em 10 de junho de 1958 e em vigor desde 7 de junho de 1959. Ratificada por Portugal em 1984 (com reserva de reciprocidade), por Inglaterra em 1975 (com declaração de reciprocidade e reservas), por França em 1959 (com declaração de reciprocidade e de extensão) e pelo Brasil em 2002. Cfr. XXII-1.en.pdf (un.org) e Status: Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958) (the "New York Convention") | United Nations Commission On International Trade Law (acesso em 27.02.2024).
[4] V. nota 2.

para aferir da margem de autonomia das partes neste mecanismo de resolução de litígios e, assim, definir até onde podem as partes ir e retirar todas as potencialidades do mesmo para o alcance efetivo dos fins, que visa prosseguir.

Acresce que, como abordarei, ao consagrar constitucionalmente a arbitragem como uma forma de exercício do direito à tutela jurisdicional efetiva, os Estados têm também de garantir a efetividade do direito, ou seja, de conferir efeito útil e força executiva à sentença arbitral[5]. Com efeito, pela natureza privada dos tribunais arbitrais, estes não têm poderes coercivos, requerendo, em última instância e na ausência de cumprimento voluntário, a assistência dos tribunais estaduais, pelo menos se e sempre que for necessária a execução coerciva. Nessa altura, coloca-se a questão de saber se e com que âmbito deve haver controlo pelos tribunais estaduais sobre a arbitragem e a sentença arbitral, ou seja, que relação deve existir entre os tribunais estaduais e arbitrais. Além de outros elementos que vão marcando as várias fases processuais da arbitragem, desde antes da constituição do tribunal arbitral até ao proferimento da sentença arbitral, é também por esta relação entre tribunais estaduais e arbitrais na fase pós-arbitral que, como sublinham Paula Costa e Silva[6] e Adriana Braghetta[7], se afere o nível de autonomia da arbitragem e também a sua eficácia.

Deste modo, as questões a que pretendo responder, fundadamente, na presente dissertação são, primeiro, a de saber se as partes podem, validamente, renunciar a direitos fundamentais processuais na arbitragem e, em caso afirmativo, com que requisitos e limites para, assim, procurar identificar alguns princípios e/ou critérios gerais, que possam ser aplicados a cada direito fundamental processual em concreto (Parte A). A seguir, procederei à aplicação das conclusões alcançadas na Parte A ao caso particular do direito fundamental processual a requerer a anulação da sentença arbitral na arbitragem comercial internacional, respondendo à questão de saber se as partes podem renunciar, validamente, àquele direito (Parte B). O intuito é o de contribuir para a compreensão, definição e aplicação, do ponto de

[5] Born, «Chapter 2: Legal Framework for International Arbitration Agreements (Updated November 2023)»§ 2.01; Vicente, «Requirements for the Enforceability of Arbitral Awards: A Comparative Overview.» entre outros.

[6] Paula Costa Silva, «II. Os Meios de Impugnação de Decisões Proferidas em Arbitragem Voluntária no Direito Interno Português», em *Estudos de Arbitragem*, vol. II (Almedina, 2022), 442.

[7] Adriana Braghetta, *Anulação do Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Consequências Internacionais: visão a partir do Brasil*, Tese de Doutorado (Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008), 24, https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-13042010-082514/publico/TEXTO_DA_TESE_versao_completa_USP_impressao_proart_3.pdf (acesso em 21.06.2024).

vista constitucional, quer internacional, quer de alguns sistemas jurídicos nacionais, do âmbito e dos limites à renúncia a direitos fundamentais processuais e, assim, da autonomia privada das partes na arbitragem comercial, visando, na Parte B, a arbitragem comercial internacional, a fim de validar e potenciar a criação de soluções adequadas ao caso concreto.

2. Método

As questões a pesquisar e a responder requerem uma abordagem analítica e de pesquisa aplicada, já que implicam a análise normativa com base nas várias fontes de direito da arbitragem, desde as convenções e outras fontes internacionais, aos direitos nacionais, incluindo as constituições, a jurisprudência e a doutrina, bem como ainda alguns instrumentos de *soft law*. A escolha dos sistemas jurídicos nacionais (o português, o inglês, o francês e o brasileiro) justifica-se por vários motivos, desde logo, porque, partindo de princípios comuns, como a consagração constitucional do direito à tutela jurisdicional efetiva, adotam soluções legais diferentes quanto à validade da renúncia a determinados direitos fundamentais processuais, nomeadamente quanto à questão específica do direito a requerer a anulação da sentença arbitral na arbitragem internacional, analisada na Parte B, que é interessante e útil comparar e compreender[8]. Depois, por outras razões práticas específicas em relação a cada sistema jurídico em causa. Para além do português, que é a minha base de formação, especialização e atividade profissional, selecionei sistemas jurídicos com características diferentes, que se agrupam em famílias de sistemas jurídicos distintas[9], o que enriquece a comparação, e, ao mesmo tempo, em termos de arbitragem, são sedes relevantes de arbitragens internacionais, que detêm centros de arbitragem internacional experientes e com projeção elevada, sendo que o Brasil tem ainda a ligação lusófona com Portugal. Embora seja útil e necessário pensar e considerar o contexto político, social ou económico, no qual o direito deve ser analisado, os objetivos de cada solução legal adotada, entre outros fatores que serão considerados, sempre que necessário, a abordagem será, essencialmente, analítica e de pesquisa aplicada.

[8] Como abordarei, os sistemas português e inglês consagram expressamente a irrenunciabilidade do direito a requerer a anulação da sentença arbitral, o sistema francês adota uma solução legal liberal de admitir a renúncia, por acordo, ao direito a requerer a anulação da sentença arbitral internacional e o sistema brasileiro nada refere expressamente, havendo posições divergentes.
[9] Carlos Ferreira de Almeida e Jorge Morais Carvalho, *Introdução ao Direito Comparado*, 3.ª, Reimpressão 2019 (Almedina, 2017), 38–39.

Em segundo lugar, no que se refere aos métodos de pesquisa jurídica, considero que os métodos avaliativo, de coleta de fontes e comparativo – microcomparação[10], de acordo com o critério adequado da comparação funcional, enquadrada juridicamente[11] – serão apropriados, com vista à recolha e análise lógica e funcional dos elementos característicos ou relevantes subjacentes a cada questão jurídica, incluindo os institutos jurídicos necessários para o efeito, a pesquisar em cada sistema jurídico, quer individualmente, quer em articulação com os restantes ordenamentos jurídicos. Em particular, analisarei e compararei as questões e/ou institutos jurídicos em causa em cada sistema jurídico e, depois entre sistemas jurídicos, como a relevância e articulação coerente entre os direitos fundamentais processuais em questão e o princípio ou direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, bem como entre, de um lado, a arbitragem e a autonomia contratual das partes e, do outro, os limites imperativos impostos pelos Estados, e ainda também o instituto jurídico da renúncia e/ou dos mecanismos de controlo da validade da sentença arbitral pelos Estados, entre outros que sejam necessários. Acresce que analisarei o modo como a mesma questão – neste caso, a renúncia a direitos processuais fundamentais na arbitragem e, em particular, ao direito a requerer a anulação da sentença arbitral na arbitragem comercial internacional – é justificada em termos de sistema arbitral e, com o propósito referido, o modo como é tratada e regulada em cada sistema jurídico nacional selecionado, identificando semelhanças e diferenças e compreendendo-as dentro dos respetivos contextos.

3. Razão de Ordem

Com vista a aferir da (in)admissibilidade da renúncia a direitos fundamentais processuais pelas partes na arbitragem – considerando em particular o caso do direito a requerer a anulação da sentença arbitral na arbitragem internacional –, começarei, no Capítulo II, por identificar, delimitar e qualificar a natureza, o objeto, o âmbito e o regime do direito relativamente ao qual se coloca a questão da possibilidade de renúncia – a saber, o direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva na arbitragem internacional, à luz das fontes de direito internacional e de direito nacional aplicáveis. Além de identificar os bens jurídicos constitucionalmente protegidos pelo direito à tutela jurisdicional, procurarei,

[10] Almeida e Carvalho, *Introdução ao Direito Comparado*, 13–14.
[11] Almeida e Carvalho, *Introdução ao Direito Comparado*, 27; Dário Moura Vicente, *Direito Comparado*, 4.ª, Revista e Atualizada, vol. I (Almedina, 2020), 37 e ss.

nesse capítulo, analisar se existe e, se sim, em que termos se afere, o conteúdo essencial intangível do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, bem como se o direito à impugnação da sentença arbitral, em particular à anulação, se integra, e em que termos, no conteúdo essencial do direito fundamental referido.

No Capítulo III, delimitarei o conceito de renúncia a direito fundamental, o seu fundamento e, em particular se goza de proteção constitucional, bem como os requisitos de validade a que a renúncia tem de obedecer nos termos do regime específico dos direitos fundamentais, incluindo processuais, nomeadamente os limites dentro dos quais pode operar e os critérios a atender para aferir da respetiva validade. Uma vez identificados os requisitos e limites referidos, poderei então aplicá-los ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, incluindo ao direito à arbitragem, e responder à questão de saber se podem as partes renunciar, por acordo, a direitos fundamentais processuais na arbitragem.

Após as conclusões gerais alcançadas na Parte A quanto à (in)admissibilidade da renúncia a direitos fundamentais processuais na arbitragem, e para proceder, na Parte B, à aplicação das mesmas ao caso particular do direito a requerer a anulação da sentença arbitral na arbitragem comercial internacional, começarei, no Capítulo IV, por identificar e delimitar o âmbito, o regime e a função deste direito. Para tal, depois de explicitar o conceito de arbitragem internacional e as diferentes perspetivas e representações que existem sobre o mesmo, na medida em que influenciam as soluções legais adotadas em cada sistema jurídico, analisarei os distintos meios de impugnação consagrados, quer internacionalmente, quer em cada sistema jurídico nacional selecionado, distinguindo-os entre si e, finalmente, integrarei o direito a requerer a anulação da sentença arbitral no sistema internacional de controlo das sentenças arbitrais.

No Capítulo V, após analisar as diferentes soluções legais adotadas *de jure constituto* quanto à (in)admissibilidade da renúncia ao direito a requerer a anulação da sentença arbitral na arbitragem internacional, apreciarei, do ponto de vista normativo e de acordo com os requisitos de validade da renúncia a direitos fundamentais identificados na Parte A, a validade da solução legal adotada na abordagem mais liberal de admitir a renúncia àquele direito e analisarei, em particular, a sua aplicação, *de jure constituendo*, no direito português. Finalmente, concluo que a solução legal adotada quanto a esta questão em particular é a que melhor se coaduna com e contribui para uma maior coerência do sistema de controlo das sentenças arbitrais na arbitragem internacional.

PARTE A: Renúncia a direitos fundamentais processuais, por acordo das partes, na arbitragem – Validade e Limites

Com vista a aferir da (in)admissibilidade, e respetivos limites, da renúncia, por acordo das partes, a direitos fundamentais processuais na arbitragem, impõe-se começar por identificar a natureza, o objeto, o âmbito e o regime do(s) direito(s) relativamente ao(s) qual(is) a questão se coloca, i.e., do direito a uma tutela jurisdicional efetiva, o que abordarei no Capítulo II. Uma vez identificado, qualificado e delimitado o direito em relação ao qual a questão se coloca, poderei, então, aferir a (in)admissibilidade da respetiva renúncia e, em caso afirmativo, os requisitos de validade e a existência e extensão de limites à possibilidade referida, o que farei no Capítulo III. Na Parte A, responderei à questão em termos gerais, ainda que tendo em vista a aplicação ao caso particular de direito fundamental processual escolhido para a Parte B.

II. O direito fundamental das partes à tutela jurisdicional efetiva e, em particular, a inclusão do direito a impugnar a sentença arbitral

Começarei por enquadrar e qualificar o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, à luz quer do direito internacional, quer dos direitos dos sistemas jurídicos nacionais selecionados, para verificar que direitos ou respetivas dimensões o integram, nomeadamente se inclui o direito à arbitragem e, com relevância para a Parte B, se e em que medida abrange o direito a impugnar a sentença arbitral ou, mais especificamente, o direito a requerer a anulação da sentença arbitral. Importa também compreender a função que aquele direito visa prosseguir e o(s) interesse(s) ou bem(ns) jurídico(s), que se pretendem proteger (Secção 1). Em segundo lugar, releva compreender o regime jurídico especificamente aplicável ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva à luz das fontes referidas (Secção 2). Finalmente, será também relevante identificar se existe e se é possível delimitar um conteúdo essencial intangível do direito fundamental em questão e, especificamente, se, e em que medida, o direito a impugnar a sentença arbitral o compõe e/ou se relaciona com ele (Secção 3), o que terá relevância, posteriormente, para as conclusões quanto à (in)admissibilidade e eventuais limites à sua renúncia, em particular na Parte B.

1. Natureza, âmbito e conteúdo do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e, em particular, a inclusão do direito a impugnar a sentença arbitral

Para o prosseguimento dos fins fundamentais[12] de qualquer Estado de Direito Democrático ou união de Estados, como, por exemplo, a UE, em que, democraticamente, é consagrado um conjunto de direitos e deveres a todas as pessoas individuais ou coletivas, há que assegurar também a coatividade das normas que os proclamam. Com a evolução dos direitos humanos consagrados pelos Estados liberais dos séculos XVIII e XIX, de cariz marcadamente individual e formal, para também se abranger o coletivo (além dos individuais, os direitos de governos, comunidades e pessoas coletivas) e o material ou efetivo

[12] Burnett Maldon Lord Chief Justice, «The hidden value of the Rule of Law and English Law Blackstone Lecture 2022, Pembroke College, Oxford», 2022, https://www.judiciary.uk/speech-by-the-lord-chief-justice-blackstone-lecture-2022/ (acesso em 21.06.2024); Leonardo V. P. Oliveira, «Chapter 1: To What Degree Should Access to Justice Be Secured in Arbitration?», em *Access to Justice in Arbitration Concept, Context and Practice*, ed. Oliveira, Leonardo V. P. e Hourani, Sara (Wolters Kluwer, Kluwer Law International, 2020), 10.

(i.e., de não serem apenas formalmente estabelecidos, mas realmente acessíveis a todos), também o direito de acesso à justiça foi alvo de idêntica transformação[13]. É hoje aceite que, apesar de instrumental, o direito de ação é autónomo em relação ao direito subjetivo que se litiga na relação processual, tem um conteúdo próprio, complexo, que inclui diversas vertentes, e é essencial para a efetiva proteção e eficácia dos direitos e interesses substantivos, devendo, em regra, existir um meio processual adequado a exercer ou proteger cada direito ou situação jurídica em cada ordem jurídica[14]. A efetiva proteção e eficácia dos direitos é de "importância capital" entre os novos direitos individuais e sociais, "na medida em que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para a sua efetiva reivindicação"[15]. Deste modo, vigora, quer internacionalmente[16], quer nas ordens

[13] Leslie Scarman, *English Law - The New Dimension*, The Hamlyn Lectures - Twenty-Sixth Series (Stevens, 1975), 28–50; Mauro Cappelletti e Bryant Garth, *Acesso à Justiça*, trad. Ellen Gracie Northfleet, Sergio Antonio Fabris Editor (Brasil, 1988), 9–13; Leonardo V. P. de Oliveira e Sara Hourani, eds., *Access to justice in arbitration: concept, context and practice* (Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2020); Maldon, «The hidden value of the Rule of Law and English Law Blackstone Lecture 2022, Pembroke College, Oxford»; Serge Guinchard, ed., *Droit processuel: droits fondamentaux du procès*, 12e, Précis Dalloz (Droit privé/Droit public) (Paris: Dalloz, 2023), 593 e ss. V. também o Preâmbulo da Constituição francesa de 1946, que foi expressamente incorporado na Preâmbulo da atual Constituição de 1958 e o Título III da Parte I da Constituição da República Portuguesa de 1976, com as revisões entretanto realizadas ("CRP").

[14] António do Passo Cabral e Ronaldo Cramer, eds., *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, 2.ª revista, atualizada e ampliada (Editora Forense, 2016), 7–8; Conselho Europeu, Tribunal Europeu de Direitos Humanos, «Guide on Article 13 of the Convention – Right to an effective remedy», 2022, 7–8, https://ks.echr.coe.int/ (acesso em 21.06.2024); Daniel Mitidiero, *Processo Civil* (Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2021), 17 e ss.; João de Matos Antunes Varela, «O Direito de Ação e a sua natureza jurídica», *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 125.º e 126.º, n. 3814–3825 e 3826-3837; (93; 1993-94 de 1992): 325–31, 356–61, 12–17, 36–41, 70–75, 103–7 e 166–70; José Lebre de Freitas, *Introdução ao Processo Civil, Conceito e Princípios Gerais à luz do CPC de 2013*, 5.ª (Gestlegal, 2023), 15 e ss.; Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, e Daniel Mitidiero, *Código de Processo Civil Comentado*, 3.ª Revista, Atualizada e Ampliada (Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2017), 151 e ss. *maxime* 156; Maldon, «The hidden value of the Rule of Law and English Law Blackstone Lecture 2022, Pembroke College, Oxford»; Pedro Scherer de Mello Aleixo, «O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva na ordem jurídica brasileira - A caminho de um "devido processo proporcional"», em *Direitos Fundamentais e Direito Privado - uma perspetiva de direito comparado*, ed. António Pinto Monteiro, Jörg Neuner, e Ingo Wolfgang Sarlet (Almedina, 2007), 424–25; William Blackstone, «Blackstone's Commentaries on the Laws of England» (Lonang Institute, 1769 de 1765), Livro 3, capítulo 3, https://lonang.com/library/reference/blackstone-commentaries-law-england/(acesso em 21.06.2024).

[15] Cappelletti e Garth, *Acesso à Justiça*, 11–12.

[16] Aleksandar Jakšić, *Arbitration and human rights*, Studien zum vergleichenden und internationalen Recht, Comparative and international law studies, Bd. 59 = (Frankfurt am Main; New York: P. Lang, 2002); Sébastien Besson, *Arbitration and Human Rights*, vol. 24, ASA Bulletin 3, 2006; Conselho Europeu, Tribunal Europeu de Direitos Humanos, «Guide on Article 13 of the Convention – Right to an effective remedy»; David S. Weissbrodt, *The Right to a Fair Trial under the Universal Convention of Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights*, The Universal Declaration of Human Rights 1 (The Hague Boston London: M. Nijhoff, 2001); Guinchard, *Droit processuel*, 596 e ss.; Kathleen Gutman, «Article 47: The Right to an Effective Remedy and to a Fair Trial», em *The EU Charter of Fundamental Rights in the Member States*, por Michal Bobek e Jeremias Adams-Prassl (Oxford: Hart Publishing, 2020), 47; Oliveira, «Chapter 1: To

jurídicas analisadas[17], um direito constitucional fundamental a recorrer aos meios processuais existentes para efetivação justa das referidas posições jurídicas materiais, o chamado direito a uma "tutela jurisdicional efetiva" ou a uma "administração adequada da justiça" ou, mais amplamente designado, ao "acesso ao direito" ou ao "acesso à justiça"[18].

1.1. No direito internacional geral e regional

Internacionalmente[19], sobretudo após a segunda guerra mundial, no intuito de prevenir guerras e promover a paz e a democracia, através do fortalecimento dos direitos humanos, e como culminar, no plano jurídico-internacional, de um processo de desenvolvimento filosófico e histórico, materializado, primeiro, com a Paz de Vestefália e, depois, com as revoluções liberais do século XIX, entre outros factos relevantes, desenvolveu-se e tem vindo a autonomizar-se o direito internacional dos direitos humanos[20]. Este ramo de direito

What Degree Should Access to Justice Be Secured in Arbitration?», 10; Scarman, *English Law - The New Dimension*.

[17] António Sampaio Caramelo, «Obrigatoriedade da convenção de arbitragem e direito de acesso à justiça», ed. António Menezes Cordeiro, *Revista de Direito Civil, CIDPI, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, n. 1 (2016): 65–116; Cabral e Cramer, *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, 7 e ss.; Carmona, *Arbitragem e processo*, 31 e ss. 390 e ss.; Guinchard, *Droit processuel*, 593 e ss.; Jakšić, *Arbitration and human rights*, 74–76; J. J. Gomes Canotilho, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª edição revista, vol. I (Coimbra: Coimbra Editora, 2007), 409; Joana Galvão Teles, «Podem as partes renunciar validamente à tutela cautelar na convenção de arbitragem ou noutro acordo subsequente no processo arbitral?», em *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, vol. XVII (Lisboa: Almedina, 2022), 241 e ss; Maldon, «The hidden value of the Rule of Law and English Law Blackstone Lecture 2022, Pembroke College, Oxford»; Marinoni, Arenhart, e Mitidiero, *Código de Processo Civil Comentado*, 152 e ss.; Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, 2.ª revista, atualizada e ampliada, vol. Tomo I (Wolters Kluwer e Almedina, 2010), 423 e ss; Oliveira, «Chapter 1: To What Degree Should Access to Justice Be Secured in Arbitration?», 10 e ss.; Rita Lynce de Faria, *A Tutela Cautelar Antecipatória no Processo Civil Português, Um difícil equilíbrio entre a Urgência e a Irreversibilidade* (Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016); Se-Shauna Wheatle, «3. Access to Justice: From Judicial Empowerment to Public Empowerment», em *Common Law Constitutional Rights*, ed. Mark Elliot e Kirsty Hughes, Bloomsbury Collections (Oxford: Hart Publishing, 2020), 49–70; Xavier Dupré de Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, 2e mise à jour, Thémis (Paris: PUF, 2020), 525 e ss.; R (Unison) c. Lord Chancellor [2017] UKSC 51.

[18] Besson, *Arbitration and Human Rights*, volume 24:395–416; Jakšić, *Arbitration and human rights*, 327; Oliveira e Hourani, *Access to justice in arbitration*, 1 e ss. e 9 e ss.

[19] Para maior desenvolvimento do tema da internacionalização e universalização dos direitos humanos, V. Flávia Piovesan e Antônio Augusto Cançado Trindade, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 19.ª, revista e atualizada (São Paulo: Saraiva Jur, 2021), 205 e ss.; Jónatas Eduardo Mendes Machado, *Direito internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*, 5.ª (Gestlegal, 2019).

[20] Fernando Luiz Ximenes Rocha, «A Reforma do Judiciário e os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos», *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos* 7, n. 7 (2007 de 2006): 109; Luís Roberto Barroso, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 11.ª (Saraiva Jur, 2023), 520 e ss.; Machado, *Direito internacional*, 397–98; Scarman, *English Law - The New Dimension*, 10 e ss.; Quanto à distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, V. Barroso, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*

internacional inclui o geral, que protege todo o ser humano, e o especial, dedicado a determinados grupos etários e/ou de género, como idosos, crianças, mulheres, entre outros; quanto ao seu âmbito, pode distinguir-se o global e o regional, destacando-se como principais sistemas regionais atuais, o europeu, o interamericano e o africano[21]. Focar-me-ei apenas nas fontes de direito internacional público de direitos humanos gerais e regionais mais relevantes para responder às questões colocadas nas ordens jurídicas selecionadas.

A Organização das Nações Unidas ("ONU") adotou a Declaração Universal dos Direitos Humanos ("DUDH") em 1948[22], marco muito relevante por assinalar o fim do modelo de Vestefália do Estado moderno e a emergência do indivíduo como sujeito de direito internacional, consagrando os principais direitos humanos básicos[23]. No âmbito da DUDH, a par de outros direitos humanos materiais, estabelece-se que "[t]oda a pessoa tem direito a recurso efetivo para as jurisdições nacionais competentes contra os atos que violem os direitos reconhecidos pela Constituição ou pela lei"[24] e que "[t]oda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida"[25]. Embora a DUDH tenha sido criada como instrumento não vinculativo, serviu de base às demais convenções internacionais de direitos humanos, em particular a duas, que ora relevam – o Pacto

---

Como explicita este autor, «direitos humanos são uma combinação de conquistas históricas, valores morais e razão pública que, fundados na dignidade da pessoa humana, visam à proteção e ao desenvolvimento das pessoas, em esferas que incluem a vida, as liberdades, a igualdade e a justiça. E - por que não? - também a busca da felicidade». São pré e supraestatais, tendo sido reconhecidos em diversos instrumentos internacionais. Por seu turno, direitos fundamentais são «os direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico doméstico», i.e., consagrados nos textos constitucionais ou no chamado «bloco de constitucionalidade», expressão oriunda do direito francês e também usada no brasileiro, como referirei. Os direitos fundamentais são direitos subjetivos, i.e., posições protegidas pelo Direito e sindicáveis judicialmente. Stéphano Sant' Ana Rodrigues, *A aplicabilidade dos direitos humanos às pessoas coletivas* (Repositório da Universidade de Lisboa, 2019), 9, https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/44539/1/ulfd144230_tese.pdf.

[21] Jakšić, *Arbitration and human rights*; Piovesan e Trindade, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 2021, 205 e ss.353 e *maxime* 355.

[22] Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua resolução 217A (III) de 10.12.1948. Seguimos o texto oficial em português publicado no Diário da República, I Série, n.º 57, de 9 de março de 1978, pp. 489 e ss., através do aviso do Ministério dos Negócios Estrangeiros.

[23] Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, 88; Guinchard, *Droit processuel*; Machado, *Direito internacional*, 402; Piovesan e Trindade, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 2021, 111 e 213 e ss.; Scarman, *English Law - The New Dimension*, 10 e ss.; Teles, «Podem as partes renunciar validamente à tutela cautelar na convenção de arbitragem», 241 e ss; e para maior desenvolvimento da elaboração e interpretação dos artigos 8.º e 10.º da DUDH v. Weissbrodt, *The Right to a Fair Trial under the Universal Convention of Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights*.

[24] Artigo 8.º.

[25] Artigo 10.º.

Internacional sobre Direitos Civis e Políticos ("PIDCP")[26] e a Convenção Europeia dos Direitos Humanos ("CEDH")[27] – e influenciou claramente as constituições nacionais[28] e autoridades judiciais, sendo acolhida consuetudinariamente ou como expressão dos princípios geralmente reconhecidos nos termos do artigo 38.º do ETIJ[29].

O PIDCP é um instrumento vinculativo, que visa assegurar a proteção efetiva dos direitos humanos, através do dever a cargo dos Estados de implementar as medidas legislativas, administrativas e judiciais necessárias para prevenir e reprimir a sua violação[30], sendo dotado de um órgão de controlo, o Comité dos Direitos Humanos da ONU ("CDH")[31]. Nos termos do PIDCP, "[t]odos são iguais perante os tribunais de justiça. Todas as pessoas têm direito a que a sua causa seja ouvida equitativa e publicamente por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido pela lei, que decidirá quer do bem fundado de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra elas, quer das contestações sobre os seus direitos e obrigações de caráter civil (…)"[32]. Prevê-se, igualmente, o direito à proteção efetiva dos direitos e liberdades reconhecidos no instrumento referido[33]. O acesso à justiça ou à tutela jurisdicional efetiva consta, aliás, como um dos dezassete objetivos da "Agenda de 2030 para o Desenvolvimento Sustentável", adotada pelos Estados-Membros das Nações Unidas em 2015 que prevê "um plano partilhado para a paz e prosperidade para as pessoas e para o planeta, agora e no futuro"[34].

---

[26] Aprovado em 1966 e vigente desde 1976, após ratificação pelo 35.º Estado, tendo sido ratificado por Portugal em 1978 e os Protocolos Opcionais em 1983 e 1990, pelo Reino Unido em 1976 e apenas o segundo Protocolo Opcional em 1999, por França em 1980 e os Protocolos Opcionais em 1984 e 2007, pela Suíça em 1992 e apenas o segundo Protocolo opcional em 1994, por Espanha em 1977 e os Protocolos Opcionais em 1985 e 1991, pelo Brasil em 1992 e os Protocolos Opcionais em 2009, cfr. - OHCHR Dashboard (acesso em 07.11.2022).

[27] A CEDH foi assinada por 12 Estados-Membros do Conselho da Europa em novembro de 1950 e encontra-se em vigor desde setembro de 1953, com as alterações entretanto introduzidas, tendo atualmente 47 Estados aderentes, entre eles, Portugal, Reino Unido, França, Suíça e Espanha, cfr. UNTC (acesso em 07.11.2022).

[28] Jakšić, *Arbitration and human rights*, 28–29. V. o papel relevante expressamente atribuído à DUDH no artigo 16.º/2 da CRP e no artigo 10.º/2 da Constituição espanhola.

[29] Jakšić, *Arbitration and human rights*, 29; Machado, *Direito internacional*, 404; Piovesan e Trindade, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 2021, 242–46 e 256 e ss.; ETIJ disponível em Statute of the Court | International Court of Justice (icj-cij.org) (acesso em 28.10.2022).

[30] Machado, *Direito internacional*, 406; V. também Jakšić, *Arbitration and human rights*, 86; Flávia Piovesan e Antônio Augusto Cançado Trindade, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 19.ª, revista e atualizada (São Paulo: Saraiva Jur, 2021), 259 e ss.; Luís Manuel Barbosa Rodrigues, *Unidade Curricular: Direitos Fundamentais e Direitos Humanos* (Universidade Lusíada, Faculdade de Direito, 2020), 231.

[31] Guinchard, *Droit processuel*, 131; Machado, *Direito internacional*, 413; Piovesan e Trindade, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 2021, 266 e ss.

[32] Artigo 14.º/1, tradução oficial do PIDCP constante da Lei n.º 29/78.

[33] Artigo 2.º/3.

[34] Oliveira e Hourani, *Access to justice in arbitration*, 2.

Por sua vez, a nível regional europeu, a CEDH é mais do que um tratado normal, que pretende ter uma natureza quase constitucional[35], que consagra direitos recíprocos e estabelece obrigações entre os Estados Partes, assente em princípios comuns e numa margem de discricionariedade de cada Estado para a aplicar[36]. A CEDH cria direitos que podem ser exercidos pelos indivíduos (artigo 34.º) e reclamados entre Estados (artigo 33.º), implementando o sistema regional coercivo mais antigo e mais avançado para a proteção de direitos humanos[37]. Em particular, a CEDH consagra expressamente o direito a um processo equitativo[38] e o direito a um recurso efetivo[39] como direitos humanos vinculativos para os Estados aderentes, nos seguintes termos: "qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativamente e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela (…)"; e, em caso de violação dos seus direitos e das suas liberdades reconhecidos na CEDH, o direito ao "recurso perante uma instância nacional, mesmo quando a violação tiver sido cometida por pessoas que atuarem no exercício das suas funções oficiais"[40]. De acordo com o "Guia Prático Sobre a Admissibilidade" do TEDH[41], que foi uma criação decisiva para desenvolvimento da proteção jurisdicional dos direitos humanos a nível europeu, o artigo 6.º da CEDH aplica-se a litígios sobre direitos e obrigações de caráter civil, os quais devem poder ser reivindicados na ordem jurídica interna, normalmente tendo uma dimensão patrimonial, mas também podendo ser de outros tipos, se

[35] Conselho Europeu, Tribunal Europeu de Direitos Humanos, «Guide on Article 13 of the Convention – Right to an effective remedy», 6.
[36] Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, 93 e ss; Conselho Europeu, Tribunal Europeu de Direitos Humanos, «Guide on Article 13 of the Convention – Right to an effective remedy», 14 e ss.; Louis Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, 20ª (Dalloz, 2018), 158; Guinchard, *Droit processuel*, 155 e ss.; Jakšić, *Arbitration and human rights*, 26 e ss e 86; Toms Krūmiņš, *Arbitration and Human Rights, Approaches to Excluding the Annulment of Arbitral Awards and Their Compatibility with the ECHR* (Latvia: Springer, 2020), 22 e ss.; Machado, *Direito internacional*, 420; Piovesan e Trindade, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 2021, 357; Scarman, *English Law - The New Dimension*, 12–14.
[37] *Idem*.
[38] Artigo 6.º.
[39] Artigo 13.º.
[40] Jakšić, *Arbitration and human rights*, 294; Conselho Europeu, Tribunal Europeu de Direitos Humanos, «Guide on Article 13 of the Convention – Right to an effective remedy».
[41] "Guia Prático Sobre a Admissibilidade", publicado pelo Conselho da Europa e o TEDH, embora não vincule o Tribunal. A primeira edição do guia foi publicada em 2009, a segunda em 2011 e a terceira em 2014 e está disponível em European Court of Human Rights - ECHR, CEDH, news, information, press releases (coe.int), existindo tradução em português em Practical guide on admissibility criteria (coe.int).

tiverem uma incidência determinante sobre o resultado do litígio[42].

O direito à ação e a um tribunal imparcial, incluindo o direito a um processo equitativo, encontra-se também consagrado na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia ("CDFUE")[43] e no Tratado da União Europeia ("TUE")[44]. Os direitos incluídos no artigo 47.º da CDFUE são consagrados com um sentido e um âmbito próprios, semelhantes aos consagrados nos artigos 6.º/1 e 13.º da CEDH, mas tendencialmente mais abrangentes, na medida em que se aplicam para além dos "direitos e obrigações civis", independentemente de estarem ou não reconhecidos na CDFUE, e em articulação com as constituições dos Estados-Membros[45].

O sistema regional interamericano tem como principal instrumento a Convenção Americana de Direitos Humanos ("CADH"), de 1969, em vigor desde 1978, também denominada Pacto de San José da Costa Rica, ratificada por 25 Estados-Membros da Organização dos Estados Americanos[46]. É um instrumento normativo semelhante à CEDH, inspirado largamente no PIDCP. Reconhece e garante um catálogo de direitos humanos civis e políticos similar ao previsto no PIDCP[47], prevê a obrigação de os Estados-Partes

[42] *Idem*, pp. 73 e ss. e 77 e ss.; V. TEDH, Fayed c. Reino Unido, n.º 17101/90, 21.09.1994; TEDH, Calvez c. França, n.º 73//1997/1066, 29.07.1998; TEDH, Boulois c. Luxemburgo, n.º 37575/04, 3.04.2012; TEDH, Tinnelly & Sons Ltd e outros e McElduff e outros c. Reino Unido, n.º 62/1997/846/1052-1053, 10.07.1998; TEDH, X. c. França, n.º 18020/91, 31.03.1992.

[43] Artigo 47.º da CDFUE: "Toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma ação perante um tribunal nos termos previstos no presente artigo. Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei. Toda a pessoa tem a possibilidade de se fazer aconselhar, defender e representar em juízo (…)", Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (europa.eu). Último acesso em 21.12.2022. Cfr. Gutman, «Article 47: The Right to an Effective Remedy and to a Fair Trial», 372 e ss.

[44] Artigos 6.º e 19.º do TUE e Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia ("TFUE"), versão consolidada de 7 de junho de 2016) (2016/C 202/01). JO C 202 de 7.6.2016, p. 47. Versão consolidada atual (01/03/2020): 02016E/TXT — PT — 01.03.2020 — 005.001 — 1/329. Último acesso em 12.02.2021

[45] Artigo 52.º/3 da CDFUE: "Na medida em que a presente Carta contenha direitos correspondentes aos direitos garantidos pela Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa Convenção. Esta disposição não obsta a que o direito da União confira uma proteção mais ampla". Artigo 53.o da CDFUE, "[n]enhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos humanos e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respetivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União, o direito internacional e as Convenções internacionais em que são Partes a União ou todos os Estados-Membros, nomeadamente a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, bem como pelas Constituições dos Estados-Membros". Gutman, «Article 47: The Right to an Effective Remedy and to a Fair Trial», 381 e ss. V. também Artigo 47.o - Direito à acção e a um tribunal imparcial | European Union Agency for Fundamental Rights (europa.eu) (Acesso em 28.04.2023).

[46] Embora um dos Estados-Partes tenha denunciado em 2012, pelo que atualmente são 24. O Brasil aderiu à convenção em 25.09.1992. V. Convencao Americana Ratificao (oas.org) Acesso em 17.05.2023.

[47] Artigos 3.º e ss. V. Convencao Americana (oas.org). Acesso em 17.05.2023.

respeitarem e assegurarem o exercício livre e pleno desses direitos e liberdades, bem como adotarem medidas que os tornem efetivos[48] e estabelece dois órgãos com funções de promoção e controlo da proteção dos direitos humanos, que são a Comissão Interamericana de Direitos Humanos ("CIDH") e o Tribunal Interamericano de Direitos Humanos ("TIDH")[49]. Nos termos da CADH, "[t]oda a pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza" e tem direito a um recurso simples e rápido e, em qualquer caso, efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes[50].

Em primeiro lugar, dos instrumentos internacionais referidos resulta a consagração do direito fundamental, ainda que em termos genéricos e com âmbitos e graus de densidade diferentes, não apenas ao acesso formal a um tribunal, como também a um processo materialmente equitativo, decorrente do princípio do Estado de Direito[51]. O direito referido implica a existência de um julgamento com observância de determinadas garantias que

[48] Artigos 1.º e 2.º.

[49] Artigos 33.º e ss. O Brasil reconhece as decisões internacionais emanadas pelo TIDH e é responsável por implementá-las. Eleonora Mesquita Ceia, «A Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Desenvolvimento da Proteção dos Direitos Humanos no Brasil», *R. EMERJ, Rio de Janeiro* 16, n. 61 (2013): 113–52; Machado, *Direito internacional*, 442; Piovesan e Trindade, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 2021, 355 e ss.; TIDH, Goiburú, et al. c. Paraguai, n.º 153, 22.09.2006 p. 76 e ss.

[50] Artigos 8.º/1 e 25.º.

[51] Besson, *Arbitration and Human Rights*, volume 24:395–416; Federico Andreu-Guzmán et al., *Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Comentário*, ed. Christian Steiner e Marie-Christine Fuchs, Segunda Edição (Konrad Adenauer Stiftung, Tirant lo Blanch, 2020), 250 e ss. *maxime* 260; Jakšić, *Arbitration and human rights*, 85–86 e 216–19, entre outras; Oliveira, «Chapter 1: To What Degree Should Access to Justice Be Secured in Arbitration?», 8 e ss.; Massimo V. Benedettelli, «Human Rights as a Litigation Tool in International Arbitration: Reflecting on the ECHR Experience», *Arbitration International*, 31 (2015):631-659, 638; Guinchard, *Droit processuel*, 115 e ss. *maxime* 166 e 606 e ; João Tiago Valente Almeida da Silveira, *Mecanismos de agilização processual e princípio da tutela jurisdicional efetiva no contencioso administrativo* (Lisboa: FD - teses de doutoramento, 2017), 126, http://hdl.handle.net/10451/27575; Teles, «Podem as partes renunciar validamente à tutela cautelar na convenção de arbitragem», 241; Krūmiņš, *Arbitration and Human Rights, Approaches to Excluding the Annulment of Arbitral Awards and Their Compatibility with the ECHR*, 49 e ss.; V. também TEDH, Golder c. Reino Unido, n.º 4451/70, 21.02.1975; STF, *Convenção Americana sobre Direitos Humanos [recurso eletrônico]: anotada com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos/Supremo Tribunal Federal*, 2.ª (Brasília: STF, 2022), 146 e ss., https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaInternacional/anexo/STF_ConvencaoAmericanaSobreDireitosHumanos_SegundaEdicao.pdf (acesso em 22.06.2024); TEDH, Ashingdane c. Reino Unido, n.º 8225/78, 28.05.1985; TEDH, Fayed c. Reino Unido, n.º 17101/90, 21.09.1994 em 18 e 21 e ss.; TEDH, Baka c. Hungria, n.º 20261/12, 23.06.2016 p. 51 e ss. TIDH, Cantos c. Argentina, 28.11.2002; TIDH, Ximenes Lopes c. Brasil, n.º 149, 04.07.2006; TIDH, Goiburú, et al. c. Paraguai, n.º 153, 22.09.2006. Apesar de a jurisprudência encontrada do TIDH ser maioritariamente em matéria penal, é claro que os direitos de acesso à justiça e a um devido processo legal se aplicam igualmente em matéria civil e aos restantes tribunais.

pretendem assegurar a justiça, antes de mais, do processo e, ainda que indiretamente, do resultado[52]. Para o efeito, e como desenvolvi noutro local[53], nos instrumentos internacionais referidos consagram-se, como garantias do processo equitativo, a igualdade processual, a publicidade, a independência e imparcialidade do tribunal (comuns a todos os instrumentos referidos), a necessidade de os tribunais estarem estabelecidos por lei (exigência aditada no PIDCP, na CEDH e na CADH) e ainda a decisão em prazo razoável (garantia expressamente mencionada apenas na CEDH e na CADH). Com efeito, tanto o CDH da ONU[54] em relação ao artigo 14.º/1 do PIDCP, como o TEDH relativamente ao artigo 6.º/1 da CEDH, como o TIDH em relação aos artigos 8.º e 25.º da CADH, já reconheceram, em diversos casos, que o direito a um processo equitativo inclui as referidas garantias implícitas, sendo fundamentais para a concretização do direito em questão[55]. Atualmente, é pacifico que tais garantias compõem o âmbito do direito a uma tutela jurisdicional efetiva[56].

Em segundo lugar, e sem prejuízo de não ter sido sempre assim[57], é hoje aceite que as

---

[52] *Idem*. Andreu-Guzmán et al., *Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Comentário*, 260; Guinchard, *Droit processuel*, 153 e ss.; Juan Carlos Landrove, «European Convention on Human Rights' Impact on Consensual Arbitration – An État Des Lieux of Strasbourg Case-Law and of a Problematic Swiss Law Feature», em *Human Rights at the Center*, ed. Besson, Hottelier, e Werro (Basileia, Genebra, Zurique, Schulthess, 2006), 73–101, *maxime* p. 76; Oliveira e Hourani, *Access to justice in arbitration*, 2 e 24 e ss.; João Pedro Ramos de Almeida Pinto-Ferreira, *Adequação formal e garantias processuais na ação declarativa* (Coimbra: Almedina, 2022), 98; Rawls, John, *A Theory of Justice: Original Edition* (Harvard University Press, 1971), 81.

[53] Teles, «Podem as partes renunciar validamente à tutela cautelar na convenção de arbitragem», 241 e ss.

[54] Nos termos do artigo 28.º do PIDCP, o CDH da ONU é o órgão composto por dezoito membros, nacionais dos Estados Partes do PIDCP, "que devem ser personalidades de alta moralidade e possuidores de reconhecida competência nos direitos humanos" com vista a procederem ao controlo da aplicação, pelos Estados Partes, das disposições do instrumento em questão, bem como dos seus Protocolos Adicionais, através da análise de relatórios apresentados pelos Estados. Além disso, o CDH da ONU terá competência para apreciar reclamações de particulares fundadas na violação dos direitos previstos no PIDCP nos estados que tenham ratificado o Protocolo Facultativo ao PIDCP, de 16 de dezembro de 1966, o qual foi ratificado por Portugal em 1983, por França em 1984, por Espanha em 1985 e pelo Brasil em 1992, não tendo sido ratificado no Reino Unido, nem na Suíça.

[55] Andreu-Guzmán et al., *Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Comentário*, 262 e ss.; Pinto-Ferreira, *Adequação formal e garantias processuais na ação declarativa*, 98 e ss; Guinchard, *Droit processuel*, 161 e ss.; STF, *Convenção Americana sobre Direitos Humanos [recurso eletrônico]: anotada com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos/Supremo Tribunal Federal*, 146; TEDH, Golder c. Reino Unido, n.º 4451/70, 21.02.1975 p. 14; TEDH, Vermeulen c. Bélgica, n.º 19075/91, 20.02.1996; TEDH, Garoube c. França, n.º 58986/13, 10.04.2018, § 23 e ss. TEDH Mutu and Pechstein c. Suíça, proc. n.º 40575/10 e 67474/10, de 02.10.2018; TEDH, Beg S.P.A. c. Italy, n.º 5312/11, 20.08.2021 p. 26 e ss. TIDH, Cantos c. Argentina, 28.11.2002; TIDH, Ximenes Lopes c. Brasil, n.º 149, 04.07.2006; TIDH, Goiburú, et al. c. Paraguai, n.º 153, 22.09.2006.

[56] *Idem*. Oliveira, «Chapter 1: To What Degree Should Access to Justice Be Secured in Arbitration?», 16 e ss; Krūmiņš, *Arbitration and Human Rights, Approaches to Excluding the Annulment of Arbitral Awards and Their Compatibility with the ECHR*, 50 e ss.; Guinchard, *Droit processuel*, 159 e ss.

[57] Para maior desenvolvimento da evolução histórica, nomeadamente das posições adotadas no sentido de a CEDH não se aplicar à arbitragem, V. Besson, *Arbitration and Human Rights*, 24:395–416; Jakšić, *Arbitration*

normas consagradoras de direitos humanos são aplicáveis à arbitragem, embora ainda haja divergência quanto aos efeitos e à extensão da sua aplicabilidade, conforme abordarei adiante[58]. Em particular, é hoje claro que os artigos 6.º/1 da CEDH, 14.º/1 do PIDCP e 8.º da CADH abrangem o direito à arbitragem e que as garantias fundamentais processuais neles previstas se aplicam a esta modalidade de resolução de litígios[59].

Tal conclusão resulta, por um lado, da interpretação dos instrumentos convencionais de direitos humanos, que não excluem a arbitragem do seu âmbito territorial, objetivo e subjetivo[60]. Pelo contrário, os instrumentos referidos dão liberdade aos Estados-Contratantes para escolherem os meios de alcançarem os resultados visados através dos direitos

and human rights, 183 e ss.; Krūmiņš, *Arbitration and Human Rights, Approaches to Excluding the Annulment of Arbitral Awards and Their Compatibility with the ECHR*, 38 e ss.; Thomas Clay, «La Cour européenne des droits de l'homme, nouveau juge de l'arbitrage?», em *Arbitrage et procès équitable*, por Jérémy Jourdan-Marques e Marie Nicolas-Gréciano, Colletion «Colloques & Essais» (Institut Francophone pour la Justice et la Démocracie, 2023), 23; para análise mais detalhada da evolução da posição do TEDH, V. Cécile Chainais, «Exigences du procès équitable et arbitrage: existence et essence du droit à un procès arbitral équitable», em *Convention européenne des droits de l'homme et droit de l'entreprise*, Laure Milano, Droit & justice 113 (Nemesis /Anthemis, 2016), 265–322; Clay, «La Cour européenne des droits de l'homme, nouveau juge de l'arbitrage?»

[58] *Idem*. A.II.2. pp. 54 e ss.

[59] Besson, *Arbitration and Human Rights*, volume 24:395–416; Chainais, «Exigences du procès équitable et arbitrage: existence et essence du droit à un procès arbitral équitable», 284 e ss.; Jakšić, *Arbitration and human rights*, 215–16, 327 e ss; Marte Knigge e Pauline Ribbers, «Waiver of the Right to Set-Aside Proceedings in Light of Article 6 ECHR: Party-Autonomy on Top?», *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International BV, the Netherlands, 34, n. 5 (2017): 778 e ss.; Miguel Kfouri Neto, José Laurndo de Souza Netto, e Adriane Garcel, «O Direito de Acesso a Tribunal, à Mediação e à Arbitragem na Convenção Americana de Direitos Humanos - Contribuições do STJ», *Revista Gralha Azul: Periódico Científico da Escola Judicial do Paraná - EJUD* 1, n. 1 (2020): 76, em que reconhecem que, apesar de não estar expressa e diretamente prevista no artigo 8.º da CIDH, a arbitragem é hoje um meio que se encaixa exemplarmente no conceito de acesso à justiça, explicitando a evolução da mesma, que ocorreu no Brasil; Oliveira, «Chapter 1: To What Degree Should Access to Justice Be Secured in Arbitration?», 8 e ss.; Georgios Petrochilos, *Procedural Law in International Arbitration*, Oxford University Press, 2004, 153; Jean-François Poudret et al., *Comparative Law of International Arbitration*, 2nd updated and reviewed (London: Sweet & Maxwell, 2007), 66 e ss.; Krūmiņš, *Arbitration and Human Rights, Approaches to Excluding the Annulment of Arbitral Awards and Their Compatibility with the ECHR*, 35 e ss. Por não serem direitos fundamentais processuais absolutos, o seu exercício não implica que seja através dos tribunais estaduais, podendo sê-lo em tribunais arbitrais, bem como devendo ser aplicáveis a quaisquer processos suscetíveis de afetar os direitos e liberdades garantidos por instrumentos de direitos humanos. V. TEDH, Suovaniemi e outros c. Finlândia, n.º 31737/96, 23.02.99 p. 5; TEDH, Ashingdane c. Reino Unido, n.º 8225/78, 28.05.1985; TEDH, Stran Greek Refineries e Stratis Andreadis c. Grécia, n.º 13427/87, 09.12.1994; TEDH, Transado Transportes Fluviais do Sado, SA c. Portugal, n.º 25943/02, de 16.12.2003; TEDH, Regent Company c. Ukraine, n.º 773/03, de 03.04.2008; TEDH, Garoube c. França, n.º 58986/13, 10.04.2018; TEDH, Beg S.P.A. c. Italy, n.º 5312/11, 20.08.2021; TEDH, Xavier Lucas c. França, n.º 15567/20, 09.09.2022; TEDH, BTS Holding, A.S. c. Slovakia, n.º 55617/17, 30.09.2022. Embora a jurisprudência do TIDH encontrada sobre o artigo 8. da CIDH não verse especificamente sobre arbitragem e, por maioria de razão, sobre impugnação de sentenças arbitrais, resulta daquela que os direitos processuais fundamentais aí consagrados se aplicam a todo o tipo de processos. V. TIDH, Baena-Ricardo et al. c. Panamá, EPFRC, 02.02.2001, §116 e ss., *maxime* 125; TIDH, Escher et al. c. Brasil, EPFRC, 06.07.2009, § 181 e ss.

[60] Jakšić, *Arbitration and human rights*, 216.

fundamentais processuais consagrados (obrigação de resultado)[61], incluindo por arbitragem, proibindo, ao mesmo tempo, uma interpretação restritiva da substância dos direitos referidos, nomeadamente daqueles que integrem a ordem pública objetiva, que seja impeditiva do alcance do objeto e fim das fontes internacionais de direitos humanos[62]. Por outro lado, a aplicabilidade dos instrumentos de direitos humanos à arbitragem resulta da própria noção, natureza e função da arbitragem como meio de resolução de litígios privado, contratual e jurisdicional, sobretudo desta sua última componente, que a equipara à jurisdição estadual prevista nestas convenções e na generalidade dos sistemas jurídicos[63].

Apesar de a Comissão Europeia e o Tribunal de Justiça da União Europeia ("TJUE") considerarem que "tribunal" para efeitos do artigo 6.º da CEDH se refere aos tribunais do Estado (quer tribunais judiciais, quer arbitrais para os quais as partes têm uma obrigação de remeter a resolução de litígios), em oposição aos tribunais arbitrais constituídos por acordo das partes, afirmam igualmente que a renúncia aos tribunais do Estado para optar pela arbitragem não ofende a CEDH e beneficia os indivíduos e a administração da justiça[64]. Por sua vez, na jurisprudência do TEDH, evoluiu-se no sentido de considerar que o artigo 6.º da CEDH se aplica à arbitragem, ainda que com adaptações, envolvendo uma renúncia à jurisdição estadual, desde que verificados determinados requisitos de validade[65], conforme

[61] Krūmiņš, *Arbitration and Human Rights, Approaches to Excluding the Annulment of Arbitral Awards and Their Compatibility with the ECHR*, 23 e ss.; Guinchard, *Droit processuel*, 753.
[62] Jakšić, *Arbitration and human rights*, 216.
[63] B.IV.1. Agência dos Direitos Fundamentais da UE e CE, TEDH e CE, «Manual de legislação europeia sobre o acesso à justiça», 2016; Benedettelli, «Human Rights as a Litigation Tool in International Arbitration», 638.
[64] Agência dos Direitos Fundamentais da UE e CE, TEDH e CE, «Manual de legislação europeia sobre o acesso à justiça», 53; Benedettelli, «Human Rights as a Litigation Tool in International Arbitration», 641; Conselho Europeu, Tribunal Europeu de Direitos Humanos, «Key Theme - Article 6 Arbitration» (Conselho Europeu, 2023), 3 e ss., https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/arbitration (acesso em 21.06.2024); Knigge e Ribbers, «Waiver of the Right to Set-Aside Proceedings in Light of Article 6 ECHR: Party-Autonomy on Top?», 780; Landrove, «European Convention on Human Rights' Impact on Consensual Arbitration – An État Des Lieux of Strasbourg Case-Law and of a Problematic Swiss Law Feature», 82.; Adam Samuel, «Arbitration, Alternative Dispute Resolution Generally and the European Convention on Human Rights, An Anglo-Centric View», *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, 21, n. 5 (2004): 418 e ss. Quanto às questões do Direito da UE, nomeadamente o conceito de ordem pública utilizado no âmbito do direito referido pelo TJUE, e seus impactos na arbitragem, V. TJUE, Mostaza Claro c. Centro Móvil Milenium, C-168/05, 26.10.2006; TJUE, Asturcom Telecomunicaciones SL c. Rodriguez Nogueira, C-40/08, 6.10.2009; TJUE, Slowakische Republik c. Achmea BV, C-284/16, 06.03.2018, entre outros. Para maior desenvolvimento sobre o tema da relação entre o Direito da UE e o Direito da Arbitragem Internacional, cfr. George A. Bermann, «Navigating EU Law and the Law of International Arbitration», *Arbitration International*, LCIA, 28, n. 3 (2012): 397–445. V. notas 57, 58 e 59.
[65] Chainais, «Exigences du procès équitable et arbitrage: existence et essence du droit à un procès arbitral équitable», *maxime* pp. 321-322; TEDH, Suovaniemi e outros c. Finlândia, n.º 31737/96, 23.02.99; TEDH, Ashingdane c. Reino Unido, n.º 8225/78, 28.05.1985; TEDH, Stran Greek Refineries e Stratis Andreadis c.

referirei[66]. Igualmente, a doutrina, que se debruçou sobre a questão, tem acrescentado que os tribunais arbitrais voluntários são uma forma de resolução alternativa aceitável, desde que sejam constituídos com base em convenções arbitrais válidas, e constituem uma renúncia à jurisdição dos tribunais estatais[67].

Dado que a arbitragem comercial é um meio de resolução de litígios escolhido frequentemente por pessoas coletivas, há que apreciar a suscetibilidade de estas serem titulares de direitos humanos e/ou fundamentais, em particular, processuais. Embora a titularidade de direitos fundamentais por pessoas coletivas não seja reconhecida, de forma nítida, nos instrumentos gerais de proteção de direitos humanos, como o PIDCP, e regionais como a CADH, e de ser um tema debatido e alvo de crítica, por se defender que os instrumentos referidos foram criados, primordialmente, para defender os direitos dos indivíduos e a dignidade da pessoa humana[68], a verdade é que, tanto a DUDH, como a CEDH, como ainda a CDFUE, se referem a "toda a pessoa", sem distinção entre pessoas singulares e coletivas. Apesar das críticas e posições contrárias, tem sido entendido na doutrina e na jurisprudência internacional[69], que as pessoas coletivas são titulares de direitos

Grécia, n.º 13427/87, 09.12.1994; TEDH, Transado Transportes Fluviais do Sado, SA c. Portugal, n.º 25943/02, de 16.12.2003; TEDH, Regent Company c. Ukraine, n.º 773/03, de 03.04.2008; TEDH Mutu and Pechstein c. Suíça, proc. n.º 40575/10 e 67474/10, de 02.10.2018; TEDH, Beg S.P.A. c. Italy, n.º 5312/11, 20.08.2021.

[66] A.III.3., 4. e 5. pp. 117 e ss.

[67] Clay, «La Cour européenne des droits de l'homme, nouveau juge de l'arbitrage?»; Landrove, «European Convention on Human Rights' Impact on Consensual Arbitration – An État Des Lieux of Strasbourg Case-Law and of a Problematic Swiss Law Feature», 73–101; Knigge e Ribbers, «Waiver of the Right to Set-Aside Proceedings in Light of Article 6 ECHR: Party-Autonomy on Top?», 780; Petrochilos, *Procedural Law in International Arbitration*, 113 e ss.

[68] Opinião consultiva OC-22/16, 26.02.2016, solicitada pela república do Panamá sobre "Titularidade de direitos das pessoas jurídicas no sistema interamericano de direitos humanos (interpretação e alcance do artigo 1.2, com relação aos artigos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 e 62.3 da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, bem como do artigo 8.1.A e B do Protocolo de San Salvador); Adriano Corrêa de Sousa e Juanita Miluska Buendía Muñoz, «A Opinião Consultiva n. 22/2016: a titularidade dos direitos humanos das pessoas jurídicas e indígenas no sistema interamericano», *Casoteca do NIDH - UFRJ*, https://nidh.com.br/oc22/ (acesso em 13.11.2023); Xavier Dupré de Boulois, «Les droits fondamentaux des personnes morales», em *La personnalité juridique*, Toulouse: Presses de l' Université Toulouse Capitole, 2013, 203–19; Garcia Kiteri, «Les droits fondamentaux des personnes morales», em *Droits fondamentaux, ordre public et libertés économiques: actes du colloque organisé à l'UFR pluridisciplinaire de Bayonne le 17 février 2012 par le Centre de documentation et de recherches européennes (CDRE) et le programme ERC Lascaux en droit de la sécurité alimentaire mondiale (Université de Nantes)*, ed. François Collart Dutilleul e Fabrice Riem, Collection Colloques & Essais 5 (Institut Universitaire Varenne, 2013), 77–88.

[69] Agência dos Direitos Fundamentais da UE e CE, TEDH e CE, «Manual de legislação europeia sobre o acesso à justiça», 63 e ss. Note-se que a titularidade do direito fundamental de acesso à justiça, consagrado no artigo 6.º da CEDH, por pessoas coletivas é pressuposto de todo o documento, discutindo-se apenas a questão de saber se, e em que termos, pode ou deve haver apoio judiciário às mesmas. Benedettelli, «Human Rights as a

fundamentais, consoante a natureza do direito em causa e a sua adequação à personalidade coletiva. Embora haja alguns direitos que são inerentes ou direcionados à personalidade humana, como os direitos à vida ou à proibição da tortura, e haja discussão quanto à aplicabilidade, e respetivos contornos, de outros direitos de personalidade às pessoas coletivas, como o direito à reserva da vida privada, outros há que são suscetíveis de ser exercidos por pessoas coletivas e/ou que são mesmo necessários ao seu desenvolvimento, como os direitos à liberdade de associação, de expressão, de religião, à propriedade e/ou os direitos processuais[70]. Por exemplo, com base nos artigos 34.º da CEDH e 1.º do Protocolo Adicional n.º 1, o TEDH tem apreciado vários casos relacionados com diversos direitos consagrados na CEDH invocados por pessoas coletivas[71].

Sendo claro que o direito à tutela jurisdicional efetiva inclui a possibilidade de recorrer à arbitragem, a questão que se coloca é a de saber se as partes, quando escolhem a arbitragem para dirimir os seus litígios, renunciam apenas à jurisdição dos tribunais estaduais e/ou também às restantes garantias processuais fundamentais previstas no artigo 6.º/1 da CEDH e no artigo 14.º/1 do PIDCP. Apesar de a doutrina ainda divergir[72] e de os órgãos que interpretam e aplicam as convenções internacionais terem adotado posições em sentido inverso, diferente ou pouco claro no passado[73], a doutrina e a jurisprudência[74] têm

Litigation Tool in International Arbitration», 635; Boulois, «Les droits fondamentaux des personnes morales»; J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª edição, Reimpressão 2021 (Coimbra: Almedina, 2018), 420–24; Guinchard, *Droit processuel*, 182; Kiteri, «Les droits fondamentaux des personnes morales»; Kouamé Hubert Koki, *Les droits fondamentaux des personnes morales dans la convention européenne des droits de l' homme.* (Université de La Rochelle, 2011); Rodrigues, *A aplicabilidade dos direitos humanos às pessoas coletivas*; TEDH, Liga Portuguesa de Futebol Profissional c. Portugal, n.º 4687/11, 17.05.2016; TEDH, Autronic AG c. Suíça, n.º 12726/87, 22.05.1990; TEDH, Comingersoll S.A. c. Portugal, n.º 25282/97, 06.04.2000; TEDH, O'Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd. c. IRLANDA, n.º 44460/16, 07.06.2018; TEDH, G.I.E.M., S.r.l. e outros c. Itália, n.º 1828/06, 28.06.2018; TJUE, DEB Deutsche Energiehandels-und Beratungsgesellschaft mbH c. Bundesrepublik Deutschland, proc. n.º C-279/09, 22.12.2010.

[70] *Idem*.

[71] TEDH, Autronic AG c. Suíça, n.º 12726/87, 22.05.1990; TEDH, Comingersoll S.A. c. Portugal, n.º 25282/97, 06.04.2000; TEDH, Liga Portuguesa de Futebol Profissional c. Portugal, n.º 4687/11, 17.05.2016; TEDH, O'Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd. c. Irlanda, n.º 44460/16, 07.06.2018; TEDH, G.I.E.M., S.r.l. e outros c. Itália, n.º 1828/06, 28.06.2018.

[72] Chainais, «Exigences du procès équitable et arbitrage: existence et essence du droit à un procès arbitral équitable», 269.

[73] Besson, *Arbitration and Human Rights*, 24:395–416; Jakšić, *Arbitration and human rights*, 183 e ss.; Krūmiņš, *Arbitration and Human Rights, Approaches to Excluding the Annulment of Arbitral Awards and Their Compatibility with the ECHR*, 38 e ss.

[74] Benedettelli, «Human Rights as a Litigation Tool in International Arbitration», 646 e ss.; Besson, *Arbitration and Human Rights*, volume 24:395–416; Chainais, «Exigences du procès équitable et arbitrage: existence et essence du droit à un procès arbitral équitable»; Jakšić, *Arbitration and human rights*, 204–19; Jérémy Jourdan-

distinguido entre direitos fundamentais processuais irrenunciáveis, por estarem ligados à essência da função jurisdicional, e renunciáveis, em função das especificidades da arbitragem. Nem sempre, porém, têm classificado claramente uns e outros. Há orientações no sentido de que a celebração de uma convenção de arbitragem não implica a renúncia a, pelo menos, determinados direitos que são considerados condições mínimas necessárias a qualquer processo jurisdicional[75]. Se, por exemplo, o direito a uma audiência pública, ou sequer a uma audiência, ou o direito ao recurso, são direitos renunciáveis por acordo das partes[76], já será muito discutível a renúncia, sobretudo antecipada, à independência e imparcialidade dos árbitros ou à igualdade das partes, direitos que, como demonstrarei[77], por prosseguirem interesses que vão para além dos das partes, têm sido entendidos como inerentes ao ato de julgar e, portanto, parte da ordem pública processual internacional, europeia e/ou nacional[78]. Neste sentido, os direitos fundamentais processuais são aplicáveis à arbitragem e, ao escolherem-na, não se pode presumir que as partes estão a renunciar a todos eles[79].

Marques e Marie Nicolas-Gréciano, *Arbitrage et procès équitable*, Colletion «Colloques & Essais» (Institut Francophone pour la Justice et la Démocracie, 2023), *maxime* 103 e ss.; Knigge e Ribbers, «Waiver of the Right to Set-Aside Proceedings in Light of Article 6 ECHR: Party-Autonomy on Top?», 776 e jurisprudência aí citada, Petrochilos, *Procedural Law in International Arbitration*, 151 e ss; Krūmiņš, *Arbitration and Human Rights, Approaches to Excluding the Annulment of Arbitral Awards and Their Compatibility with the ECHR*, 47 e ss.; TEDH, Tolstoy Miloslavsky c. Reino Unido, proc. n.º 18139/91, 13.07.1995; TEDH, Suovaniemi e outros c. Finlândia, n.º 31737/96, 23.02.99, entre outros.

[75] Amazu A. Asouzu, «A Threat to Arbitral Integrity», *Journal of International Arbitration* 12, n. 4 (1995): 159; Benedettelli, «Human Rights as a Litigation Tool in International Arbitration», 639; Chainais, «Exigences du procès équitable et arbitrage: existence et essence du droit à un procès arbitral équitable», 309 e ss.; Knigge e Ribbers, «Waiver of the Right to Set-Aside Proceedings in Light of Article 6 ECHR: Party-Autonomy on Top?», 780; Krūmiņš, *Arbitration and Human Rights, Approaches to Excluding the Annulment of Arbitral Awards and Their Compatibility with the ECHR*, 71; Landrove, «European Convention on Human Rights' Impact on Consensual Arbitration – An État Des Lieux of Strasbourg Case-Law and of a Problematic Swiss Law Feature», 89–90; Petrochilos, *Procedural Law in International Arbitration*, 122–23.

[76] Conselho Europeu, Tribunal Europeu de Direitos Humanos, «Key Theme - Article 6 Arbitration»; TEDH, Suovaniemi e outros c. Finlândia, n.º 31737/96, 23.02.99; TEDH Mutu and Pechstein c. Suíça, proc. n.º 40575/10 e 67474/10, de 02.10.2018, §§180-181.

[77] A.II.3. pp. 82 e ss. e A.III.4. e 5. pp. 123 e ss. e 151 e ss.

[78] Asouzu, «A Threat to Arbitral Integrity», 159; Chainais, «Exigences du procès équitable et arbitrage: existence et essence du droit à un procès arbitral équitable», 309 e ss. macime 312 e 314; Jourdan-Marques e Nicolas-Gréciano, *Arbitrage et procès équitable*, 112; Knigge e Ribbers, «Waiver of the Right to Set-Aside Proceedings in Light of Article 6 ECHR: Party-Autonomy on Top?», 780; Krūmiņš, *Arbitration and Human Rights, Approaches to Excluding the Annulment of Arbitral Awards and Their Compatibility with the ECHR*, 75; Landrove, «European Convention on Human Rights' Impact on Consensual Arbitration – An État Des Lieux of Strasbourg Case-Law and of a Problematic Swiss Law Feature»; Petrochilos, *Procedural Law in International Arbitration*, 122.

[79] Benedettelli, «Human Rights as a Litigation Tool in International Arbitration», 639; Besson, *Arbitration and Human Rights*, volume 24:395-416. No entanto, segundo Sébastien Besson, mesmo os autores que defendem

Em terceiro lugar, o direito a impugnar a sentença arbitral, consagrado geralmente nas legislações nacionais como direito à anulação[80], também se inclui no âmbito do direito a uma tutela jurisdicional efetiva e/ou a um processo justo na sua integralidade, previsto nos artigos 6.º da CEDH e 14.º do PIDCP, pelo que a sua regulamentação tem de ser compatível com os preceitos referidos[81]. Seguindo a classificação adotada por Aleksandar Jakšić, há três tipos de direitos fundamentais processuais consagrados nos artigos 6.º/1 da CEDH e 14.º/1 do PIDCP aplicáveis à arbitragem[82]: os referentes ao *tribunal*, tais como o direito de acesso ao tribunal, o direito a um tribunal estabelecido por lei, o direito a um tribunal competente – este apenas previsto no PIDCP – e o direito a um tribunal independente e imparcial; os inerentes ao *processo*, que incluem o direito a um processo justo, o direito à prova e o direito a um processo expedito, sendo que o direito a um processo justo se divide no direito ao contraditório e no princípio da igualdade de armas; e os relativos à *decisão*, que incluem a obrigação de o tribunal ser responsável pela sua decisão e a obrigação de os Estados reconhecerem decisões estrangeiras. O que significa que arbitragem surge, aqui, num sentido amplo e integral, que inclui não só o processo propriamente dito até à decisão arbitral, como também a própria fase pós-sentença arbitral até à respetiva execução, incluindo a possibilidade de impugnação da sentença, encontrando-se todos aqueles direitos protegidos pelos artigos 6.º/1 da CEDH e 14.º/1 do PIDCP[83]. Igualmente, de acordo com "Guia Prático Sobre a Admissibilidade" do TEDH, o artigo 6.º/1 da CEDH "é aplicável a todas as fases dos processos judiciais tendentes a resolver «litígios sobre direitos e obrigações de caráter

que há apenas uma renúncia parcial, ao direito ao tribunal estadual, não explicam claramente se e em que medida os direitos não-renunciáveis devem aplicar-se na arbitragem; Petrochilos, *Procedural Law in International Arbitration*, 113 e ss; Samuel, «Arbitration, Alternative Dispute Resolution Generally and the European Convention on Human Rights, An Anglo-Centric View», 414.

[80] Artigo 46.º da LAP, Secção 68 da LAI, artigos 1491.º e ss e 1518.º e ss. do CPCF, artigo 32.º e 33.º da LAB, entre outros.

[81] Chainais, «Exigences du procès équitable et arbitrage: existence et essence du droit à un procès arbitral équitable», 285–86; Clay, «La Cour européenne des droits de l'homme, nouveau juge de l'arbitrage?», 31–32; Jakšić, *Arbitration and human rights*, 287; Krūmiņš, *Arbitration and Human Rights, Approaches to Excluding the Annulment of Arbitral Awards and Their Compatibility with the ECHR*, 47 e ss. V. também TEDH, Regent Company c. Ukraine, n.º 773/03, de 03.04.2008; TEDH, Xavier Lucas c. França, n.º 15567/20, 09.09.2022. Quanto à jurisprudência do TIDH em relação ao artigo 8.º da CIDH, V. nota 59.

[82] Jakšić, *Arbitration and human rights*, 221 e ss.; TEDH, Hornsby c. Grécia, n.º 18357/91, 19.03.1997; TEDH, Regent Company c. Ukraine, n.º 773/03, de 03.04.2008; TEDH, Romanczyk c. França, n.º 7618/05, 18.11.2010; TEDH, Iliria S.R.L. c. Albânia, n.º 31011/09, 05.03.2024.

[83] Jakšić, *Arbitration and human rights*, 277 e ss. *maxime* 280-283; Krūmiņš, *Arbitration and Human Rights, Approaches to Excluding the Annulment of Arbitral Awards and Their Compatibility with the ECHR*, 47 e ss.; TEDH, Golder c. Reino Unido, n.º 4451/70, 21.02.1975; TEDH, Tabbane c. Suíça, n.º 41069/12, 01.03.2016; TEDH, Xavier Lucas c. França, n.º 15567/20, 09.09.2022.

civil», sem que se possam excluir as fases posteriores às decisões sobre o fundo"[84].

É igualmente consensual que, de acordo com os artigos 6.º e 13.º da CEDH, a tutela tem de ser efetiva[85], devendo existir foro e/ou meios de (re)agir na lei estadual para defesa dos direitos fundamentais processuais consagrados, podendo ser invocada a violação daqueles preceitos em casos em que o requerente reclame a ausência dos referidos meios, por estes terem sido restringidos ou suprimidos na lei estadual. Assim, diferentemente, por exemplo, do que sucede na arbitragem de investimento, no caso da arbitragem comercial internacional, e independentemente da teoria adotada quanto à aplicabilidade direta ou indireta da CEDH nos Estados, a que me referirei, tem sido defendido pela doutrina internacional que tem de existir um meio de controlo da sentença arbitral por um tribunal estadual, ou seja, de impugnar a sentença arbitral num tribunal que cumpra com todos os requisitos dos artigos 6.º e 13.º da CEDH, não podendo ser esse meio retirado pelo legislador estadual sem mais, sob pena de violar os preceitos em questão[86].

Deste modo, sem prejuízo e para além de diversas formas de controlo e/ou assistência pelos tribunais estaduais em relação à arbitragem previstas nas leis estaduais no decurso do processo arbitral, como, por exemplo, a impugnação da competência do tribunal arbitral, a impugnação da independência e imparcialidade de um árbitro, a produção de prova, etc., os meios mais comuns de garantir este controlo estadual têm sido a anulação da sentença arbitral e/ou a oposição à execução e aos pedidos de reconhecimento e execução de decisões arbitrais, quer nacionais (*exequatur*), quer estrangeiras. Meios de ação estes que se integram no prosseguimento dos fins do artigo 6.º da CEDH, conforme jurisprudência do TEDH que já decidiu que os "direitos civis" em causa, quer de impugnação, quer de execução (exequatur) de sentença arbitral, estão incluídos no âmbito de proteção e sujeitos às mesmas

[84] Cfr. "Guia Prático Sobre a Admissibilidade" citado, disponível em Practical guide on admissibility criteria (coe.int) (acesso em 14.02.2023), p. 82.V. nesse sentido, Conselho Europeu, Tribunal Europeu de Direitos Humanos, «Key Theme - Article 6 Arbitration»; Guinchard, *Droit processuel*, 155 e ss.; TEDH, Stran Greek Refineries e Stratis Andreadis c. Grécia, n.º 13427/87, 09.12.1994; TEDH, Hornsby c. Grécia, n.º 18357/91, 19.03.1997; TEDH, Regent Company c. Ukraine, n.º 773/03, de 03.04.2008; TEDH, Romanczyk c. França, n.º 7618/05, 18.11.2010; TEDH, Xavier Lucas c. França, n.º 15567/20, 09.09.2022.

[85] Conselho Europeu, Tribunal Europeu de Direitos Humanos, «Guide on Article 13 of the Convention – Right to an effective remedy», 14 e ss., 24 e 41 e ss.; Jakšić, *Arbitration and human rights*, 299 e ss. Acresce que tutela efetiva tem sido entendida num sentido lato, bastando-se com um remédio numa autoridade nacional, não exigindo vários graus de jurisdição. Tem sido entendido que tem de haver um meio adequado para anular, modificar um ato que tenha causado uma violação e obter reparação. Krūmiņš, *Arbitration and Human Rights, Approaches to Excluding the Annulment of Arbitral Awards and Their Compatibility with the ECHR*, 37 e ss.

[86] Jakšić, *Arbitration and human rights*, 289 e ss.; Krūmiņš, *Arbitration and Human Rights, Approaches to Excluding the Annulment of Arbitral Awards and Their Compatibility with the ECHR*, 37 e ss.

garantias consagradas no artigo referido[87].

1.2. No direito comparado: os casos português, inglês, francês e brasileiro

Tal como reconhecido internacionalmente e a nível europeu[88], o direito à tutela jurisdicional efetiva é um direito fundamental normalmente consagrado nas constituições nacionais[89], ou reconhecido como tal noutras fontes de direito nacionais[90], gozando do estatuto constitucional de direito fundamental inerente a qualquer Estado de Direito Democrático[91]. É um direito complexo, que abarca diversas vertentes, que agrega direitos e garantias que às vezes não estão expressamente consagradas nas constituições, podendo ser deduzidos dele[92]. Sem prejuízo de a forma de consagração e organização sistemática do direito à tutela jurisdicional efetiva variar entre os sistemas jurídicos analisados e, independentemente de algumas diferenças que decorrem das características de cada um deles[93], pode antecipar-se que o direito em questão inclui, como principais vertentes: o acesso aos tribunais, estaduais ou arbitrais, que sejam independentes e imparciais para poderem exercer a função jurisdicional, com a regulação, de modo proporcional, de possíveis restrições ou requisitos de acesso aos mesmos (sejam jurídicos, financeiros ou de patrocínio jurídico, etc); um processo justo e equitativo, que integra como principais componentes o contraditório e a igualdade das partes; e, ainda, uma tutela dos direitos que seja efetiva, ou

[87] Asouzu, «A Threat to Arbitral Integrity», 158–59; Benedettelli, «Human Rights as a Litigation Tool in International Arbitration», 639; Jakšić, *Arbitration and human rights*, 289 e ss.; Petrochilos, *Procedural Law in International Arbitration*, 153; Guinchard, *Droit processuel*, 1589–91; Krūmiņš, *Arbitration and Human Rights, Approaches to Excluding the Annulment of Arbitral Awards and Their Compatibility with the ECHR*, 46; TEDH, Stran Greek Refineries e Stratis Andreadis c. Grécia, n.º 13427/87, 09.12.1994; TEDH, Regent Company c. Ukraine, n.º 773/03, de 03.04.2008; TEDH, Tabbane c. Suíça, n.º 41069/12, 01.03.2016; TEDH, Mont Banc Trading Ltd e Antares Titanium Trading LTD c. Ukraine, n.º 11161/08, 31.05.2021 § 101; TEDH, Xavier Lucas c. França, n.º 15567/20, 09.09.2022; TEDH, Iliria S.R.L. c. Albânia, n.º 31011/09, 05.03.2024.
[88] Nota 51. Gutman, «Article 47: The Right to an Effective Remedy and to a Fair Trial», 381 e ss.
[89] V. Artigos 20.º da CRP, 5.º, inciso XXXV, da Constituição Federal Brasileira ("CFB"), V e XIV Aditamentos à Constituição dos EUA, 19.º/4, da Constituição Alemã, 29.º da Constituição da República de Angola; 24.º e 119.º da Constituição Espanhola; 24.º e 111.º da Constituição Italiana; 62.º, 63.º e 70.º da Constituição da República de Moçambique, entre outras.
[90] Como, por exemplo, nos direitos inglês e francês. V. Guinchard, *Droit processuel*, 607.
[91] Oliveira, «Chapter 1: To What Degree Should Access to Justice Be Secured in Arbitration?», 11–12.
[92] Silveira, *Mecanismos de agilização processual e princípio da tutela jurisdicional efetiva no contencioso administrativo*, 246; Guinchard, *Droit processuel*, 166 e 606 e ss.
[93] Como, por exemplo, se verá que, entre a multifuncionalidade do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, que acresce ao facto de o mesmo ter uma dimensão de direito subjetivo e uma dimensão objetiva como valor constitucional a proteger em todos os sistemas jurídicos analisados, no sistema jurídico inglês o direito de acesso aos tribunais tem uma função fundamental de instrumento de criação de Direito que reforça ainda mais a relevância e os interesses públicos e de terceiros subjacentes à consagração e garantia deste direito do que nos outros sistemas jurídicos em questão.

seja, o efeito de caso julgado e a garantia de execução da sentença arbitral, com possibilidade de antecipação da tutela provisória do direito para assegurar o efeito útil da decisão que vier a ser proferida. Igualmente, como explicitarei em seguida, o direito à tutela jurisdicional efetiva inclui o direito fundamental à arbitragem, por pessoas singulares e coletivas, e integra o direito a impugnar a sentença arbitral apenas em determinados casos de séria violação de direitos fundamentais processuais e/ou de determinados interesses de ordem pública, como situações de inarbitrabilidade, certas violações sérias de direitos fundamentais processuais e/ou de resultados manifestamente incompatíveis com a ordem pública.

O **direito português** consagra, no artigo 20.º da CRP, o *acesso ao direito* e *a tutela jurisdicional efetiva* como direitos fundamentais[94], valendo também como princípios absolutamente estruturantes do Estado de Direito[95] e do sistema de justiça português e, ainda, contendo garantias institucionais[96]. De acordo com o princípio da universalidade e com base na instrumentalidade ou funcionalidade da personalidade coletiva, também as pessoas coletivas são titulares dos direitos fundamentais processuais referidos, por estes serem compatíveis com a sua natureza e necessários ao exercício da sua função[97]. Ainda que sejam direitos dependentes de conformação legal e de prestação positiva do Estado, não podem ser excluídos da esfera jurídica de qualquer pessoa. Assim, independentemente de se reconduzirem a um direito, liberdade e garantia ou a um direito análogo (artigos 17.º e 18.º da CRP), encontram-se sujeitos ao regime específico dos direitos, liberdades e garantias

[94] V. Parte I da CRP, cuja epígrafe se intitula "Direitos e deveres fundamentais".
[95] Miguel Nogueira de Brito, «O princípio do Juiz Natural e a Nova Organização Judiciária», *Julgar*, n. 20 (2013): 35.
[96] Silveira, *Mecanismos de agilização processual e princípio da tutela jurisdicional efetiva no contencioso administrativo*, 253 e ss.; Miranda e Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I:356–57. V. também Acórdão do STJ, de 12.07.2022, proc. n.º 1916/18.3T8STS.P1.S1, *in* www.dgsi.pt/jstj.nsf.
[97] Artigo 12.º da CRP. V. TC n.º 279/2009, proc. n.º 15/09, de 27.05; TC n.º 242/2018, proc. n.º 598/17, de 08.05; J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª edição, Reimpressão 2021 (Coimbra: Almedina, 2018), 420–23. De acordo com o direito português, e também com referência à jurisprudência do TEDH, é consagrado que as pessoas coletivas (de vários tipos, incluindo entidades sem personalidade jurídica) são sujeitos de direitos (e deveres) fundamentais, já que, ainda que não sejam equiparadas às pessoas singulares, na medida em que somente têm os direitos compatíveis com a sua natureza e, dentro destes, os conducentes à prossecução dos respetivos fins, "o direito fundamental dos cidadãos constituírem associações e sociedades seria desprovido de eficácia se as novas entidades jurídicas assim criadas não fossem também constitucionalmente tuteladas no plano dos direitos fundamentais" (V. acórdãos referidos). Em particular, sendo proibida a autotutela e necessário o recurso aos tribunais para exercício dos respetivos direitos e interesses, é aceite que as pessoas coletivas de direito privado são titulares dos direitos fundamentais de acesso ao direito e a uma tutela jurisdicional efetiva, tendo sido apenas discutida a aplicação de uma das respetivas dimensões, o acesso à proteção jurídica.

previsto na CRP[98].

Quanto ao âmbito e conteúdo do direito fundamental consagrado no artigo 20.º da CRP, é hoje pacífico na doutrina e jurisprudência constitucionais portuguesas que o direito fundamental de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efetiva implica não só a dimensão inicial de acesso aos tribunais, como órgãos independentes e imparciais, para obter a apreciação da respetiva pretensão, mas também um conteúdo muito rico de diversos subprincípios e direitos fundamentais, conforme desenvolvi[99]. É, também, hoje aceite que a categoria de *tribunais* abrange, quer os estaduais, quer os arbitrais (artigos 202.º e 209.º da CRP), que também exercem uma função jurisdicional, sendo, pois, reconhecido que inclui o direito fundamental à arbitragem[100]. No que se refere às diversas vertentes, que correspondem a verdadeiros direitos fundamentais, integrados no artigo 20.º da CRP, para além do direito de ação (n.º 1), destacam-se o direito à informação e consulta jurídicas e ao patrocínio judiciário (n.º 2), o direito a não ser prejudicada ou denegada a justiça por insuficiência de meios económicos (n.º 1), o direito ao segredo de justiça (n.º 3), o direito ao

[98] Vital Moreira, «Tribunais arbitrais e direito de acesso à justiça: Uma perspetiva constitucional», *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação* 9 (2016): 125; Teles, «Podem as partes renunciar validamente à tutela cautelar na convenção de arbitragem», 245 e ss.

[99] Teles, «Podem as partes renunciar validamente à tutela cautelar na convenção de arbitragem» e jurisprudência aí citada como Acórdãos do TC n.º 444/91, 440/94, 473/94, 363/2004, 276/2006, 174/2020, 135/2020, entre outros. V. também, Canotilho, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I:406 e ss.; Miranda e Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I:437 e ss.; Moreira, «Tribunais arbitrais e direito de acesso à justiça: Uma perspetiva constitucional», 130 e ss.

[100] Canotilho, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I:410; estes autores citados consideram que, sendo o acesso ao direito integrante do princípio material de igualdade e do próprio princípio democrático, o artigo 20.º da CRP "não pode ser interpretado como consagração de um Estado judiciário ou Estado de Justiça, entendido como um Estado em que o direito se realiza apenas através do recurso aos tribunais ou através da solução judicial de litígios. O direito de acesso aos tribunais ou o direito à via judiciária é uma das dimensões – porventura a mais importante – mas não é a única de um direito de acesso ao direito". Embora os autores não o refiram expressamente, parece que, como consequência lógica desta afirmação, todos os meios de resolução alternativa de litígios em relação aos tribunais judiciais estarão naturalmente incluídos na materialização do direito fundamental em questão, em particular a arbitragem e os tribunais arbitrais, os quais estão consagrados constitucionalmente (artigos 202.º e 209.º da CRP); Armindo Ribeiro Mendes, «A Arbitragem na Jurisprudência do Tribunal Constitucional», *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação* VII, Número Especial: Arbitragem e Direito Público (2014): 127 e ss; Miranda e Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I:433; Miguel Galvão Teles, «Recurso para Tribunal Constitucional das Decisões dos Tribunais Arbitrais», em *Escritos Jurídicos*, vol. I (Coimbra: Almedina, 2013), 590–91; Paula Costa e Silva, «Constitucionalidade e Arbitragem. Controlo de constitucionalidade por tribunais arbitrais e controlo de constitucionalidade de decisões arbitrais.», em *Estudos de Arbitragem*, vol. I (Almedina, 2022), 88–92; V. ainda, na jurisprudência constitucional, esta discussão e tratamento consensual da arbitragem como exercício da função jurisdicional e, como tal, igualmente sujeita ao quadro de fiscalização concreta da constitucionalidade das decisões dos tribunais arbitrais TC n.º 230/86, proc. n.º 178/84, de 12.09; TC n.º 52/92, proc. n.º 10/89, de 05.02; TC n.º 42/2014, proc. n.º 564/12, de 11.02; TC n.º 281/2014, proc. n.º 204/14, de 25.03.

processo, que assegure uma decisão num prazo razoável, sem dilações indevidas, e que seja equitativo (n.º 4) e, ainda, o direito a uma tutela jurisdicional que seja *efetiva*. Esta vertente inclui, ainda, o direito a requerer medidas cautelares e de, proferida qualquer sentença, obter a execução da decisão e a sua efetividade (epígrafe do artigo 20.º, bem como n.ºs 1 e 5 da CRP).

Como tem sido objeto de ampla densificação pela doutrina e pela jurisprudência constitucional[101], o princípio do processo equitativo inclui outros princípios fundamentais para uma tutela jurisdicional efetiva, tais como o princípio de igualdade de armas ou de posições no processo, com a consequente proibição de discriminações ou diferenças arbitrárias; o direito de defesa, com a necessidade de salvaguarda da citação e do conhecimento das sentenças pelas partes num processo; e o direito ao contraditório, que implica que todas as partes tenham oportunidade de invocar as razões de facto e de direito que fundamentam cada posição, de oferecer provas, de controlar as provas produzidas pelas outras partes e de se pronunciar sobre a admissibilidade, o valor e resultado das mesmas. Além disso, têm sido também invocados como exigências de um processo justo e equitativo o direito a prazos razoáveis (i.e., adequados à complexidade e particularidades) de ação e recurso, o direito à fundamentação das decisões e, em geral, o direito orientado para a justiça material sem demasiadas exigências ou restrições formalísticas.

Quanto ao recurso jurisdicional, não há uma resposta totalmente consensual na doutrina e jurisprudência em relação ao seu fundamento constitucional[102]. De um lado, partindo da ausência de consagração expressa na CRP[103], as teses dominantes são negativas[104] ou assentam na consagração implícita[105]. O TC tem considerado, de forma firme e consolidada, que o direito de acesso aos tribunais e a uma tutela jurisdicional efetiva não

[101] Miranda e Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I:441 e ss.; Canotilho, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I:406 e ss.; Moreira, «Tribunais arbitrais e direito de acesso à justiça: Uma perspetiva constitucional»; Silveira, *Mecanismos de agilização processual e princípio da tutela jurisdicional efetiva no contencioso administrativo*; Teles, «Podem as partes renunciar validamente à tutela cautelar na convenção de arbitragem»; TC n.º 135/2020, proc. n.º 740/18, de 03.03; TC n.º 174/2020, proc. n.º 564/2018, de 11.03; TC n.º 740/2020, proc. n.º 661/19, de 10.12.

[102] Rui Pinto, *Manual do Recurso Civil*, vol. I (AAFDL Editora, 2020), 106 e ss.

[103] Exceto em matéria penal, que está consagrado no artigo 32.º da CRP. No artigo 20.º da CRP, nada se refere quanto ao direito ao recurso.

[104] Seguindo o caminho internacional, em que os artigos 6.º/1 da CEDH e 47.º da CDFUE não preveem o direito a um duplo grau de jurisdição. Para maior desenvolvimento, V. Guinchard, *Droit processuel*, 826 e ss.; Pinto, *Manual do Recurso Civil*, I:106.

[105] Armindo Ribeiro Mendes, *Recursos em Processo Civil*, 2.ª (Lex, 1994), 99–104; Pinto, *Manual do Recurso Civil*, I:106 e ss.

garante, em todos os casos e por si só, um direito ao recurso, i.e., a um duplo ou triplo grau de jurisdição. O TC reconhece ao legislador ampla margem de conformação do(s) processo(s), nomeadamente para promover soluções concretas mais céleres, expeditas e funcionalmente adequadas, com uma eficaz gestão de meios em termos racionais e sustentáveis, afastando expedientes dilatórios, desde que não estabeleça medidas arbitrárias, objetivamente infundadas ou desrazoáveis e/ou desproporcionais[106]. Em qualquer caso, é aceite[107] que o legislador não poderá suprimir ou inviabilizar globalmente o direito ou o sistema de recurso(s) em bloco, já que a própria CRP prevê uma hierarquia de tribunais.

De outro lado, algumas teorias positivas minoritárias defendem o direito a tutela adicional para além da primeira instância em determinados casos[108], quer para defesa de certos direitos fundamentais, como defende Gomes Canotilho em caso de violação de direitos, liberdades e garantias, quer para impedir violações graves de outros valores constitucionais protegidos num Estado de direito democrático. Jorge Miranda e Rui Medeiros, citando a própria jurisprudência do TC, defendem que, de acordo com a interpretação literal, teleológica e sistemática do artigo 20.º da CRP, a plenitude do acesso à justiça e do direito a uma tutela jurisdicional efetiva, bem como à juridicidade e à igualdade naqueles incluídos, requerem e fundam, constitucionalmente, um sistema que assegure, em geral, a defesa dos interessados perante os próprios atos jurisdicionais, no qual se integra um direito genérico ao recurso[109]. Finalmente, também Rui Pinto retira o direito ao recurso do

[106] TC n.º 287/90, proc. n.º 309/88, 30.10; TC n.º 489/95, proc. n.º 279/94, 27.09; TC n.º 377/96, proc. n.º 648/92, 06.03; TC n.º 490/97, proc. n.º 696/96, 02.07; TC n.º 638/98, proc. n.º 860/96, 04.11; TC n.º 256/2012, proc. n.º 97/11, 23.05; TC n.º 657/2013, proc. n.º 272/12, 08.10; TC n.º 253/18, proc. n.º 699/2017, 17.05; TC n.º 174/2020, proc. n.º 564/2018, 11.03; TC n.º 740/2020, proc. n.º 661/19, 10.12; STJ, proc. n.º 8111/16.4T8PRT-B.P1.S1, 08.10.2020; STJ proc. n.º 1916/18.3T8STS.P1.S1, 12.07.2022, entre outros citados nestes. Note-se, ainda, que o direito ao recurso é renunciável antecipadamente, por acordo das partes, nos termos da lei processual civil (Artigo 632.º do CPCP) e o sistema de recursos no processo civil já foi objeto de diversas reformas, vigorando, por exemplo, a regra da dupla conforme como limite ao recurso para o STJ (artigos 671.º e ss do CPCP); V. também José Lebre de Freitas, Isabel Alexandre, e Armindo Ribeiro Mendes, *Código de Processo Civil*, 3.ª, vol. 3.º (Coimbra: Almedina, 2022), 54 e ss; António Santos Abrantes Geraldes, *Recursos em Processo Civil*, 6.ª Atualizada (Almedina, 2020), 111 e ss.

[107] Miranda e Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I:452; Silveira, *Mecanismos de agilização processual e princípio da tutela jurisdicional efetiva no contencioso administrativo*, 282. V. Acórdãos TC n.º 638/98, de 04.11.1998, 40/08, de 23.01.2008, entre outros.

[108] Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 466–67; Miranda e Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I:450; Silveira, *Mecanismos de agilização processual e princípio da tutela jurisdicional efetiva no contencioso administrativo*, 282; TC n.º 638/98, proc. n.º 860/96, de 04.11; TC n.º 657/2013, proc. n.º 272/12, de 08.10.

[109] Miranda e Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I:435. V. também Acórdãos do TC n.ºs 287/90, de 30.10.1990, 489/95, de 27.09.1995, 377/96, de 06.03.1996, 490/97, de 02.07.1997, 256/2012, de 23.05.2012, 485/2000, de 22.11.2000.

direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva[110], como direito autónomo, i.e., que não decorre do direito à ação e não existe em todos os casos, e que consiste num mínimo recursório, que garante "o direito à revogação de decisão judicial em casos em que a sua falta desrazoável, desproporcionada ou excessiva levaria à manutenção de violações dos princípios, direitos, liberdades e garantias identitários do Estado de Direito através da própria atuação dos tribunais desse mesmo Estado de Direito", podendo, inclusive, o legislador optar por meios diferentes, como as reclamações ou as ações rescisórias, referindo-se, pois, a um direito à impugnação de uma decisão de um tribunal, independentemente da sua concretização legal[111].

Com especial relevância para a tese, a doutrina e a jurisprudência constitucional portuguesas[112] afirmam que, de acordo com a interpretação literal, teleológica e sistemática do artigo 20.º da CRP, o direito a uma tutela jurisdicional que seja *efetiva* goza de proteção constitucional[113]. O direito a uma tutela efetiva implica, para além da garantia de meios para que o processo conduza a uma justiça material, e não apenas formal, o alcance de resultados

[110] Artigo 20.º/1 da CRP.

[111] Pinto, *Manual do Recurso Civil*, I:116–23. Note-se, ainda, o caso dos recursos extraordinários de uniformização de jurisprudência e de revisão que, apesar de não decorrerem de um imperativo constitucional ao recurso, são previstos e considerados pela doutrina como irrenunciáveis. V. sobre o recurso extraordinário de uniformização de jurisprudência, por exemplo, TC n.º 657/2013, proc. n.º 272/12, 08.10. No que se refere ao recurso extraordinário de revisão, apesar de não ser um imperativo constitucional, além de ser considerado irrenunciável pela doutrina, tem-se entendido ser aplicável quer a sentenças estaduais, quer a sentenças arbitrais. Neste sentido, V. Caramelo, *A impugnação da Sentença Arbitral*, 11; Freitas, Alexandre, e Mendes, *Código de Processo Civil*, 3.º:58 e 302; José Carlos Soares Machado e Rita Lynce de Faria, «A definitividade das decisões arbitrais que apliquem normas cuja inconstitucionalidade tenha sido suscitada pelas partes», em *Arbitragem Comercial, Estudos Comemorativos dos 30 anos do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa* (Coimbra: Almedina, 2019), 590; Armindo Ribeiro Mendes, «A nova lei de arbitragem voluntária e as formas de impugnação das decisões arbitrais (algumas notas)», em *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Lebre de Freitas*, vol. II (Coimbra Editora, 2013), 749 e ss.; Mendes, «A Arbitragem na Jurisprudência do Tribunal Constitucional», 156. Além disso, é de salientar ainda o recurso de constitucionalidade para o TC, que é aplicável quer às sentenças estaduais, quer às sentenças arbitrais, desde que se verifiquem os requisitos da respetiva admissibilidade [cfr. artigos 280.º da CRP e 70.º e ss da Lei do Tribunal Constitucional, aprovada pela Lei n.º 28/82, com todas as suas alterações]; V. Galvão Teles, «Recurso para Tribunal Constitucional das Decisões dos Tribunais Arbitrais»; Caramelo, *A impugnação da Sentença Arbitral*, 11; Machado e Faria, «A definitividade das decisões arbitrais que apliquem normas cuja inconstitucionalidade tenha sido suscitada pelas parte»; Mendes, «A Arbitragem na Jurisprudência do Tribunal Constitucional»; António Pedro Pinto Monteiro, «Do recurso de decisões arbitrais para o Tribunal Constitucional», *Themis-Revista da Faculdade de Direito da UNL*, Almedina, ano IX, n. 16 (2009): 185–223.

[112] Canotilho, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I:415–17; Miranda e Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I:454–55; V., por exemplo, TC n.º 174/2020, proc. n.º 564/2018, 11.03; TC n.º 135/2020, proc. n.º 740/18, 03.03.

[113] Independentemente da base legal considerada relevante (seja o artigo 20.º/1 e 5 da CRP, a respetiva epígrafe do preceito e/ou o artigo 268.º, n.º 4 da CRP), Teles, «Podem as partes renunciar validamente à tutela cautelar na convenção de arbitragem», 249.

úteis e práticos, incluindo a consagração de meios dotados de celeridade e prioridade para defesa de direitos, liberdades e garantias[114], as regras da obrigatoriedade da decisão e do caso julgado, bem como o regime de execução da decisão em causa[115].

Como referem Gomes Canotilho e Vital Moreira, "o princípio da efetividade articula-se, assim como uma compreensão unitária da relação entre *direitos materiais* e *direitos processuais*, entre *direitos fundamentais* e organização e processo de proteção e garantia"[116]. O bem jurídico que se protege e visa implementar com a efetividade da tutela é o resultado prático de justiça material e/ou o efeito útil dos meios processuais, devendo existir meios adequados aos fins que se pretendem prosseguir, aos direitos e interesses que se visam satisfazer, bem como diferentes tipos de remédios e de sentenças apropriados às diferentes pretensões dos cidadãos. Daí que a imposição constitucional do princípio da efetividade se dirija, em primeira linha, ao legislador, que deve atender à adequação e eficácia práticas dos meios e instrumentos processuais legais preconizados para cada situação.

Assim, no que toca ao direito de impugnar as sentenças arbitrais, da doutrina e da jurisprudência constitucional portuguesas[117] resulta que a articulação do direito de acesso à justiça e à tutela jurisdicional efetiva[118] e a legitimação constitucional dos tribunais arbitrais,

[114] Ainda que com maior relevância quanto a determinados tipos de direitos, os pessoais – artigo 20.º/5 da CRP –, aplicáveis a todos.
[115] Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 491 e ss.; Miranda e Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I:453 e ss.; Silveira, *Mecanismos de agilização processual e princípio da tutela jurisdicional efetiva no contencioso administrativo*, 249.
[116] Canotilho, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I:416.
[117] Caramelo, *A impugnação da Sentença Arbitral*, 22; António Menezes Cordeiro, *Tratado da arbitragem: em comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro*, Reimpressão (Coimbra: Almedina, 2016), 434 e 455; Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 295; António Pinto Monteiro, *O princípio da igualdade e a pluralidade de partes na arbitragem: os problemas na constituição do tribunal arbitral* (Coimbra [Portugal]: Almedina, 2018), 182–87; Pedro Metello de Nápoles e Carla Góis Coelho, «A arbitragem e os tribunais estaduais - alguns aspectos práticos», *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n. Ano V (2012): 197–99; Silva, «Constitucionalidade e Arbitragem. Controlo de constitucionalidade por tribunais arbitrais e controlo de constitucionalidade de decisões arbitrais.»; Silva, «I. Anulação e Recursos da Decisão Arbitral», 469–70 e 574; Dário Moura Vicente, *Da arbitragem comercial internacional: direito aplicável ao mérito da causa* (Lisboa: Coimbra Editora, 1990), 94; V. ainda quanto à relação entre a arbitragem e os tribunais estaduais, embora no âmbito mais específico das medidas cautelares, Maria João Mimoso, *Arbitragem do comércio internacional: medidas provisórias e cautelares* (Lisboa: Quid Juris, 2009), 332 e ss.; TC n.º 250/96, proc. n.º 194/92, 29.02 (sem data), em que se afirma que "o tribunal arbitral, como tribunal que é, faz parte da própria garantia de acesso ao direito e aos tribunais" e que "[p]ermitindo a Constituição a existência de tribunais arbitrais voluntários para a resolução de litígios, admite também, necessariamente, que às respectivas decisões não impugnadas tempestivamente seja conferida força de caso julgado, sem ulterior possibilidade de reapreciação da questão por outro tribunal"; TC n.º 506/96, proc. n.º 137/93, 21.03 (sem data); TC n.º 256/2012, proc. n.º 97/11, 23.05, entre outros.
[118] Artigo 20.º da CRP.

consagrando-se um direito fundamental à arbitragem[119], impõem uma garantia de não privação do direito de acesso aos tribunais estaduais para garantir um controlo mínimo – mais ou menos amplo, consoante a vontade expressa do legislador e o grau de autonomia que se pretende atribuir à arbitragem[120] – daquelas decisões arbitrais. Como melhor desenvolverei[121], defende-se que, considerando os interesses fundamentais das partes, de terceiros e da comunidade em geral em causa na arbitragem, há uma contrapartida quanto à aceitação e ao reconhecimento da mesma, que é a de o Estado regulamentar e controlar as arbitragens que decorram em território nacional[122]. Dado que os tribunais arbitrais exercem uma função jurisdicional sujeita ao artigo 20.º da CRP, que as sentenças arbitrais têm a mesma eficácia obrigatória e força executiva que as estaduais[123], visando-se o cumprimento voluntário ou coercivo das mesmas, e que, simultaneamente, também podem ser cometidos erros, vícios ou violação de princípios ou direitos fundamentais no processo e/ou nas sentenças arbitrais, impõe-se a necessidade de existirem meios de impugnar e controlar as sentenças arbitrais para, pelo menos, impedir os casos mais graves de violações de direitos fundamentais processuais e/ou de interesses de ordem pública. Como também desenvolverei[124], uma vez que os tribunais arbitrais têm natureza privada e precisam da força coerciva dos tribunais estaduais para alcançar plenamente a sua função em determinadas situações, i.e., para alcançar a execução das sentenças arbitrais e a efetividade dos direitos das partes na arbitragem (sejam materiais, sejam processuais), tem de existir algum controlo estadual, pelo menos, nessas situações em que não há cumprimento voluntário e se recorre aos tribunais estaduais, mesmo que haja possibilidade de recurso para um outro tribunal arbitral. Consequentemente, gozando o direito à impugnação das sentenças arbitrais de proteção constitucional, fica também sujeito ao regime jurídico dos direitos, liberdades e garantias, detalhado adiante[125].

Em **Inglaterra**, o direito de acesso à justiça é um direito fundamental constitucional, consagrado e desenvolvido, quer internamente por força da lei – desde a Magna Carta de

[119] Artigos 20.º e 209.º/2 da CRP e Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro ("LAP"), que substituiu a Lei n.º 31/86, de 29 de agosto ("LAP de 1986").
[120] Silva, «I. Anulação e Recursos da Decisão Arbitral», 469.
[121] B.IV.
[122] Vicente, *Da arbitragem comercial internacional*, 94.
[123] Artigo 42.º/7 da LAP.
[124] B.IV.2.2 e 3. pp. 193 e ss. e 229 e ss.
[125] A.II.2. e 3. pp. 54 e ss. e 82 e ss.

1215 – e do *common law* dos tribunais ingleses, quer através das convenções internacionais de direitos humanos, de que o Estado é parte e que é responsável por implementar[126], sendo um direito "profundamente embutido no nosso direito constitucional", segundo o respetivo Supremo Tribunal[127].

Diferentemente do que sucede na maioria das ordens jurídicas, não há uma constituição inglesa escrita no sentido de documento único que compila, de forma expressa e firme, o direito constitucional inglês[128], o que não significa que não exista uma constituição, criada ao longo do tempo numa combinação de lei, costume e prática e mais flexível[129]. As fontes da constituição inglesa são diversas, sendo normalmente identificadas as seguintes: leis do Parlamento (*Acts of Parliament*), decisões dos tribunais, a prerrogativa real e convenções constitucionais. Uma última fonte era o direito da UE, que, contudo, deixou de o ser com a saída do RU da UE[130].

No que diz respeito aos direitos fundamentais, com a aprovação da Lei dos Direitos Humanos (*Human Rights Act*, doravante designada "LDH") de 1998 e a respetiva entrada em vigor em 2000, os direitos consagrados na CEDH foram incorporados no direito inglês[131]. Antes da LDH, os valores fundamentais no *common law* inglês eram expressos em liberdades e nalguns direitos fundamentais não escritos, tais como o direito à segurança pessoal, à liberdade pessoal, à propriedade privada, à liberdade de discussão e de reunião. A

[126] Como as referidas, a DUDH, o PIDCP, a CEDH, entre outras.
[127] R (Unison) c. Lord Chancellor [2017] UKSC 51, §§ 64-85, *maxime* 66, 71 e 77, e 105-117.
[128] Chantal Mak, *Fundamental rights in European contract law: a comparison of the impact of fundamental rights on contractual relationships in Germany, the Netherlands, Italy, and England*, Private law in European context series, v. 12 (Alphen aan den Rijn, The Netherlands : Frederick, MD: Kluwer Law International ; Sold and distributed in North, Central, and South America by Aspen, 2008), 22; Gert Brüggemeier, Aurelia Colombi Ciacchi, e Giovanni Comandé, eds., *Fundamental Rights and Private Law in the European Union. I: A Comparative Overview*, 1. publ (Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2010), 119 e ss.*maxime* 137 Segundo esta análise, o constitucionalismo inglês começa com a Magna Carta (1215), com a Petition of Right (1628), a Bill of Rights (1688) e o Act of Settlement (1701). No entanto, em 1950, estes documentos históricos deixaram de ter mais valor do que esse, ou seja, valor histórico. Leyland, Peter, *The constitution of the United Kingdom: a contextual analysis*, Fourth edition, Constitutional systems of the world (Gordonsville: Hart Publishing, an imprint of Bloomsbury Publishing, 2021), 1 e ss.28 e ss..
[129] *Idem*.
[130] Brüggemeier, Ciacchi, e Comandé, *Fundamental Rights and Private Law in the European Union, I*, 119 e ss.; Leyland, Peter, *The constitution of the United Kingdom*, 19–26. V. *EU (Withdrawal) Act 2008*, 5(4), entre outros.
[131] Mak, *Fundamental rights in European contract law*, 23; Leyland, Peter, *The constitution of the United Kingdom*, 25, 28 e ss.; Para uma análise das propostas de uma nova dimensão que tinha de ser acrescentada ao *common law* como existia antes da incorporação dos direitos humanos consagrados na CEDH, V. também Scarman, *English Law - The New Dimension*.

LDH veio transformar as antigas liberdades em direitos[132]. A fundação das liberdades como garantias positivas em Inglaterra remonta ao século XIX, com a teoria dos *residual rights* de Dicey[133], tendo ocorrido uma maior tomada de consciência dos direitos individuais na última década do século XX. Por influência da CEDH[134], e com o desenvolvimento verificado no direito de *common law*, foi uma questão de tempo até à formalização interna dos direitos humanos e liberdades fundamentais. Apesar da oposição inicial à receção integral das disposições da CEDH, por poder pôr em causa a doutrina constitucional da soberania parlamentar ou por se entender que o *common law* já conferia proteção suficiente aos direitos, houve uma evolução lenta na discussão que veio a culminar na aprovação da LDH, mais como uma consolidação de um caminho feito do que a criação de uma nova tendência.

A LDH consistiu num compromisso político delicado de incorporação da CEDH e salvaguarda da soberania do parlamento, introduzindo a obrigação geral de as autoridades públicas, incluindo os tribunais, interpretarem e aplicarem, na medida do possível e, salvo se houver lei que o proíba, a legislação num sentido compatível com a CEDH e, ainda, um poder de declararem a legislação do Parlamento contrária aos direitos humanos da convenção ("declaração de incompatibilidade"), o que também correspondia a uma limitação da *judicial review* decorrente da teoria da soberania parlamentar[135]. A LDH operou uma mudança muito relevante na proteção dos direitos no RU com a passagem de um sistema inglês de liberdades residuais ou obrigações negativas para um sistema de direitos positivos[136]. Sem prejuízo do referido, a LDH reafirmou a teoria da soberania parlamentar,

---

[132] *Idem*.

[133] Brüggemeier, Ciacchi, e Comandé, *Fundamental Rights and Private Law in the European Union, I*, 119 e ss.; Feldman, David, *Civil liberties and human rights in England and Wales*, 2nd ed. (Oxford ; New York: Oxford University Press, 2002); Leyland, Peter, *The constitution of the United Kingdom*, 45 e ss.; Mak, *Fundamental rights in European contract law*, 23 e ss. De acordo com a teoria referida, os indivíduos podem fazer ou dizer o que quiserem, desde que não violem lei substantiva ou os direitos dos outros.

[134] O RU ratificou a CEDH em 1951 e reconheceu o direito individual de reclamação para o TEDH em 1966. Antes disso, conforme referido, o RU já era parte de muitos instrumentos internacionais de direitos humanos, como a DUDH, o PIDCP, entre outros. Embora a CDFUE não tenha sido incorporada no direito da Eu ou na lei doméstica do RU, não é desprovida de efeitos jurídicos, sendo citada em muitas ocasiões, cfr. Brüggemeier, Ciacchi, e Comandé, *Fundamental Rights and Private Law in the European Union, I*, 144.

[135] Secções 2/1, 3, 4 e 6/1 a 3 da LDH. Susan H. Blake, *A practical approach to effective litigation*, 8.ª (Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2015), 43–44; Brüggemeier, Ciacchi, e Comandé, *Fundamental Rights and Private Law in the European Union, I*, 119 e ss.

[136] Brüggemeier, Ciacchi, e Comandé, *Fundamental Rights and Private Law in the European Union, I*, 119 e ss.; Mark Elliot e Kirsty Hughes, «1. The Nature and Role of Common Law Constitutional Rights», em *Common Law Constitutional Rights*, ed. Elliot Mark e Kirsty Hughes, Bloomsbury Collections (Oxford: Hart Publishing, 2020), 1–23; Leyland, Peter, *The constitution of the United Kingdom*, 32, 55–56 e 206 e ss.

embora a tenha sujeitado a uma importante medida de controlo judicial[137]. A reforma constitucional de 2005 veio ainda contribuir para a proteção dos direitos fundamentais, através do reforço de uma separação de poderes que não era e não é assim tão clara no sistema constitucional inglês, da afirmação de um princípio de independência judicial e da criação do Supremo Tribunal do RU para substituir a *Appelate Committee* da Câmara dos Lordes[138].

Desde cerca de 2015, voltou a verificar-se um foco renovado nos direitos constitucionais do *common law* de modo a serem recebidos a nível superior, quer nas decisões do Supremo Tribunal, quer em decisões extrajudiciais[139]. Exemplos clássicos de direitos fundamentais reconhecidos no *common law* são o direito de acesso aos tribunais, bem como o direito a um processo justo, sendo direitos com relevância constitucional elevada[140]. Apesar de a CEDH e LDH se manterem vigentes no RU, o interesse nas diferenças entre estes sistemas e o *common law*, e o potencial deste, tornam-se particularmente pertinentes perante a possibilidade de revogação da LDH e de retirada da CEDH, na medida em que aquelas perdas poderão implicar a inclusão de direitos e valores no *common law* que permita esta mudança[141]. Embora haja sobreposição entre o *common law* e a LDH e CEDH, é altamente duvidoso que o conteúdo total dos direitos protegidos por estes últimos instrumentos esteja totalmente coberto pelo *common law*[142].

Quanto ao âmbito do direito de acesso à justiça no direito inglês, o mesmo tem sido entendido na jurisprudência de *common law* como um direito de acesso aos tribunais estaduais e arbitrais, quer de pessoas singulares, quer coletivas[143]. Numa conceção ampla,

---

[137] *Idem*.
[138] Leyland, Peter, *The constitution of the United Kingdom*; Brüggemeier, Ciacchi, e Comandé, *Fundamental Rights and Private Law in the European Union, I*, 159–60.
[139] Elliot e Hughes, «1. The Nature and Role of Common Law Constitutional Rights», 1 e ss.
[140] V. Caso *England and Wales High Court (administrative Court)*, A. v B Investigatory Powers Tribunal: Jurisdiction, 04.07.2008, [2008] EWHC 1512 (admin), [2008] 4 All ER 511 ou em *House of Lords*, R (McCann) v Manchester Crown Court [2002], 39, [2003] 1 AC 787.
[141] Elliot e Hughes, «1. The Nature and Role of Common Law Constitutional Rights», 8–9.
[142] *Idem.*
[143] Blake, *A practical approach to effective litigation*, 5 e ss.; Lucy, William, «The Normative Standing of Access to Justice: An Argument from Non-Domination"», em *Windsor Yearbook of Access to Justice*, vol. 33, 231, 2016, 234–39; Maldon, «The hidden value of the Rule of Law and English Law Blackstone Lecture 2022, Pembroke College, Oxford»; Oliveira, «Chapter 1: To What Degree Should Access to Justice Be Secured in Arbitration?», 11; Johan Steyn, «Arbitration and the Courts: Arbitration Systems in England and Wales», *The Arbitration Journal* 35, n. 4 (1980): 10, o qual sumaria a história da arbitagem, que no direito inglês remonta ao séc. XVI, e da relação entre os tribunais da coroa e estaduais com os arbitrais; Tom Bingham, *The Rule of Law* (Penguin Books, 2011), 40 e ss.88 e ss.; Wheatle, «3. Access to Justice: From Judicial Empowerment to Public Empowerment», 50; R (Unison) c. Lord Chancellor [2017] UKSC 51.

engloba indubitavelmente três diferentes componentes: o acesso ao conhecimento jurídico, quer de *case law*, quer de *statutory law* (*Legal Knowledge*), o acesso a profissionais especialistas do direito que assessorem e representem os indivíduos (*Legal Experts*) e o acesso propriamente dito às autoridades públicas, incluindo aos tribunais estaduais e arbitrais (*Legal Fora*)[144]. Embora haja doutrina que autonomize o direito a um processo justo do de acesso aos tribunais, a verdade é que, através da incorporação da CEDH e da LDH, não há dúvida de que aquele também tem consagração constitucional e de que deve ser respeitado em qualquer tribunal inglês[145]. O direito de acesso aos tribunais tem sido reconhecido pela jurisprudência inglesa como uma garantia de acesso aos tribunais, estaduais e arbitrais, que administram a justiça tempestivamente e de forma justa[146], incluindo também a garantia de uma tutela jurisdicional efetiva, ou seja, a garantia de que eventuais restrições ao direito não podem impedir o exercício efetivo do mesmo, invocando-se nesse sentido a aplicação do princípio da efetividade e da proporcionalidade de forma similar à prevista no próprio direito da UE[147].

No sistema jurídico inglês, há duas componentes do direito de acesso à justiça que têm sido distinguidas: uma individual, que requer que cada pessoa possa reclamar o exercício dos respetivos direitos num tribunal, obter a resolução do litígio e confiar no resultado da mesma; e outra comunitária muito relevante, que começou por ser, mas que vai para além de uma mera garantia institucional do Estado de Direito considerada isoladamente, e que visa assegurar a adequada administração da justiça, a responsabilização do Estado perante as pessoas que serve e a preservação das vias para os tribunais[148]. Com efeito, o direito à tutela jurisdicional efetiva é a porta de entrada para o desenvolvimento de um conjunto mais alargado de direitos do *common law*, já que não só é instrumental ao exercício e execução de outros direitos em si como também é um meio para o desenvolvimento doutrinal dos direitos fundamentais de *common law*, o que sucedeu, quer antes, quer depois da LDH. Além disso, a jurisprudência inglesa é um caminho para que as partes mais fracas, vulneráveis ou

[144] Bingham, *The Rule of Law*, 40 e ss.88 e ss.; Lucy, William, «The Normative Standing of Access to Justice: An Argument from Non-Domination"», 234–39.
[145] Lucy, William, «The Normative Standing of Access to Justice: An Argument from Non-Domination"», 234–39; V. também Bingham, *The Rule of Law*, 93 e ss.
[146] R (Unison) c. Lord Chancellor [2017] UKSC 51, §74.
[147] *Idem*, §§82, 89, 98 e 105 e ss. V. também Blake, *A practical approach to effective litigation*, 5 e ss.; Leyland, Peter, *The constitution of the United Kingdom*, 206 e ss.
[148] Wheatle, «3. Access to Justice: From Judicial Empowerment to Public Empowerment», 62.

marginalizadas ganhem voz no sistema judicial, através da identificação de limites à restrição de direitos fundamentais, e também uma via de condicionar a interpretação de acordo com a constituição, i.e., da apreciação judicial das questões de direito e de controlo dos órgãos executivos, através de poderes de interpretação mais fortes que os tribunais têm, nomeadamente quanto aos direitos fundamentais, especialmente depois da LDH, que, como refere Lord Stein, "criou uma nova ordem jurídica"[149].

Deste modo, considerando as várias facetas do direito constitucional inglês de acesso à justiça, os bens jurídicos protegidos ou objetivos prosseguidos são também múltiplos, tais como o exercício dos interesses individuais e dos direitos fundamentais, o respeito pelo Estado de Direito, a independência dos tribunais, o suporte da administração da justiça e a responsabilidade do governo[150]. Relevante é a decisão no caso *Unison* c. *Lord Chancellor*, que foi um ponto de viragem importante na visão do direito de acesso à justiça, cuja tónica deixa de estar no papel meramente institucional dos tribunais e no serviço prestado a cada indivíduo, para passar a estar no bem público prestado quer aos indivíduos, quer à comunidade, conduzindo a um racional de empoderamento público no acesso à justiça, traduzido também num direito a um processo justo e equitativo inerente à garantia do Estado de Direito[151].

No que se refere ao direito de impugnar a sentença arbitral, o debate sobre a relação entre os tribunais estaduais e a arbitragem em Inglaterra é antigo e tem conduzido a alterações relevantes[152]. Após hostilidades visíveis entre tribunais da coroa ou estaduais e tribunais arbitrais até final do século XIX, e com a criação do tribunal comercial em 1895, cuja competência inclui a supervisão da arbitragem, e a implementação de reformas legais no final deste século, assentes no fim visado pela jurisprudência inglesa de certeza jurídica e na necessidade de os árbitros estarem inseridos num determinado sistema jurídico[153], são criadas as bases do direito da arbitragem inglês moderno[154].

---

[149] *Idem*, 50–58. Cfr. também R (Jackson) c. AG [2005] UKHL, 56, [2006] 1 AC 262, 102.
[150] Wheatle, «3. Access to Justice: From Judicial Empowerment to Public Empowerment», 59.
[151] *Idem*. R (Unison) c. Lord Chancellor [2017] UKSC 51, §§ 66 e ss.
[152] Para contexto histórico da evolução legislativa da arbitragem em Inglaterra, V. Steyn, «Arbitration and the Courts: Arbitration Systems in England and Wales»; V. também Anne E. Dickson, *Judicial Control of Arbitration - Great Britain*, Institute of Comparative Law, Faculty of Law, (McGill University, 1993).
[153] Dickson, *Judicial Control of Arbitration - Great Britain*; Steyn, «Arbitration and the Courts: Arbitration Systems in England and Wales», 12 V. também Valleji c. Wheeler [1774] 1 Cowp 143 e China National Foreign Trade Transportation Corporation c. Evlogia Shipping Co. SA [1979] EWCA Civ J0705-2.
[154] Steyn, «Arbitration and the Courts: Arbitration Systems in England and Wales».

O debate sobre o controlo estadual da arbitragem no direito inglês assenta no equilíbrio entre duas premissas fundamentais: a de que as arbitragens têm de ser conduzidas segundo determinados princípios gerais obrigatórios, que mais não são do que os direitos fundamentais processuais decorrentes do acesso aos tribunais e ao processo justo e equitativo (como os que estão hoje consagrados na Secção 1 da Parte I da Lei de Arbitragem Inglesa, de 1996, doravante abreviadamente designada "LAI"), e a de que, quando as partes escolhem a arbitragem, renunciam aos direitos do artigo 6.º da CEDH no sentido de obter confidencialidade e finalidade, pretendendo que o litígio seja resolvido pelos tribunais arbitrais de forma mais definitiva possível e com a menor intervenção dos tribunais estaduais[155]. A LAI, vigente desde 1997, aplicável a todas as arbitragens, domésticas e internacionais, que tenham sede em Inglaterra, País de Gales ou Irlanda do Norte e, nalgumas seções, aplicável mesmo quando a sede é fora dessas jurisdições, visou aumentar a consagração da autonomia privada e limitar a intervenção dos tribunais estaduais.

Na medida em que a arbitragem é um método privado de resolução de litígios que se enquadra nos direitos fundamentais constitucionais de acesso aos tribunais e do processo justo e equitativo, com as garantias daí decorrentes[156], que visa a exequibilidade da sentença na ordem jurídica inglesa e requer a intervenção dos tribunais estaduais para a integridade

[155] V. Steyn, «Arbitration and the Courts: Arbitration Systems in England and Wales». Após o "Report on Arbitration of the Commercial Court Committee" de julho de 1978, em que um dos pontos discutidos era exatamente o controlo da sentença arbitral pelos tribunais estaduais, já na Lei de Arbitragem de 1979 se alcançou um compromisso nas alterações implementadas à Lei de Arbitragem de 1950, permitindo a exclusão do recurso, por acordo das partes, quanto a determinadas questões de direito, exceto nas arbitragens domésticas e em determinadas categorias de contratos, por pressuporem uma desigualdade de poder entre as partes e a necessidade de salvaguardar considerações de ordem pública. A LAI de 1996 veio continuar esta linha de alteração pela cedência em favor do princípio da finalidade das sentenças arbitrais. Hossein Abedian, «Judicial Review of Arbitral Awards in International Arbitration – A Case for an Efficient System of Judicial Review», *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, 28, n. 6 (2011): 553; Willian W. Park, «Why Courts Review Arbitral Awards», em *Recht der Internationalen Wirtschaft und Streiterledigung im 21. Jahrhundert: Liber Amicorum Karl-Heinz Boeckstiegel 595*, ed. Robert Briner, L. Yves Fortier, Klaus Peter Berger & Jens Bredow ed (Carl Heymanns Verlag KG, 2001), 596 e ss.; Practical Law Arbitration, «The Role of the English Courts in Arbitration» (Thomson Reuters, 2023), 1–2, https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/3-204-0031?transitionType=Default&contextData=(sc.Default) (acesso em 21.06.2024); North Range Shipping Ltd. c. Seatrans Shipping Corporation [2002] EWCA Civ 405; BLCT (13096) Ltd. c. J Sainsbury plc, [2003] EWCA Civ 884; Terna Bahrain Holding Company WLL c. Al Shamsi & ors [2012] EWHC 3283 (Comm) [2013] § 85 e ss.; Obrascon Huarte Lain SA c. Qatar Foundation for Education, Science & Community Development [2019] EWHC 2539 (Comm) [2019] § 44; Reliance Industries Limited and another c. Union of India [2018] EWHC 822 (Comm) [2018] § 32; Republic of Kosovo c. Contourglobal Kosovo LLC [2024] EWHC 877 (Comm), § 2 e ss.

[156] Bingham, *The Rule of Law*, 40 e ss.88 e 93 e ; Leyland, Peter, *The constitution of the United Kingdom*, 32, entre outras.; Oliveira e Hourani, *Access to justice in arbitration*, 11; R (Unison) c. Lord Chancellor [2017] UKSC 51 em § 64; Halliburton Company (Appellant) c. Chubb Bermuda Insurance Ltd (formerly known as Ace Bermuda Insurance Ltd) (First Respondent) [2020] UKSC 48 §§ 47 e ss., 151 e ss.

do processo, a impugnação da sentença arbitral em determinados casos de violações sérias, que causem uma injustiça substancial, tem sido entendida como inerente à natureza privada da arbitragem e, por isso, imperativa e de interesse público[157]. Embora se pretenda que a intervenção dos tribunais estaduais seja mais de apoio ou assistência do que de supervisão à arbitragem, e reduzida ao mínimo essencial (jurisdição residual), a mesma inclui a possibilidade de impugnação e, mesmo que em termos restritos, mais amplos do que noutras jurisdições: quer através do recurso quanto a questões específicas de direito inglês, com possibilidade de exclusão pelas partes[158]; quer pela ação de anulação[159], com fundamentos relativos a falta de competência material e/ou a má conduta ou irregularidades processuais pelo tribunal arbitral, sendo esta irrenunciável, como demonstrarei[160].

Embora o **direito francês** não contenha uma norma constitucional expressa a consagrar os direitos de acesso ao tribunal e à tutela jurisdicional efetiva[161], estes têm natureza de direitos fundamentais e são reconhecidos, quer constitucionalmente, sobretudo pela jurisprudência, quer internacionalmente, pelos instrumentos convencionais, que, como explicitarei, vigoram diretamente na ordem jurídica francesa, tendo igual natureza em

[157] Secções 1, 4 e Anexo I, 67 e 68 da LAI. Neil Andrews, *Arbitration and Contract Law*, vol. 54, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice (Cham: Springer International Publishing, 2016), 10; Dickson, *Judicial Control of Arbitration - Great Britain*; Steyn, «Arbitration and the Courts: Arbitration Systems in England and Wales»; North Range Shipping Ltd. c. Seatrans Shipping Corporation [2002] EWCA Civ 405 em 14; Lesotho Highlands Development Authority c. Impregilo SpA [2005] UKHL 43 §§ 17 e ss. e 26 e ss. Terna Bahrain Holding Company WLL c. Al Shamsi & ors [2012] EWHC 3283 (Comm) [2013]; Obrascon Huarte Lain SA c. Qatar Foundation for Education, Science & Community Development [2019] EWHC 2539 (Comm) [2019]; Reliance Industries Limited and another c. Union of India [2018] EWHC 822 (Comm) [2018]; Republic of Kosovo c. Contourglobal Kosovo LLC [2024] EWHC 877 (Comm).

[158] Secção 69 da LAI. O recurso é permitido em termos bastante restritos e com fundamentos específicos, sendo necessário ou o acordo das partes ou uma autorização do tribunal estadual. North Range Shipping Ltd. c. Seatrans Shipping Corporation [2002] EWCA Civ 405, p. 14; BLCT (13096) Ltd. c. J Sainsbury plc, [2003] EWCA Civ 884.

[159] Secções 67 e 68 da LAI. V. jurisprudência referida na nota 157.

[160] B.IV.2.2. e 3. pp. 193 e ss. e 229 e ss. e B.V.1.2.1. pp. 248 e ss. Abedian, «Judicial Review of Arbitral Awards in International Arbitration – A Case for an Efficient System of Judicial Review»; Asouzu, «A Threat to Arbitral Integrity»; Andrews, *Arbitration and Contract Law*, 54:10–11; Practical Law Arbitration, «The Role of the English Courts in Arbitration»; «Right to a Fair Trial Is Not Infringed by Exclusion of Right to Appeal in an Arbitration Agreement», *Practical Law UK Legal Update Case Report 6-242-0954*, 2007, entre outros.

[161] Embora a doutrina e jurisprudência não utilizem muito esta nomenclatura de direito a uma tutela jurisdicional efetiva, referem-se ao direito a um processo equitativo em sentido amplo, que engloba também o direito de acesso aos tribunais e os demais direitos normalmente incluídos no direito a uma tutela jurisdicional efetiva, conforme detalharei a propósito do seu conteúdo. V. Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, 525 e ss.; Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, 1024; Guinchard, *Droit processuel*, 593 e ss; Silveira, *Mecanismos de agilização processual e princípio da tutela jurisdicional efetiva no contencioso administrativo*, 168 e ss.

relação ao direito interno[162]. Embora o direito de acesso à justiça caracterize uma sociedade democrática, não há consagração expressa do seu conteúdo no direito interno francês, sem prejuízo, porém, de o artigo 30.º do CPCF conter uma alusão ao direito a ser ouvido[163].

Sobretudo com a Constituição de 1958, vigora em França o princípio da constitucionalidade[164], sendo a Constituição francesa composta por cinco conjuntos de normas: dois preponderantes, a Constituição de 1958 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 ("DDHC"), e três acessórios, como os princípios políticos, económicos e sociais enunciados no preâmbulo da Constituição de 1946, os princípios fundamentais mencionados nesse preâmbulo e a Carta ambiental de 2004 (o designado "bloco de constitucionalidade")[165]. De fora do bloco de constitucionalidade ficam as convenções internacionais e, ainda que não seja pacífico na doutrina, os designados "objetivos de valor constitucional"[166]. Estes consistem num conjunto de princípios qualificados como tais pelo Conselho Constitucional (*Conseil Constitutionnel*), que não constituem normas constitucionais, mas sim orientações dadas às mesmas. São utilizadas pelo Conselho Constitucional, não para censurar as leis, mas para operar as conciliações necessárias com certos princípios constitucionais, podendo assim constituir limites àquelas para garantir os referidos objetivos. Como exemplo, refira-se a salvaguarda da ordem pública, o respeito da liberdade do outro, a acessibilidade e inteligibilidade da lei, entre outros[167].

---

[162] Antoine Steff, «La protection de l' accès au juge judiciaire par les normes fondamentales», *Les annales de droit* 11 (2017): 235 e ss.; Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, 525 e ss.; Guinchard, *Droit processuel*, 606 e ss.; Silveira, *Mecanismos de agilização processual e princípio da tutela jurisdicional efetiva no contencioso administrativo*, 168 e ss. e jurisprudência citada em todas as obras citadas. C. Appel de Paris, proc. n.º 09/24158, de 17.11.2011; C. Cass. Civ 1, 11-27.770, 28.03.2013, entre outros.

[163] "L'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention".

[164] Além de existir, a Constituição é suprema e as normas constitucionais somente podem ser derrogadas por normas de igual natureza. Um segundo aspeto do constitucionalismo é exatamente o respeito pelos direitos fundamentais. Cfr. Favoreu, Louis et al., *Droit constitutionnel*, 93 e ss.128 e ss.

[165] Brüggemeier, Ciacchi, e Comandé, *Fundamental Rights and Private Law in the European Union, I*, 194 e ss; Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, 81 e ss.; Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, 134 e ss.; Ferdinand Mélin-Soucramanien e Nicolas Zinamsgvarov, *Libertés fondamentales*, 3e éd, Les mémentos Dalloz (Paris: Dalloz, 2018), 62–65.

[166] Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, 144–45; Mélin-Soucramanien e Zinamsgvarov, *Libertés fondamentales*, 35 e 64. V. Cons. Const., n.º 2017-750 DC, 23 de março de 2017 (sobre o objetivo de valor constitucional da acessibilidade e inteligibilidade da lei).

[167] Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, 144–45; Mélin-Soucramanien e Zinamsgvarov, *Libertés fondamentales*, 35 e 64. V. Cons. Const., n.º 2017-750 DC, 23 de março de 2017 (sobre o objetivo de valor constitucional da acessibilidade e inteligibilidade da lei).

O conceito de direitos fundamentais está profundamente enraizado no sistema jurídico francês, apesar de, tradicionalmente, serem mais comuns as expressões "direitos humanos" ou "direitos do Cidadão" e de não haver uma lista ou um catálogo de direitos fundamentais na Constituição[168]. Segundo a doutrina e a jurisprudência do Conselho Constitucional, trata-se de um "conceito amplo e indeterminado", quer pela respetiva evolução histórica, quer pela heterogeneidade dos valores que traduz (dignidade, liberdade, igualdade, solidariedade, etc), quer ainda pelas diferentes natureza e configurações existentes (liberdades *stricto sensu* e direitos de solidariedade; liberdades individuais e liberdades coletivas, etc.)[169]. Entre diversas conceções e classificações, uma que poderá ser útil para compreender o sistema jurídico francês é a que distingue entre uma conceção formal e uma substancial de direitos fundamentais, em que a primeira integra aqueles que estão consagrados na Constituição, ainda que indiretamente, e que são deduzidos através da jurisprudência do Conselho Constitucional, e nas convenções internacionais de que França é parte, como a CEDH, o PIDCP e a CDFUE, na qual se incluem os direitos fundamentais ora em causa, e a segunda inclui alguns direitos que não figuram nos textos supralegislativos, mas sim a nível legislativo e que prosseguem valores constitucionais[170]. Quanto à natureza dos direitos e liberdades fundamentais, a doutrina francesa também distingue uma dimensão subjetiva de direitos e uma dimensão objetiva de valores reconhecidos como essenciais e que são prosseguidos pelos direitos, com consequências no respetivo regime, sublinhando, porém, que, sem prejuízo de estes valores estarem subjacentes às suas decisões, os juízes franceses adotam geralmente uma posição estritamente jurídica[171].

Na ausência de disposições expressas na Constituição, a constitucionalização do direito de acesso aos tribunais, bem como dos direitos de defesa e a um processo equitativo, ocorreu por via indireta através da jurisprudência do Conselho Constitucional e do Conselho de Estado (*Conseil d' État*), por interpretação atualista do artigo 16.º da DDHC de 1789[172] e

[168] Brüggemeier, Ciacchi, e Comandé, *Fundamental Rights and Private Law in the European Union, I*, 190 e ss.; Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, 917 e ss.
[169] Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, 29–39. V. também Cons. Const., n.º 2017-750 DC, 23 de março de 2017.
[170] Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, 35–38; Mélin-Soucramanien e Zinamsgvarov, *Libertés fondamentales*, 22–24.
[171] Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, 41–49; Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, 923–25.
[172] Artigo 16.º da DDHC: *"Toute societé dans laquelle la garantie des droits n' est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n' a point de Constitution"*, cuja tradução em português corresponde a "Qualquer

por aplicação dos artigos 6.º e 13.º da CEDH e 47.º da CDFUE[173]. O direito de acesso a um tribunal ou a um juiz é definido pela doutrina como "o direito de toda a pessoa individual ou coletiva, francesa ou estrangeira, de aceder à justiça para fazer valer os seus direitos"[174].

Quanto ao âmbito e conteúdo do direito de acesso a um tribunal, a doutrina e a jurisprudência francesas[175] têm reconhecido um direito a um processo equitativo em sentido amplo, que é a matriz de uma série de direitos fundamentais relativos à organização das jurisdições e do processo[176], donde decorrem três principais componentes: o direito de acesso a um juiz, o direito de acesso a um "bom juiz"[177] (que inclui o processo equitativo em sentido estrito) e, finalmente, o direito à execução da sentença. Desde logo, quanto ao direito de acesso ao tribunal, a doutrina e jurisprudência francesas[178] têm seguido os requisitos exigidos internacionalmente e adotados pela jurisprudência do TEDH e do TIJ, desde logo que o acesso seja concreto e efetivo, incluindo a ausência não só de obstáculos jurídicos e materiais como também de obstáculos financeiros, que sejam desproporcionais ou desrazoáveis, seguindo critérios de admissibilidade de restrição do direito semelhantes aos adotados internacionalmente, como abordarei[179]. Outra vertente consagrada também no direito de acesso ao tribunal é a da igualdade, que acaba por estar mais ligada à natureza de serviço público da justiça, e cuja tradução mais importante se enuncia no princípio do juiz natural. Finalmente, quanto ao direito ao recurso ou a um duplo grau de jurisdição, no seguimento

sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição alguma".

[173] Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, 526 e ss.532 e ss.; Guinchard, *Droit processuel*, 593–654; Silveira, *Mecanismos de agilização processual e princípio da tutela jurisdicional efetiva no contencioso administrativo*, 168 e ss.; C. Const. n.º 93-335, 21.01.1994; C. Const n.º 2021-972 QPC 18.02.2022; C. App Paris, n.º 09/24158, 17.11.2011; C. Cass. Civ 1, 11-27.770, 28.03.2013.

[174] Guinchard, *Droit processuel*, 593–94; V. também Boulois, «Les droits fondamentaux des personnes morales»; Kiteri, «Les droits fondamentaux des personnes morales».

[175] Chainais, «Exigences du procès équitable et arbitrage: existence et essence du droit à un procès arbitral équitable»; Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, 525 e ss.; Caramelo, «Obrigatoriedade da convenção de arbitragem e direito de acesso à justiça», 76; Guinchard, *Droit processuel*, 655; Silveira, *Mecanismos de agilização processual e princípio da tutela jurisdicional efetiva no contencioso administrativo*, 168 e ss.; CEORD: 2020: 447063, 24.12.2020; C. Cass. civ 1, 11-27.770, 28.03.2013; C. App Paris, n° 21/10727, 14.02.2023.

[176] Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, 532.

[177] Tradução da expressão "bon juge" utilizada por Guinchard, *Droit processuel*, 877, em que o autor explica que a utilização dessa expressão decorre da ideia de um «direito subjetivo a uma boa administração da justiça» e que se reconduz ao direito a um processo equitativo (tradução minha).

[178] Chainais, «Exigences du procès équitable et arbitrage: existence et essence du droit à un procès arbitral équitable»; Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, 525 e ss.; Caramelo, «Obrigatoriedade da convenção de arbitragem e direito de acesso à justiça», 76; Guinchard, *Droit processuel*, 655 e ss.; Silveira, *Mecanismos de agilização processual e princípio da tutela jurisdicional efetiva no contencioso administrativo*, 168 e ss.

[179] A.III.3. e 4. pp. 117 e ss.

da jurisprudência do TEDH em matéria civil, que não o considera incluído no artigo 6.º/1 da CEDH[180] e, ainda que se considere que o direito de acesso a um tribunal e respetivas garantias se estendem para além da sentença e que se aplicam ao direito de recurso, quando previsto na lei, é geralmente entendido pelo Conselho Constitucional que o duplo grau de jurisdição não tem, em si, valor constitucional[181]. No entanto, a doutrina e a jurisprudência francesas não são totalmente claras e unânimes quanto ao seu valor, o qual é de princípio geral de direito para o Conselho de Estado e de ordem pública para o Supremo Tribunal (*Cour de Cassation*)[182], variando também consoante a matéria, já que, por exemplo, o direito ao recurso está consagrado legalmente em matéria penal, bem como deve ser salvaguardado quando se está perante casos de nulidade por excesso de poder ou irregularidades processuais graves[183].

Para além desta componente de acesso igual ao tribunal, a doutrina e jurisprudência francesas[184] têm identificado uma segunda componente, que é a do acesso a um "bom juiz" ou a uma boa administração da justiça, que implica quer, de um lado, a organização da Justiça de determinada forma (dualismo jurisdicional, jurisdições judiciárias e administrativas, civis e penais, o respeito por garantias institucionais, tais como o direito a um julgamento independente e imparcial, entre outros aspetos), quer, de outro lado, as garantias do processo – i.e., o processo equitativo em sentido estrito, tais como o direito de defesa, incluindo o de estar plenamente informado e o de ser patrocinado por advogado, os direitos ao contraditório e à igualdade das partes, o direito de lealdade, no qual cabe a presunção de renúncia a prevalecer-se das irregularidades não invocadas em tempo útil, entre outros direitos processuais que também reconhecem, por força da aplicação dos artigos 6.º e 13.º da CEDH, como o da administração da justiça em prazo razoável, o da publicidade do processo e o da fundamentação das sentenças[185]. Finalmente, quanto à terceira componente,

[180] Direito que somente é garantido no artigo 2.º do Protocolo n.º 7 à CEDH em matéria penal.
[181] Guinchard, *Droit processuel*, 826 e ss.; Cons. Const. n.º 2004-491 DC, 12.02.2004.
[182] Guinchard, *Droit processuel*, 830.
[183] *Idem*, 826 e ss.
[184] Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, 525 e ss.; Caramelo, «Obrigatoriedade da convenção de arbitragem e direito de acesso à justiça», 76; Guinchard, *Droit processuel*, 655 e ss.; Silveira, *Mecanismos de agilização processual e princípio da tutela jurisdicional efetiva no contencioso administrativo*, 168 e ss.; C. Cass., civ 1, n° 06-18.746, 11.02.2009; C. App Paris, n° 21/10727, 14.02.2023, entre outros.
[185] Guinchard, *Droit processuel*, 879 e ss.

e com base no direito internacional e europeu[186], o direito de acesso ao tribunal e a uma boa justiça não servirão de nada se não estiver assegurado o direito à execução da decisão e à segurança jurídica sobre o direito material, inerente a um direito a uma tutela jurisdicional efetiva[187].

No que se refere à aplicação à arbitragem do direito de acesso ao tribunal e das garantias decorrentes do processo equitativo em sentido amplo, tal como consagrado no artigo 6.º/1 da CEDH, e apesar de ser controverso[188], resulta maioritariamente da doutrina e da jurisprudência francesas, bem como da própria evolução da lei de arbitragem francesa, cuja versão atual entrou em vigor em 2011 ("LAF" ou "CPCF")[189], que este meio de resolução privada de litígios está sujeito aos direitos e garantias em questão, ainda que com prováveis e necessárias adaptações, não apenas na fase de controlo da decisão arbitral, mas durante toda a instância arbitral[190]. O recurso à arbitragem não pode implicar a renúncia a todas as exigências consagradas no artigo 6.º/1 da CEDH[191]. A evolução é de tal maneira significativa no sentido da aplicabilidade direta do artigo 6.º/1 da CEDH à arbitragem, que Cécile Chainais previu uma atualização da jurisprudência do Supremo Tribunal francês[192].

Ora, transpondo a aplicação do direito a um processo equitativo em sentido amplo para a arbitragem nas suas três principais vertentes referidas, a doutrina tem entendido que,

---

[186] TEDH, Hornsby c. Grécia, n.º 18357/91, 19.03.1997; TEDH, Simaldone c. Itália, n.º 22644/03, 30.06.2009; TEDH, Mazzeo c. Itália n.º 32269/09, 05.10.2017; TEDH, Iliria S.R.L. c. Albânia, n.º 31011/09, 05.03.2024.

[187] Guinchard, *Droit processuel*, 1277 e ss.

[188] Chainais, «Exigences du procès équitable et arbitrage: existence et essence du droit à un procès arbitral équitable», 269–70; Jérémy Jourdan-Marques, «Os impecuniosos diante da Lei de Arbitragem Francesa: Finalmente um pouco de ar!», *Revista Brasileira de Arbitragem*, Kluwer Law International, XX, n. 78 (2023): 217.

[189] Decreto n.º 2011-48, de 13 de janeiro de 2011, que reformou a lei de arbitragem francesa, incluída no CPCF.

[190] Chainais, «Exigences du procès équitable et arbitrage: existence et essence du droit à un procès arbitral équitable», 269; Guinchard, *Droit processuel*; Jourdan-Marques, «Os impecuniosos diante da Lei de Arbitragem Francesa: Finalmente um pouco de ar!»; V. também Alexis Mourre e Valentine Chessa, «The New French Arbitration Law: Innovation & Consolidation», *Dispute Resolution Journal* Maio/Julho (2011): 82 e ss.; Christophe Seraglini e Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 2e éd, Précis Domat droit privé (Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2019), 13–29; Jean-Baptiste Racine, «Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international (II.- L'arbitrage, Deuxième Séance)», *Revue de l'Arbitrage, Comité Français de l' Arbitrage* 2005, n. 2: 305–60; C. App Paris, n.º 09/24158, 17.11.2011; C. Cass. civ 1, 11-27.770, 28.03.2013; C. App Paris, n.º 17/18900, 02.06.2020; C. App Paris, n.º 18/01254, 19.10.2021; C. App Paris, n.º 21/02568, 30.06.2021; C. App Paris n.º RG 19/19201, 11.01.2022.

[191] C. App Paris, RG 19/02245, 08.06.2021 §35 e ss.; Jourdan-Marques e Nicolas-Gréciano, *Arbitrage et procès équitable*, 103 e ss.

[192] *Idem*. Chainais, «Exigences du procès équitable et arbitrage: existence et essence du droit à un procès arbitral équitable», 288; Jean-Baptiste Racine, «Le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international: un état des lieux», *Revue de l'Arbitrage, Comité Français de l' Arbitrage* 2022, n. 1 (2022): 199–200.

primeiro, há um direito à arbitragem pelas partes que a acordaram; segundo, que a arbitragem tem de respeitar as mínimas garantias decorrentes do processo equitativo, ainda que com necessárias adaptações – já que algumas delas não são essenciais e podem ser deixadas à autonomia das partes, como, por exemplo, a publicidade ou confidencialidade, como concluirei[193] – e, finalmente, que há um direito à execução da sentença arbitral ou, mais amplamente, à eficácia da arbitragem[194]. Da consagração dos direitos fundamentais referidos e do monopólio estadual do poder coercivo de execução (*ius imperii*) e insuficiências inerentes à natureza privada da arbitragem, que não goza desse poder, decorrem também o direito à intervenção subsidiária dos tribunais estaduais e o controlo e direito à impugnação, ainda que limitados, da sentença arbitral como garante da efetividade desses direitos[195]. Desde 2005, o Supremo Tribunal considera que a arbitragem é uma modalidade de acesso ao tribunal, que justifica a intervenção do juiz de apoio com fundamento no artigo 6.º/1 da CEDH com o intuito de assegurar a efetividade deste acesso e da arbitragem equitativa[196].

Embora tenha havido uma evolução no sentido de reduzir a intervenção dos tribunais estaduais como instância de controlo da arbitragem, funcionando aqueles como força de apoio aos fins da arbitragem e de forma subsidiária, adotando-se um controlo minimalista, nas primeiras décadas de 2000, o que, aliás, se denota na LAF, principalmente com a reforma de 2011[197], tal caminho tem vindo a inverter-se, mais recentemente, sobretudo, no que se refere ao controlo da ordem pública internacional, que, com o caso Belokon (2022), que consolidou uma linha jurisprudencial iniciada com o caso Alstom (2019), e que veio a ser seguida noutros casos, adotou uma posição maximalista[198], pelo menos nos casos de

[193] A.II.3. pp. 82 e ss. e A.III. pp. 102 e ss.
[194] Chainais, «Exigences du procès équitable et arbitrage: existence et essence du droit à un procès arbitral équitable», 267; Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, 525 e ss.; Guinchard, *Droit processuel*, 1581 e ss.; Seraglini e Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 13–29; 435 e ss. e 905 e ss.
[195] Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, 525 e ss.; Guinchard, *Droit processuel*, 1581 e ss. *maxime*, 1591 e ss.; Seraglini e Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 948 e ss.; C. Cass., civ 1, n.º 01-13.742, 02-15.237, 01.02.2005.
[196] Guinchard, *Droit processuel*, 1581 e ss.; C. Cass., civ 1, n.º 01-13.742, 02-15.237, 01.02.2005.
[197] Mourre e Chessa, «The New French Arbitration Law: Innovation & Consolidation»; C. Cass., civ 1, n.º 06-15.320, 04.06.2008, entre outros.
[198] C. Cass., civ 1, n.º 17-17.981, 23.03.2022; C. Cass., civ 1, n.º 17-21.019, 06.02.2019; C. App Paris, n.º 79/2023, 24.10.2023; C. App Paris, n.º 86/2023, 05.12.2023; Daniel Mainguy, «La nouvelle conception française de l' ordre public international en matière d' arbitrage international», *La Semaine Juridique, Entreprise et Affaires*, Lexis Nexis SA, n. 10 (2023): 25–31; Vincent Chantebout, «Étendue du contrôle du juge sur les violations de l' ordre public par l' arbitre: enfin le revirement espéré», *Dalloz Actualité, Éditions Dalloz 2024*, 2022.

corrupção e branqueamento, conforme abordarei[199]. Com efeito, a autonomia da arbitragem é ampla e fundamental, mas tem como limite o controlo que é efetuado no momento da eficácia da sentença arbitral. A execução forçada da sentença arbitral passa necessariamente pelo juiz estadual, que, em França, tem de conceder uma ordem de execução (*exequatur*), i.e., uma fórmula executória para que possa ser objeto de execução nos tribunais estaduais, sem contraditório, a qual só pode ser negada caso a sentença seja manifestamente contrária à ordem pública[200]. Além disso, como desenvolverei[201], pode haver um controlo mais aprofundado da própria sentença arbitral através do recurso de anulação[202], o qual é também, à semelhança das restantes ordens jurídicas analisadas, limitado nos seus fundamentos aos casos exaustivamente previstos na lei e no tipo de juízo admissível, que não incide sobre o mérito da decisão do árbitro, mas apenas no controlo formal do respeito por certos direitos fundamentais processuais essenciais e do resultado que a execução da sentença arbitral pode causar na ordem jurídica francesa. Acresce que os meios de recurso das sentenças arbitrais no direito francês têm caráter imperativo e de ordem pública, não podendo, em regra e salvo se houver permissão legal, ser afastados ou alterados pelas partes[203]. Como explicitarei[204], a LAF, principalmente desde 2011, distingue o regime da arbitragem consoante seja doméstica ou internacional, visando uma maior flexibilização e facilitação do regime de eficácia das sentenças internacionais, mas, ainda assim, não dispensando o respetivo controlo estadual, ainda que em termos limitados, caso se pretenda a execução da sentença arbitral em França, o que reforça a natureza de ordem pública deste controlo estadual mínimo[205].

No **Brasil**, o direito à inafastabilidade da tutela jurisdicional ou, também designado, de acesso à justiça ou ainda a uma tutela jurisdicional efetiva[206] integra o rol de direitos e garantias fundamentais consagrado no artigo 5.º, em particular no inciso XXXV e, também

[199] A.III.5. pp. 151 e ss.
[200] Artigos 1492.º, para arbitragem doméstica, e 1520.º, para a arbitragem internacional, do CPCF. Seraglini e Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 988–89; C. App Paris n.º 2002/19606, 18.11.2004.
[201] B.IV.2.2. pp. 193 e ss. e B.V.1.2.2. pp. 252 e ss.
[202] Ou através do recurso de apelação da decisão que rejeita o *exequatur*, que acaba por ser julgado em articulação com o recurso de anulação. B.IV.2.2. pp. 193 e ss.
[203] Seraglini e Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 948–49; C. Cass, civ 1, n.º 04-10.970, 13.03.2007.
[204] B.IV.2.2. pp. 193 e ss. e B.V.1.2.2. pp. 252 e ss.
[205] Guinchard, *Droit processuel*, 1622; Seraglini e Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 18.
[206] Diferentemente dos textos das Constituições portuguesa e espanhola, a CFB não refere expressamente o direito a uma tutela jurisdicional efetiva. Não obstante, a doutrina e jurisprudência brasileiras consideram-no consagrado constitucionalmente no artigo 5.º, inciso XXXV. V. referências citadas na nota seguinte.

com relevância, no inciso LIV, da CFB e impõe ao Estado Brasileiro um conjunto de políticas públicas, iniciativas legislativas e executivas para a sua efetiva implementação[207]. Além de gozar do regime jurídico e proteção próprios dos direitos e garantias fundamentais, como tratarei adiante[208], na distinção entre princípios e regras de Ronald Dworkin[209] e Robert Alexy[210], muito utilizada na doutrina brasileira, o direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva tem a natureza de princípio constitucional, ou seja, de uma norma com conteúdo valorativo relevante, entendido como fundamental e fundante de um ordenamento, suscetível de ponderação e otimização no confronto com outros princípios fundamentais[211]. Por sua vez, as regras são extraídas dos princípios, materializando-os nas situações concretas e que, por essa razão, têm natureza instrumental[212].

A CFB, promulgada em 5 de outubro de 1988, revista em 1994 e alterada por diversas emendas, é inovadora nalguns aspetos, como, por exemplo, no extenso catálogo de direitos fundamentais, e/ou também na previsão de possibilidades de se espoletar as emendas constitucionais (artigo 60.º). Além disso, assenta nos princípios constitucionais republicano, federativo, democrático e de Estado de Direito (artigo 1.º e ss) e apresenta-se como um dos mais avançados textos constitucionais no mundo contemporâneo em direitos e garantias (e, por isso, também denominada "Constituição Cidadã"), dando ainda ênfase à proteção do

[207] Ricardo de Carvalho Aprigliano, *Normas Processuais Aplicáveis à Arbitragem, parâmetros para a aplicação das normas processuais gerais ao processo arbitral* (São Paulo: USP, 2022), 188; Leonardo Carneiro da Cunha, «Normas fundamentais no novo CPC Brasileiro», em *Processo Civil Comparado - análise entre Brasil e Portugal*, por Leonardo Carneiro da Cunha e Maria José Capelo, 1.ª (Forense, 2017), 100; Cristiana Belon Fernandes et al., *Constitutional law in Brazil* (Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Frederick, MD: Wolters Kluwer Law & Business, Kluwer Law International; Sold and distributed in North, Central, and South America by Aspen Publishers, Inc, 2012), 260; Barroso, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 193; Luiz Guilherme Marinoni, «O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspetiva da teoria dos direitos fundamentais», *Jus.com.Br*, https://jus.com.br/artigos/5281 (acesso em 21.06.2024); Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica Processual e Tutela dos Direitos* (Lisboa: AAFDL Editora, 2020), 130; Luís Alberto Reichelt, Camila Victorazzi Martta, e Alan Jece Baltazar, «Direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e limites em termos de competência de instituições do sistema de justiça civil», *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*, ano 16, 23, n. 1 (2022): 852–71.
[208] A.II.2.2. pp. 66 e ss.
[209] Ronald Dworkin, *Levando os direitos a sério* (São Paulo: Martins Fontes, 2002), 39.
[210] Alexy, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais, tradução da 5.ª edição alemã de Virgílio Afonso da Silva* (Malheiros Editores, 2008), 85 e ss.
[211] Aprigliano, *Normas Processuais Aplicáveis à Arbitragem, parâmetros para a aplicação das normas processuais gerais ao processo arbitral*, 178 e ss; Cabral e Cramer, *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, 1–4.
[212] *Idem*.

ambiente e da saúde cultural da nação[213]. Tal como nos restantes sistemas jurídicos, também no Brasil, o Estado de Direito oitocentista transformou-se no Estado Constitucional novecentista, no qual, segundo a doutrina e jurisprudência constitucionais desenvolvidas na segunda metade do século XX, a garantia da proteção dos direitos fundamentais passou a compor o cerne do ordenamento jurídico[214].

A esta nova fase de renovação do estudo do direito constitucional, marcada pela força normativa da Constituição, pela expansão da jurisdição e controle constitucional e pelo desenvolvimento de uma nova hermenêutica constitucional, chamou-se neoconstitucionalismo[215]. Para além de princípios processuais constitucionais, hoje afirmam-se direitos fundamentais processuais, com uma dupla dimensão, a de direitos subjetivos, que atribuem vantagens aos seus titulares (subjetiva), e a de valores básicos estruturantes da ordem jurídica que devem presidir à interpretação de todo o sistema jurídico (objetiva)[216]. Consequentemente, o processo civil brasileiro tem particularidades importantes, explicadas também pela sua história e pelo seu "paradoxo metodológico", já que recebeu influência de duas diferentes tradições – *Common Law* americano, no direito constitucional, e tradição romano-canónica europeia (Portugal e Itália), no direito infraconstitucional –, prestando tutela aos direitos na dupla dimensão referida – no caso concreto e na ordem jurídica –, que se desdobra, também, numa dupla direção – servir, de um lado, as partes e, do outro, a administração da justiça em geral –, através, por um lado, da colaboração do juiz com as partes e, por outro, da adoção do precedente judicial[217].

O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva é a contrapartida da proibição da

---

[213] Barroso, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 473 e ss.; Fernandes et al., *Constitutional law in Brazil*, 13–15.

[214] Barroso, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 211 e ss.; Cunha, «Normas fundamentais no novo CPC Brasileiro», 93.

[215] Cunha, «Normas fundamentais no novo CPC Brasileiro», 93; Barroso, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 217 e ss.; Miguel Calmon Dantas, «Direito Fundamental à Processualização», em *Constituição e Processo* (Edições Podivm, 2007), 367; Fredie Didier Jr, *Curso de Direito Processual Civil - Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*, 17.ª, vol. 1 (Podivm, 2015), 42.

[216] Didier Jr, *Curso de Direito Processual Civil - Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*, 1:54–55; Marinoni, Arenhart, e Mitidiero, *Código de Processo Civil Comentado*; Aleixo, «O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva na ordem jurídica brasileira - A caminho de um "devido processo proporcional"», 424; Mitidiero, *Processo Civil*, 17–37; Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, «Sobre o Direito Fundamental à Jurisdição», em *Constituição e Processo* (Editora Podivm, 2007), 551 e ss.

[217] Didier Jr, *Curso de Direito Processual Civil - Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*, 1:57 e ss.; Marinoni, Arenhart, e Mitidiero, *Código de Processo Civil Comentado*, 148 e ss.; Mitidiero, *Processo Civil*, 24 e ss. *maxime*, 31-35. V. artigo 1.º e ss. do Código de Processo Civil brasileiro, aprovado pela Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015, com as alterações entretanto introduzidas (doravante, designado "CPCB").

autotutela num Estado de Direito Democrático, que, na CFB, é delimitada pela negativa[218]. Do artigo 5.º, inciso XXXV, da CFB decorre que nenhuma lei no ordenamento brasileiro pode impedir qualquer pessoa, entendida num sentido muito amplo – cidadãos e a sociedade em geral, incluindo os próprios entes da Administração, do Legislativo e do Judiciário – de obter tutela jurisdicional efetiva do seu direito ou interesse de direito material. Apesar de a CFB não o prever expressamente, é aceite que os direitos fundamentais são extensíveis às pessoas coletivas, nomeadamente os processuais[219]. Embora o texto normativo aluda ao Poder Judiciário e, durante algum tempo, tal tenha impelido parte da doutrina e jurisprudência a considerar que se consagrava o monopólio da administração da justiça por órgãos estatais, hoje a posição maioritária é a de que o acesso à justiça se pode assegurar por outros meios para além dos tribunais estatais, o que resulta da própria denominação do direito como da inafastabilidade da tutela jurisdicional[220]. Como refere Carlos Alberto Carmona, trata-se de uma garantia, e não obrigatoriedade, de acesso à tutela estatal, sendo erro grosseiro entender-se que a Constituição proibiu o juízo arbitral no artigo 5.º, XXXV, da CFB[221].

Do tradicional direito ao mero acesso ao processo legalmente instituído evoluiu-se, também no direito brasileiro, e independentemente da construção ou sistematização adotada, para uma conceção muito ampla do direito à tutela jurisdicional efetiva como o direito a poder fazer valer os próprios direitos materiais, de forma tempestiva e, quando houver necessidade, preventiva e, em qualquer caso, efetiva[222]. Assim, o direito à tutela jurisdicional efetiva inclui, como defende Luiz Guilherme Marinoni, o direito à técnica processual

[218] Artigo 5.º, inciso XXXV: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". V. também Aleixo, «O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva na ordem jurídica brasileira - A caminho de um "devido processo proporcional"», 419 e ss.; Nogueira, «Sobre o Direito Fundamental à Jurisdição», 556.
[219] Aleixo, «O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva na ordem jurídica brasileira - A caminho de um "devido processo proporcional"», 419 e ss.; Cabral e Cramer, *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, 6; Rodrigues, *A aplicabilidade dos direitos humanos às pessoas coletivas*, 15 e ss.
[220] Aprigliano, *Normas Processuais Aplicáveis à Arbitragem, parâmetros para a aplicação das normas processuais gerais ao processo arbitral*, 188; Carlos Alberto Carmona, «Das boas relações entre os juízes e os árbitros», *Revista do Advogado, Associação dos Advogados de São Paulo*, n. 51 (1997): 17–24; Didier Jr, *Curso de Direito Processual Civil - Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*, 1:169 e ss.; Marinoni, «O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspetiva da teoria dos direitos fundamentais»; Marinoni, *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*, 130; Thiago Luís Sombra, «A constitucionalidade da arbitragem e sua disciplina no Anteprojeto de CPC», *Revista de informação Legislativa* ano 48, n. 190 (2011): 263–77.
[221] Carmona, *Arbitragem e processo*, 391–93.
[222] Aprigliano, *Normas Processuais Aplicáveis à Arbitragem, parâmetros para a aplicação das normas processuais gerais ao processo arbitral*, 120 e ss e 188 e ss; Cabral e Cramer, *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, 8; Marinoni, Arenhart, e Mitidiero, *Código de Processo Civil Comentado*, 156.

adequada (norma processual), o direito a participar através do procedimento adequado e o direito à resposta do juiz, quer com o provimento adequado, quer com o meio de execução adequado, i. e., dirige-se não apenas ao legislador, como também ao juiz que deve interpretar as normas processuais à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e, na falta de lei, deve concretizá-lo[223]. Fredie Didier Jr, por sua vez, afirma que "a jurisdição é a função atribuída a terceiro imparcial (a) de realizar o Direito de modo imperativo (b) e criativo (reconstrutivo), (c), reconhecendo/efetivando/protegendo situações jurídicas (d) concretamente deduzidas (e), em decisão insuscetível de controlo externo[224] (f) e com aptidão para tornar-se indiscutível (g)", desenvolvendo cada um destes elementos essenciais[225]. Leonardo Carneiro da Cunha, considerando igualmente que o artigo 5.º, inciso XXXV, da CFB se dirige quer ao legislador, quer ao juiz, defende poder construir-se, com base no referido dispositivo, primeiro, o princípio da inafastabilidade do controlo jurisdicional, que impõe ao juiz encontrar a técnica processual idónea à proteção do direito material, mesmo perante uma omissão legislativa; segundo, o princípio da garantia do livre acesso à justiça, incluindo a desoneração de custos e despesas judiciais e remoção de obstáculos para os que não dispõem de meios financeiros; e, ainda, o princípio da efetividade, que pressupõe, para além da facilitação do próprio acesso, a viabilização de uma solução eficiente com técnicas próprias à satisfação do direito material afirmado em juízo[226]. Igualmente, Ricardo de Carvalho Aprigliano afirma que "a doutrina adverte para a magnitude desta garantia constitucional", que inclui a assistência judiciária gratuita, a criação de Defensorias Públicas no âmbito da União e dos Estados, a edição de leis que consagrem meios e facilitação à efetivação dos direitos, como a criação de tribunais especiais ou de instrumentos processuais específicos para proteção de direitos (por exemplo, de direitos coletivos), estendendo-se à prevenção de violações, através de técnicas de tutela inibitória, e à amplificação da efetividade dos direitos, através de técnicas de urgência e da

[223] Marinoni, «O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspetiva da teoria dos direitos fundamentais»; Marinoni, *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*, 134 e ss.; V. também Aleixo, «O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva na ordem jurídica brasileira - A caminho de um "devido processo proporcional"», 424 e ss.; Nogueira, «Sobre o Direito Fundamental à Jurisdição», 562 e ss.; Cunha, «Normas fundamentais no novo CPC Brasileiro», 100 e ss.

[224] Tendo aqui em vista, essencialmente, o princípio da separação de poderes.

[225] Didier Jr, *Curso de Direito Processual Civil - Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*, 1:153 e ss.

[226] Cunha, «Normas fundamentais no novo CPC Brasileiro», 100 e ss.

evidência[227].

Além disso, como decorre da doutrina citada[228], o direito a uma tutela jurisdicional efetiva pressupõe o direito a um processo justo ou ao devido processo legal, consagrado no artigo 5.º, inciso LIV, da CFB[229], que tem sido identificado como o princípio-síntese, que congrega, e do qual decorrem, todos os outros direitos ou princípios, tais como o contraditório[230], a ampla defesa[231], a igualdade das partes[232], a imparcialidade[233], a fundamentação das decisões[234], a publicidade[235], a proibição das provas ilícitas[236], entre outros. Por força de um movimento inspirado no neoconstitucionalismo, desenvolveu-se e ampliou-se o conceito de processo e de um direito fundamental à processualização, desligado e que vai para além da tutela jurisdicional dos direitos, com fundamento na ligação entre devido processo legal e o sistema de direitos fundamentais, que constitui uma via de realização e concretização dos mesmos em todas as áreas[237]. Independentemente da discussão quanto a esta conceção mais ampla, de que não cuidarei aqui, relevante é que processo, no âmbito do constitucionalismo contemporâneo, só o é materialmente se for devido, se for justo, o que pressupõe igualdade e formas de manifestação dos interessados, com a possibilidade de intervenção e de influenciar na prática o ato final[238].

---

[227] Aprigliano, *Normas Processuais Aplicáveis à Arbitragem, parâmetros para a aplicação das normas processuais gerais ao processo arbitral*, 189.

[228] Aprigliano, *Normas Processuais Aplicáveis à Arbitragem, parâmetros para a aplicação das normas processuais gerais ao processo arbitral*, 188 e ss.; Cassio Scarpinella Bueno, *Manual de Direito Processual Civil*, 9.ª (SaraivaJur, 2023), 93 e ss.; Cunha, «Normas fundamentais no novo CPC Brasileiro», 100 e ss; Dantas, «Direito Fundamental à Processualização», 390 e ss.; Didier Jr, *Curso de Direito Processual Civil - Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*, 1:162 e ss.63 e ss.; Marinoni, «O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspetiva da teoria dos direitos fundamentais»; Marinoni, Arenhart, e Mitidiero, *Código de Processo Civil Comentado*, 154–55; Marinoni, *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*, 139 e ss; Nogueira, «Sobre o Direito Fundamental à Jurisdição»; Gustavo Favero Vaughn, «Princípios constitucionais do processo arbitral», *Revista de Processo: RePro* 47, n. 327 (2022): 453–90.

[229] V. também artigo 6.º do CPCB.

[230] Artigo 5.º, inciso LV, da CFB e artigos 7.º, 9.º e 10.º do CPCB. Este princípio é também consagrado na ordem constitucional brasileira em sentido amplo, referindo-se aos litigantes e acusados em geral e mencionado os processos judiciais e administrativos.

[231] Artigo 5.º, inciso LV, da CFB e artigos 7.º e 10.º do CPCB.

[232] Artigo 5.º, introito e inciso I, da CFB e artigo 7.º do CPCB.

[233] Curiosamente não vem explicitamente prevista na CFB, mas está consagrada internacionalmente e é inerente à atividade jurisdicional. Relacionado com o princípio do juiz natural (previsto no artigo 5.º, incisos XXXVII e LIII).

[234] Artigo 93, IX, da CFB e artigo 11.º do CPCB.

[235] *Idem*.

[236] Artigo 5.º, inciso LVI, da CFB.

[237] Dantas, «Direito Fundamental à Processualização».

[238] Dantas, «Direito Fundamental à Processualização», 390 e ss.; Marinoni, Arenhart, e Mitidiero, *Código de Processo Civil Comentado*, 153–55.

No que se refere ao direito a um duplo grau de jurisdição, o mesmo não vem expressamente previsto na CFB[239] e não há consenso na doutrina sobre os seus significado e extensão[240]. Na verdade, somente vem previsto para o processo penal no artigo 8.º, n.º 2, alínea h), da CADH, inexistindo previsão constitucional para o processo civil.

Embora nem sempre tenha sido assim entendido, a inafastabilidade e a efetividade da tutela jurisdicional manifestam-se também na previsão de "meios alternativos de resolução de litígios", hoje considerados como meios integrados num "sistema de justiça multiportas", em que, para cada tipo de controvérsia, a lei prevê e incentiva o recurso a outros meios de resolução de litígios para além da justiça estatal[241], independentemente de serem jurisdicionais, tais como a negociação, a mediação, a conciliação, *dispute boards* e, para o que ora releva, a arbitragem, que as partes podem escolher em função dos seus interesses, inclusive em articulação uns com os outros em cláusulas escalonadas[242]. Ainda que não seja incontroverso[243], o entendimento maioritário da doutrina brasileira atual, decorrente da própria lei[244], é o de que a arbitragem tem natureza jurisdicional, dado que os árbitros resolvem o litígio por meio de sentença com os mesmos efeitos jurisdicionais que as sentenças proferidas pelos tribunais estaduais, i.e., efeito de caso julgado e com força de título executivo[245]. Cessa, assim, a ideia de que apenas o Estado exerce a função

[239] A referência expressa que é feita na CFB consta dos artigos 102.º/II e 105.º/II quando refere a competência dos Supremo Tribunal Federal ("STF") e Supremo Tribunal de Justiça ("STJ") para julgar em recurso ordinário.

[240] Aprigliano, *Normas Processuais Aplicáveis à Arbitragem, parâmetros para a aplicação das normas processuais gerais ao processo arbitral*, 183–84; Bueno, *Manual de Direito Processual Civil*, 53; Cabral e Cramer, *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, 7–8.

[241] Artigo 5.º, inciso XXXV, da CFB e artigo 3.º do CPCB.

[242] Aprigliano, *Normas Processuais Aplicáveis à Arbitragem, parâmetros para a aplicação das normas processuais gerais ao processo arbitral*, 120 e ss.189; Bueno, *Manual de Direito Processual Civil*, 49; Cunha, «Normas fundamentais no novo CPC Brasileiro», 102; Carmona, *Arbitragem e processo*, 391; Didier Jr, *Curso de Direito Processual Civil - Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*, 1:70; Marinoni, Arenhart, e Mitidiero, *Código de Processo Civil Comentado*, 158–59; Paula Costa e Silva, *Estudos de arbitragem* (Coimbra: Almedina, 2022), 495.

[243] Bueno, *Manual de Direito Processual Civil*, 72; Marinoni, Arenhart, e Mitidiero, *Código de Processo Civil Comentado*, 181–82.

[244] Lei de Arbitragem Brasileira, aprovada pela Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996 ("LAB").

[245] Aprigliano, *Normas Processuais Aplicáveis à Arbitragem, parâmetros para a aplicação das normas processuais gerais ao processo arbitral*, 1 e 83; Cabral e Cramer, *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, 8; Carmona, *Arbitragem e processo*, 26 e ss. 271 e ss.; Cunha, «Normas fundamentais no novo CPC Brasileiro», 100; Didier Jr, *Curso de Direito Processual Civil - Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*, 1:153 e ss.

jurisdicional[246]. Constituindo a arbitragem um mecanismo para exercício do direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva, não só as técnicas de que o processo arbitral esteja munido devem ser tão amplas e eficazes quanto possível – daí que os tribunais arbitrais tenham poderes para decretar medidas cautelares e/ou que vigore o princípio da competência da competência do tribunal arbitral –, como também é claro que o devido processo legal tem plena aplicação na arbitragem, ainda que com adaptações, pela natureza peculiar da mesma, como processo marcado pela maior liberdade e consensualidade, funcionando como limite à autonomia contratual das partes[247].

Relativamente à impugnação da sentença arbitral, a doutrina e a jurisprudência brasileiras[248] não são consensuais, nem totalmente claras, quanto à sua inclusão e relação com o direito à inafastabilidade e efetividade da tutela jurisdicional consagrado no artigo 5.º, incluso XXXV, da CFB. Por um lado, como esclarece Carlos Alberto Carmona, o legislador optou por substituir o regime anterior de controlo judicial da sentença arbitral, que era feito através de um processo de homologação da mesma, pelo "sistema mais ágil de controle da atividade do árbitro, qual seja, o da ação de anulação"[249], excluindo o recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário (artigo 18.º da LAB), afastando o controle do mérito pelos juízes estaduais e restringindo o controlo à validade da sentença arbitral a casos tendencialmente taxativos previstos na lei de vícios graves que não permitem o aproveitamento da mesma (artigo 32.º da LAB)[250]. Além disso, os fundamentos especificados no artigo 32.º da LAB também podem ser invocados em sede de embargos à execução das sentenças arbitrais nacionais (artigo 33.º, n.º 3, da LAB). Quanto às sentenças arbitrais estrangeiras, e embora o processo de reconhecimento e execução das mesmas seja um mecanismo essencialmente diverso da anulação, tanto no procedimento como na

[246] Aprigliano, *Normas Processuais Aplicáveis à Arbitragem, parâmetros para a aplicação das normas processuais gerais ao processo arbitral*, 121; Raul Longo Zocal, *Jurisdição do árbitro para a anulação de sentenças arbitrais* (São Paulo: USP, 2021), 46 e ss.
[247] Aprigliano, *Normas Processuais Aplicáveis à Arbitragem, parâmetros para a aplicação das normas processuais gerais ao processo arbitral*, 188–91.
[248] No sentido de o artigo 5.º, incluso XXXV, da CFB pressupor controlo estadual das sentenças arbitrais, V. Carmona, *Arbitragem e processo*, 270 e ss.; Flávio Luiz Yarshell, *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório* (São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2005), 206; STF Pleno SE-5.206-AgR, DJ 20.04.2004; em sentido diferente, V. Teresa Arruda Alvim Wambier, «A discussão sobre a disponibilidade do controle judicial da sentença arbitral e seus limites», *Revista Brasileira de Arbitragem*, Kluwer Law International, XIII, n. 50 (2016): 21; Zocal, *Jurisdição do árbitro para a anulação de sentenças arbitrais*, 24 e ss.
[249] Carmona, *Arbitragem e processo*, 272.
[250] *Idem*, 270 e ss.

finalidade, o controlo limitado daquelas é realizado no âmbito da homologação exigida nos termos dos artigos 34.º e ss. da LAB, não lhes sendo aplicável a ação de anulação reservada para as sentenças proferidas em arbitragens com sede no Brasil. Assim, se aplaude a solução de restringir o controlo da sentença arbitral, Carlos Alberto Carmona entende que o artigo 5.º, incluso XXXV, da CFB, implica a garantia de algum controlo da sentença arbitral pelo Poder Judiciário, que não pode ser afastada[251]. No mesmo sentido, outros autores incluem o direito à impugnação das sentenças arbitrais em determinados casos limitados, nomeadamente em situações de violações graves ou de "sentenças arbitrais absurdas e teratológicas", ainda que não previstas pelo legislador, na garantia constitucional de acesso à Justiça e de ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes[252].

Contudo, tal posição não é unânime[253], já que à questão de saber se a CFB exige um mecanismo de invalidação da sentença arbitral, há quem afirme que inexistem no direito brasileiro fundamentos dogmáticos que imponham a previsão legal ou, pelo menos, a admissão da possibilidade de anulação das sentenças arbitrais, defendendo que não se trata de uma exigência constitucional requerida pelo artigo 5.º, inciso XXXV, da CFB, mas sim de uma decisão política adotada pelo legislador infraconstitucional com base num juízo de conveniência[254]. Raúl Zocal rejeita a ideia de que a arbitragem é uma espécie de jurisdição delegada pela jurisdição do Estado, afirmando que o caráter autónomo da arbitragem, fundado diretamente e com igual força imperativa, na lei e na autonomia das partes, é uma ideia há muito consolidada e que, tal como para as sentenças estatais[255], o mecanismo de invalidação da sentença arbitral é uma decisão legislativa e regulada a esse nível[256]. Este autor estabelece a premissa de que, do ponto de vista constitucional, o Poder Judiciário não

[251] *Idem*, 272 e 391 e ss.422-423.
[252] Artigo 5.º, incisos XXXV e LV da CFB, Ricardo Ramalho Almeida, «A anulação de sentenças arbitrais e a ordem pública», ed. Arnoldo Wald, *Revista de Arbitragem e Mediação* Ano 3, n. 9 (2006): 262–76268-269 e 276.
[253] V. também Wambier, «A discussão sobre a disponibilidade do controle judicial da sentença arbitral e seus limites», 21.
[254] Zocal, *Jurisdição do árbitro para a anulação de sentenças arbitrais*, 40 e ss.
[255] Ainda que a CFB preveja a existência de ação rescisória no ordenamento jurídico brasileiro nos artigos 102.º, inciso I, alínea j), 105.º, inciso I, alínea e) e 108.º, inciso I, alínea b) ao regular a competência dos tribunais para julgamento da mesma, a ação rescisória para as sentenças estatais, tal como a ação de anulação para as sentenças arbitrais, é o mecanismo de desconstituição de decisões de mérito transitadas em julgado, que especifica as hipóteses de relativização do instituto do caso julgado de acordo com o juízo de conveniência do Poder Legislativo, cuja disciplina é infraconstitucional (artigo 966.º e ss. do CPCB).Cf. Zocal, *Jurisdição do árbitro para a anulação de sentenças arbitrais*, 47 e ss.
[256] Zocal, *Jurisdição do árbitro para a anulação de sentenças arbitrais*, 45.

é uma instância necessária para revisão da sentença arbitral e que esta possibilidade decorre da lei infraconstitucional (artigos 32.º e 33.º da LAB), defendendo, ainda, a arbitrabilidade da pretensão anulatória, i.e., a admissibilidade do acordo das partes em retirá-la da jurisdição estatal para ser julgada por um tribunal arbitral[257].

2. O regime jurídico do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva

Como decorre do ponto anterior, o regime jurídico do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, incluindo por via da arbitragem, encontra-se consagrado quer no direito internacional, quer nas diversas ordens jurídicas constitucionais nacionais, dependendo da que estiver em causa. Quanto ao tema em questão, após identificar as fontes de direito internacional relevantes, tanto relativas aos direitos humanos, nomeadamente processuais, como também referentes à arbitragem, abordarei brevemente a questão discutida sobre se há uma hierarquia das várias fontes de direito internacional.

Também a relação entre direito internacional e direitos internos nacionais, e a da respetiva hierarquia, são debatidas teoricamente e têm impacto prático, quer internacionalmente, quer internamente, centrando-se nas designadas teorias monistas ou dualistas, o que explicitarei em geral e, depois, em relação a cada ordem jurídica analisada[258]. Para além da questão da paridade ou prevalência entre os direitos internacional e interno, há que analisar também a da aplicabilidade direta ou indireta das normas de direito internacional no direito interno[259]. Finalmente, sublinharei alguns aspetos do regime aplicável a direitos

[257] *Idem*, 50 e ss. Por outro lado, o autor defende que, a partir do momento em que o legislador prevê o direito a requerer a invalidade da sentença arbitral, este ganha proteção constitucional do artigo 5.º, inciso XXXV, sendo irrenunciável como defende a maior parte da doutrina, o que confere cogência a este comando previsto no artigo 33.º da LAB, embora não sejam muito claras as razões da afirmação. V. sobre o tema da arbitrabilidade da pretensão anulatória na lei portuguesa, Paula Costa Silva, «A arbitrabilidade da pretensão anulatória de decisão arbitral: expansão da arbitragem a um domínio improvável?», *Revista de Arbitragem e Mediação* 12, n. 47 (2015): 233–44.

[258] Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, 155–56; Jakšić, *Arbitration and human rights*, 63; Machado, *Direito internacional*, 140 e ss.; Pedro Romano Martinez, «Relações entre o direito internacional e o direito interno», *Direito e Justiça. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa* IV (1990 de 1989): 164 e ss.; Vicente Marotta Rangel, «Os conflitos entre o direito interno e os tratados internacionais.», *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo* 62, n. 2 (1966): 81–134.

[259] Martinez, «Relações entre o direito internacional e o direito interno», 166. Segundo o autor citado, há três soluções de aplicabilidade do direito internacional na ordem jurídica interna: a transformação, através de diploma legal que deverá respeitar as regras constitucionais de aprovação e publicação desse Estado, técnica mais utilizada em Estados que defendem teoria dualista, mas que vem perdendo atualidade; a cláusula geral de receção semi-plena, em que a Constituição distingue normas que são aplicadas automaticamente de outras que somente são aplicadas por transformação; e a cláusula geral de receção plena, nos termos da qual o direito

fundamentais em geral, incluindo processuais e com especial enfoque na arbitragem, que sejam relevantes para a tese.

2.1. No direito internacional geral e regional

Conforme referido, o direito fundamental de acesso à justiça e/ou a um processo justo está consagrado, internacionalmente, nos artigos 10.º DUDH, 14.º/1 PIDCP, 6.º/1 CEDH, 47.º CDFUE e 8.º/1 CADH, sendo interpretado e aplicado, na jurisprudência e doutrina internacionais citadas, com a natureza, conteúdo e âmbito já referidos[260]. Em particular, no que se refere ao direito à arbitragem incluído no direito à tutela jurisdicional efetiva, o mesmo vem internacionalmente consagrado e regulado, sobretudo, nos tratados internacionais gerais sobre arbitragem comercial, como a CNI, que substituiu o Protocolo de Genebra de 1923 relativo às Cláusulas de Arbitragem e a Convenção de Genebra de 1927 relativa à Execução das Sentenças Arbitrais Estrangeiras[261] (Artigo VII, n.º 2, da CNI). Além disso, a arbitragem comercial internacional vem também regulada, a nível internacional regional, na Convenção Europeia sobre Arbitragem Comercial Internacional ("CEACI")[262] e na Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional ou "Convenção do Panamá" ("CIACI"), que teve grande relevância para o Brasil, já que este a ratificou antes mesmo da CNI[263]. Finalmente, são também relevantes a interpretação, densificação e

internacional vigente em cada momento vigora automaticamente na ordem interna estadual por força desta norma geral, exigindo-se apenas, quanto muito, a publicação das normas no jornal oficial do Estado. Como exemplos de cláusulas gerais de receção plena, o autor invoca o artigo 6.º da Constituição dos EUA, o artigo 55.º da Constituição francesa e o artigo 8.º da CRP, relativamente ao qual, embora a doutrina não seja unânime, é maioritária no entendimento de que, por força da norma constitucional referida, há aplicabilidade direta das normas de direito internacional, tanto convencional, como geral, na ordem jurídica interna portuguesa.

[260] A.II.1.pp. 8 e ss. Além das fontes de direito internacional referidas, podem também ser relevantes o costume internacional e/ou os princípios gerais de direito (artigo 38.º do ETIJ). Machado, *Direito internacional*, 103 e ss.; «Report of the International Law Commission Seventy-fourth session (24 April–2 June and 3 July–4 August 2023) - A/78/10», 10–35, https://legal.un.org/docs/?symbol=A/78/10 (acesso em 21.06.2024).

[261] O Protocolo foi aprovado em 24 de setembro de 1923 e ratificado por Portugal, Inglaterra, França e Brasil, entre outros, com reserva de apenas reconhecerem aplicáveis aos contratos que cada ordem jurídica considera comerciais, e a Convenção aprovada em 26 de setembro de 1927, ratificada por Portugal, Inglaterra e França, com a mesma reserva, cfr. UNTC (acesso em 16.04.2024).

[262] Assinada em 21 de abril de 1961 e vigente desde 7 de janeiro de 1964. A presente Convenção foi ratificada por França, em 1966, não tendo sido ratificada por Portugal, Inglaterra e Brasil, cfr. UNTC, acedida em 17.01.2024.

[263] Assinada em 30 de janeiro de 1975 e vigente desde 16 de junho de 1976, tendo sido ratificada pelo Brasil em 1995 (cfr. B-35: INTER-AMERICAN CONVENTION ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION (oas.org), acedida em 17.01.2024). Embora se preveja a abertura a outros Estados, as partes da Convenção são países membros da Organização de Estados Americanos (OEA). Portugal aprovou e ratificou

aplicação das referidas convenções pela jurisprudência e doutrina[264].

Uma questão que se coloca, sem ter uma resposta clara e única, é a de saber se existe uma hierarquia entre as várias fontes de direito internacional[265]. Há posições nos dois sentidos, quer da inexistência de hierarquia, fundamentando-se na teoria tradicional da igualdade soberana dos Estados, sendo somente estes os sujeitos do direito internacional e resolvendo-se os conflitos de normas de direito internacional segundo os princípios tradicionais de que a lei especial revoga a geral e a lei posterior revoga a anterior, quer defendendo-se a criação de uma supremacia da legalidade internacional, com base em fundamentos diversos (desde a primazia da Carta das Nações Unidas até ao artigo 38.º ETIJ ou ao primado do indivíduo perante os Estados, entre outros)[266].

Para alguma doutrina, sobretudo de direito internacional, a hierarquia das normas no direito internacional é muito mais uma questão de conteúdo material, valor e efeitos, do que da fonte em si[267]. No direito positivo, o problema surge em relação às normas imperativas de direito internacional, o designado *jus cogens* ou "direito cogente". Este constitui, então, um conjunto de normas imperativas de direito internacional geral, inderrogáveis em qualquer circunstância, de hierarquia superior, princípios fundamentais que, para alguns autores[268], integram a ordem pública internacional e que não podem ser alterados a não ser por uma norma subsequente de grau equivalente (como o do *pacta sunt servanda*)[269]. É um conceito que teve origem no direito natural, foi evoluindo na doutrina e jurisprudência e hoje é

esta convenção pelo Decreto do Presidente da República n.º 21/2002. O Brasil é ainda parte da Convenção de Montevidéu sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros de 1979, que ratificou em 27 de novembro de 1995 e, no âmbito do Mercosul, do Acordo de Buenos Aires sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul, de 1998, que passou a vigorar no Brasil em 2003. No entanto, estas convenções devem ser interpretadas de forma compatível com a CNI e com a Convenção do Panamá, de que o Brasil também é parte. Para desenvolvimento deste tema das fontes convencionais internacionais no Brasil, V. Braghetta, *Anulação do Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Consequências Internacionais: visão a partir do Brasil*, 218 e ss.

[264] George A. Bermann, «Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts», em *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts*, ed. George A. Bermann, Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law, volume 23 (Cham: Springer International Publishing, 2017), 1–78; Braghetta, *Anulação do Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Consequências Internacionais: visão a partir do Brasil*, 245 e ss.; Machado, *Direito internacional*, 103 e ss. entre muitos outros citados.

[265] Artigo 38.º/1 ETIJ.

[266] Machado, *Direito internacional*, 140.

[267] Jakšić, *Arbitration and human rights*, 86; Machado, *Direito internacional*, 141.

[268] B.III.4.4, donde decorre que a existência de uma ordem pública verdadeiramente internacional ou transnacional, defendida por alguns autores, é muito criticada por outros.

[269] Machado, *Direito internacional*, 141.

universalmente reconhecido[270]. Nos termos do artigo 53.º da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados ("CVDT")[271], cuja epígrafe é "[t]ratados incompatíveis com uma norma imperativa de direito internacional geral (jus cogens)", "[é] nulo todo o tratado que, no momento da sua conclusão seja incompatível com uma norma imperativa de direito internacional geral. Para os efeitos da presente Convenção, uma norma imperativa de direito internacional geral é uma norma aceite e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu todo como norma cuja derrogação não é permitida e que só pode ser modificada por uma nova norma de direito internacional geral com a mesma natureza" [272]. Contudo, a identificação das normas que devem integrar esta categoria está longe de ser consensual[273].

Quanto à integração das normas de proteção dos direitos fundamentais no *jus cogens*, há diversas posições, desde as maximalistas, que pretendem incluí-las a todas, as intermédias, que apenas incluem um núcleo essencial dos direitos humanos e as minimalistas, que integram apenas aquelas cuja violação constitui um crime internacional[274]. Não obstante ser legítimo procurar clarificar uma hierarquia entre as fontes de direito internacional, a verdade é que, na prática atual, a mesma é imperfeita, não é reconhecida, nem se aplica universalmente[275]. No âmbito do direito internacional, somente quatro direitos humanos são unanimemente reconhecidos como *ius cogens*[276]. Além disso, existe uma lista não-exaustiva de normas perentórias de direito internacional geral (*jus cogens*), aprovada

[270] Machado, *Direito internacional*, 142.
[271] Assinada em 23 de maio de 1969, em vigor desde 27 janeiro de 1980, ratificada por Portugal em 2004 (com declaração quanto ao artigo 66.º), pelo Reino Unido em 1971 (com declaração quanto ao artigo 66.º e objeções) e pelo Brasil em 2009 (com reserva quanto aos artigos 25.º e 26.º). França não é parte da Convenção (cfr. UNTC, acedida em 11.11.2022).
[272] Emerson Garcia, «Jus Cogens e Proteção Internacional dos Direitos Humanos», *Revista do Ministério Público do rio de Janeiro*, n. 64 (2017): 95–104; Kamrul Hossain, «The Concept of Jus Cogens and the Obligation Under The U.N. Charter», *Santa Clara Journal of International Law* 3, n. 1 (2005): 72–98; Jakšić, *Arbitration and human rights*, 37 e ss e 85 e ss; Rodrigues, *Unidade Curricular: Direitos Fundamentais e Direitos Humanos*, 134–35; Pierre Thielbörger, «The "Essence" of International Human Rights», *German Law Journal* 20, n. 6 (2019): 930 e 937.
[273] Machado, *Direito internacional*, 141 Alguns consideram que a Carta das Nações Unidas é *jus cogens*, dada a sua primazia sobre as demais fontes. Também podem incluir-se as normas cuja violação constitui crime internacional. Por fim, o conceito pode também variar em função do contexto e da cultura de cada parte do globo.
[274] Machado, *Direito internacional*, 143.
[275] *Idem*, 143.
[276] Direito à vida, proibição da escravatura, proibição da tortura e proibição de medidas penais com efeitos retroativos. Garcia, «Jus Cogens e Proteção Internacional dos Direitos Humanos»; Hossain, «The Concept of Jus Cogens and the Obligation Under The U.N. Charter»; Jakšić, *Arbitration and human rights*, 37 e ss e 85 e ss; Thielbörger, «The "Essence" of International Human Rights», 930 e 937.

pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas (*International Law Comission*, abreviadamente designada "ILA") em 2022[277]. Não obstante o âmbito do conceito ainda ser debatido[278], há doutrina e jurisprudência internacionais[279] que defendem que o direito a um processo justo e público perante um tribunal independente e imparcial consagrado nos artigos 7.º e 10.º da DUDH constitui, nos termos dos artigos 53.º e 64.º da CVDT, *ius cogens* de direito internacional, quer por ser direito costumeiro internacional, quer por se entender que se verificam, quanto a ele, os requisitos de imperatividade aí exigidos[280].

No que se refere às relações entre direito internacional e direito interno, distinguem-se, tradicionalmente, teorias dualistas e monistas, tendo vindo a desenvolver-se outras e verificando-se que a prática jurisprudencial internacional tem resolvido os conflitos entre normas internacionais e internas de modo independente da discussão teórica[281]. Segundo a teoria dualista, o direito internacional e o direito interno constituem dois ordenamentos jurídicos autónomos, com diferentes fontes e destinatários, sendo que, consequentemente, as normas de direito internacional apenas operam internamente depois de recebidas ou transformadas em direito interno. Esta posição é criticada por não poder reconhecer o direito internacional geral ou comum como válido, nem o indivíduo como sujeito de direito internacional, o que tem sido aceite na jurisprudência e doutrina internacionais. Por sua vez, segundo a teoria monista, direito internacional e direito interno constituem um único sistema, havendo divergência sobre qual dos dois prevalece. Distingue-se monismo com primado da ordem jurídica interna, que, no fundo, acaba por negar a existência do direito internacional, e monismo com primado do direito internacional, em que este ocupa uma posição hierarquicamente superior à da ordem jurídica estadual, existindo, ainda, divergências

[277] Draft conclusions on identification and legal consequences of peremptory norms of general international law (*jus cogens*), 2022, disponível em Peremptory norms of general international law (Jus cogens) — Texts, instruments and final reports — International Law Commission (un.org) (acesso em 10.07.2023), no qual consta um anexo com lista não-exaustiva das normas que a ILA considerou previamente ter o estatuto de normas perentórias de direito geral internacional: a proibição de agressão, a proibição de genocídio, a proibição de crimes contra a humanidade, as regras básicas de direito internacional humanitário, a proibição da discriminação racial e do apartheid, a proibição da escravatura, a proibição da tortura e o direito à autodeterminação.

[278] Garcia, «Jus Cogens e Proteção Internacional dos Direitos Humanos», 100; Hossain, «The Concept of Jus Cogens and the Obligation Under The U.N. Charter», 74; Jakšić, *Arbitration and human rights*, 37 e ss.85; Thielbörger, «The "Essence" of International Human Rights», 930 e 937.

[279] *Idem*. TIDH, Goiburú, et al. c. Paraguai, n.º 153, 22.09.2006; TIDH, Michael Domingues c. Estados-Unidos, n.o 12.285, 22.10.2002, relatório n.º 62/02.

[280] Jakšić, *Arbitration and human rights*, 38 e ss.

[281] Machado, *Direito internacional*, 144 e ss. *maxime* 152-153; Martinez, «Relações entre o direito internacional e o direito interno».

principalmente em relação ao direito constitucional de cada ordem jurídica. Quanto à posição do monismo com primado de direito internacional, há posições radicais e moderadas, tendo estas prevalecido desde o segundo pós-guerra[282].

Para alguns autores internacionalistas, a discussão entre as teorias monistas e dualistas aparenta ser académica, na medida em que os direitos internacional e interno não podem estar em conflito, devendo prevalecer o primeiro, com base no compromisso que os Estados partes assumem nas convenções internacionais de não invocarem disposições legais internas, inclusive constitucionais, para incumprir as suas obrigações internacionais[283]. A jurisprudência internacional tem resolvido os casos de conflitos entre direitos internacional e interno, dando primazia ao direito internacional, com base também neste argumento[284]. No entanto, o entendimento da doutrina prevalecente é o de que não há obrigação de incorporar as convenções de direitos humanos no direito nacional e de que cada Estado goza de liberdade de alcançar o resultado assumido nas convenções como considere adequado[285]. Embora haja uma tendência monista nas relações entre direitos internacional e internos, também presente nalgumas constituições nacionais, como abordarei, e que tal tendência seja o fim ideal, a verdade é que existe uma pluralidade e diversidade nos ordenamentos jurídicos internos, nem sempre compatíveis com o direito internacional, que não permitem vislumbrar a existência de um só ordenamento jurídico[286].

No que se refere à hierarquia entre direito internacional e direitos internos, além das posições internacionalistas e constitucionalistas sobre o tema, incluindo sobre a relação entre direito internacional de direitos humanos e direito constitucional de cada Estado, e de também terem sido propostos diversos métodos no sentido da paridade e coexistência entre os diferentes ordenamentos, que passavam por formas de acomodação e/ou de interpretação

[282] Martinez, «Relações entre o direito internacional e o direito interno» Quanto à hierarquia entre o direito internacional e o direito interno, a nível nacional, há três sistemas: o da igualdade entre direito internacional e direito ordinário, como sucede, por exemplo, no direito inglês, prevalência do direito internacional sobre a lei ordinária, como se passa no direito francês, e sobreposição do direito internacional ao direito constitucional, em que dá o exemplo do sistema jurídico holandês. Machado, *Direito internacional*, 145 e ss.
[283] Artigo 27 da CVDT. Rangel, «Os conflitos entre o direito interno e os tratados internacionais.», *maxime* 119-120.
[284] Machado, *Direito internacional*, 152 e ss.
[285] Eyal Benvenisti e Alon Harel, «Embracing the Tension between National and International Human Rights Law: The Case for Discordant Parity», *International Journal of Constitutional Law* 15, n. 1 (2017): 55; Jakšić, *Arbitration and human rights*, 64–65; Krūmiņš, *Arbitration and Human Rights, Approaches to Excluding the Annulment of Arbitral Awards and Their Compatibility with the ECHR*, 23 e ss.
[286] Machado, *Direito internacional*, 152.

de cada um em conformidade com o outro, em ambos os sentidos, ou a previsão de cláusula na constituição que conceda estatuto constitucional aos direitos humanos previstos em convenções internacionais, entre outros possíveis, há também quem defenda o "paradigma da paridade discordante"[287]. Nos termos desta teoria, rejeita-se quer a supremacia do direito internacional sobre o direito constitucional estadual, quer a prevalência do último sobre o primeiro. Propõe-se um sistema que procure o respeito e a garantia dos direitos humanos, que não se baseie numa hierarquia rígida, mas, ao invés, em dois grandes fundamentos, um decorrente da necessidade global de proteção dos direitos humanos, almejando a sua força pública, imperativa e não-discricionária, e o outro assente na preocupação da comunidade política, de que cada um é membro, em participar na determinação do âmbito e valor de cada direito[288]. No fundo, tal teoria assenta no reconhecimento e manutenção das tensões entre direito internacional e direitos constitucionais nacionais, os quais permanecem independentes, controlam-se um ao outro e, assim, conduzem a um maior respeito pelos direitos humanos, provocando também a necessidade de as ordens constitucionais atribuírem estatuto e valor ao direito internacional, seja ele qual for[289].

O estatuto do direito internacional dos direitos humanos em cada ordem jurídica nacional depende, em última instância, da hierarquia das normas determinada pelas respetivas constituições[290]. Atualmente, a tendência é a de considerar que o direito constitucional de cada Estado tem a palavra decisiva quanto às relações entre direito internacional e direito interno, já que, embora haja uma propensão para o primado daquele, tal é compatível com vários mecanismos de concretização prática no plano constitucional, cabendo a cada ordem jurídica precisar os termos em que essa materialização é realizada[291].

Sem prejuízo do lugar concedido por consagração constitucional ao direito internacional, há ainda que considerar as normas que, pela própria natureza, são *self-*

[287] Benvenisti e Harel, «Embracing the Tension between National and International Human Rights Law», onde se pode encontrar o desenvolvimento, quer dos argumentos subjacentes às duas posições antagónicas referidas, bem como à proposta e defesa do paradigma da paridade discordante como um elemento positivo para a garantia do respeito pelos direitos humanos.
[288] Benvenisti e Harel, «Embracing the Tension between National and International Human Rights Law», 56 e ss.
[289] *Idem*.
[290] Jakšić, *Arbitration and human rights*, 65; Machado, *Direito internacional*, 154; Rangel, «Os conflitos entre o direito interno e os tratados internacionais.», 131.
[291] Machado, *Direito internacional*, 154.

executing[292] ou *normas diretamente aplicáveis*, i.e., aquelas normas de direito internacional que definem o estatuto jurídico dos indivíduos e criam direitos subjetivos e obrigações de tal modo que não requerem implementação nacional, podendo aqueles invocá-los diretamente nos tribunais nacionais[293]. Embora haja doutrina que defenda que o direito internacional de direitos humanos, nomeadamente a CEDH, cumpre os requisitos da aplicabilidade direta, a questão é controversa e esta não é a posição prevalecente, devendo mais uma vez procurar-se a resposta nas ordens constitucionais e legais de cada Estado[294].

No que respeita à aplicabilidade da CEDH à arbitragem[295], e conforme referido, ultrapassadas as posições mais formais que defendiam que a mesma era inaplicável à arbitragem[296], há um consenso crescente de que os direitos humanos se aplicam à arbitragem[297], dividindo-se a doutrina quanto ao efeito e extensão da referida aplicabilidade. Há quem defenda que se aplica diretamente, como Aleksandar Jakšić e Sébastien Besson, com base na função quase-judicial dos tribunais arbitrais que estão inseridos e sujeitos no sistema jurisdicional dos Estados, considerando que os árbitros têm o dever de aplicar os direitos consagrados na convenção referida[298]. Além disso, há aqueles que assumem a posição maioritária[299] de que a CEDH se aplica indiretamente à arbitragem e aos tribunais arbitrais, pelo menos a três níveis: quer através da obrigação, a que os Estados estão

[292] O termo tem origem americana e não tem significado consensual, não coincidindo totalmente com a noção europeia de «aplicabilidade direta» ou «normas diretamente aplicáveis». Para maior desenvolvimento, cfr. Jakšić, *Arbitration and human rights*, 66–67.
[293] Jakšić, *Arbitration and human rights*, 67 no qual se explicitam os requisitos para que uma norma internacional seja considerada diretamente aplicável no direito interno: tal tem de resultar da intenção das partes contratantes e, em segundo lugar, a disposição legal tem de ser suficientemente clara e precisa de modo a criar direitos e deveres concretos para os indivíduos.
[294] Jakšić, *Arbitration and human rights*, 68 e ss.
[295] Landrove, «European Convention on Human Rights' Impact on Consensual Arbitration – An État Des Lieux of Strasbourg Case-Law and of a Problematic Swiss Law Feature», 74; Krūmiņš, *Arbitration and Human Rights, Approaches to Excluding the Annulment of Arbitral Awards and Their Compatibility with the ECHR*, 38–49.
[296] Chainais, «Exigences du procès équitable et arbitrage: existence et essence du droit à un procès arbitral équitable»; Jarrosson, Charles, «L' arbitrage et la Convention européenne des droits de l' homme», *Revue de l' arbitrage* 4 (1989): 573–607 As teorias referidas assentavam, principalmente, na inexistência de qualquer referência à arbitragem nos trabalhos preparatórios, bem como no argumento de que a referida aplicação não fazia sentido por se tratar de uma jurisdição privada, em que os tribunais arbitrais não estão sujeitos à CEDH.
[297] Benedettelli, «Human Rights as a Litigation Tool in International Arbitration»; Jourdan-Marques e Nicolas-Gréciano, *Arbitrage et procès équitable*, 19 e ss.
[298] Besson, *Arbitration and Human Rights*; Chainais, «Exigences du procès équitable et arbitrage: existence et essence du droit à un procès arbitral équitable», 281–82; Jakšić, *Arbitration and human rights*, 216–17 e 327 e ss.
[299] Krūmiņš, *Arbitration and Human Rights, Approaches to Excluding the Annulment of Arbitral Awards and Their Compatibility with the ECHR*, 45.

vinculados, de garantir que a arbitragem respeita os referidos direitos fundamentais processuais, sob pena de responderem em caso de incumprimento, quer pela obrigação implícita dos árbitros de proferir uma sentença arbitral válida e exequível, quer ainda através dos mecanismos de controlo estadual sobre o processo arbitral, que atendem a esse fim[300]. Nesse caso, os tribunais arbitrais não estão diretamente obrigados a respeitar os direitos e liberdades previstos na CEDH, mas apenas na medida em que os mesmos forem integrados nas legislações nacionais arbitrais. Nos termos da posição referida, os Estados não respondem pelos atos ou omissões dos tribunais arbitrais, já que os mesmos não constituem parte do sistema judicial estadual. Esta teoria da aplicabilidade indireta tem sido também a assumida pelos órgãos que aplicam a CEDH[301].

Ora, independentemente da posição adotada quanto ao efeito produzido pela CEDH relativamente aos Estados Partes, certo é que estes estão vinculados e têm uma obrigação positiva de garantir que os direitos e liberdades referidos têm tutela efetiva dentro da jurisdição[302]. Deste modo, ao adotar a arbitragem como meio de resolução de litígios, os Estados estão obrigados a assegurar, legislativamente, que a arbitragem cumpra com os requisitos essenciais dos artigos 6.º/1 da CEDH e 14.º/1 do PIDCP, tendo, porém, margem para regular a medida em que uma convenção de arbitragem é uma renúncia à proteção dos tribunais estaduais[303].

Quanto ao dever a cargo dos tribunais arbitrais de respeitar os direitos fundamentais consagrados na CEDH, o mesmo existe perante as partes e está sujeito ao acordo entre estas, obviamente dentro dos limites imperativos que forem aplicáveis[304]. Os direitos fundamentais

[300] Clay, «La Cour européenne des droits de l'homme, nouveau juge de l'arbitrage?», 24–25; Knigge e Ribbers, «Waiver of the Right to Set-Aside Proceedings in Light of Article 6 ECHR: Party-Autonomy on Top?», 780–81; Krūmiņš, *Arbitration and Human Rights, Approaches to Excluding the Annulment of Arbitral Awards and Their Compatibility with the ECHR*, 45 e ss.; Petrochilos, *Procedural Law in International Arbitration*, 111–12.

[301] TEDH, Stran Greek Refineries e Stratis Andreadis c. Grécia, n.º 13427/87, 09.12.1994; TEDH, Regent Company c. Ukraine, n.º 773/03, de 03.04.2008; TEDH, Xavier Lucas c. França, n.º 15567/20, 09.09.2022.

[302] Benedettelli, «Human Rights as a Litigation Tool in International Arbitration», 640 e 642; Knigge e Ribbers, «Waiver of the Right to Set-Aside Proceedings in Light of Article 6 ECHR: Party-Autonomy on Top?», 787–88; Krūmiņš, *Arbitration and Human Rights, Approaches to Excluding the Annulment of Arbitral Awards and Their Compatibility with the ECHR*, 37.

[303] Krūmiņš, *Arbitration and Human Rights, Approaches to Excluding the Annulment of Arbitral Awards and Their Compatibility with the ECHR*, 49 e ss.; Knigge e Ribbers, «Waiver of the Right to Set-Aside Proceedings in Light of Article 6 ECHR: Party-Autonomy on Top?», 780 e ss.

[304] Benedettelli, «Human Rights as a Litigation Tool in International Arbitration», 644 e ss.; Knigge e Ribbers, «Waiver of the Right to Set-Aside Proceedings in Light of Article 6 ECHR: Party-Autonomy on Top?», 788 e ss.; Petrochilos, *Procedural Law in International Arbitration*, 155 e ss.

funcionam como limite à autonomia privada, quer afetando a validade, eficácia e interpretação dos contratos, incluindo as convenções de arbitragem, quer como eventual fundamento de responsabilidade civil extracontratual[305]. Na arbitragem, os direitos fundamentais podem aplicar-se como lei aplicável ao fundo da causa, como *lex arbitri* ou como regras de aplicação imediata do Estado que tem forte conexão com o litígio, seja o Estado da sede da arbitragem, seja o da execução da sentença arbitral[306]. Assim, os tribunais arbitrais têm de atender aos direitos fundamentais previstos na CEDH, desde logo na análise da validade da convenção de arbitragem e da sua própria competência para dirimir o litígio, na resolução de qualquer questão processual ou substantiva complexa que possa envolver ponderação entre direitos fundamentais, até ao dever de proferir uma sentença arbitral válida e exequível[307]. Conforme abordarei[308], os direitos fundamentais, nomeadamente os processuais, somente poderão ser limitados e/ou renunciados na medida em que for permitido nos termos da lei aplicável.

Igualmente, de acordo com o direito da UE e a jurisprudência do TJUE, tem sido afirmada a eficácia direta do direito da UE, originário ou derivado, no território dos Estados-Membros, bem como a respetiva prevalência sobre os direitos nacionais[309]. No entanto, nem sempre tem sido assim entendida a hierarquia entre o direito da UE e o direito constitucional nacional nos termos dos sistemas jurídicos nacionais, podendo existir um conflito de legalidades nas situações em que, tanto os sistemas jurídicos europeus, como os nacionais se arrogam a competência da competência[310].

Por sua vez, os tribunais estaduais que intervenham numa arbitragem, seja na fase de constituição do tribunal, seja em qualquer assistência durante o processo arbitral, seja ainda na fase final da anulação e/ou do reconhecimento ou execução da sentença arbitral, terão

[305] Benedettelli, «Human Rights as a Litigation Tool in International Arbitration», 640. Segundo este autor, nos termos do artigo 1.º do Primeiro Protocolo da CEDH, que consagra o direito de propriedade, o TEDH já considerou incluído o benefício económico que pode decorrer de uma sentença arbitral e que pode ser frustrado por uma anulação injusta ou pela recusa de reconhecimento de uma sentença arbitral por um tribunal estadual. Cfr. TEDH, Stran Greek Refineries e Stratis Andreadis c. Grécia, n.º 13427/87, 09.12.1994.
[306] Benedettelli, «Human Rights as a Litigation Tool in International Arbitration», 640.
[307] *Idem*, 657 e ss.
[308] A.III. pp. 102 e ss.
[309] Para maior desenvolvimento, V. Miguel Galvão Teles, «Constituições dos Estados e Eficácia Interna do Direito da União e das Comunidades Europeias - em Particular sobre o Artigo 8.º, n.º 4, da Constituição Portuguesa», em *Escritos Jurídicos*, vol. I (Coimbra: Almedina, 2013), 371–411.
[310] Benvenisti e Harel, «Embracing the Tension between National and International Human Rights Law», 51–52; Galvão Teles, «Constituições dos Estados e Eficácia Interna do Direito da União e das Comunidades Europeias - em Particular sobre o Artigo 8.º, n.º 4, da Constituição Portuguesa».

também de respeitar os direitos fundamentais processuais consagrados no artigo 6.º da CEDH, caso não tenha havido renúncia aos mesmos. Na maioria dos casos, se não for por força de outro fundamento processual autónomo, os tribunais estaduais assegurarão esses direitos, por via do controlo estreito do mérito com vista a aderir a (in)compatibilidade com a ordem pública, caso haja violação grave pela sentença arbitral de algum direito fundamental consagrado na CEDH[311].

Para alguma doutrina e jurisprudência, os direitos humanos gozam de caraterísticas comuns, como a universalidade, a indivisibilidade e a inalienabilidade, sendo que esta significa que nenhum Estado pode privar o exercício individual dos respetivos direitos humanos e que nenhum indivíduo pode renunciar à substância de qualquer direito humano de que é titular[312]. Abaixo explicitarei em que termos, dentro das zonas cinzentas e algumas ambiguidades que existem em matéria de renúncia a direitos fundamentais.

Contudo, atendendo às particularidades da arbitragem, também a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais processuais deve ser específica e adequada a este meio de resolução de litígios[313]. A título de exemplo, de acordo com os órgãos controladores da aplicação da CEDH e nas legislações nacionais[314], desenvolveu-se uma noção ampla e genérica de direito a processo justo na arbitragem, que deve incluir o princípio do contraditório e o princípio da igualdade de armas, sendo hoje consagrado, quer internacionalmente, quer nacionalmente, sob o direito de apresentar o caso num processo contraditório. Apesar de não estar expressamente previsto nas leis de arbitragem, entende-se que apenas violações sérias do direito a um processo justo na arbitragem permitem a anulação ou a recusa de reconhecimento e execução da sentença arbitral[315].

No que se refere à arbitragem, o instrumento internacional mais relevante é, como

[311] Benedettelli, «Human Rights as a Litigation Tool in International Arbitration», 658.
[312] Jakšić, *Arbitration and human rights*, 62 e ss., 88 e 206; Mélin-Soucramanien e Zinamsgvarov, *Libertés fondamentales*, 38; Sébastien Van Drooghenbroeck e Cecilia Rizcallah, «The ECHR and the Essence of Fundamental Rights: Searching for Sugar in Hot Milk?», *German Law Journal* 20, n. 6 (2019): 907 e ss.
[313] Jakšić, *Arbitration and human rights*, 328; Oliveira, «Chapter 1: To What Degree Should Access to Justice Be Secured in Arbitration?», 8 e ss; Markus A. Petsche, *The Growing Autonomy of International Commercial Arbitration*, Beiträge Zum Internationalen Wirtschaftsrecht 3 (München: Sellier, Europ. Law Publ. [u.a.], 2005), 118 e ss.
[314] Jakšić, *Arbitration and human rights*, 328; Oliveira, «Chapter 1: To What Degree Should Access to Justice Be Secured in Arbitration?», 17; Fernando Mantilla-Serrano, «Towards a Transnational Procedural Public Policy», em *Arbitration International*, ed. William W. Park, vol. 20, 4 (Oxford University Press, 2004), 333–53; Petsche, *The Growing Autonomy of International Commercial Arbitration*, 118 e ss.; TEDH, Stran Greek Refineries e Stratis Andreadis c. Grécia, n.º 13427/87, 09.12.1994 em § 46 e ss.
[315] B.IV.2. pp. 179 e ss. Petsche, *The Growing Autonomy of International Commercial Arbitration*, 126.

referi, a CNI, dado que alcançou um consenso mínimo internacional, anteriormente inexistente, que permitiu grande desenvolvimento e eficácia da mesma como mecanismo de resolução de litígios no comércio internacional[316]. Contando atualmente com 172 Estados-Partes, veio consagrar como regras gerais a validade das convenções arbitrais internacionais (e não apenas estrangeiras) e das sentenças arbitrais estrangeiras nos Estados-Partes, que se obrigam a reconhecê-las e executá-las, estabelecendo alguns requisitos de validade uniformes e impondo o ónus da prova a quem se pretende opor ao referido reconhecimento e execução. Entre outros fins que analisarei[317], ao permitir uma maior circulação internacional das sentenças arbitrais[318], a CNI reconhece e pretende tornar mais eficaz o direito de as partes acordarem o recurso à arbitragem internacional para dirimir os seus conflitos. Sem prejuízo do referido, o teor da CNI tem de se articular com o das outras convenções internacionais e/ou tratados que existirem e, ainda, com as legislações nacionais sobre a matéria, conforme a(s) que for(em) aplicável(is) no local em que o reconhecimento ou execução da sentença seja requerido[319]. Em particular, há que atender ao artigo VII da própria CNI que consagra o direito à aplicação da disposição mais favorável à arbitragem[320]. A CEAIC e a CIAIC também vieram consagrar a validade de convenções de arbitragem internacionais e a obrigação de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras no mesmo sentido, ainda que com algumas diferenças, da CNI, como

[316] V., entre outros, Bermann, «Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts»; Gary Born, «Chapter 26: Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards (Updated September 2022)», em *International Commercial Arbitration*, 3.ª (Kluwer Law international; Kluwer Law International, 2021), 3691–4097; Braghetta, *Anulação do Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Consequências Internacionais: visão a partir do Brasil*, 47 e ss.; António Sampaio Caramelo, *O reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras: perante a convenção de Nova Iorque e a Lei de Arbitragem Voluntária* (Coimbra: Almedina, 2016); Hamid G Gharavi, *The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award.* (Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law International, 2002), 45 e ss., http://public.eblib.com/choice/PublicFullRecord.aspx?p=6490416; Dirk De Meulemeester e Paul Lefebvre, «The New York Convention: An Autopsy of Its Structure and Modus Operandi», ed. Maxi Scherer, *Journal of International Arbitration* 35, n. 4 (2018): 413–38.

[317] B.IV.2.1. pp. 182 e ss.

[318] Born, «Chapter 26: Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards (Updated September 2022)», 3718–55; Caramelo, *O reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras*, 7 e ss.; William Laurence Craig, «Uses and Abuses of Appeal from Awards», *Arbitration International* 4, n. 3 (1988): 186 e ss.; Petsche, *The Growing Autonomy of International Commercial Arbitration*, 27 e ss. V. B.IV.2.1.

[319] Emmanuel Gaillard, «The Relationship of the New York Convention with Other Treaties and With Domestic Law», em *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards - The New York Convention in Practice*, ed. Emmanuel Gaillard and Domenico Di Pietro (CMP Publishing Ltd., 2009), 69–87.

[320] Gaillard, «The Relationship of the New York Convention with Other Treaties and With Domestic Law», 70 e ss. B.IV.2.1. pp. 182 e ss.

analisarei[321].

2.2. No direito comparado: os casos português, inglês, francês e brasileiro

Além das fontes de direito internacional, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva está também consagrado e regulado nas ordens jurídicas nacionais, quer a nível constitucional, quer infraconstitucional. No que se refere especificamente ao direito à arbitragem, e como instrumento unificador do respetivo regime jurídico nas ordens jurídicas nacionais, é crucial a Lei-Modelo da UNCITRAL ("LMU")[322], um conjunto de regras de arbitragem, pensadas e criadas por especialistas de várias áreas mundiais para atender e responder às diversas questões e necessidades que surgem nas sucessivas fases do processo arbitral e pós-sentença arbitral, constituindo, como a própria designação indica, um ponto de referência para as legislações nacionais arbitrais, com vista a modernizá-las e uniformizá-las, com diferentes graus de influência. A LMU foi adotada atualmente em 88 jurisdições[323] e inspiração para muitas mais leis de arbitragem nacionais, como, por exemplo, a Portuguesa e a Brasileira[324]. Como abordarei[325], a LMU define o conceito de arbitragem internacional e destina-se à sua regulação, tendo sido redigida de modo alinhado com os termos da CNI. Finalmente, para além das leis de arbitragem nacionais, são também uma fonte de direito relevante no regime jurídico da arbitragem os Regulamentos da UNCITRAL sobre Arbitragem[326], aplicáveis às arbitragens *ad hoc* e com vista a terem aplicação em qualquer

[321] B.IV.2.1. pp. 182 e ss. Born, «Chapter 26: Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards (Updated September 2022)», 3718–55; Braghetta, *Anulação do Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Consequências Internacionais: visão a partir do Brasil*, 65 e ss.; Lazare Kopelmanas, «La Place de la Convention Européenne sur L'Arbitrage Commercial International du 21 avril 1961 dans L' Évolution du Droit International de L' Arbitrage», *Annuaire Français de Droit International* 7 (1961); Albert Jan Van Den Berg, «The New York Convention 1958 and Panama Convention 1975: Redundancy or Compatibility?», *Arbitration International* 5, n. 3 (1989).
[322] Adotada pela CNUDCI em 1985, com as alterações introduzidas em 2006.
[323] Podem consultar-se os países que adotaram a LMU em Status: UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006 | United Nations Commission On International Trade Law (Acesso em 16.02.2024). Apesar de Portugal, Inglaterra, França e Brasil não terem adotado a LMU, seguiram e deixaram-se inspirar, nos regimes de arbitragem aprovados, uns mais do que outros, em muitas das soluções nela consagradas, conforme referirei em B.IV.2.2.
[324] Braghetta, *Anulação do Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Consequências Internacionais: visão a partir do Brasil*, 82; António Sampaio Caramelo, «A Reforma da lei de arbitragem voluntária», *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, 2009, 7–56; Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 121.
[325] B.IV.2.2. pp. 193 e ss.
[326] Adotados pela Comissão das Nações Unidas sobre Direito Comercial Internacional (CNUDCI) em 1976, alterados e revistos em 2010, em 2013 (em que foi incluído o Regulamento sobre Transparência na Arbitragem

sistema jurídico, económico e social e em qualquer parte geográfica e, ainda, os regulamentos de arbitragem vigentes nas múltiplas instituições arbitrais[327], que administram arbitragens nos vários países. Como instrumentos reguladores de um direito fundamental, têm também de se conformar com os respetivos regimes constitucionais que os regem.

Em **Portugal**, vigora o princípio de receção automática do direito internacional, incluindo do direito da UE, na ordem jurídica interna (artigos 8.º e 16.º da CRP), em termos claramente monistas[328], aplicando-se também em matéria de direitos fundamentais processuais[329]. Nos termos do artigo 16.º/2 da CRP, a CEDH tem um papel interpretativo e integrativo relevante no âmbito dos preceitos constitucionais e legais que consagram direitos fundamentais na ordem jurídica portuguesa[330].

Como direito, liberdade e garantia ou direito análogo a este[331], o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva goza do regime material especial previsto no artigo 18.º da CRP[332]. Como salientam Jorge Miranda e Jorge Pereira da Silva, podem distinguir-se na "força jurídica" dos direitos, liberdades e garantias dois núcleos temáticos: um relativo à eficácia jurídica e à garantia de efetividade social das normas constitucionais que os consagram, que incluem, além de uma vertente negativa de proibição da sua violação ou de direitos contra o Estado e o poder público, uma vertente multifuncional que inclui outras

entre Investidores e Estados Baseada em Tratados) e em 2021 (em que foi aprovado o Regulamento de Arbitragem Expedita).

[327] Tais como, o Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (CAC-CCIP), a Câmara de Comércio Internacional (CCI), em Paris, a *London Court of International Arbitration* (LCIA), o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC), o Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA), o Centro de Arbitragem internacional de Singapura (SIAC), a Instituição de Arbitragem da Câmara Suíça (SCAI), que passou a designar-se Centro Suíço de Arbitragem (CSA), o Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio de Espanha, a Corte de Arbitragem de Madrid (CAM) na Câmara de Comércio de Madrid e o Tribunal de Arbitragem Civil e Comercial (CIMA), entre outras.

[328] Machado, *Direito internacional*, 170 e ss.

[329] Galvão Teles, «Constituições dos Estados e Eficácia Interna do Direito da União e das Comunidades Europeias - em Particular sobre o Artigo 8.º, n.º 4, da Constituição Portuguesa», 296. Como o autor explicita na p. 398, o essencial dos direitos fundamentais integra, entre outros, os «princípios fundamentais do Estado de direito democrático» a que se reporta o artigo 8.º/4 da CRP, funcionando como limite à aplicabilidade direta do direito da UE em Portugal. O outro limite é, como explica, o da competência atribuída às instituições europeias pelos Tratados.

[330] TC, proc. n.º 264/18, decisão sumária n.º 356/2018, 05.06.2018.

[331] Artigos 17.º e 18.º da CRP.

[332] O regime constitucional dos direitos, liberdades e garantias não retira ou diminui a importância ou dignidade dos restantes direitos fundamentais, mas sim concede-lhes um estatuto apropriado à natureza particular destes direitos. O regime constitucional destes direitos não se esgota apenas no teor do artigo 18.º da CRP, exigindo a interpretação articulada com outros preceitos constitucionais como os artigos 165.º, n.º 1, al. b), 288.º, alínea d), 2.º, 19.º, 20.º, 21.º, 22.º, entre outros, da CRP. No entanto, destacar-se-ão sobretudo as características e limites principais e mais relevantes para a análise subsequente.

dimensões positivas ou negativas, objetivas ou subjetivas, para garantia dos direitos, tais como "vinculação intersubjetiva privada, dever estatal de proteção, direitos a prestações, vertentes procedimentais e processuais, garantias institucionais, etc."[333]; e um outro núcleo temático assente na definição das restrições legais aos direitos, liberdades e garantias, regulando as regras a que as mesmas terão de atender para serem admissíveis e válidas[334].

As principais regras estabelecidas no artigo 18.º da CRP são as seguintes: a aplicabilidade direta dos respetivos preceitos constitucionais (1), a vinculação de todas as entidades públicas e privadas (1), o dever estatal de proteção (1 e 2), o caráter restritivo das restrições (2 e 3), a reserva de lei restritiva (2), a necessidade de autorização constitucional das restrições (2), o princípio da proporcionalidade (2), a generalidade e a abstração da lei restritiva (3), a proibição da retroatividade da lei restritiva (3) e a intangibilidade do conteúdo essencial do direito (3)[335]. Com efeito, os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis, i.e., imediatamente eficazes nas relações jurídico-materiais por via da Constituição, sem necessidade de intermediação legislativa, ainda que, dependendo dos direitos em causa e dos casos concretos, nem sempre sejam automaticamente exequíveis, nem se transformem automaticamente em direitos definitivos e concretos. Além disso, os direitos fundamentais referidos vinculam entidades públicas e privadas, i.e., o legislador, a administração pública do Estado e os tribunais, e ainda produzem efeitos jurídicos nas relações entre particulares[336].

Contudo, tal como nas restantes jurisdições nacionais, a questão dos efeitos nas relações entre particulares é complexa e controversa na doutrina[337]. Desde logo, distinguem-

[333] Miranda e Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I:316.
[334] *Idem*.
[335] Teles, «Podem as partes renunciar validamente à tutela cautelar na convenção de arbitragem».
[336] A consagração expressa e clara, num grau equivalente à vinculação das entidades públicas, da vinculação das entidades privadas, incluindo pessoas singulares e coletivas, aos direitos, liberdades e garantias demonstra como foi superado o modelo liberal dos direitos fundamentais, apenas como direitos contra o Estado e o poder público, contendo outras dimensões dos direitos fundamentais, resultando nomeadamente que a dignidade da pessoa humana e a autonomia de cada pessoa se concretiza e materializa também nas relações entre particulares. Cfr. Miranda e Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I:333.
[337] Para maior desenvolvimento, V. Benedita Mac Crorie, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares* (Coimbra: Almedina, 2013), 191 e ss.; Benedita Mac Crorie, *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais* (Coimbra: Almedina, 2017); Joaquim de Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato, As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual* (Coimbra: Almedina, 1999), 128 e ss.; Jorge Reis Novais, *Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares – do dever de proteção à proibição do défice* (Coimbra: Almedina, 2019); José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 6.ª (Coimbra: Almedina, 2019), 227 e ss.; Miranda e Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I:333 e ss.

se duas questões: uma é a da repercussão destes no direito privado, sendo aceite que o legislador tem, naturalmente, de respeitar e garantir o seu cumprimento; outra é a da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, que é a mais controversa[338].

Para além das teorias que defendem a irrelevância dos direitos, liberdades e garantias ou a aplicação exclusiva ao legislador, surgiram essencialmente duas posições quanto ao modo de vinculação dos particulares. A teoria da *eficácia mediata*, nos termos da qual os direitos, liberdades e garantias vinculam as relações jurídicas dos particulares através das normas, institutos jurídicos, das cláusulas gerais e interpretativas e da densificação de conceitos mais ou menos indeterminados, bem como da respetiva interpretação e aplicação em cada domínio privado, podendo, inclusive, fundamentar soluções "contra" o texto da lei[339]. A teoria da *eficácia imediata*, segundo a qual os direitos, liberdades e garantias vinculam diretamente os particulares, sem necessidade de intermediação do legislador, podendo aqueles invocar a sua violação diretamente entre si. Além destas, tem sido desenvolvida uma terceira teoria – intitulada *teoria dos deveres de proteção* – nos termos da qual a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais se materializa não só em direitos de defesa perante o Estado, mas também através do cumprimento legislativo e da garantia pelo Estado dos deveres de proteção resultantes dos direitos fundamentais, podendo e devendo também os tribunais suprir eventuais défices normativos, teoria esta que parece ser uma variante, que vai mais longe, da teoria da eficácia mediata[340]. No âmbito desta teoria, sempre que a garantia da proteção dos direitos fundamentais for insuficiente há um défice, que é proibido, devendo existir um controlo mínimo dos resultados, o que, porém, é sempre difícil de concretizar[341].

Ora, atualmente, é pacífico que é indefensável que os direitos fundamentais não tenham quaisquer efeitos jurídicos nas relações particulares. Acresce que têm surgido teorias intermédias que conjugam os diferentes interesses e questões que se colocam sobre o tema, nomeadamente a distinção entre a vinculação aos direitos fundamentais das entidades públicas e das privadas e, sobretudo, que demonstram não haver uma incompatibilidade

[338] Mac Crorie, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, 194 e ss.; Mac Crorie, *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais*.
[339] Mac Crorie, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, 196.
[340] Na senda de Canaris, teoria defendida em Portugal por Novais, *Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares – do dever de proteção à proibição do défice*, 222 e ss.; Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 246-247.
[341] Mac Crorie, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, 198.

entre eficácia imediata e eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações entre privados, sendo estas teorias conciliáveis. A verdade é que, embora o direito privado seja marcado por uma maior autonomia das partes, o artigo 18.º/1 da CRP consagra a aplicação direta e a eficácia dos direitos fundamentais em causa também nas relações entre privados, ainda que se tenha de atender às particularidades que estas impõem e ao que o legislador regula na matéria. Como defendi noutro local[342], a necessidade de respeito pelos direitos fundamentais surge e aplica-se na vida e comércio jurídico dos particulares, devendo atender-se às circunstâncias concretas e, sempre que haja uma situação de conflito entre direitos fundamentais, proceder-se, primeiro, à ponderação e, depois, se e na medida do possível, à harmonização e/ou à concordância prática dos mesmos, com preferência por uma solução que salvaguarde a essência de cada um deles. Deste modo, concordo com as linhas gerais descritas, que têm sido as seguidas no tema, quer pela doutrina, quer pela jurisprudência, tanto constitucional, como dos tribunais superiores, portuguesas[343].

Quanto às restantes regras previstas no artigo 18.º/2 e 3 da CRP, em particular o caráter restritivo das restrições legais aos direitos fundamentais e, ainda, os limites legais aplicáveis – reserva de lei restritiva, necessidade de autorização constitucional das restrições, princípio da proporcionalidade, generalidade e abstração da lei restritiva, proibição da retroatividade da lei restritiva e intangibilidade do conteúdo essencial do direito –, tais comandos dirigem-se, em primeira linha, diretamente ao legislador. À questão de saber se tais limites se aplicam também a atos para além dos legislativos e, nomeadamente nas relações entre particulares, a resposta não é rígida, nem uniforme para todos eles, tendo de se atender a cada um em concreto[344]. Se, por um lado, os limites essencialmente formais – reserva de lei, necessidade

[342] Teles, «Podem as partes renunciar validamente à tutela cautelar na convenção de arbitragem», pp 251 e ss.
[343] Brito, «O princípio do Juiz Natural e a Nova Organização Judiciária», 35 e ss; Caramelo, «Obrigatoriedade da convenção de arbitragem e direito de acesso à justiça», *maxime* 90 e ss. bem como a jurisprudência constitucional e dos tribunais superiores portugueses aí citada e comentada, como, por exemplo, o ilustrativo Ac. do TC n.º 311/2008; Mac Crorie, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, 200–213; Mac Crorie, *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais*, 81 e ss.; Miranda e Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I:336 e ss.; Novais, *Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares – do dever de proteção à proibição do défice*, 228, entre outras,; Nuno Manuel Pinto de Oliveira e Benedita Mac Crorie, «O princípio da igualdade no direito europeu dos contratos: as Diretivas 2000/43/CE e 2004/113/CE», em *O Direito*, vol. V, Ano 138, 2006, 1085–1100; Paulo Otero, «Disponibilidade do próprio corpo e dignidade da pessoa humana», em *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, por António Menezes Cordeiro, Pedro Pais de Vasconcelos, e Paula Costa e Silva (Almedina, 2008), 127 e ss.
[344] Miranda e Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I:352; Novais, Jorge Reis, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição* (Coimbra, 2003), 172 e ss.

de autorização constitucional expressa e caráter geral e abstrato – somente fazem sentido aplicar ao legislador, já, por outro lado, a proibição de retroatividade e, sobretudo, o princípio da proporcionalidade e a intangibilidade do conteúdo essencial dos direitos fundamentais têm vocação para serem aplicados para além das leis restritivas, visando a garantia da força jurídica e da efetividade dos direitos, liberdades e garantias.

Em Portugal, o direito à tutela jurisdicional efetiva não é absoluto, tendo o legislador liberdade de conformação do seu regime da maneira que considerar mais adequado, dependendo das matérias e dos fins a prosseguir, tendo em vista preservar a coerência e a funcionalidade do sistema de justiça[345]. Tal conformação é compatível com o estabelecimento de prazos de caducidade para a propositura de uma ação ou com imposição de ónus processuais, entre outras possíveis restrições, em nome de outros interesses ou bens jurídicos também relevantes, como a certeza, a segurança e/ou a celeridade jurídicas[346]. Conforme referido[347], é também compatível com a consagração e regulação de meios de resolução de litígios alternativos à jurisdição dos tribunais estaduais[348].

No entanto, como sublinham Jorge Miranda e Rui Medeiros, quaisquer regimes de exceção à plenitude do direito de ação só são legítimos em termos constitucionais se respeitarem os limites constitucionais às leis restritivas[349]. Em qualquer caso, os regimes processuais assim criados têm de ser funcionalmente adequados aos fins do processo e conformar-se com o princípio da proporcionalidade, não podendo o legislador criar obstáculos que dificultem ou prejudiquem, arbitrariamente ou desproporcionalmente, o direito de acesso aos tribunais e a uma tutela jurisdicional efetiva[350]. Os riscos a evitar são os de obter uma justiça meramente formal, em vez de uma justiça material e, no limite, a denegação de justiça.

---

[345] Miranda e Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I:435-e ss. V. também Acórdãos do TC n.sº 287/90, de 30.10.1990, 489/95, de 27.09.1995, 377/96, de 06.03.1996, 490/97, de 02.07.1997, 256/2012, de 23.05.2012, 174/2020, de 11.03.2020, 135/2020, de 03.03.2020, 740/2020, de 10.12.2020, que citam outros anteriores.

[346] Miranda e Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I:436; Silva, Paula Costa, «Os meios de impugnação de decisões proferidas em arbitragem voluntária no direito interno português», *Revista da Ordem dos Advogados*, 1996, 180.

[347] A.II.1.2. pp. 24 e ss.

[348] Canotilho, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I:409 e ss.; Cordeiro, *Tratado da arbitragem*, 22 e ss.; Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 119 e ss.; Jorge Miranda, *Direitos Fundamentais*, 3.ª (Almedina, 2020), 414–15; Mendes, «A Arbitragem na Jurisprudência do Tribunal Constitucional».

[349] Miranda e Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I:436.

[350] *Idem*, 439.

No **direito inglês**, e apesar de a interpretação do direito positivo não ser unânime[351], a doutrina dominante é a de que os tratados internacionais não são imediatamente aplicáveis, requerendo uma lei do Parlamento, que os adote como lei nacional, consubstanciando um sistema dualista[352]. Em qualquer caso, o RU tem a obrigação de cumprir com os tratados e, portanto, até à adoção legal dos mesmos, por exemplo, até à adoção da CEDH pela LDH, a lei inglesa tinha de ser interpretada em conformidade com a primeira, sob pena de responsabilidade do Estado[353].

Em geral, não há um grande debate em Inglaterra quanto à constitucionalização do direito privado inglês. É uma consequência natural de não haver uma constituição escrita autónoma, nem uma clara divisão entre direito público e direito privado[354].

Com a LDH, o legislador incorporou os direitos da CEDH no direito interno inglês, que anteriormente tinha estatuto de tratado internacional[355]. Deste modo, os direitos consagrados na CEDH passaram a ser equivalentes a uma *bill of rights* nacional, sendo ilícito o desrespeito dos mesmos por qualquer autoridade pública[356]. Neste sentido, deixando intacta a supremacia parlamentar, a LDH tem um efeito vertical para as autoridades públicas, como o governo, o governo local, os tribunais e a polícia, bem como para outras entidades do setor privado que prosseguem funções públicas, cabendo a tarefa de determinação do âmbito de funções públicas aos tribunais[357].

Tal como nos restantes direitos analisados, a expressão horizontalidade dos direitos humanos é usada no direito inglês para referir a medida em que os direitos fundamentais são, ou deviam ser, vinculativos na esfera privada. Com base nessa horizontalidade, uma pessoa ou órgão privado pode reclamar a violação de direitos humanos por outra pessoa ou entidade

[351] Rangel, «Os conflitos entre o direito interno e os tratados internacionais.», 101.
[352] Mak, *Fundamental rights in European contract law*, 23; Rangel, «Os conflitos entre o direito interno e os tratados internacionais.», 101; Roger Masterman, «The United Kingdom's Human Rights Act as a Catalyst of Constitutional Migration: Patterns and Limitations of Rights Importation by Design», *European Constitutional Law Review* 19, n. 1 (2023): 95; Samuel, «Arbitration, Alternative Dispute Resolution Generally and the European Convention on Human Rights, An Anglo-Centric View».
[353] Samuel, «Arbitration, Alternative Dispute Resolution Generally and the European Convention on Human Rights, An Anglo-Centric View», 415–16.
[354] Brüggemeier, Ciacchi, e Comandé, *Fundamental Rights and Private Law in the European Union, I*, 187–89.
[355] Na ausência de lei que incorporasse a CEDH, os tribunais esforçavam-se para interpretar a lei nacional de acordo com a CEDH, mas um cidadão que considerasse que os seus direitos previstos na convenção tivessem sido violados tinha de levar o caso ao TEDH e aguardar vários anos para que fosse decidido.
[356] Secção 6 da LDH. Leyland, Peter, *The constitution of the United Kingdom*, 32 entre outras; Blake, *A practical approach to effective litigation*, 43.
[357] Leyland, Peter, *The constitution of the United Kingdom*, 206 e ss.

privada e pode iniciar uma ação com esse fundamento (efeito horizontal direto). Significa também que a legislação sobre direitos humanos tem um efeito nas relações jurídicas entre partes privadas decorrentes desse efeito vinculativo (o chamado efeito horizontal indireto)[358].

Tem sido discutido o âmbito de aplicação dos direitos da CEDH, incluindo do previsto no artigo 6.º, no direito inglês, até por ambiguidade do próprio texto da LDH. Resultando, claramente da LDH que as autoridades públicas estão vinculadas a interpretar a lei e a agir de forma compatível com os direitos nela previstos[359], o que se debate é a aplicação nas relações entre particulares. Têm sido desenvolvidas diversas categorias de "horizontalidade", havendo quem entenda que aqueles direitos se aplicam e devem ser adotados pelos tribunais, total e diretamente, nas relações entre privados, quem defenda apenas o respetivo "efeito indireto", passando por diversas teorias moderadas dentro destes dois pólos[360]. Há, pelo menos, consenso de que não há efeito horizontal direto nas relações privadas no sentido de que os indivíduos não estão obrigados a agir de forma compatível com a CEDH[361]. Sendo controverso o tema do efeito horizontal indireto dos direitos protegidos pela LDH nas relações privadas e na resolução de litígios privados, a visão da maioria dos juízes ingleses é a de que o tem[362]. Nos termos das Seções 3 a 6 da LDH, as autoridades públicas, nas quais se incluem os tribunais, têm a obrigação legal de interpretar a legislação primária e subordinada[363] de modo compatível com os direitos da CEDH. Além disso, os tribunais têm o poder de proferir uma declaração de incompatibilidade da legislação em relação aos direitos da CEDH, quando a verifiquem, mas que não afeta a validade e aplicabilidade da norma, nem é vinculativa para as partes no processo. O impacto da LDH nos tribunais e a teoria do efeito horizontal indireto no direito privado assentam essencialmente no facto de estes serem considerados autoridades públicas para efeitos da

[358] Brüggemeier, Ciacchi, e Comandé, *Fundamental Rights and Private Law in the European Union, I*, 150 e ss; Leyland, Peter, *The constitution of the United Kingdom*, 206 e ss.; Blake, *A practical approach to effective litigation*, 43.
[359] Secções 1, 2, 3 e 6 da LDH.
[360] Mak, *Fundamental rights in European contract law*, 120 e ss.
[361] Brüggemeier, Ciacchi, e Comandé, *Fundamental Rights and Private Law in the European Union, I*; Leyland, Peter, *The constitution of the United Kingdom*, 206 e ss.; Mak, *Fundamental rights in European contract law*, 152.
[362] Brüggemeier, Ciacchi, e Comandé, *Fundamental Rights and Private Law in the European Union, I*, 152–55; Leyland, Peter, *The constitution of the United Kingdom*, 206 e ss.; Douglas c. Hello! Ltd [2001] QB 867 [137]; Wilson c. First County Trust Ltd (no. 2) [2003] UKHL 40; [2001] EWCA Civ. 633; [2001] 3 WLR.
[363] Aquela cuja elaboração é delegada numa pessoa ou órgão nos termos da autoridade proveniente da legislação primária, que incluem as leis aprovadas pelos órgãos legislativos do RU.

Secção 6 da lei[364].

Acresce que qualquer tribunal estadual ou arbitral que decida qualquer questão relativa a um direito previsto na CEDH deve ter em conta jurisprudência, opiniões, declarações adotadas pelos órgãos de Estrasburgo, o que sucede na jurisprudência inglesa. Os tribunais aplicam nas próprias decisões, incluindo quando aplicam princípios ou regras de *common law*, os requisitos e limites estabelecidos pelo TEDH quanto ao âmbito do artigo 6.º/1 da CEDH e aos respetivos limites ou restrições admissíveis[365], a que me referirei adiante[366]. Quanto ao direito de acesso à justiça no direito inglês, decorrência do Estado de Direito, os respetivos obstáculos ou restrições podem ter diversas formas: impedimentos processuais específicos para iniciar uma ação, complexidade do processo jurídico, falta de condições financeiras para avançar com a resolução de um litígio e potencial cancelamento do patrocínio jurídico[367], desde que de acordo com os requisitos e limites à restrição de direitos fundamentais, incluindo a manutenção do conteúdo essencial do mesmo, como abordarei[368].

O **sistema jurídico francês** é um sistema monista com primazia do direito internacional[369], em que direito doméstico e direito internacional não diferem na sua natureza, atribuindo-se um valor superior aos tratados ou acordos regularmente ratificados ou aprovados relativamente às leis[370], em que a ratificação das convenções internacionais

[364] Secção 6/3/a da LDH ("…*a court or tribunal*"). Embora se discuta se o tribunal arbitral é uma "autoridade pública" vinculada à CEDH, na medida em que tem natureza privada, atendendo a que os árbitros participam no exercício da função pública de adjudicação, há quem entenda que estão sujeitos à CEDH – V. Samuel, «Arbitration, Alternative Dispute Resolution Generally and the European Convention on Human Rights, An Anglo-Centric View», 416. Em qualquer caso, de acordo com o autor, considerando que os tribunais estaduais controlam o processo e a decisão arbitrais, os mesmos poderão sempre controlar o cumprimento da CEDH, com fundamento em injustiças processuais ou em violações de ordem pública processual.

[365] Secção 2 da LDH. V. Casos Alconbury [2001] UKHL 23; [2001] 2 All ER 929, §§ 1 e ss; Home Office c. Tariq, [2001] UKSC 35 (on appeal from [2010], EWCA civ 462, §§ 25 e ss.; North Range Shipping Ltd. C. Seatrans Shipping Corporation [2002] EWCA Civ 405, § 14; BLCT (13096) Ltd. C. J Sainsbury plc, [2003] EWCA Civ 884; McKennitt & Ors c. Ash & Anor [2005] EWHC 3003 (QB), §§ 48 e 49; R (Unison) c. Lord Chancellor [2017] UKSC 51, §89 e §105 e ss.

[366] A.III.3, 4 e 5. pp. 117 e ss.

[367] Maldon, «The hidden value of the Rule of Law and English Law Blackstone Lecture 2022, Pembroke College, Oxford»; Wheatle, «3. Access to Justice: From Judicial Empowerment to Public Empowerment», 58; R (Unison) c. Lord Chancellor [2017] UKSC 51.

[368] A.II.3. pp. 82 e ss. e A.III.3., 4. e 5. pp. 117 e ss.

[369] Assente no princípio da unidade das ordens jurídicas, internacional e interna, por oposição aos sistemas dualistas, que as distingue e as trata autonomamente, em que, consequentemente, as normas internacionais têm de ser integradas na ordem jurídica interna para terem aplicação na mesma, como sucede no caso de Inglaterra, entre outros. No âmbito dos sistemas monistas, distinguem-se ainda os que dão primazia ao direito internacional e aqueles em que prevalece o direito interno. A.II.2.1. pp. 55 e ss. V. Brüggemeier, Ciacchi, e Comandé, *Fundamental Rights and Private Law in the European Union, I*, 190 e ss.; Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, 156.

[370] Preâmbulo, artigo 55.º e capítulo XV da Constituição francesa.

não modifica a natureza das regras que os mesmos contêm e em que há a possibilidade de um ato parlamentar derrogar uma disposição do tratado ratificado.

A Constituição francesa afirma as condições de implementação do direito internacional, como também o respetivo valor superior na hierarquia das fontes de direito[371]. No entanto, a eficácia da abordagem monista da Constituição francesa tem sido criticada e contrariada pelos tribunais que reconhecem a supremacia das normas constitucionais na ordem jurídica interna em casos de conflito entre as regras de tratados internacionais e as disposições constitucionais nacionais[372], sendo as normas constitucionais a exceção à regra da primazia do direito internacional[373]. Com efeito, é a própria Constituição que desempenha a função de recetáculo do direito internacional (tratados internacionais, como a DUDH, a CEDH e o PIDCP, entre outros, e direito da UE) e determina as condições em que o mesmo vale, o qual entra e opera direta e automaticamente na ordem jurídica francesa, sem necessidade de receção ou transformação[374].

Embora a situação das convenções internacionais relativas aos direitos fundamentais varie, os direitos da CEDH e do PIDCP têm um valor infraconstitucional na ordem jurídica interna e, devido à sua natureza específica, são sistematicamente aplicados com base na sua primazia sobre o direito doméstico e no efeito direto[375]. Em particular, os artigos 6.º/1, 13.º e 14.º da CEDH, tal como os artigos 14.º e 26.º do PIDCP são diretamente aplicáveis, sendo considerados como parte da ordem pública europeia e doméstica[376]. Além disso, considerando que as convenções internacionais têm efeito horizontal, ou seja, se estendem para as relações entre privados, e complementando-o com a aplicabilidade direta e com a primazia sobre o direito doméstico (exceto, conforme referido, quanto às normas constitucionais), é pacífico em França que as mesmas têm efeito horizontal direto, podendo,

[371] Artigos 52.º a 55.º.
[372] Brüggemeier, Ciacchi, e Comandé, *Fundamental Rights and Private Law in the European Union, I*, 190 e ss.
[373] Ainda que haja aqui um conflito de legalidades conforme referido supra em 310. Para desenvolvimento desta matéria, V. Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, 200 e ss.; Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, 117. V. também Cons. Const., n.º 2004-505 DC, 19 de novembro de 2004, Rec. P. 173; Cass, AP, 2 de junho de 2000, *Fraisse*, Bull. AP n.º 4; CE Ass., 30 de outubro de 1998, *Sarra net Levacher*, Rec. P 369;
[374] Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, 175 e ss.; Rangel, «Os conflitos entre o direito interno e os tratados internacionais.», 104.
[375] Brüggemeier, Ciacchi, e Comandé, *Fundamental Rights and Private Law in the European Union, I*, 202 e 205–6; Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, 185 e ss.
[376] Jakšić, *Arbitration and human rights*, 72–73; Brüggemeier, Ciacchi, e Comandé, *Fundamental Rights and Private Law in the European Union, I*, 201.

inclusive, a violação das convenções internacionais referidas por uma pessoa de direito privado dar lugar a um processo nos tribunais nacionais[377]. Quanto às restantes fontes de direito internacional geral, como os costumes e os princípios gerais de direito, embora não haja consagração expressa na Constituição, têm sido considerados indiretamente decorrentes do preâmbulo da Constituição de 27 de outubro de 1946 (n.º 14)[378].

Assim, as normas que consagram os direitos fundamentais, quer internacionais, quer constitucionais, além de ocuparem o topo da hierarquia de fontes de direito francesas, gozam das garantias de fundo – tais como, a aplicabilidade direta e imediata, a reserva de competência legislativa, a garantia da substância ou o respeito pelo conteúdo essencial do direito fundamental e o caráter excecional e condicionado da suspensão das garantias – e das garantias processuais – tais como, a questão prejudicial de constitucionalidade, instituída pela revisão constitucional de 2008, e a prevalência na interpretação e na aplicação do direito pelos tribunais –, também já identificadas noutras jurisdições[379].

No caso francês, quer os beneficiários, quer os devedores dos direitos fundamentais podem ser pessoas singulares e coletivas, públicas e privadas, nacionais e estrangeiros, tendo em conta o efeito horizontal direto que as normas que os consagram têm, conforme referido e como tem vindo a ser reconhecido na jurisprudência[380]. Daí a doutrina também falar em efeito *erga omnes* dos direitos fundamentais[381]. O Conselho Constitucional considera que os direitos fundamentais são de aplicação imediata e pressupõe que as autoridades administrativas e jurisdicionais devem aplicar diretamente as normas constitucionais[382]. Também a reserva de lei em matéria de direitos fundamentais está inscrita na Constituição[383].

Acresce que, tal como noutras jurisdições, há também divergência entre a doutrina quanto a uma outra caraterística apontada aos direitos fundamentais, a da inalienabilidade.

---

[377] Brüggemeier, Gert, Ciacchi, Aurelia Colombi, e Comandé, Giovanni, *Fundamental Rights and Private Law in the European Union, I*, 204 e ss.; Favoreu, Louis et al., *Droit constitutionnel*, 175 e ss.931 e ss.
[378] Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, 180.
[379] Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, 39–41 e ss.; Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, 937 e ss.; Mélin-Soucramanien e Zinamsgvarov, *Libertés fondamentales*, 34–56.
[380] Brüggemeier, Ciacchi, e Comandé, *Fundamental Rights and Private Law in the European Union, I*, 250–52; Mélin-Soucramanien e Zinamsgvarov, *Libertés fondamentales*, 28–31.
[381] Brüggemeier, Ciacchi, e Comandé, *Fundamental Rights and Private Law in the European Union, I*, 250; Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, 40.
[382] Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, 932.
[383] V. artigo 34.º, que prevê que "[a] lei estabelece as regras relativas: - aos direitos civis e às garantias fundamentais concedidas aos cidadãos para o exercício das liberdades públicas; (…)", entre outras disposições específicas.

Se há autores que entendem que os direitos fundamentais são inalienáveis e que, quanto muito, o exercício dos mesmos pode ser limitado num determinado tempo e num determinado espaço (por exemplo, a estipulação de uma cláusula de não-concorrência num contrato de trabalho não importa o abandono do direito e liberdade de trabalhar, mas somente a limita num certo período de tempo e num determinado espaço)[384], outros autores esclarecem que os direitos não deixam de ser fundamentais, por não serem absolutos e por serem suscetíveis de ser limitados[385]. Para estes autores, com exceção de alguns casos de direitos que, nos termos do direito da UE, são considerados inalienáveis ou intangíveis, como são os casos da proibição da tortura, da submissão a tratamentos desumanos ou degradantes ou a proibição da escravatura, a suscetibilidade de serem limitados é uma característica dos mesmos, sendo que a diferença essencial é a de que estes direitos apenas podem ser restringidos por lei e que o legislador deve fazer o controlo de constitucionalidade e verificar que a restrição não viola o conteúdo essencial dos mesmos e que fixa os limites aos limites dos mesmos[386]. Em qualquer caso, a doutrina[387] e jurisprudência francesas são unânimes em considerar que há um limite aos limites a direitos fundamentais que consiste na proibição de uma restrição desproporcional ou na salvaguarda do conteúdo essencial dos mesmos, conforme desenvolverei adiante[388].

Finalmente, não restam dúvidas de que, segundo a doutrina e jurisprudência francesa[389], o regime jurídico específico exposto é diretamente aplicável aos direitos fundamentais de acesso ao tribunal e a uma tutela jurisdicional efetiva, em particular à arbitragem e aos tribunais arbitrais, com os conteúdos já referidos[390].

No **Brasil**, os direitos fundamentais têm um regime jurídico específico, o qual vem previsto expressamente na CFB (artigo 5.º §§ 3 a 5), embora não seja tão detalhadamente regulado como no caso do artigo 18.º da CRP. Após um extenso e inovador catálogo de

[384] Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, 41.
[385] Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, 927–28.
[386] *Idem*.
[387] Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, 163 e ss.; Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, 928, 933–34 e 947.
[388] A.II.3. pp. 82 e ss. e A.III. pp. 102 e ss.
[389] Chainais, «Exigences du procès équitable et arbitrage: existence et essence du droit à un procès arbitral équitable»; Emmanuel Gaillard, «Le nouveau droit français de l' arbitrage interne et international», *Recueil Dalloz*, 2011, 175; Guinchard, *Droit processuel*, 1575 e ss.; Jakšić, *Arbitration and human rights*, 217; C. App Paris, n.º 09/24158, 17.11.2011.
[390] A.II.1.2. pp. 24 e ss.

direitos fundamentais consagrados no seu artigo 5.º, e visando o reforço da natureza imperativa das regras que consagram direitos fundamentais e garantias, a CFB instituiu o princípio da aplicabilidade imediata destas regras (artigo 5.º § 1), donde se retira que tais direitos são diretamente aplicáveis pelos poderes legislativo, executivo e judiciário e que a inércia ou omissão do Estado quanto à concretização de um direito fundamental é inadmissível e viola a ordem constitucional[391]. Acresce que os direitos e garantias individuais estão protegidos, quer perante o legislador ordinário, quer perante o constituinte, por integrarem o designado rol de cláusulas pétreas (artigo 60 § 4, IV)[392].

A CFB atual é a primeira que, no Brasil, lista o princípio da prevalência dos direitos humanos como princípio fundamental que governa o Estado Brasileiro nas relações internacionais, limitando assim a soberania do mesmo (artigo 4.º, II)[393]. É um princípio que promove a abertura da ordem jurídica interna ao direito internacional de direitos humanos, reinserindo o Brasil no âmbito internacional e servindo de critério interpretativo das normas constitucionais nesta matéria[394].

Além disso, assente numa ideia de fundamentalidade – a qual, de um ponto de vista formal, está relacionada com o sistema constitucional positivo protegido nos termos referidos, de que todos são titulares e, de um ponto de vista material, parte da premissa de que os direitos fundamentais materializam os valores essenciais do Estado e da sociedade – , o artigo 5.º § 2 da CFB prevê uma cláusula constitucional aberta à fundamentalidade material: "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a Republica federativa do Brasil seja parte"[395]. Assim, a lista de direitos e garantias do

[391] Aleixo, «O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva na ordem jurídica brasileira - A caminho de um "devido processo proporcional"», 424 e ss.; Barroso, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 532 e ss.; Fernandes et al., *Constitutional law in Brazil*, 260–62; Piovesan e Trindade, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 2021, 117–18.
[392] Danielly Alexandre Alves e Stefânia Fraga Mendes, «A colisão dos direitos fundamentais: direitos da personalidade x liberdade de expressão», em *Direitos humanos e direitos fundamentais: uma análise multidisciplinar e crítica das garantias individuais*, por Paulo Eduardo Elias Bernacchi et al., 1.ª (Quipá Editora, 2022), 24; Barroso, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 532; Fernandes et al., *Constitutional law in Brazil*, 266–68; Marinoni, «O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspetiva da teoria dos direitos fundamentais».
[393] Fernandes et al., *Constitutional law in Brazil*, 266–68; Piovesan e Trindade, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 2021, 119 e ss.
[394] Piovesan e Trindade, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 2021, 120 e ss.
[395] Aleixo, «O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva na ordem jurídica brasileira - A caminho de um "devido processo proporcional"», 419 e ss.; Barroso, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - os*

artigo 5.º não é exaustiva e não exclui outros que estejam consagrados noutro local da própria constituição ou fora dela. Neste sentido, Luís Roberto Barroso, entre outros, considera que os direitos fundamentais abrangem os expressamente previstos no texto constitucional, os implícitos ou subentendidos no mesmo e aqueles que estão fora da Constituição ou em tratados internacionais[396].

No que se refere à relação entre direito internacional e direito interno, para além do artigo 5.º § 2 e 3 da CFB, não há qualquer outra menção quanto ao lugar dos tratados internacionais, nomeadamente ao sistema adotado, se dualista, se monista, se em relação de paridade, se de prevalência no que se refere ao ordenamento jurídico interno, bem como quanto à aplicabilidade direta ou indireta no direito interno[397]. Daí que haja divergência doutrinária e jurisprudencial neste tema. Para alguns autores, a CFB atribui, através do artigo 5.º § 2 e pela sua fundamentalidade material, o estatuto de norma constitucional também aos direitos humanos fundamentais consagrados nos tratados internacionais de que o Brasil seja parte, que integram, assim, o "bloco de constitucionalidade"[398]. Com base no princípio da aplicabilidade direta e imediata dos direitos e garantias fundamentais[399], nos argumentos decorrentes do artigo 5.º §§ 2 e 3 da CFB, bem como do respetivo artigo 4.º/II que consagra o princípio da prevalência dos direitos humanos, Flávia Piovesan defende que o direito brasileiro opta por um sistema misto no que se refere aos tratados internacionais, que combina, por um lado, um regime aplicável aos tratados internacionais de direitos humanos, que são incorporados automaticamente e que têm dignidade e regime constitucional, e por outro, o aplicável aos restantes tratados internacionais, que são de incorporação legislativa,

conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, 535 e ss.; Dantas, «Direito Fundamental à Processualização», 378 e ss.; Fernandes et al., *Constitutional law in Brazil*, 266–68; Marinoni, «O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspetiva da teoria dos direitos fundamentais»; Nogueira, «Sobre o Direito Fundamental à Jurisdição», 548 e ss.; Piovesan e Trindade, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 2021, 136 e ss.; Rocha, «A Reforma do Judiciário e os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos», 112 e ss.

[396] Alves e Mendes, «A colisão dos direitos fundamentais: direitos da personalidade x liberdade de expressão», 24; Luís Roberto Barroso, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.* (S. Paulo: Saraiva, 2020), 511; Piovesan e Trindade, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 2021; Rocha, «A Reforma do Judiciário e os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos», 112 e ss.; José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, 44.ª (São Paulo, SP: JusPodivm, 2022), 184.

[397] Fernandes et al., *Constitutional law in Brazil*, 38–41; Piovesan e Trindade, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 2021, 171 e ss.; Rocha, «A Reforma do Judiciário e os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos», 112 e ss.

[398] Fernandes et al., *Constitutional law in Brazil*, 260–62; Piovesan e Trindade, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 2021, 133 e ss.

[399] Artigo 5.º § 1 da CFB.

na medida em que precisam da intermediação de um ato normativo para tornar o tratado obrigatório na ordem interna e que têm valor infraconstitucional, mas supralegal [o qual se tem retirado do artigo 102.º/III/alínea b), da CFB]. Consequentemente, para quem defende que os tratados internacionais de direitos humanos gozam de estatuto constitucional e formam parte do "bloco de constitucionalidade", sendo aplicáveis direta e imediatamente, os direitos humanos referidos são incorporados automaticamente na ordem jurídica brasileira e produzem efeitos jurídicos relevantes, aplicando-se diretamente aos poderes estatais[400], podendo ser invocados diretamente por particulares e impedindo condutas violadoras desses direitos sob pena de invalidação[401].

Por sua vez, à luz do referido artigo 102.º/III/alínea b) da CFB, uma corrente doutrinária e o próprio STF passaram a defender, maioritariamente, a conceção de que os tratados internacionais e as leis federais apresentam a mesma hierarquia jurídica, sendo aplicável o princípio de que lei posterior revoga lei anterior que com ela seja incompatível[402]. Além destas duas conceções há ainda mais duas correntes doutrinárias, uma que sustenta que os tratados de direitos humanos têm hierarquia supraconstitucional e outra que defende a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal, dos tratados de direitos humanos, de que é defensor, por exemplo, o Ministro Sepúlveda Pertence[403]. Segundo Luís Roberto Barroso, de acordo com a jurisprudência do STF, os tratados em geral têm o mesmo grau hierárquico das leis ordinárias, vigorando o princípio de que a lei posterior revoga a lei anterior, sendo que os tratados de direitos humanos têm valor supralegal, mas não constitucional, o qual estaria reservado para os que forem aprovados nos termos do artigo 5.º § 3 da CFB, o que corresponde à última teoria referida[404].

No que se refere à eficácia dos direitos fundamentais, não havendo grande dúvida quanto à eficácia vertical dos mesmos, i.e., sobre os poderes públicos, encontra-se também na doutrina brasileira a discussão relativa à respetiva eficácia horizontal, ou seja, nas relações entre os particulares, seja na forma de penetração dos direitos fundamentais nas relações

[400] Artigo 105.º/III/alínea a) da CFB.
[401] Piovesan e Trindade, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 2021, 171 e ss.; Rocha, «A Reforma do Judiciário e os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos», 113 e ss.
[402] Fernandes et al., *Constitutional law in Brazil*, 41; Piovesan e Trindade, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 2021, 142 e ss.; V. também STF Pleno RE: 80004 SE, DJ 01.06.1977; STF Pleno, HC 72.131-1, DJ 01.08.2003.
[403] V. entendimento manifestado em STF RHC: 79785 RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 15.08.2000.
[404] Barroso, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 536–37.

privadas, seja no alcance e consequências da mesma[405]. Sendo aceite que os direitos fundamentais têm eficácia nas relações privadas, identificam-se as mesmas *teorias da eficácia imediata* e da *eficácia mediata*, bem como uma outra modalidade decorrente desta última, que é a *teoria dos deveres de proteção do Estado*, bem como o desenvolvimento de teorias intermédias que conciliam as diferentes vertentes das teorias imediata e mediata[406]. Marcelo Duque afirma que se defende uma eficácia geral e imediata da maioria dos direitos fundamentais, que os autores alemães tendem a refutar, por falta de critérios sólidos definidores do campo de ação de cada particular[407]. Luís Roberto Barroso defende que há, sem dúvida, aplicação indireta e que se podem aplicar diretamente entre os particulares, sobretudo em situações abusivas que impliquem desigualdades ou violação de bens essenciais, que não podem ser sacrificados e afirma que "na jurisprudência do STF, há precedente de aplicação indireta – mediante interpretação conforme – e de aplicação direta dos direitos fundamentais", citando os casos,[408]. Já Luiz Guilherme Marinoni, analisando a aplicabilidade imediata do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, considera que é um comando dirigido ao Estado, inclusive contra o juiz, que tem de interpretar e aplicar o direito de acordo com a CFB, i.e., de forma efetiva e adequada, e que também se repercute na esfera jurídica das partes, donde conclui que tem eficácia vertical e, ao mesmo tempo, lateral sobre os particulares[409], incluindo-se, por isso, nos defensores das *teorias de eficácia mediata*. Assim, conclui-se que o debate continua em aberto.

Acresce que, como direitos fundamentais, as restrições ou suspensões temporárias podem ser autorizadas em Estado de Defesa ou em Estado de Sítio (artigos 136.º e 137.º da

[405] Barroso, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 548–51; Marcelo Schenk Duque, «O significado da expressão eficácia horizontal dos direitos fundamentais», *Novos Estudos Jurídicos* 26, n. 1 (2021): 250–71; Marinoni, «O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspetiva da teoria dos direitos fundamentais»; Marinoni, *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*, 122 e ss.

[406] *Idem*.

[407] Duque, «O significado da expressão eficácia horizontal dos direitos fundamentais», 266; Didier Jr, *Curso de Direito Processual Civil - Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*, 1:29–30 em que, a propósito do princípio do devido processo legal, pronuncia-se no sentido da ampla vinculação dos particulares aos direitos fundamentais admitida pela CFB.

[408] Barroso, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 548–51; STF Plenário RE 878.694/MG, 10.05.2017 em que se decide que uma norma é inconstitucional por violação do princípio da igualdade; STF 2.ª T. RE 158.215-4 RS, 07.06.1996; STF 2.ª T. RE 201.819/RJ, 11.10.2005, DJ 27.10.2006, casos de aplicação direta de direitos fundamentais a relações privadas, por violação do devido processo legal, e do direito à defesa e ao contraditório, respetivamente.

[409] Marinoni, «O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspetiva da teoria dos direitos fundamentais»; Marinoni, *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*, 158 e ss. *maxime* 175-177.

CFB), de forma excecional, em determinadas circunstâncias especificamente previstas no texto constitucional. Embora não venha expressamente previsto na CFB, a restrição de direitos fundamentais é feita por lei e dentro de certos limites, alguns dos quais aplicáveis nas relações entre particulares, incluindo o da intangibilidade do conteúdo essencial do mesmo[410], como desenvolverei adiante[411]. Conforme também referido[412], constituindo direitos fundamentais, os direitos à inafastabilidade e efetividade da tutela jurisdicional e ao devido processo legal estão também sujeitos ao regime jurídico específico.

3. O conteúdo essencial do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e a relação com o direito a impugnar a sentença arbitral

Delimitado o âmbito e conteúdo do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, que inclui os direitos à arbitragem e a impugnar a sentença arbitral, e identificado o regime jurídico específico que, pela sua natureza de direito fundamental, lhe é aplicável, um dos limites à sua restrição ou limitação, comum ao direito internacional e às ordens jurídicas nacionais analisadas, é o da salvaguarda da extensão e do alcance do respetivo conteúdo essencial. Assim, uma questão relevante para o tema da renúncia a direitos fundamentais é a de saber em que consiste o conteúdo essencial[413] de um direito fundamental. O objetivo é o de, caso se entenda que existe, traçar o limite ao poder de restrição deste tipo de direitos, i.e., o "limite dos limites", como refere Robert Alexy[414].

Além de densificar o conceito de conteúdo essencial de um direito fundamental em geral, procurarei delimitar, dentro das dúvidas e ambiguidades ainda existentes, a noção de conteúdo essencial intangível do direito à tutela jurisdicional efetiva para, nomeadamente, analisar se integra o direito a impugnar a sentença arbitral.

---

410 Barroso, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 537–51.
411 A.III.3., 4. e 5. pp. 117 e ss.
412 A.II.1.2., pp. 46 e nota 206.
413 A fórmula utilizada no artigo 18.º, n.º 3, da CRP foi inspirada no artigo 19º da Lei Fundamental germânica e que depois veio igualmente a ser adotada no artigo 53.º da Constituição espanhola. Cfr. JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª edição revista, atualizada e ampliada, Wolters Kluwer e Almedina, maio 2010, p. 392.
414 Alexy, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais, tradução da 5.ª edição alemã de Virgílio Afonso da Silva*; Pedro Augustin Adamy, *Renúncia a direito fundamental* (São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2011), 128; Van Drooghenbroeck e Rizcallah, «The ECHR and the Essence of Fundamental Rights», 907 e ss.

3.1. Direito internacional geral e regional

O conceito de essência ou conteúdo essencial do direito fundamental tem sido desenvolvido e aplicado tanto a nível do direito internacional geral, como regional, embora os seus contornos e versões sejam ainda pouco claros, porque variáveis e múltiplos, dependendo das categorias de direitos fundamentais e de cada direito em causa[415]. No que se refere ao direito internacional, mesmo sem estar expressamente previsto, o conceito de conteúdo essencial do direito tem sido deduzido e fundamentado nos artigos 4.º e 5.º do PIDCP, no artigo 27.º da CADH e no artigo 15.º (também em articulação com o 17.º) da CEDH, contendo o n.º 2 das disposições referidas listas de direitos humanos não-derrogáveis, que não podem ser suspensos, sendo controverso se as mesmas são ou não exaustivas[416]. Por sua vez, o artigo 52.º/1 da CDFUE consagra expressamente que "qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades".

Apesar de implicitamente consagrado no direito internacional e de, expressa e indubitavelmente, consagrado na CDFUE, e de vir a ser reconhecido e densificado, ainda não há suficiente clareza e concordância tanto entre a doutrina, como na jurisprudência, quer do TEDH, quer do TJUE[417], quanto à definição do conteúdo essencial dos direitos e liberdades previstos nos instrumentos referidos, bem como ao próprio método a adotar para

[415] Maja Brkan, «The Concept of Essence of fundamental Rights in the EU Legal order: peeling the Onion to its Core», *EuConst* 14 (2018): 334; Mark Dawson, Orla Lynskey, e Elise Muir, «What Is the Added Value of the Concept of the "Essence" of EU Fundamental Rights?», *German Law Journal* 20, n. 6 (Setembro de 2019): 763–78; Koen Lenaerts, «Limits on Limitations: The Essence of Fundamental Rights in the EU», *German Law Journal, Cambridge University Press* 20 (2019): 779–93; Thielbörger, «The "Essence" of International Human Rights», 925 e ss.; Van Drooghenbroeck e Rizcallah, «The ECHR and the Essence of Fundamental Rights».

[416] Jakšić, *Arbitration and human rights*, 37 e 85 e ss.; Thielbörger, «The "Essence" of International Human Rights», 929. Como salienta o autor, apenas o direito à vida, a proibição da escravatura, a proibição da tortura e a proibição de medidas penais com efeitos retroativos são expressamente incluídos nos três tratados como sendo não-derrogáveis. Ainda assim, V., por exemplo, Comentário Geral n.º 36 adotado pelo CDH da ONU sobre o direito à vida (artigo 6.º) que refere que "embora seja inerente a todo o ser humano, o direito à vida não é absoluto", disponível em Microsoft Word - 1915012E.docx (un.org) (acesso em 28.06.2023).

[417] Dawson, Lynskey, e Muir, «What Is the Added Value of the Concept of the "Essence" of EU Fundamental Rights?»; Lenaerts, «Limits on Limitations: The Essence of Fundamental Rights in the EU»; Thielbörger, «The "Essence" of International Human Rights»; Van Drooghenbroeck e Rizcallah, «The ECHR and the Essence of Fundamental Rights», 905 e ss.; TEDH, «Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium» v. Belgium (merits), n.º 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, 23.07.1968; TEDH, Golder c. Reino Unido, n.º 4451/70, 21.02.1975; TEDH, Lupeni Greek Catholic Parish e outros c. România, n.º 76943/11, 29.11.2016; TJUE, Digital Rights Ireland Ltd. c. Ministro das Comunicações, Marinha e Recursos Naturais e outros, C-293/12 e C-594/12, 8.04.2014; TJUE, Schrems c. Data Protection Commissioner, C-362/14, 06.10.2015; TJUE, Tele 2 Sverige, C-203/15, 21.12.2016.

tal definição[418]. Além disso, e sem prejuízo do referido, atribuem-se diferentes funções ao conceito na jurisprudência do TEDH.

Quanto ao direito internacional geral, Pierre Thielbörger distingue duas categorias dominantes de direitos humanos: por um lado, os direitos civis e políticos, em que o conceito está ligado, principalmente, às ideias de inderrogabilidade e irrestringibilidade, e os direitos económicos, sociais e culturais (designados de segunda geração), em que, para além de estarem ligados à ideia de irrestringibilidade, impõem aos Estados, imediatamente e sem prejuízo de possíveis limitações posteriores, a garantia de um nível essencial de proteção (justiciabilidade)[419]. Para o autor, no direito internacional, não tem de existir necessariamente um princípio-regra sobre o conceito de essência do direito, podendo o mesmo variar consoante o direito fundamental em causa[420]. Dos instrumentos relevantes para a interpretação dos artigos 4.º e 5.º do PIDCP, resulta que o conceito referido constitui um limite à restrição dos direitos fundamentais. Tal retira-se, desde logo, dos "Princípios de Siracusa sobre as disposições de limitação e derrogação no PIDCP"[421], que constituem, até hoje, a abordagem principal orientadora na matéria, nomeadamente para compreender as disposições sobre limitações e derrogações, os objetivos legítimos, os princípios gerais de interpretação e as principais características dos fundamentos para limitação ou derrogação no âmbito do PIDCP[422]. Embora não defina expressamente o conceito de essência do direito fundamental, estabelece que o âmbito da limitação não pode ser interpretado no sentido de violar a essência do direito, prevendo, sem dúvida, esse critério[423]. Além disso, retira-se igualmente, dos Comentários Gerais adotados sobre questões específicas do PIDCP, que mencionam expressamente o limite às restrições de direitos fundamentais assente no respeito

[418] Mark Dawson, Orla Lynskey, e Elise Muir, «What Is the Added Value of the Concept of the "Essence" of EU Fundamental Rights?», *German Law Journal* 20, n. 6 (2019): 763–78.
[419] Thielbörger, «The "Essence" of International Human Rights», 926. A análise conduzida por este autor refere, mas exclui os direitos de terceira geração.
[420] Thielbörger, «The "Essence" of International Human Rights», 938 O autor salienta que embora o conceito de conteúdo essencial do direito se aplique a ambas as categorias de direitos fundamentais (civis e políticos e sócio-económicos), desenvolveu-se, historicamente, primeiro, em relação aos direitos civis e políticos no direito internacional, diferentemente do que sucede no direito da UE, em que são desenvolvidos paralelamente.
[421] Princípios desenvolvidos por especialistas em direito internacional numa conferência em Siracusa, Itália, em 1984.
[422] Thielbörger, «The "Essence" of International Human Rights», 930 V. também «Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights».
[423] V. Princípios de Siracusa, Parte I/A/2.

pela essência do direito[424].

Relativamente ao direito da UE, Mark Dawson, Orla Lynskey e Elise Muir sistematizam as diferentes teorias existentes quanto à definição de conteúdo essencial de direito fundamental e aos métodos a adotar na tarefa de determinar este conceito. Neste sentido, distinguem o recurso a perspetivas externas ou internas, i.e., utilizadas fora[425] ou dentro do direito da UE, bem como o método dedutivo (que visa a determinação, em abstrato e *a priori*, de uma área essencial do direito em termos práticos) ou indutivo (em que se identifica o conteúdo essencial do direito fundamental através da jurisprudência nos casos concretos); referem a distinção entre uma perspetiva objetiva ou institucional (em que se interpreta o conteúdo essencial do direito, correspondente aos seus atributos específicos e inerentes à sua natureza, de forma guiada pelos objetivos de cada direito e pelos seus lugar e significado no sistema global da proteção dos direitos fundamentais) ou subjetiva (em que a identificação deve ser feita na perspetiva dos seus titulares, bastando a violação do conteúdo essencial para um ou alguns deles para que a mesma ocorra)[426]; distinguem, ainda, uma abordagem micro (em que se analisa a essência para cada um e de todos os direitos fundamentais)[427] ou macro (em que se aprecia a relevância da essência dos direitos fundamentais para todo o sistema global)[428]; e, por fim, a escolha entre identificar ou não um conteúdo essencial de cada direito, em que, por exemplo, se considera que a essência do direito é violada quando este é extinto ou abolido, caso em que não há propriamente um "conteúdo" essencial do direito a identificar, mas apenas a salvaguarda da existência do

[424] Comentário Geral n.º 27 sobre liberdade de circulação (artigo 12.º PIDCP), Comentário Geral n.º 31 sobre a natureza da obrigação legal geral impostas aos Estados Partes do PIDCP, Comentário Geral n.º 37 sobre o direito de reunião pacífica (artigo 21.º do PIDCP), entre outros, preparados pelo CDH da ONU, acessíveis em tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=11 (acesso em 28.06.2023).

[425] Pierre-Marie Dupuy, Francesco Francioni, e Ernst-Ulrich Petersmann, eds., *Human rights in international investment law and arbitration*, International economic law series (Oxford, New York: Oxford University Press, 2009).

[426] Van Drooghenbroeck e Rizcallah, «The ECHR and the Essence of Fundamental Rights», 912 e ss.; TEDH, Naït-Liman c. Suíça, n.º 51357/07, 10.03.2018 (voto de vencido do Juíz Wojtyczek).

[427] Como se pode retirar do artigo 5.º/1 do PIDCP, cfr. Dupuy, Francioni, e Petersmann, *Human rights in international investment law and arbitration*, 930.

[428] Por exemplo, quanto aos direitos previstos como não-derrogáveis nos artigos 4.º/2 do PIDCP, 27.º/2 da CADH e 15.º/2 da CEDH, o âmbito e o conteúdo essencial dos mesmos coincide, sendo considerados, numa abordagem macro do direito internacional dos direitos humanos como o núcleo essencial dos direitos civis e políticos. Cfr. Dupuy, Francioni, e Petersmann, *Human rights in international investment law and arbitration*, 930.

direito em causa[429].

Por sua vez, quanto às funções da noção de "conteúdo essencial" do direito fundamental segundo a doutrina e a jurisprudência do TEDH, podem distinguir-se, além da tradicional de controlo dos limites aos direitos fundamentais, outras duas: a de expandir o âmbito (material e territorial) de proteção da CEDH com vista a garantir-lhe utilidade prática e, ainda, a de ferramenta de controlo para estabelecer prioridades entre valores, quando o caso concreto o exige, nomeadamente, para distinguir entre o que é central ou essencial e o que é periférico ou acessório em cada direito[430]. Quanto à função tradicional, que é a de limite aos limites exercida no contexto previsto no artigo 52.º/1 da CDFUE, num balanço individual de direito contra direito, em oposição a uma análise holística, a maioria da doutrina distingue entre teorias absoluta e relativa: a primeira é aquela que assenta na identificação de uma área essencial do direito intangível, que, apesar de poder coincidir nalguns casos, se distingue, não se confunde e é limite à aplicação da proporcionalidade na restrição do direito[431]; e a segunda é aquela em que o conceito se confunde com o resultado da aplicação do princípio da proporcionalidade na restrição ou no equilíbrio entre direitos fundamentais[432]. Cada uma das teorias ou abordagens metodológicas tem vantagens e desvantagens, amplamente discutidas na doutrina e surgem aplicadas de forma variada na jurisprudência[433].

---

[429] Brkan, «The Concept of Essence of fundamental Rights in the EU Legal order: peeling the Onion to its Core», 335 e ss.; Dawson, Lynskey, e Muir, «What Is the Added Value of the Concept of the "Essence" of EU Fundamental Rights?», 765–66; Van Drooghenbroeck e Rizcallah, «The ECHR and the Essence of Fundamental Rights», 906 e ss.

[430] Dawson, Lynskey, e Muir, «What Is the Added Value of the Concept of the "Essence" of EU Fundamental Rights?»; Van Drooghenbroeck e Rizcallah, «The ECHR and the Essence of Fundamental Rights», 906; TEDH, Young, James & Webster c. Reino Unido, n.º 7601/76, 7806/77, 13.08.1981 p. 16; TEDH, Drozd & Janousek c. França & Espanha, n.º 12747/87, 26.06.1992 p. 27, em que os Estados Partes são, de acordo com a decisão, obrigados a recusar a sua cooperação (com terceiros Estados) se se verificar que a condenação seja o resultado de flagrante denegação de justiça e por isso uma violação do conteúdo essencial do direito previsto no artigo 6.º/1 da CEDH. TEDH, Jussila c. Filândia, n.º 73053/01, 23.11.2006 p. 12 em que o TEDH utiliza o conteúdo essencial do direito fundamental previsto no artigo 6.º da CEDH para distinguir garantias processuais aplicáveis das que são periféricas e, por isso, que podem não ser aplicadas.

[431] Lenaerts, «Limits on Limitations: The Essence of Fundamental Rights in the EU»; Há autores que defendem que, aplicando a teoria absoluta, não há espaço para a aplicação da proporcionalidade, como Dupuy, Francioni, e Petersmann, *Human rights in international investment law and arbitration*, 933; Virgílio Afonso da Silva, «O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais», *Revista de Direito do Estado*, n. 4 (2006): 44–45.

[432] Dawson, Lynskey, e Muir, «What Is the Added Value of the Concept of the "Essence" of EU Fundamental Rights?», 766 e ss.

[433] Brkan, «The Concept of Essence of fundamental Rights in the EU Legal order: peeling the Onion to its Core», 335 e ss.; Dawson, Lynskey, e Muir, «What Is the Added Value of the Concept of the "Essence" of EU

Com efeito, embora, tradicionalmente, a "essência" ou "conteúdo essencial" ou "substância" do direito esteja relacionada com a sua quididade, ou seja, com os elementos sem os quais o direito deixa de ser ele mesmo, de ser autêntico, de proteger o bem jurídico que visa garantir, perdendo valor para os respetivos beneficiários[434], surgindo também como o mínimo, absoluto ou essencial que não pode ser diminuído, reduzido ou extinto[435], e o conceito tenha surgido na decisão do caso *Belgian Linguistic*[436] e tenha sido invocado noutras decisões quanto a diferentes direitos fundamentais[437], o TEDH ainda não o definiu, clara e uniformemente, o qual mantém-se essencialmente pragmático[438].

No que se refere ao direito de acesso à justiça ou à tutela jurisdicional efetiva em especial, é pacificamente aceite, internacionalmente, incluindo na jurisprudência do TEDH, que aquele não é absoluto e é suscetível de ser restringido ou renunciado em determinadas circunstâncias, que variam consoante o caso, o tempo e o lugar[439]. Os Estados têm margem de discricionariedade para estabelecer as restrições a esse direito fundamental, como a outros, desde que não o façam de modo ou na medida em que afete o seu núcleo essencial[440].

Fundamental Rights?», 769 e ss.; Dupuy, Francioni, e Petersmann, *Human rights in international investment law and arbitration*, 932 e ss. no qual se pode encontrar também a discussão sobre as diversas teorias. Van Drooghenbroeck e Rizcallah, «The ECHR and the Essence of Fundamental Rights».

[434] Van Drooghenbroeck e Rizcallah, «The ECHR and the Essence of Fundamental Rights», 906.

[435] Brkan, «The Concept of Essence of fundamental Rights in the EU Legal order: peeling the Onion to its Core», 333.

[436] TEDH, «Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium» v. Belgium (merits), n.º 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, 23.07.1968, p. 29.

[437] TEDH, Golder c. Reino Unido, n.º 4451/70, 21.02.1975 p. 14 (direito de acesso ao tribunal ou à tutela jurisdicional efetiva); TEDH Rees c. Reino Unido, n.º 9532/81, 17.10.1986 p. 14 (direito a casar); TEDH, Ashingdane c. Reino Unido, n.º 8225/78, 28.05.1985 p. 20 (direito de acesso ao tribunal ou à tutela jurisidicional efetiva); TEDH, Lupeni Greek Catholic Parish e outros c. România, n.º 76943/11, 29.11.2016 (direito de acesso ao tribunal ou à tutela jurisdicional efetiva e à liberdade religiosa); TEDH, Regner c. The Czech Republic, n.º 35289/11, 19.09.2017 (direito ao contraditório); TEDH, Naït-Liman c. Suíça, n.º 51357/07, 10.03.2018 p. 35 e ss. (direito de acesso ao tribunal e à tutela jurisdicional efetiva).

[438] Van Drooghenbroeck e Rizcallah, «The ECHR and the Essence of Fundamental Rights», 905.

[439] Benedettelli, «Human Rights as a Litigation Tool in International Arbitration», 644; Jakšić, *Arbitration and human rights*, 24 e ss.; Krūmiņš, *Arbitration and Human Rights, Approaches to Excluding the Annulment of Arbitral Awards and Their Compatibility with the ECHR*, 51 e ss.; Guinchard, *Droit processuel*, 170; V. também TEDH, Golder c. Reino Unido, n.º 4451/70, 21.02.1975 p. 14 e ss. TEDH, Philis c. Grécia, n.º 12750/87, 13780/88 e 14003/88, 27.08.1991; TEDH, De Geouffre de la Pradelle c. França, n.º 12964/87, 16.12.1992; TEDH, Stanev c. Bulgária, n.º 36760/06, 17.01.2012; TEDH, Baka c. Hungria, n.º 20261/12, 23.06.2016.

[440] Benedettelli, «Human Rights as a Litigation Tool in International Arbitration», 644; Jakšić, *Arbitration and human rights*, 62, 88, 206 e ss.; Guinchard, *Droit processuel*, 161 e 166 atualizar para a versão de 2023; Krūmiņš, *Arbitration and Human Rights, Approaches to Excluding the Annulment of Arbitral Awards and Their Compatibility with the ECHR*, 52; Thielbörger, «The "Essence" of International Human Rights», 925; TEDH, Ashingdane c. Reino Unido, n.º 8225/78, 28.05.1985 p. 19 e ss. TEDH, Fayed c. Reino Unido, n.º 17101/90, 21.09.1994 p. 25 e ss. TEDH, Baka c. Hungria, n.º 20261/12, 23.06.2016 p. 51 e ss. TEDH, Naït-Liman c. Suíça, n.º 51357/07, 10.03.2018 p. 35 e ss., entre outros citados nas notas 436 e 437.

Conforme referido, pelo menos para alguma doutrina, a inalienabilidade dos direitos humanos significa que nenhum Estado pode privar o exercício individual dos direitos referidos e que nenhum indivíduo pode renunciar à respetiva substância[441]. Segundo o TEDH, a previsão pela legislação nacional de um meio de recorrer ao tribunal é necessária, mas não é, em si, decisivo para cumprir todos os requisitos do artigo 6.º da CEDH, devendo ainda assegurar-se que o grau de acesso garantido nos termos da legislação nacional é suficiente para garantir o direito individual a um tribunal, considerando o Estado-de-direito numa sociedade democrática[442]. Embora os Estados-Membros tenham margem de apreciação para delimitar o âmbito do direito de acesso à justiça e à tutela jurisdicional efetiva, é ao TEDH que cabe a fixação e o controlo últimos dos requisitos e limites jurídicos desta delimitação, que não corresponde a uma substituição das autoridades nacionais quanto à decisão sobre a melhor política a adotar[443]. Segundo a jurisprudência do TEDH, para além de serem necessários determinados requisitos e limites para que uma limitação dos direitos previstos no artigo 6.º da CEDH seja válida, que abordarei[444], os limites impostos pelos Estados não podem restringir o acesso ao tribunal de tal modo que o núcleo essencial do direito seja atingido ou violado[445]. Este limite tem sido, pelo menos, nalguns casos, analisado de forma independente e para além dos restantes requisitos ou limites à validade, como o fim legítimo e o teste da proporcionalidade, que analisarei adiante[446], considerando que, se há uma limitação que cumpra os restantes requisitos de validade e que não deixe o direito sem total proteção, a mesma não viola a essência do direito ["(…) did not impair the very essence of (…) the right to a court…"][447].

---

441 Jakšić, *Arbitration and human rights*, 206 e ss.; Mélin-Soucramanien e Zinamsgvarov, *Libertés fondamentales*, 38; Van Drooghenbroeck e Rizcallah, «The ECHR and the Essence of Fundamental Rights», 907 e ss.

442 TEDH, Ashingdane c. Reino Unido, n.º 8225/78, 28.05.1985 p. 20 § 57.

443 Krūmiņš, *Arbitration and Human Rights, Approaches to Excluding the Annulment of Arbitral Awards and Their Compatibility with the ECHR*, 52; Guinchard, *Droit processuel*, 173 e ss.

444 B.III.3, 4 e 5.

445 Benedettelli, «Human Rights as a Litigation Tool in International Arbitration», 644; Brkan, «The Concept of Essence of fundamental Rights in the EU Legal order: peeling the Onion to its Core», 337; Guinchard, *Droit processuel*, 170; Jakšić, *Arbitration and human rights*, 278; Krūmiņš, *Arbitration and Human Rights, Approaches to Excluding the Annulment of Arbitral Awards and Their Compatibility with the ECHR*, 52 e ss.; TEDH, Golder c. Reino Unido, n.º 4451/70, 21.02.1975; TEDH, Ashingdane c. Reino Unido, n.º 8225/78, 28.05.1985.

446 B.III.3, 4 e 5.

447 TEDH, Ashingdane c. Reino Unido, n.º 8225/78, 28.05.1985 p. 22; TEDH, Stanev c. Bulgária, n.º 36760/06, 17.01.2012; TEDH, Baka c. Hungria, n.º 20261/12, 23.06.2016 p. 52, caso em que o tribunal considerou que a

Apesar de controverso e de não haver orientações claras, e de haver jurisprudências nacionais em que há uma tendência de absorção do núcleo essencial do direito fundamental pelo princípio da proporcionalidade[448], a densificação do conteúdo essencial dos direitos e liberdades referidos tem sido feita também pela jurisprudência do TJUE, como um limite autónomo a par da proporcionalidade (teoria absoluta)[449], nomeadamente quanto ao artigo 47.º da CDFUE relativo ao direito à tutela jurisdicional efetiva, como, por exemplo, nos casos *Puškár*[450] e *Schrems*[451]. Foi neste último caso concreto que o conceito se tornou operacional, em que o tribunal tentou esclarecer o conteúdo substancial da essência do direito[452]. Dos casos referidos resulta que, se a previsão de passos processuais adicionais para o exercício de um direito é um limite legítimo, por não pôr em causa a existência do mesmo, como sucede no primeiro caso referido, já uma regulamentação que não preveja uma possibilidade de o particular recorrer a vias de direito para exercer o seu direito não respeita o conteúdo essencial do direito fundamental a uma proteção jurisdicional efetiva, tal como

ausência de meio de controlo previsto na lei para a cessação de mandato do requerente como Presidente do Supremo Tribunal era de duvidosa compatibilidade com os requisitos do Estado-de-direito e que violava o núcleo essencial do direito de acesso ao tribunal e à tutela jurisdicional efetiva. TEDH, Kuzmenko c. Ucrânia, n.º 49526/07, 9.03.2017 p. 5; TEDH, Naït-Liman c. Suíça, n.º 51357/07, 10.03.2018 p. 35 e ss.

[448] Gutman, «Article 47: The Right to an Effective Remedy and to a Fair Trial», 380.

[449] Brkan, «The Concept of Essence of fundamental Rights in the EU Legal order: peeling the Onion to its Core», 348; Lenaerts, «Limits on Limitations: The Essence of Fundamental Rights in the EU».

[450] TJUE, Puškár c. Finančné riaditeľstvo Slovenskej republiky e Kriminálny úrad finančnej správy, C-73/16, de 27.09.2017.

[451] TJUE, Schrems c. Data Protection Commissioner, C-362/14, 06.10.2015; TJUE, Digital Rights Ireland Ltd. c. Ministro das Comunicações, Marinha e Recursos Naturais e outros, C-293/12 e C-594/12, 8.04.2014; TJUE, Tele 2 Sverige, C-203/15, 21.12.2016.

[452] Brkan, «The Concept of Essence of fundamental Rights in the EU Legal order: peeling the Onion to its Core», 337; Dawson, Lynskey, e Muir, «What Is the Added Value of the Concept of the "Essence" of EU Fundamental Rights?», 764; Takis Tridimas e Giulia Gentile, «The Essence of Rights: An Unreliable Boundary?», *German Law Journal* 20, n. 6 (2019): 810; Thielbörger, «The "Essence" of International Human Rights», 924; V. também TJUE, Schrems c. Data Protection Commissioner, C-362/14, 06.10.2015 em § 93 e ss. Neste caso concreto, estavam em causa os limites à restrição aos direitos ao respeito pela vida privada e à tutela jurisdicional efetiva, tendo o tribunal considerado, com base numa teoria que se aproxima da absoluta e num método indutivo, assente em casos julgados anteriores, que a legislação que permitia o acesso às comunicações eletrónicas como regra geral comprometia a essência do direito fundamental ao respeito pela vida privada e que a falta de previsão legal de meios jurisdicionais de atuação em sua defesa desrespeitava a essência do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Em particular, no que se refere a este último, o TJUE afirmou o seguinte: "[d]e igual modo, uma regulamentação que não preveja nenhuma possibilidade de o particular recorrer a vias de direito para ter acesso aos dados pessoais que lhe dizem respeito, ou para obter a retificação ou a supressão de tais dados, não respeita o conteúdo essencial do direito fundamental a uma proteção jurisdicional efetiva, tal como é consagrado no artigo 47.º da Carta. Com efeito, o artigo 47.º, primeiro parágrafo, da Carta exige que qualquer pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tenha direito a uma ação perante um tribunal nos termos previstos nesse artigo. A este respeito, a própria existência de uma fiscalização jurisdicional efetiva destinada a assegurar o cumprimento das disposições do direito da União é inerente à existência de um Estado de Direito (…)".

consagrado no artigo 47.º da CDFUE, como foi decidido no segundo caso[453].

3.2. No direito comparado: os casos português, inglês, francês e brasileiro

A "garantia da substância", "o respeito pelo conteúdo essencial" ou "essência", "o limite aos limites" dos direitos e liberdades fundamentais é também um elemento de direito constitucional comparado expressamente inscrito ou implicitamente deduzido das constituições modernas[454]. A dificuldade reside, mais uma vez, em determinar o que é o "conteúdo essencial" do direito fundamental.

Em **Portugal**, também não está, clara e uniformemente, definido o conceito de núcleo essencial de direito fundamental[455]. Há, inclusive, autores que consideram que este princípio da salvaguarda do núcleo essencial do direito fundamental não acrescenta nada em relação a outros critérios que funcionam como limites à renúncia a um direito fundamental[456]. Diferentemente, concordo com aqueles que entendem que, estando tal limite consagrado expressamente no artigo 18.º/3 CRP de forma distinta e autónoma relativamente a outros limites à restrição a direitos, liberdades e garantias, como, por exemplo, o resultante do princípio da proporcionalidade (artigo 18.º/2 CRP), tem de ter um conteúdo autónomo que o caracterize[457].

Como explicitei noutra sede[458], e como também sucede no plano internacional, inexiste

[453] *Idem*. Além dos casos referidos, V. TJUE, Digital Rights Ireland Ltd. c. Ministro das Comunicações, Marinha e Recursos Naturais e outros, C-293/12 e C-594/12, 8.04.2014; TJUE, Tele 2 Sverige, C-203/15, 21.12.2016.

[454] Adamy, *Renúncia a direito fundamental*, 130; Barroso, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 544–45; Brkan, «The Concept of Essence of fundamental Rights in the EU Legal order: peeling the Onion to its Core», 333; Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, 934; Mélin-Soucramanien e Zinamsgvarov, *Libertés fondamentales*, 38; Miranda e Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I:392 e ss.; Thielbörger, «The "Essence" of International Human Rights», 925. V. artigos 18.º/3 da CRP, 19.º/2 da Constituição alemã, 53.º/1 da Constituição espanhola, 31.º/3/2 da Constituição Polaca, I/3 da Constituição Húngara, entre outros exemplos europeus e não-europeus.

[455] Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 132 e ss .*maxime* 138; Canotilho, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I:394–95; Gouveia, Jorge Bacelar, «Regulação e limites dos direitos fundamentais», em *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, por José Pedro Fernandes (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2001), 450–71; Mac Crorie, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, 259–63; Miranda e Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I:394 e ss.; Ribeiro, *O Problema do Contrato, As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, 132 e ss.

[456] Mac Crorie, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, 259–63.

[457] Miranda e Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I:392 e ss.

[458] Teles, «Podem as partes renunciar validamente à tutela cautelar na convenção de arbitragem», 257 e ss.

consenso na doutrina quanto ao seu significado[459], sendo a questão colocada sob duas perspetivas: a da definição dos respetivos âmbito e extensão, em que se distinguem teorias absolutas e relativas, e a do objeto de proteção do direito fundamental, relativamente ao qual se defrontam teorias subjetivas e teorias objetivas. No que se refere à primeira perspetiva, os defensores das teorias absolutas entendem que há um núcleo mínimo fundamental intangível em qualquer situação e independentemente do confronto com outros bens jurídicos protegidos constitucionalmente[460], residindo a grande dificuldade destas teorias na identificação deste núcleo mínimo intocável. Por seu turno, os defensores das teorias relativas entendem que o conteúdo essencial referido somente se pode apurar no caso concreto, após ponderação de bens jurídicos constitucionais protegidos e mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, reconduzindo-se, no fundo, a este princípio[461]. As primeiras teorias são criticadas, essencialmente, por ser muito difícil definir esse conteúdo mínimo do direito fundamental intocável. As segundas são criticadas por, basicamente, não haver qualquer diferença entre o critério referido e aquele que resulta da aplicação do princípio da proporcionalidade.

No que toca à dicotomia sobre a noção e o objeto do conteúdo essencial de um direito fundamental[462], os defensores das teorias subjetivas consideram que a Constituição visa tutelar os direitos fundamentais enquanto posições subjetivas das pessoas, bem como os respetivos bens jurídicos subjacentes. Já à luz das teorias objetivas, a CRP pretende proteger os direitos fundamentais enquanto normas jurídicas e como elementos objetivos estruturantes da ordem constitucional, funcionando a proteção do conteúdo essencial do direito fundamental como garantia institucional do mesmo e impedimento da sua subversão pelo legislador.

Independentemente da discussão e opção entre as teorias mencionadas e da

---

[459] Canotilho, *Constituição da Républica Portuguesa Anotada*, I:394–95; Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 458–61; Miranda e Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I:394 e ss.

[460] *Idem*; Alexy, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais, tradução da 5.ª edição alemã de Virgílio Afonso da Silva*, 296 e ss.

[461] Alexy, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais, tradução da 5.ª edição alemã de Virgílio Afonso da Silva* (Malheiros Editores, 2008), 296 e ss.; Andrade, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 280; Gouveia, Jorge Bacelar, «Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976», *Revista Direito UFMS* Direitos Humanos e Fundamentais, Ano 2015: 76 e ss.; Mac Crorie, Benedita, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, 262.

[462] Gouveia, Jorge Bacelar, «Regulação e limites dos direitos fundamentais»; Mac Crorie, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, 261 e ss.; Miranda e Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I:394 e ss.

preferência pelas posições mistas ou intermédias[463], concorda-se com Jorge Miranda e Jorge Pereira da Silva[464] quando concluem que, para além das discussões teóricas, será sempre necessário proceder a uma análise detalhada e reflexiva sobre o conteúdo essencial de cada direito fundamental e propõem um processo para tal[465].

Em **Inglaterra**, e na medida em que a LDH incorporou internamente os direitos consagrados na CEDH e os tribunais estão obrigados a interpretar e aplicar a lei de modo compatível com a referida Convenção, o conceito de núcleo essencial do direito de acesso à justiça e/ou a um processo justo coincide e tem sido interpretado de acordo a jurisprudência do TEDH[466]. Em qualquer caso, e de acordo com a jurisprudência inglesa, também é presumida uma limitação implícita de que a restrição ou intrusão no direito fundamental não pode privar ou impedir totalmente o exercício do direito pelo seu titular. Conforme referirei, um obstáculo ou restrição ao direito de acesso à justiça será ilícito e "ultra vires" se houver

[463] Canotilho, *Constituição da Républica Portuguesa Anotada*, I:394–95 Os autores propendem para uma teoria objetiva, quanto ao objeto a proteger no conteúdo essencial do direito fundamental, e para uma teoria mista no que se refere à extensão do conteúdo do mesmo no sentido de que há um limite absoluto constituído pelo núcleo essencial do direito fundamental, cujo conteúdo se delimita também através da ponderação dos bens constitucionalmente protegidos em causa, sendo aquele limite um *plus* em relação ao princípio da proporcionalidade. V. também Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 458–61; Já em Miranda e Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I:394 e ss. os autores parecem defender claramente uma teoria absoluta, por ser aquela que corresponde à letra do artigo 18.º, n.º 3, da CRP, mas entendem que a distinção entre teorias subjetivas e objetivas é mais aparente do que real, já que o objeto de cada direito fundamental e, consequentemente, também do respetivo conteúdo essencial, contém tanto uma dimensão objetiva, como subjetiva, e que pode não fazer sentido salvaguardar a primeira sem a segunda, dependendo de cada direito fundamental em causa e de qual o seu conteúdo efetivamente protegido, tendo por isso de se analisar cada um em particular.

[464] Miranda e Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I:401.

[465] *Idem*. Como referem os autores citados, "o que importa é ir fixando o percurso do direito, através do conhecimento da sua formação histórica, do cotejo comparativo, da jurisprudência, do desenvolvimento de cultura cívica e constitucional, do ressaltar de novos direitos implícitos, da proteção penal que lhe é concedida e, depois, procurar caminhar da periferia para o centro até encontrar um conjunto de faculdades – subjetivas, antes de mais, mas também objetivas – que o permitam identificar e enquadrar na arquitetura da Constituição". Parece ser também o entendimento de Brito, «O princípio do Juiz Natural e a Nova Organização Judiciária», 37.

[466] Home Office (Appellant) c. Tariq (Respondent) e Home Office (respondent) c. Tariq (Appellant) [2011] UKSC 35, [2010] EWCA Civ 462, pp. 59 e ss. Nesta decisão, e embora os juiz ingleses não tenham todos a mesma visão sobre o equilíbrio entre os interesses conflituantes, todos seguem a jurisprudência relativa ao artigo 6.º da CEDH e o Lorde Kerr cita diversos outros casos em que se afirma que a Câmara dos Lordes aceita, em geral, que existe um "direito mínimo essencial irredutível". No caso concreto, estava em causa a análise do direito à igualdade de armas das partes, em que o direito mínimo essencial irredutível é composto pela oportunidade de a parte conhecer e efetivamente testar e impugnar a posição apresentada contra si no processo. Acrescenta ainda o Lord Kerr que, se há outros elementos que podem verificar-se ou não em cada direito fundamental e cuja necessidade depende da análise das circunstâncias e do contexto, o núcleo essencial do direito fundamental não depende do contexto, é aquilo que é indispensável e um necessário atributo do direito fundamental, adotando aqui um conceito de núcleo essencial segundo uma teoria absoluta.

o risco real de as pessoas serem efetivamente impedidas de terem acesso à justiça[467].

Em **França**, dado que não houve a preocupação de criar e regular um catálogo de liberdades e direitos fundamentais na Constituição, o respeito pelo conteúdo essencial dos mesmos não está expressamente previsto no texto da mesma. No entanto, ele é consagrado na jurisprudência constitucional[468].

O Conselho Constitucional tem aplicado um conceito semelhante para, como abordarei[469], operar a conciliação entre direitos fundamentais e/ou entre estes e exigências de ordem pública, nomeadamente o de "não desvirtuação" do direito fundamental, nos termos do qual uma limitação de um direito fundamental que responda a um objetivo de valor constitucional não pode revestir gravidade tal que deturpe o sentido e conteúdo do direito fundamental em questão[470]. Assim, um exemplo dado várias vezes na doutrina[471] é o ocorrido numa decisão em que o Conselho Constitucional julgou que a consideração do princípio da continuidade dos serviços públicos de radiotelevisão, ainda que mínimos, conduzia à desvirtuação ("desnaturação") do direito à greve[472]. Outros exemplos encontram-se no que se refere ao direito de propriedade ou ao direito de empreender[473].

Tratando-se de um conceito difícil de definir, Ferdinand Mélin-Soucramanien e Nicolas Zinamsgvarov[474] citam e adotam um critério e uma definição de "conteúdo essencial de direitos fundamentais" de um professor polaco, Lech Garlicki, antigo juiz do TEDH. Partindo da ideia de que, no interior de cada direito fundamental, há elementos fundamentais, sem os quais este não pode funcionar ou ser exercido de todo, e elementos adicionais que podem ser regulados ou modificados de formas diferentes, sem que isso destrua a identidade do direito ou da liberdade fundamental, o conteúdo essencial das liberdades fundamentais corresponde à substância mínima, sem a qual o direito consagrado será inativo, apenas se

[467] Wheatle, «3. Access to Justice: From Judicial Empowerment to Public Empowerment», 53. V. também R (Unison) c. Lord Chancellor [2017] UKSC 51, §§ 84 e 87. A.III.4, pp. 132-134.
[468] Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, 934; Mélin-Soucramanien e Zinamsgvarov, *Libertés fondamentales*, 38; C. Const. n.º 90-283, 08.01.91; C. Const. n.º 93-335, 21.01.1994; C. Const. n.º 98-403 DC, 29.07.1998; C. Const. n.º 2023-848 DC, 09.03.2023 § 20.
[469] A.III.3., 4. e 5. pp. 117 e ss.
[470] *Idem*.
[471] Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, 947; Mélin-Soucramanien e Zinamsgvarov, *Libertés fondamentales*, 39.
[472] C. Const. n.º 79-105 DC, 25.07.79.
[473] Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, 934. C. Const. n.º 93-335, 21.01.1994; C. Const. n.º 98-403 DC, 29.07.1998.
[474] Mélin-Soucramanien e Zinamsgvarov, *Libertés fondamentales*, 37–38.

podendo limitar ou modificar os elementos adicionais[475].

O controlo dos limites aos limites a direitos fundamentais e, em particular, deste da intangibilidade do conteúdo essencial é, no caso francês, efetuado pela jurisdição constitucional e/ou pela supranacional, caso a caso.

No **Brasil**, ao contrário de outros sistemas jurídicos[476], não existe uma disposição constitucional expressa a impor o limite da salvaguarda do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Mas nem por isso tal limite deixa de decorrer implicitamente da CFB, segundo a doutrina e a jurisprudência brasileiras[477].

No que se refere ao âmbito e extensão, bem como ao objeto do conteúdo essencial de direito fundamental, também no Brasil se encontram as mesmas controvérsias entre teorias absolutas e teorias relativas, bem como entre teorias internas, que consideram que o direito e os respetivos limites constituem uma unidade no sentido em que o direito termina no seu limite, e externas, assentes na distinção entre direito e respetivos limites que resultam da ponderação com outros direitos ou princípios. Pedro Augustin Adamy, após referir a diferença entre as teorias relativas e as teorias absolutas, bem como os termos em que a discussão existe, quer na doutrina comparada, quer também no Brasil, desenha o conteúdo essencial dos direitos fundamentais como "uma zona de exclusão, em que nem o Estado, nem os particulares podem interferir"[478], sob pena de o direito se tornar ineficaz. E afirma a relevância deste limite no sistema jurídico brasileiro, com base em três argumentos fundamentais: desde logo, a mera existência e declaração constitucional de direitos fundamentais, que implica que não sejam totalmente aniquilados ou inutilizados, seguidamente, a natureza de Estado de Direito da República brasileira, este muito ligado ao primeiro argumento e, ainda, o reconhecimento desse limite pelo próprio STF[479]. Naturalmente, tal não significa que não possa haver renúncia aos direitos fundamentais, mas

[475] *Idem*.
[476] V. artigos 18.º/3 da CRP, 19.º/2 da Constituição alemã, 53.º/1 da Constituição espanhola, entre outras.
[477] Adamy, *Renúncia a direito fundamental*, 130; Barroso, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 544–45; Guilherme Peres de Oliveira, *Negócio Jurídico processual, a amplitude da cláusula geral de negociação no processo civil*, Tese (Doutorado em Direito) (São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017), 74 e 142; Silva, «O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais»; STF Pleno, HC 72.131-1, DJ 01.08.2003; STF Plenário ADI 2425/DF, 14.03.2018; STF Plenário ADI 5371/DF, 02.03.2022; STF Plenário MS 39378 MC-REF/DF, 02.10.2023.
[478] Adamy, *Renúncia a direito fundamental*, 130.
[479] *Idem*, 130–31. V. nota 477.

sim, como refere o autor, "a renúncia será aceita até o ponto em que alcance o conteúdo essencial, até onde ela não desfigure o direito fundamental, isto é, até onde este não for aniquilado, extinto, erodido e se torne absolutamente ineficaz para o seu titular"[480]. Neste sentido, parece tender para a existência de um conteúdo essencial de direito fundamental determinável e que existe em qualquer caso, sendo intangível. Por sua vez, Virgílio Afonso da Silva sublinha a manutenção das controvérsias existentes, critica as teorias absolutas e as teorias internas e defende que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é complexo. Adota claramente uma teoria relativa, em que o conteúdo essencial do direito corresponde ao resultado da aplicação necessária do princípio da proporcionalidade na colisão entre direitos fundamentais, variando consoante o caso concreto de restrição e, inclusive, podendo prevalecer um em detrimento doutro em determinada situação[481].

3.3. Posição adotada: o direito à tutela jurisdicional efetiva integra, no seu conteúdo essencial, o direito a impugnar a sentença arbitral nos casos e termos necessários à garantia desse mesmo conteúdo essencial e independentemente do meio legal consagrado para o efeito

Ora, resulta da presente análise que, tanto a nível internacional, como também nas jurisdições nacionais constitucionais, o tema da definição de conteúdo essencial de direito fundamental, incluindo a identificação do método mais adequado para a respetiva determinação, está longe de estar fechado, sendo que o próprio conteúdo essencial de direito fundamental varia no tempo e no espaço, não é estável, dependendo também de cada direito ou categorias de direitos fundamentais. Na minha opinião, tendendo para a existência de um limite autónomo e para o método indutivo, as teorias mistas são as mais adequadas, já que recorrem a elementos e retiram vantagens de cada uma das abordagens descritas no sentido de se conseguir a aproximação mais objetiva possível ao conceito, atenta a relevância do

[480] *Idem*, 132.
[481] Silva, «O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais», *maxime* 41 e ss. Partindo da distinção entre regras e princípios de Robert Alexy, entende que todos os direitos fundamentais, como princípios e mandatos de otimização, tendem a incluir o máximo de direitos, poderes, situações, etc., no seu âmbito de proteção e que, por isso, são necessariamente restringíveis por estarem em articulação com outros direitos e princípios igualmente fundamentais, incluindo também de forma ampla no âmbito de «restrição de direitos fundamentais» toda e qualquer intervenção estatal, defendendo que toda a restrição deve ser fundamentada para ser constitucional. Em sentido semelhante, V. Barroso, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 544–45.

mesmo na restrição de direitos fundamentais.

Inspirada no pensamento e método de Jorge Miranda e Jorge Pereira da Silva[482], bem como de outros autores que adotam teorias mistas, como Takis Tridimas e Giulia Gentile[483], entre outros acima citados, e partindo da premissa de que tem de existir um conteúdo essencial e critérios para determinar a exigência expressa e autónoma da salvaguarda do mesmo, já que, como demonstrado, é consagrado como requisito autónomo, quer no direito internacional, incluindo europeu, quer em diversas constituições europeias, entre elas, a Portuguesa, há que proceder à determinação do conteúdo essencial referido de acordo com os seguintes passos: primeiro, identificar e delimitar o conteúdo e o âmbito efetivamente protegido do direito fundamental em questão, incluindo o(s) bem(ns) jurídico(s) que se visa(m) garantir, a função e o grau que se pretendem salvaguardar constitucionalmente[484]; segundo, apreciar, dentro desse âmbito, aqueles direitos ou subprincípios que correspondem a características permanentes do(s) bem(ns) jurídico(s) em causa, que configuram a essência e a utilidade prática do direito fundamental, e sem os quais este deixa de existir ou servir. Em suma, há que distinguir o que é permanente e central para a utilidade do direito do que é periférico e que, se for retirado, ainda permite que aquele cumpra a sua função. Para o efeito, pode também auxiliar o confronto com outros aspetos da prática jurídica histórica, ou seja, outros regimes jurídicos paralelos ou os regimes penais e civis que o legislador tem concretizado para proteção do(s) bem(ns) jurídico(s) em causa, bem como o que tem sido entendido na doutrina e na jurisprudência nessas áreas sobre a proteção desses bens jurídicos[485]. Em terceiro lugar, e por outro lado, a delimitação do conteúdo essencial de um direito não poderá ser feita sem uma ponderação em concreto de cada direito em articulação com os outros bens ou princípios constitucionais igualmente protegidos em cada caso

[482] Miranda e Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I:401.
[483] Tridimas e Gentile, «The Essence of Rights», 803 e ss.
[484] Há posições, faculdades ou direitos subjetivos que não se enquadram no âmbito de proteção de cada direito fundamental. Por exemplo, a faculdade de insultar alguém não cabe no direito à liberdade de expressão. Barroso, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 538; Miranda e Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I:346 e ss.
[485] V. também Dworkin, Ronald, *Law's Empire* (Fontana Press, An Inprint of Harper Collins Publishers, 1991), 46 e ss.276 e ss. no sentido de que o direito é um conceito interpretativo e deve ser interpretado pela análise e interpretação das práticas sociais em que o mesmo se enraíza. O autor defende em relação à Constituição americana que se deve procurar a melhor interpretação possível que integre os princípios e bens constitucionais protegidos como um todo, que parta da interpretação da prática e experiência subjacentes à mesma e procure uma solução para cada questão que seja adequada e justificada pela própria Constituição como um todo. Sob pena de exceder os limites de espaço da presente tese, a análise ora realizada cinge-se, essencialmente, à perspetiva do direito constitucional e do direito processual civil e da arbitragem.

concreto, de modo a identificar aquilo que, se for restringido, retira utilidade ou função ao direito fundamental em questão[486].

Em particular, a questão que se coloca é a de saber se o direito a impugnar a sentença arbitral, em particular através da anulação, integra o conteúdo essencial intangível do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Ora, o primeiro passo do método de interpretação e densificação do conteúdo essencial de um direito fundamental, designadamente o de delimitar o âmbito efetivamente protegido do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva já foi cumprido, quer a nível internacional, quer em diferentes ordens jurídicas selecionadas[487]. Conforme concluído, tem sido considerado, internacional e nacionalmente, que o direito à tutela jurisdicional efetiva integra o direito à impugnação da sentença arbitral, e que, uma vez legalmente consagrado, goza do regime específico dos direitos fundamentais, mesmo que o legislador tenha margem quanto aos termos legais aplicáveis[488]. O terceiro passo do método referido será desenvolvido adiante, no que toca à ponderação, quer em geral, do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, incluindo o direito à arbitragem e outros direitos processuais fundamentais que o compõem[489], quer em particular, quanto ao direito à anulação da sentença arbitral[490], com outro direito fundamental, nomeadamente à autonomia privada e à autodeterminação. Focar-me-ei então, agora, no segundo passo identificado, tendo em vista, sobretudo, o direito a requerer a anulação da sentença arbitral, embora haja uma parte da fundamentação desta resposta que resultará de forma mais clara da Parte B, nomeadamente pela análise do âmbito, conteúdo e função deste direito e da respetiva inclusão no sistema mais global de controlo internacional das sentenças arbitrais[491].

Quanto ao conteúdo essencial do direito à tutela jurisdicional efetiva, e sem pretensão de detalhar e discutir nesta sede todos os elementos ou características permanentes do(s) bem(ns) jurídico(s) em causa, que configuram a essência e a utilidade prática do direito fundamental e sem os quais o direito em questão deixa de existir ou servir, ou seja, sem o objetivo de delimitar de forma absoluta o conteúdo intangível do direito referido, pois será

[486] Tridimas e Gentile, «The Essence of Rights», 803 e ss.; Miranda e Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I:392.A.III.5. pp. 151 e ss.
[487] A.II.1. pp. 8 e ss.
[488] *Idem*.
[489] A.III.5. pp. 151 e ss.
[490] B.V.2 e 3. pp. 263 e ss. e 283 e ss.
[491] B.IV.

objetivamente mais seguro fazê-lo autonomamente para cada elemento em concreto[492], pode dizer-se que, pelo menos, são características permanentes do direito à tutela jurisdicional efetiva o direito de acesso a um tribunal, seja estadual, seja arbitral, com as características da imparcialidade e independência, o direito a um processo justo e equitativo, ou seja que respeite os direitos à igualdade das partes e ao contraditório, e ainda que a tutela seja efetiva, ou seja, que tenha efeito útil e possa ser executada[493]. Por sua vez, os direitos a um tribunal imparcial e independente e/ou a um processo justo e equitativo, que fazem parte, de forma permanente ou essencial, do direito à tutela jurisdicional efetiva, ainda que não sejam absolutos, têm sido identificados como parte integrante da ordem pública processual, não podendo existir violação grave dos mesmos, independentemente da vontade das partes[494]. Assim, pelo menos, nesta parte, há coincidência dos conceitos de conteúdo essencial do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e de ordem pública processual. Acresce que os direitos fundamentais processuais que sejam essenciais para que a tutela dos direitos substantivos seja efetiva, como, por exemplo, as medidas cautelares[495] ou o direito de execução, também integram o conteúdo essencial do direito em questão.

Para aprofundar e determinar se o direito a requerer a anulação da sentença arbitral constitui parte do núcleo essencial intangível do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, importa analisar a função daquele direito ou que interesses visa acautelar. Conforme desenvolverei[496], das ordens jurídicas, internacional e nacionais selecionadas, resulta que a impugnação das sentenças arbitrais tem, essencialmente, duas funções: uma, de controlo ou supervisão estadual da arbitragem e das respetivas sentenças, com vista a assegurar a sua validade, i.e., que operam nos termos constitucionais e legais previstos, que respeitam os

[492] Tal análise, assim como a possível concretização da proteção dos respetivos bens jurídicos constitucionalmente protegidos nos diferentes ramos de direito, excedem o âmbito e os limites possíveis da presente tese, não podendo ser realizadas nesta sede.
[493] Aprigliano, *Normas Processuais Aplicáveis à Arbitragem, parâmetros para a aplicação das normas processuais gerais ao processo arbitral*, 11 e ss.19 e *maxime* 30 e 36; Krūmiņš, *Arbitration and Human Rights, Approaches to Excluding the Annulment of Arbitral Awards and Their Compatibility with the ECHR*, 75 e ss.264 e ; Landrove, «European Convention on Human Rights' Impact on Consensual Arbitration – An État Des Lieux of Strasbourg Case-Law and of a Problematic Swiss Law Feature», 89–96; Petrochilos, *Procedural Law in International Arbitration*, 113 e ss.; Robert Briner e Fabian Von Schlabrendorff, «Article 6 of the European Convention on Human Rights and its Bearing upon International Arbitration», ed. Robert Briner et al., *Law of international Business and Dispute Settlement in the 21st Century*, 2001, 89–109.
[494] *Idem*. V. também, no sentido de não serem absolutos, Petrochilos, *Procedural Law in International Arbitration*, 122–23; C. App Paris n.º RG 19/19201, 11.01.2022.
[495] Teles, «Podem as partes renunciar validamente à tutela cautelar na convenção de arbitragem», 257–65.
[496] B.IV. pp. 168 e ss.

direitos e/ou valores processuais fundamentais incluídos no direito a uma tutela jurisdicional efetiva, também aplicáveis a este mecanismo de resolução de litígios, bem como que não se violam outros valores fundamentais (substantivos) da ordem jurídica estadual em causa, considerados essenciais para a legitimidade constitucional e social da arbitragem[497]; outra, conferir tutela efetiva a direitos fundamentais processuais das partes, que tenham sido violados na arbitragem e, que se não houver outro meio de reação, podem ficar desprotegidos ou sem possibilidade de serem salvaguardados. O mesmo é dizer que tem uma função, em que prossegue essencialmente um interesse público ou geral da comunidade, e outra em que estão em causa, essencialmente, interesses privados das partes.

Por um lado, note-se que, por força de direito costumeiro internacional positivo ou expressão dos princípios geralmente reconhecidos nos termos do artigo 38.º do ETIJ (artigos 8.º e 10.º da DUDH), bem como das convenções internacionais de que os Estados são parte (artigo 14.º/1 do PIDCP, artigo 6.º da CEDH, artigo 47.º da CDFUE e artigo 8.º/1 da CADH) e, conforme desenvolvido acima[498], os Estados estão vinculados a assegurar o respeito e garantia do direito a uma tutela jurisdicional efetiva, nos termos delimitados, nas respetivas jurisdições, tendo margem para livremente escolherem como cumprir essa obrigação. O cumprimento da obrigação referida não implica necessariamente que o controlo tenha de ser assegurado pelos tribunais estaduais, podendo até ser realizado por tribunais arbitrais[499], mas poderá exigir que, em última instância, se não houver outra forma, haja aquela possibilidade.

Por outro lado, retira-se do exposto que, quando as partes escolhem a arbitragem como mecanismo de resolução de litígios consagrado constitucionalmente para exercício do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, não se pode entender que tenham renunciado ao conteúdo essencial intangível do direito referido, nomeadamente aos direitos fundamentais processuais a um tribunal independente e imparcial, a um processo justo e equitativo (*due process of law*) ou à efetividade da tutela, que são condições da liberdade, dignidade, justiça e da manutenção do Estado-de-Direito, sob pena de violação constitucional do direito à tutela jurisdicional efetiva. Quanto ao direito à efetividade da tutela, considerando a natureza processual dos direitos em análise e o seu caráter instrumental ao exercício de outros direitos

[497] Sublinho que, como concluirei em B.IV., o âmbito do controlo varia consoante o Estado em causa, podendo ser mais ou menos amplo.
[498] A.II.2.1. pp. 55 e ss.
[499] Silva, «A arbitrabilidade da pretensão anulatória de decisão arbitral: expansão da arbitragem a um domínio improvável?»; Zocal, *Jurisdição do árbitro para a anulação de sentenças arbitrais*.

substantivos, ao escolherem a arbitragem para a resolução de litígios, também não se pode entender que as partes tenham renunciado ou afastado outros direitos e/ou valores fundamentais, que também sejam protegidos constitucionalmente, quer internacionalmente, quer nas ordens jurídicas nacionais, de modo que não podem, legitimamente, ser afastados ou violados pelas partes por serem estruturantes de cada ordem jurídica e/ou por prosseguirem interesses de ordem pública (para além da ordem pública processual) e em relação aos quais não haja outro meio de os defender. Também estes outros direitos ou valores constitucionalmente protegidos se incluem no dever de garantia efetiva dos Estados, embora se tenha de analisar, também em relação a cada um deles, em que medida.

Ora, daqui se retira que da articulação, por um lado, do direito constitucional fundamental à tutela jurisdicional efetiva, que integra o direito à arbitragem como mecanismo possível de resolução de litígios e, por outro lado, do respetivo conteúdo essencial intangível do direito fundamental referido – o qual, pela natureza processual e instrumental dos direitos que integra, também se articula com a consagração constitucional de outros direitos fundamentais ou bens ou valores constitucionalmente protegidos, quer no direito internacional, quer, sobretudo, nas ordens jurídicas constitucionais nacionais –, impõe-se que haja um meio – independentemente de qual ele seja – de reagir perante sentenças arbitrais em que tenha havido violação, de tal modo grave, dos bens jurídicos permanentes que se visam proteger no exercício da função jurisdicional e/ou ao abrigo de outros direitos ou valores fundamentais, que não possam ser livremente afastados pelas partes. Tais violações – de tal forma graves – têm de poder ser impugnadas pelas partes e/ou controladas pelos Estados de algum modo.

Parece ser também esse o sentido de alguma doutrina e da jurisprudência do TEDH, quando afirmam, quanto aos direitos fundamentais processuais previstos no artigo 6.º da CEDH, que, se há alguns a que não se pode renunciar, valida e antecipadamente, na convenção de arbitragem, tal implica que haja um mecanismo na *lex arbitrii* aplicável nos termos do qual, seja ele qual for, se garanta a proteção dos mesmos nos termos da norma referida[500]. Impõe-se, por isso, que haja um meio de impugnação – seja ele qual for – nos casos de desrespeito da própria proibição legal estadual de resolução do litígio por

[500] Benedettelli, «Human Rights as a Litigation Tool in International Arbitration», 647; Krūmiņš, *Arbitration and Human Rights, Approaches to Excluding the Annulment of Arbitral Awards and Their Compatibility with the ECHR*, 80.

arbitragem, ou seja, em que esteja em causa a própria arbitrabilidade do litígio, e/ou de violação grave dos direitos fundamentais a um tribunal independente e imparcial e/ou a um processo justo e equitativo, normalmente considerados interesses de ordem pública processual, por protegerem bens jurídicos permanentes (conteúdo essencial) do direito a uma tutela jurisdicional efetiva[501]. Finalmente, impõe-se também que haja possibilidade de impugnação ou controlo – seja ele qual for – para impedir violações graves de outros direitos fundamentais e/ou valores constitucionalmente protegidos, que não podem ser afastados pelas partes e que somente terão tutela efetiva por essa via, como, por exemplo, em casos que constituam crime ou fraude.

Deste modo, o conteúdo essencial do direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva na arbitragem inclui a existência de um meio de impugnação ou controlo de sentença arbitral, que viole, de forma grave, direitos fundamentais processuais e/ou interesses de ordem pública de cada Estado, que não estão na disponibilidade das partes, nos casos e termos necessários a garantir o referido conteúdo essencial. No entanto, não requer que seja por via da anulação, do recurso, de oposição ao reconhecimento ou execução da sentença arbitral ou de outro meio legal específico, deixando liberdade ao legislador para adotar o regime que se coadune com a proteção constitucional dos bens jurídicos em questão, dentro dos requisitos e limites consagrados.

[501] *Idem*.

III. Renúncia, por acordo das partes, a direitos fundamentais, em especial, processuais na arbitragem

Conforme referido, na Parte A, pretendo responder à questão de saber se as partes podem, validamente, numa convenção de arbitragem ou em momento posterior, renunciar por acordo, parcial e/ou totalmente, a direitos fundamentais processuais incluídos no direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva e, em caso afirmativo, com que requisitos e até que limites, quer à luz do direito internacional, quer segundo os sistemas jurídicos comparados selecionados. Na Parte B, concretizarei a resposta dada à questão principal ao caso do direito processual fundamental de impugnar a sentença arbitral proferida numa arbitragem internacional à luz das diferentes fontes de direito da arbitragem mencionadas.

Já procedi à análise e delimitação da natureza, do objeto, do âmbito e do regime do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, à luz das fontes internacionais e nacionais referidas, tendo concluído que o mesmo integra o direito à arbitragem e a outros direitos fundamentais processuais, que lhe são aplicáveis, incluindo, no seu conteúdo essencial, o de impugnar a sentença arbitral em determinados casos de violações graves de direitos fundamentais processuais e/ou interesses de ordem pública, com vista à garantia do conteúdo essencial do direito[502]. Cabe-me, agora, definir o conceito de renúncia a direitos fundamentais e as suas possíveis configurações (Secção 1), identificar o seu fundamento (Secção 2) para, então, identificar os requisitos de validade de renúncia a direitos fundamentais (Secção 3 e 4) e, sobretudo, os respetivos limites e os critérios para os delinear (Secção 4), o que farei, uma vez mais, à luz das fontes de direito mencionadas. Com os elementos referidos, poderei, então, analisar e concluir sobre a (in)admissibilidade e (in)validade da renúncia por acordo das partes e, em caso de resposta afirmativa, com que requisitos e limites, a direitos fundamentais processuais na arbitragem (Secção 5).

1. O conceito de renúncia a direito fundamental: delimitação do âmbito e referência a direitos fundamentais processuais

O conceito de renúncia a direitos fundamentais não é totalmente uniforme na doutrina, quer internacional, quer nas ordens jurídicas analisadas, já que tem contornos diferentes

[502] A.II. pp. 8 e ss.

consoante o ramo do direito que se está a tratar – Direito Constitucional, Direito Internacional, Direito Civil, Direito Penal, Direito Tributário, entre outros –, e também em função da perspetiva sob a qual os autores o analisam, se se centram na relação vertical entre Estados e indivíduos ou, diferentemente, nas relações entre particulares[503]. Por exemplo, o conceito de renúncia abdicativa no Direito Civil implica a extinção do direito, o que não ocorre – e, pelo menos, para alguma doutrina, não pode ocorrer, como melhor explicitarei – quanto a um direito fundamental que, em muitos casos, não pode ser renunciado como um todo[504]. Acresce que, e embora não haja unanimidade nesta análise[505], para alguns autores[506], a admissibilidade, e respetivos limites, da renúncia também podem variar consoante a

[503] Apesar da proliferação da investigação sobre direitos fundamentais nas últimas décadas, e da enorme relevância do tema da renúncia a direitos fundamentais e das questões conexas sobre se os Estados devem impor limites ao exercício desse direito, e que limites, o que coloca questões delicadas em diversas áreas, as monografias sobre o tema referido não são tão abundantes e algumas delas centram-se em áreas específicas do Direito, como na dos direitos de personalidade ou na das relações no âmbito do Direito Público ou do Direito Tributário, etc. Vide Adamy, *Renúncia a direito fundamental*, que analisa a renúncia a direitos fundamentais à luz do sistema constitucional e legislativo brasileiro na área específica do Direito Tributário; Alexy, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais, tradução da 5.ª edição alemã de Virgílio Afonso da Silva*, que corresponde, como o próprio autor qualifica e segundo a tradução ora citada, a uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais da Constituição Alemã, que se cita por ser uma obra de referência em vários ordenamentos jurídicos, como no português e no brasileiro; Julie Arroyo, *La renonciation aux droits fondamentaux: étude de droit français*, Publications de l'Institut international des droits de l'homme, no. 29 (Paris: Éditions A. Pedone: Fondation René Cassin, 2016), que investiga a renúncia a direitos fundamentais no direito francês e contemplando também o direito europeu dos direitos humanos, sobretudo decorrente da CEDH, sobretudo nas relações entre particulares; Xavier Bioy, «Les limites du "renoncement" aux droits fondamentaux», ed. Nathalie Jacquinot, *Le renoncement en droit publique*, Actes de colloques de l'IFR | 45, 2021, 147–74; Francisco M. de Brito Pereira Coelho, *A Renúncia Abdicativa no Direito Civil (algumas notas tendentes à definição do seu regime)*, Boletim da Faculdade de Direito, Stvdia Ivridica 8 (Coimbra Editora, 1995); Philippe Frumer, *La Renonciation aux droits et libertés - La convention européenne des droits de l' homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Collection de droit international 47 (Editions Bruylant, Editions de l' Université de Bruxelles, 2001), que trata da renúncia a direitos e liberdades fundamentais no sistema da CEDH; Mac Crorie, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, que se centra no tema da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares ao abrigo sobretudo do Direito Constitucional português; Jorge Reis Novais, «Renúncia a Direitos Fundamentais», em *Perspetivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*, por Jorge Miranda, vol. I (Coimbra Editora, 1996), que aborda a renúncia a direitos fundamentais nas relações entre o Estado e os particulares à luz do Direito Constitucional português, afirmando, porém, que as conclusões quanto à admissibilidade e limites da renúncia se aplicarão, na sua quase totalidade, ou seja, excluindo a problemática da reserva de lei, e com as devidas adaptações, às relações jurídicas privadas; Novais, *Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares – do dever de proteção à proibição do défice*; Olivier De Schutter e Julie Ringelheim, «La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition du soi et le règne de l'échange.», *Cellule de recherche interdisciplinaire en droits de l'homme (CRIDHO)*, 1, 2005; Teles, «Podem as partes renunciar validamente à tutela cautelar na convenção de arbitragem».

[504] Arroyo, *La renonciation aux droits fondamentaux*, 27–28; Coelho, *A Renúncia Abdicativa no Direito Civil (algumas notas tendentes à definição do seu regime)*, 13 e ss.; Mac Crorie, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, 22–26; Novais, «Renúncia a Direitos Fundamentais», 270–71.

[505] Frumer, *La Renonciation aux droits et libertés - La convention européenne des droits de l' homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, 486 e ss.

[506] Arroyo, *La renonciation aux droits fondamentaux*, 123 e ss.

natureza do direito fundamental a que se renuncia – pessoal ou patrimonial, substantivo ou processual, político ou socioeconómico, coletivo ou individual. Daí que diversos autores afirmem que, perante uma multiplicidade de possíveis situações de renúncia, consoante o direito fundamental em causa, impõe-se prudência nas conclusões demasiado gerais e globalizantes, precisão no desenho dos contornos da figura, distinguindo-a de outras próximas, e consideração por eventuais especificidades de cada direito fundamental em concreto[507].

Estou, por isso, inteiramente de acordo com Benedita MacCrorie quando defende a necessidade da distinção, por mais delicada que seja, entre, por um lado, a definição do conceito de renúncia a direito fundamental em si e, por outro lado, a questão de saber quais os limites ao poder de renunciar[508]. Com efeito, muitas vezes, e como abordarei, a diferença de conceções, mais amplas ou mais restritas, de renúncia decorrem destas variações nos limites à admissibilidade da renúncia.

Sem prejuízo da referida multiplicidade de situações em que pode haver uma renúncia a direitos fundamentais, concordo com Jorge Reis Novais que é possível identificar "o menor denominador comum das situações de renúncia". Segundo este autor e Benedita Mac Crorie, que analisaram profundamente o tema ao abrigo do direito português, renúncia é o "poder individual de dispor das posições jurídicas próprias, tuteladas por normas de direitos fundamentais, de cujo exercício resulta, como consequência jurídica, uma diminuição da proteção do indivíduo"[509]. A diversidade de âmbitos do conceito de renúncia a direito fundamental e a busca por um "denominador comum" são também encontradas na doutrina internacional e nacional estrangeira[510]. Por exemplo, Philippe Frumer, pretende identificar, à luz da CEDH, um "denominador comum" da renúncia, afirmando abranger "qualquer

[507] Adamy, *Renúncia a direito fundamental*, 29; Frumer, *La Renonciation aux droits et libertés - La convention européenne des droits de l' homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, 10 e ss.; Novais, «Renúncia a Direitos Fundamentais», 270; Teles, «Podem as partes renunciar validamente à tutela cautelar na convenção de arbitragem», 294.
[508] Mac Crorie, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, 26.
[509] *Idem*; Novais, «Renúncia a Direitos Fundamentais», 271; Teles, «Podem as partes renunciar validamente à tutela cautelar na convenção de arbitragem», 294.
[510] Adamy, *Renúncia a direito fundamental*, 58; Arroyo, *La renonciation aux droits fondamentaux*; Cleide Márcia de Farias e João Paulo Allain Teixeira, «Renúncia a direitos fundamentais: modalidades e efeitos a partir da teoria constitucional contemporânea», *Revista Pensamento Jurídico - São Paulo* 9, n. 1 (2016): 290–319; Frumer, *La Renonciation aux droits et libertés - La convention européenne des droits de l' homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, 10–14; Schutter e Ringelheim, «La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition du soi et le règne de l'échange.»

processo jurídico que traduza a vontade expressa ou tácita de um indivíduo de se privar de uma prerrogativa, de abandoná-la ou de abdicar dela, embora ainda possa exercê-la" [511]. Já Julie Arroyo[512] considera que esta noção é excessivamente ampla, por incluir a renúncia abdicativa, inaplicável aos direitos fundamentais, e outras situações em que é discutível a natureza de renúncia, por corresponderem mais a restrições decorrentes do estatuto legal do que do acordo dos titulares. Após fundamentar a inaplicabilidade da noção civilista de renúncia abdicativa a direitos fundamentais e de identificar dois elementos que surgem na definição doutrinal do conceito em questão (ausência de transmissão do direito fundamental e possibilidade de se materializar, quer por acordo, quer por ato unilateral), a autora prefere uma noção mais restrita à luz do direito francês e da CEDH, que assenta no compromisso, por um ato jurídico, a não exercer um direito ou uma liberdade fundamental ou a exercê-lo num sentido determinado[513]. Segundo O. de Schutter e Julie Ringelheim, a renúncia tem um âmbito mais amplo, podendo corresponder quer ao não-exercício de um direito de que se dispõe, quer à aceitação, expressa e antecipada, de uma violação do direito de que é titular quer, ainda, à omissão de atuação judicial no sentido de reclamar as consequências de uma violação de um direito (nomeadamente a sua reparação, anulação ou sanção)[514].

Um traço relevante comum, sublinhado pela doutrina que aprofundou o tema, é o da dupla dimensão da renúncia, já que constitui simultaneamente um exercício e uma afetação negativa ou limitação do direito fundamental. Com efeito, o poder de dispor sobre posições protegidas por direitos fundamentais, ainda que num sentido do seu enfraquecimento ou diminuição, ou mesmo de não as exercer, desde que verificados determinados requisitos, traduz uma forma de realização desses direitos, i.e., uma manifestação do poder de autodeterminação do seu titular[515]. Ao mesmo tempo, pode ser um risco para essa mesma liberdade do titular[516]. A referida dupla natureza é essencial para se compreender, quer o

[511] Tradução minha. V. Frumer, *La Renonciation aux droits et libertés - La convention européenne des droits de l' homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, 13–14.
[512] Arroyo, *La renonciation aux droits fondamentaux*, 30.
[513] Tradução minha. V. Arroyo, *La renonciation aux droits fondamentaux*, 30; Schutter e Ringelheim, «La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition du soi et le règne de l'échange.»
[514] Schutter e Ringelheim, «La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition du soi et le règne de l'échange.», 7.
[515] Adamy, *Renúncia a direito fundamental*, 48 e ss.; Arroyo, *La renonciation aux droits fondamentaux*, 64; Farias e Teixeira, «Renúncia a direitos fundamentais: modalidades e efeitos a partir da teoria constitucional contemporânea», 306 e ss.; Novais, «Renúncia a Direitos Fundamentais», 287; Schutter e Ringelheim, «La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition du soi et le règne de l'échange.», 4 e ss.
[516] *Idem*.

fundamento, quer os requisitos, quer ainda os limites da renúncia[517].

Conforme referido, há que precisar os contornos do conceito de renúncia, distinguindo-a de outras figuras afins. Antes de mais, a renúncia distingue-se da perda e do não-exercício do direito fundamental[518]. Enquanto na renúncia, o titular assume um compromisso jurídico de não exercer o direito fundamental, que pode variar nos seus termos, mas implica a vinculação "a não exercer, temporária ou pontualmente, algumas das pretensões, faculdades ou poderes que integram o direito"[519], decidindo assumir determinadas consequências na sua esfera jurídica, nas restantes figuras afins não se verificam todos estes elementos. Na perda, há também enfraquecimento ou mesmo desaparecimento da posição jurídica do titular, mas que resulta, já não da sua própria decisão voluntária, mas sim de uma imposição externa de extinção do direito, como consequência prevista pela ordem jurídica para uma ação ou omissão do seu titular, independentemente da sua vontade. Por sua vez, no não-exercício do direito fundamental, o respetivo titular não se vincula juridicamente a não o exercer, mas essa faculdade, tal como a de o exercer, configuram-se como duas modalidades de exercício, em sentido lato, do direito, podendo, num primeiro momento, o seu titular decidir não o exercer e, num momento posterior, optar pelo seu contrário, sem qualquer consequência jurídica de incumprimento de algum compromisso[520]. Finalmente, refira-se, ainda, uma distinção ténue entre renúncia e mero exercício de direito fundamental, que Benedita Mac Crorie desenha com base noutra efetuada no Direito Penal e no Direito Civil entre acordo e consentimento[521], bem como na

[517] Mac Crorie, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, 28; Arroyo, *La renonciation aux droits fondamentaux*, 63 e ss.
[518] Adamy, *Renúncia a direito fundamental*, 29 e ss.; Frumer, *La Renonciation aux droits et libertés - La convention européenne des droits de l' homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, 14 e ss.; Mac Crorie, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, 32 e ss.; Novais, «Renúncia a Direitos Fundamentais», 273; Teles, «Podem as partes renunciar validamente à tutela cautelar na convenção de arbitragem», 295–96.
[519] Novais, «Renúncia a Direitos Fundamentais», 273.
[520] Adamy, *Renúncia a direito fundamental*, 29 e ss.; Frumer, *La Renonciation aux droits et libertés - La convention européenne des droits de l' homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, 14 e ss.; Mac Crorie, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, 32 e ss.; Novais, «Renúncia a Direitos Fundamentais», 273 e ss.; Teles, «Podem as partes renunciar validamente à tutela cautelar na convenção de arbitragem», 295–96.
[521] Mac Crorie, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, 40–52. Para a autora, "os fundamentos que estão na base da distinção entre consentimento e acordo relevam também na renúncia a direitos fundamentais". A autora salienta a distinção entre acordo e consentimento no Direito Penal e Direito Civil, ambos assentes na autonomia individual, mas sendo expressões diferentes da mesma, já que, no acordo, a autonomia privada e o bem pessoal protegido identificam-se e, por isso, aquele exclui a própria

doutrina alemã citada nessa sede e na interpretação das normas constitucionais portuguesas, que visa, essencialmente, distinguir os casos em que se está perante uma renúncia, pela dupla natureza de exercício de um direito fundamental e de simultânea afetação negativa desse direito, por se estar perante direitos fundamentais que protegem bens jurídicos que, sendo pessoais, são também relevantes para terceiros e/ou para a comunidade, daqueles casos em que o bem jurídico essencialmente protegido pelo direito fundamental é a autonomia privada e a vontade do próprio titular e em que, portanto, há um mero exercício do direito[522].

Ainda no âmbito do conceito de renúncia, importa distinguir diferentes configurações, que a mesma pode revestir, por serem relevantes e úteis, quer para a compreensão dos respetivos conceito, fundamento, requisitos e limites, quer para a análise dos diversos possíveis cenários quanto à validade da renúncia ao direito fundamental da tutela jurisdicional efetiva, em particular ao direito à anulação da sentença arbitral. Uma primeira distinção estabelece-se entre renúncia total e renúncia parcial, a qual pode ser avaliada sob duas perspetivas: por um lado, quanto ao objeto ou extensão material do bem protegido pelo direito fundamental, se diminui ou enfraquece todas as faculdades, posições, pretensões, interesses contidos num direito fundamental (renúncia total) ou se apenas se limitam algumas delas (renúncia parcial); por outro lado, quanto à medida de extensão temporal da renúncia, se a mesma ocorre por tempo determinado ou por duração indeterminada. Outra distinção é a que existe entre renúncia à titularidade do direito e renúncia ao exercício do direito, que não é unânime e tem sido criticada por grande parte da doutrina, mas que julgo

ilicitude do facto em causa, enquanto que, no consentimento, a autonomia está em confronto com o bem jurídico socialmente relevante que é protegido constitucional e/ou legalmente, não afastando a "danosidade social implicada na ação consentida", apenas justificando-a. Igualmente, no Direito Civil, dependendo da natureza do consentimento, este pode determinar a inexistência de lesão ou a justificação desta. Sobre este tema V. também Américo Taipa de Carvalho Carvalho, *Direito Penal. Parte Geral.*, vol. II (Universidade Católica, 2004), 278; Manuel da Costa Andrade, *Consentimento e acordo em direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*, Reimpressão (Coimbra Editora, 2004), 484 e ss.

[522] Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 306; Mac Crorie, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, 40–52; Teles, «Podem as partes renunciar validamente à tutela cautelar na convenção de arbitragem», 295–96. Como exemplos, refira-se os direitos à imagem, à palavra, à autodeterminação informativa e à propriedade. No entanto, Benedita Mac Crorie entende que, apesar da distinção, e de nos casos de mero exercício do direito não se estar perante uma renúncia, também quanto a eles há que fazer um juízo de ponderação quando em confronto com outros bens ou valores constitucionalmente protegidos. Defende que, relativamente a estes direitos, há uma maior disponibilidade sobre o bem jurídico pelo seu titular nesse exercício de ponderação.

que pode ser útil para a compreensão do conceito e apreciação da validade da renúncia[523]. Com efeito, admitir a renúncia à titularidade de um direito fundamental, em que este desaparece, ainda que seja nos termos e durante o tempo da declaração de renúncia, de modo definitivo, da esfera jurídica do seu titular, é diferente da admissibilidade da renúncia ao exercício de um direito fundamental nos termos e com a duração estabelecidos na declaração de renúncia, mas mantendo a titularidade do direito na esfera jurídica, o qual, pode, inclusivamente, vir a alterar-se por diversos motivos (revogação, alteração das circunstâncias ou outros).

Para alguns autores, não é possível, e será nula, a renúncia a um direito fundamental como um todo e/ou por tempo indeterminado e/ou, pelo menos quanto a alguns direitos fundamentais[524], havendo, pelo contrário, também quem defenda que não se deve considerar inadmissível, *a priori*, a renúncia total e por duração indeterminada, devendo essa avaliação ser realizada através da ponderação dos bens constitucionais em causa no caso concreto e de acordo com as circunstâncias particulares de cada situação[525]. O que, aliás, já havia concluído e resulta da discussão sobre as diversas teorias existentes no que se refere à (in)existência de um conteúdo essencial do direito fundamental a salvaguardar como limite à renúncia[526].

Relacionado com as diferentes configurações de renúncia, principalmente para autores que defendem que não pode haver uma renúncia total e por duração indeterminada a direitos

[523] Adamy, *Renúncia a direito fundamental*, 55 e ss.; Arroyo, *La renonciation aux droits fondamentaux*, 24 e ss.; Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, ver anotação ao art 12 e atualizar páginas; Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, 41; Novais, «Renúncia a Direitos Fundamentais», 278–83; em sentido contrário, Mac Crorie, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, 52 e ss, citando diversa doutrina no mesmo sentido. Frumer, *La Renonciation aux droits et libertés - La convention européenne des droits de l' homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, 577 e ss. Este autor explicita esta distinção tradicional, acabando por considerar difícil de pôr em prática e preferindo o critério da proporcionalidade para apreciar a validade de uma renúncia.

[524] Adamy, *Renúncia a direito fundamental*, 58 e 114 e ss.; Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 308, 312, entre outras; Arroyo, *La renonciation aux droits fondamentaux*; Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 464–65; Canotilho, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I:454 Para este autor citado em último lugar, o conceito de renúncia a direitos fundamentais parece pressupor a extinção de direitos, daí que o autor refira que os direitos fundamentais são, como totalidade, irrenunciáveis, mas que será possível uma limitação voluntária ao exercício de alguns direitos fundamentais; Ribeiro, *O Problema do Contrato, As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, 138.

[525] Mac Crorie, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, 57–59; Alexy, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais, tradução da 5.ª edição alemã de Virgílio Afonso da Silva*, 297–98; Silva, «O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais».

[526] A.II.3. pp. 82.

fundamentais, e sem prejuízo de serem também aspetos do seu regime, a revogabilidade e/ou o caráter limitado no tempo, no espaço e no objeto surgem como elementos ou características do próprio conceito de renúncia[527]. Com efeito, partindo da renúncia ao exercício de faculdades ou posições jurídicas de um direito fundamental, e não à titularidade do próprio direito, a mesma tem de ser limitada num determinado período temporal e/ou numa determinada situação ou relação concreta. A título de exemplo, numa transação, a demandante ou ambas as partes renunciam ao direito de ação naquele caso concreto, quanto àquele litígio específico, porque obtêm a satisfação do(s) seu(s) direito(s) substantivo(s) de outra forma, por acordo, mas as partes não desiste(m) do seu direito de ação em geral, naquela relação ou noutra (desde que fora do âmbito da transação); ou, ainda, o caso do direito à vida privada, que pode ser, limitada e pontualmente, objeto de renúncia, sob pena de uma renúncia total e/ou por duração indeterminada conduzir ao desaparecimento do próprio direito[528].

Em minha opinião, e sem prejuízo de a revogabilidade e o caráter limitado no tempo, no espaço e no objeto serem aspetos do regime jurídico da renúncia a direitos fundamentais, e independentemente da posição que se defenda quanto à (in)existência de um núcleo essencial de direito fundamental e aos limites existentes à renúncia a direitos fundamentais, a verdade é que as diversas teorias pressupõem a existência de limites à restrição e – ainda que com adaptações e maior amplitude, sobretudo no direito privado –, à renúncia a direitos fundamentais entre particulares. Considerando a natureza amplamente reconhecida aos direitos fundamentais como "mandamentos de otimização", desenvolvido por Robert Alexy[529], "como normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes", que se caracterizam "por poderem ser satisfeitos em graus variados", retira-se que tais direitos implicam a máxima da proporcionalidade, ou seja, a sua restringibilidade em face dos princípios colidentes[530]. E, consequentemente, conclui-se que a sua natureza implica também que a sua restrição e

[527] Adamy, *Renúncia a direito fundamental*, 58 e 114 e ss.; Arroyo, *La renonciation aux droits fondamentaux*, 33 e 349 e ss.
[528] *Idem*.
[529] Alexy, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais, tradução da 5.ª edição alemã de Virgílio Afonso da Silva*, 90 e 116; noção que se aproxima da de "princípios", num sentido amplo, utilizado em Dworkin, *Levando os direitos a sério*.
[530] Alexy, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais, tradução da 5.ª edição alemã de Virgílio Afonso da Silva*, 116 e ss.

restringibilidade tenha limites[531]. Donde se conclui que a renúncia a direitos fundamentais tem, na sua essência, e pela natureza dos direitos em causa, um caráter tendencialmente limitado. Deste modo, adotarei a noção de renúncia já proposta por Jorge Reis Novais e Benedita Mac Crorie, com um breve aditamento, que já estaria implícito e que apenas se explicita: poder individual de dispor das posições jurídicas próprias, tuteladas por normas de direitos fundamentais, de cujo exercício resulta, como consequência jurídica, uma diminuição da proteção do indivíduo, dentro dos limites decorrentes das normas que os tutelam.

Considerando a distinção feita na doutrina entre direitos fundamentais substantivos e direitos fundamentais processuais[532], bem como que a mesma é relativa e não é assim tão linear, já que os direitos ditos substantivos apresentam aspetos processuais e os direitos apelidados de processuais revestem aspetos substantivos[533], e ainda que as diferenças de regime de renúncia não são tão significativas e residem, sobretudo, na maior disponibilidade dos direitos fundamentais processuais, em relação a, pelo menos alguns, direitos fundamentais substantivos[534], focar-me-ei no conceito, no fundamento e nos requisitos de validade, incluindo nos limites, à renúncia a direitos fundamentais em geral, especificando as particularidades relativas aos direitos fundamentais processuais, sempre que existirem e forem relevantes para o objeto da tese.

2. Fundamento da renúncia

A identificação do fundamento da renúncia a direitos fundamentais é relevante para a resposta quanto à sua admissibilidade e respetivos limites. É, também, uma questão

[531] *Idem*, 296.
[532] Arroyo, *La renonciation aux droits fondamentaux*, 124; Frumer, *La Renonciation aux droits et libertés - La convention européenne des droits de l' homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, 27 e ss. *maxime* 34.
[533] *Idem*.
[534] Com efeito, como abordarei adiante quanto aos limites à renúncia, a distinção que é, por vezes, feita na doutrina e jurisprudência nesta matéria, quanto aos direitos fundamentais de natureza substantiva ou processual, visa sublinhar uma maior disponibilidade, em geral e à partida, destes últimos em relação a, pelo menos alguns, dos direitos fundamentais substantivos, como por exemplo alguns direitos de personalidade (o direito à vida ou o direito a não ser submetido à escravatura), que alguns autores consideram indisponíveis. O que sucede, por exemplo, com os direitos económicos em relação por exemplo a alguns direitos políticos, também considerados indisponíveis por alguns autores. No entanto, não é um critério muito fiável e útil para o tratamento da renúncia a direitos fundamentais. V. Arroyo, *La renonciation aux droits fondamentaux*, 124 e ss.; Frumer, *La Renonciation aux droits et libertés - La convention européenne des droits de l' homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, 27 e ss.516-518.

complexa e controversa, por implicar outras diretamente relacionadas, que não têm respostas idênticas e pacíficas nas diferentes ordens jurídicas selecionadas, como a do conceito, natureza ou lugar da autonomia privada à luz dos regimes constitucionais, bem como de questões filosóficas mais profundas[535].

Sem prejuízo das diversas conceções de autonomia privada e da evolução do conceito, das discussões doutrinárias sobre a sua natureza originária ou derivada, entre outras, marcadas pelos diferentes contextos históricos, filosóficos e/ou ideológicos[536], mais relevante é a questão de saber se a autonomia privada, nomeadamente na sua vertente de liberdade contratual, constitui apenas um princípio estruturante dos ordenamentos jurídicos em questão ou se é também um direito fundamental constitucional. Embora a questão não se coloque da mesma maneira e não tenha resposta idêntica em todas as ordens jurídicas analisadas ou mesmo dentro de cada uma delas[537], tem sido entendido pela doutrina que, apesar de não estar expressamente prevista nas constituições portuguesa, francesa e brasileira, a autonomia privada goza de proteção constitucional, como direito fundamental decorrente de outros direitos consagrados expressamente, tais como o direito geral de liberdade, de livre desenvolvimento da personalidade, de livre desenvolvimento da atividade profissional ou económica, de livre iniciativa, entre outros[538]. Com efeito, há um direito de

[535] Para maior desenvolvimento do conceito, natureza e origem da autonomia privada, V. P. S. Atiyah, *The rise and fall of freedom of contract* (Oxford [Oxfordshire]: New York: Clarendon Press; Oxford University Press, 1985); António Menezes Cordeiro, ed., *Tratado de direito civil. 1: Introdução, fontes do direito, interpretação da lei, aplicação das leis no tempo, doutrina geral*, 4.ª, reformulada e actualizada (Coimbra: Almedina, 2012), 951; Correia, José Manuel Sérvulo, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos* (Almedina, 1987), 435; Franco Ferrari, «Plures Leges Faciunt Arbitrum», *Arbitration International* 37, n. 3 (6 de Novembro de 2021): 580 e ss. *maxime* 588; Mak, *Fundamental rights in European contract law*, 195 e ss.; Maxi Scherer, «The fate of parties' agreements on judicial review of awards: a comparative and normative analysis of party-autonomy at the post-award stage», *Arbitration International* 2016, n. 32 (2016): 448–49; Teles, «Podem as partes renunciar validamente à tutela cautelar na convenção de arbitragem», 297–304.

[536] *Idem*.

[537] Arroyo, *La renonciation aux droits fondamentaux*, 63 e ss.; Ana Prata, *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada* (Almedina, 2017), 197–201; Aurelia Colombi Ciacchi, «Party Autonomy as a Fundamental Right in the European Union», *European Review of Contract Law* 6, n. 3 (2010); Brüggemeier, Ciacchi, e Comandé, *Fundamental Rights and Private Law in the European Union, I*; Olha Cherednychenko, «The constitutionalization of contract law: something new under the sun?», *Eletronic Journal of Comparative Law* 8.1 (2004); Daniela Filipa Calado Mirante, *O consentimento na arbitragem: para a compreensão na arbitragem desportiva*, FD Teses de doutoramento, 2021, 75 e ss.; Jorge Morais Carvalho, «Os princípios da autonomia privada e da liberdade contratual», em *Para Jorge Leite, Escritos Jurídicos*, por João Reis et al., vol. II (Coimbra Editora, 2014), 113; Ribeiro, *O Problema do Contrato, As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, 145 e ss.; Teles, «Podem as partes renunciar validamente à tutela cautelar na convenção de arbitragem», 297 e ss.

[538] Em Portugal, além de a autonomia privada, incluindo a liberdade contratual, se inferir de outros preceitos e princípios constitucionais (artigos 13.º, 27.º/1, 61.º e 62.º da CRP), encontra-se consagrada como dimensão do

autodeterminação e de autovinculação, no qual a autonomia privada se inclui, que é tutelado constitucionalmente como direito fundamental[539]. Diferentemente, no RU, dada a ausência de constituição escrita e da lógica dos sistemas jurídicos de *civil law*, e embora não haja uma consagração expressa, a autonomia privada é um princípio fundamental reconhecido pelo *common law* no direito dos contratos, concretizada na liberdade contratual[540], e tem proteção como direito fundamental, previsto na CEDH e incorporado pela LDH no direito inglês, ao abrigo de outros direitos aí consagrados[541]. Ainda que, pelas caraterísticas próprias do sistema inglês já referidas, os tribunais ingleses apliquem princípios e regras de direito privado na decisão dos casos concretos, adotando a doutrina do precedente e sem recorrer, muitas vezes, à fundamentação em direitos fundamentais, já concluí acima que, pelo menos,

direito fundamental estabelecido no artigo 26.º da CRP, introduzido na quarta revisão da CRP em 1997. Neste sentido, Canotilho, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I:463–65; Correia, José Manuel Sérvulo, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, 438; Mirante, *O consentimento na arbitragem: para a compreensão na arbitragem desportiva*, 75 e ss.; Paulo Mota Pinto, «Autonomia privada e discriminação - Algumas notas», em *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, vol. II (Coimbra Editora, 2005), 335–36; Ribeiro, *O Problema do Contrato, As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, 147–48; Teles, «Podem as partes renunciar validamente à tutela cautelar na convenção de arbitragem», 297 e ss. Em sentido diferente, Carvalho, «Os princípios da autonomia privada e da liberdade contratual», 113 e ss.; Prata, *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*, 197–201. Em França, embora não tenha sido sempre assim, considerando que a autonomia privada e a liberdade contratual estão tuteladas constitucionalmente, Arroyo, *La renonciation aux droits fondamentaux*, 63 e ss.; Brüggemeier, Ciacchi, e Comandé, *Fundamental Rights and Private Law in the European Union, I*, 210 e ss.; Ciacchi, «Party Autonomy as a Fundamental Right in the European Union», 315–17; Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, 315 e ss, *maxime* 448; Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, 980–82; C. Const. n.º 2000-437 DC, 19.12.2000; C. Const. n.º 2001-451 DC, 27.11.2001, § 17 e ss.; C. Const. n.º 2001-455 DC, 12.01.2002, § 43 e ss.; C. Const. n.º 2018-761 QPC, 01.02.2019, § 5 e ss. No Brasil, com diversos fundamentos (artigos 1.º/III, 1.º IV, 5.º, 5.º/XIII, entre outros da CFB) que se complementam e não são contraditórios entre si, considerando que a autonomia privada é um direito fundamental tutelado constitucionalmente, Adamy, *Renúncia a direito fundamental*, 148 e ss.; Andrietta Kretz, *Autonomia da Vontade e Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais* (Florianópolis: Momento atual, 2005), 112–13; Jairo Néia Lima, «Colisão e renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares», ed. Unibrasil, *Revista Direitos Fundamentais & Democracia* 5 (2009): 3–5; Wilson António Steinmetz, «Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais», em *Interpretação Constitucional*, por Virgílio Afonso da Silva, 1.ª (são Paulo: Malheiros, 2007), 27–28.

[539] *Idem*.

[540] Atiyah, *The rise and fall of freedom of contract*, *maxime* 398 e ss.; Carlill v Carbolic Smoke Ball Company [1893] 1 QB 256; Gibson v Manchester City Council [1979] 1 WLR 294 casos em que os tribunais ingleses afirmam a autonomia contratual das partes para definir os termos do seu acordo, entre outros relativos à liberdade contratual das partes.

[541] Como o artigo 8.º da CEDH, que protege o direito ao respeito pela vida privada e familiar, como pelo artigo 1.º do Protocolo 1, que protege o direito à propriedade. V. também R (Daly) c. Secretary of State for the Home Department [2001] UKHL 26; [2001] 2 AC 532; R (Unison) c. Lord Chancellor [2017] UKSC 51; R (on the application of Elan-Cane) (Appellant) c. Secretary of State for the Home Department (Respondent) [2021] UKSC 56. Conforme abordarei adiante, nestes casos, em que os tribunais ingleses controlam a intervenção estatal à luz da CEDH e da LDH e seguem os critérios da jurisprudência do TEDH, ainda que com alguma margem de discricionariedade, aplicando o princípio da proporcionalidade para assegurar que qualquer interferência nos direitos individuais seja justificada e mínima, estão a proteger a autonomia privada.

um efeito horizontal indireto dos direitos fundamentais também tem sido reconhecido no RU[542]. Tanto por via das *residual liberties*, em que os indivíduos podiam fazer tudo, desde que não violassem a lei substantiva, nem infringissem os direitos dos outros[543], como pela aplicação e controlo do respeito dos direitos da CEDH, nomeadamente do previsto no artigo 8.º, relativo ao direito ao respeito pela vida privada e familiar, por força da LDH e da adoção dos critérios da jurisprudência do TEDH[544], a autonomia privada e a liberdade contratual podem ser invocadas como expressões da autodeterminação do indivíduo, sem intervenção indevida do Estado, protegidas nas relações entre particulares no direito inglês[545].

Quer com base na consagração constitucional em diversas ordens jurídicas europeias, quer pela aplicação do artigo 8.º da CEDH, há quem sublinhe a tendência europeia para se considerar a autonomia privada um direito fundamental comum, ainda que com diferenças significativas nas formas de alcançar o resultado[546]. Igualmente, embora a CIDH não consagre expressamente um direito fundamental à autonomia privada, tal tem sido retirado implicitamente de outros direitos humanos, como os direitos à liberdade pessoal, à proteção da honra e dignidade, à proteção da família e à propriedade privada, também à semelhança e seguindo o entendimento da jurisprudência europeia[547].

Na minha opinião, também considero que, independentemente da forma de consagração e da margem de liberdade de regulação do legislador, o direito à liberdade, na vertente do livre desenvolvimento da personalidade e da capacidade civil, no sentido de que cada indivíduo tem o poder de autodeterminação na sua vida jurídica, integra o direito fundamental à autonomia privada e à liberdade contratual. Este é, além disso, um princípio basilar da ordem jurídica internacional e das ordens jurídicas nacionais analisadas, que se estende a todo o direito privado e também ao direito público, com mais ou menos limites legais e normas imperativas, consoante a maior ou menor intervenção estatal na defesa de

[542] V. A.II, p. 72 e ss.
[543] Mak, *Fundamental rights in European contract law*, 8.
[544] Masterman, «The United Kingdom's Human Rights Act as a Catalyst of Constitutional Migration: Patterns and Limitations of Rights Importation by Design».
[545] V. notas 540 a 544.
[546] Ciacchi, «Party Autonomy as a Fundamental Right in the European Union», 318.
[547] Artigos 7., 11., 17. e 21. da CIDH. Andreu-Guzmán et al., *Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Comentário*, 221 e ss.345 e entre outros; TIDH, Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez c. Equador, EPFRC, 21.11.2007, §51 e ss.; TIDH, González et al. («cotton Field») c. México, EPFRC, 16.11.2009; TIDH, Atala Riffo e crianças c. Chile, EPFRC, 24.02.2012, §135 e ss.; TIDH, Artavia Murillo et al. ("Fecundación in Vitro") c. Costa Rica, EPFRC, 28.11.2012, §143 e ss.

interesses públicos e gerais nas diferentes áreas do direito e da vida prática.

Quanto à admissibilidade e fundamento da renúncia a direitos fundamentais, apesar da complexidade do tema, da inexistência de consenso, da diversidade de teorias e de sistematização da sua fundamentação, identifico algumas linhas orientadoras nos ordenamentos jurídicos analisados. Para além de algumas teorias que defendem a indisponibilidade e inalienabilidade dos direitos fundamentais, pelo menos de alguns ou de uma parte do seu âmbito, com base quer nos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos[548], quer na multifuncionalidade dos direitos fundamentais, já que, além de consagrarem direitos subjetivos, garantem também uma dimensão objetiva dos mesmos, prosseguindo interesses gerais e públicos, da comunidade ou de terceiros, que não podem ser afastados, há também diferentes respostas, entre aqueles que defendem a admissibilidade da renúncia, quanto ao respetivo fundamento.

Numa análise, bastante útil, no âmbito do direito português, quer de Benedita Mac Crorie, quer de Jorge Reis Novais, existem teorias diversas, as quais consideram que o poder de disposição individual sobre posições de direitos fundamentais assenta no princípio da dignidade da pessoa humana – o qual, aliás, tem sido invocado, ao mesmo tempo, como fundamento e como limite à renúncia a direitos fundamentais –, no direito ao desenvolvimento da personalidade, nos dois princípios referidos em simultâneo ou ainda num conteúdo de autonomia integrado em cada um dos direitos fundamentais em especial, considerando que o próprio direito fundamental inclui esse poder ou direito de dispor livremente sobre o mesmo[549]. De acordo com a densificação do princípio da dignidade da pessoa humana, do princípio do desenvolvimento da personalidade, bem como dos dois princípios em conjunto que têm vindo a ser realizadas para explicitar o fundamento da renúncia a direitos fundamentais, constata-se que o fim último que se pretende salvaguardar, em todos eles, é o da autonomia e autodeterminação do individuo para traçar o seu próprio plano de vida e para estabelecer ele mesmo as limitações à sua liberdade, que o Estado não pode impor unilateralmente, bem como ainda para exercer e dispor dos seus direitos como

[548] Os preâmbulos da DUDH e do PIDCP referem-se a "direitos iguais e inalienáveis" que constituem "o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo". Thielbörger, «The "Essence" of International Human Rights»; Van Drooghenbroeck e Rizcallah, «The ECHR and the Essence of Fundamental Rights».V. A.II.2 e 3, pp. 54 e ss e 82 e ss.

[549] Mac Crorie, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, 61–116; Novais, «Renúncia a Direitos Fundamentais», 285–301; Teles, «Podem as partes renunciar validamente à tutela cautelar na convenção de arbitragem», 302–3.

entender, naturalmente dentro dos limites legalmente definidos. Finalmente, quem fundamenta o poder de disposição de direitos fundamentais nos próprios direitos em especial, considera que existe, no âmbito dos mesmos, um conteúdo de autonomia específico. Para estes autores, se um direito fundamental "é uma posição jurídica de vantagem do indivíduo face ao Estado, é um «trunfo» nas mãos do indivíduo (Dworkin), então da própria dignidade da pessoa humana e do princípio da autonomia e de auto-determinação individual – que integram e moldam de algum modo o cerne de todos e de cada um dos direitos fundamentais – decorre o poder de o titular dispor dessa posição de vantagem, inclusivamente no sentido de a enfraquecer, quando desse enfraquecimento, e no quadro da livre conformação da sua vida, espera retirar benefícios que de outra forma não obteria"[550].

Na doutrina brasileira, a questão é colocada em termos muito próximos aos da portuguesa. Os fundamentos invocados para a renúncia são a dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da república brasileira (artigo 1.º/III da CFB) "uma vez que garante aos indivíduos a possibilidade e a liberdade de auto-restrição ou autodeterminação de seus interesses"[551], o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em que, pela renúncia, o indivíduo procura desenvolver todas as suas potencialidades ou aquelas que acredita poder desenvolver, e ainda o direito ao livre desenvolvimento de atividade profissional ou económica[552]. Estes direitos, que são fundamentos da renúncia a direitos fundamentais, funcionam, ao mesmo tempo, como limites a esse poder.

Por sua vez, no direito francês, e apesar de não ser unânime[553], a renúncia também surge justificada pela liberdade, constituindo uma manifestação direta da liberdade de se vincular a não exercer um direito ou a exercer num determinado sentido mais limitado (liberdade contratual) e uma manifestação indireta do direito à liberdade em geral[554]. Por constituir também um risco para essa mesma liberdade, é um direito limitado, como abordarei adiante. Ao renunciar aos seus direitos fundamentais, o indivíduo requer ser livre

[550] Novais, «Renúncia a Direitos Fundamentais», 287; no mesmo sentido, Mac Crorie, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, 107–9; Teles, «Podem as partes renunciar validamente à tutela cautelar na convenção de arbitragem», 303.
[551] Adamy, *Renúncia a direito fundamental*, 148.
[552] Adamy, *Renúncia a direito fundamental*, 158 e 159 e ss.; Farias e Teixeira, «Renúncia a direitos fundamentais: modalidades e efeitos a partir da teoria constitucional contemporânea», 306 e ss.
[553] Arroyo, *La renonciation aux droits fondamentaux*, 73.
[554] *Idem*, 63 e ss.

de uma atitude paternalista da ordem jurídica que assenta em impor-lhe o benefício do exercício dos direitos, que lhe são atribuídos. O direito à renúncia aproxima-se então do direito à liberdade, ou seja, do direito do seu titular controlar o seu exercício a fim de obter o que deseja e satisfazer melhor o seu interesse. A liberdade não é só negativa no sentido de defesa, mas é igualmente autodeterminação e apresenta um caráter ativo[555]. Ao implicar que os direitos estejam ativamente ao serviço do seu titular, a renúncia revela o seu fundamento liberal. Pelo contrário, quando a renúncia contrariar a liberdade do seu autor, ela será ilícita.

De uma forma mais geral, a questão de saber até onde o indivíduo pode limitar a sua liberdade e renunciar a um direito sem que esse compromisso contrarie a sua liberdade supõe tomar parte num debate, essencialmente filosófico, que opõe as duas visões, tendencialmente norte-americana e europeia, da liberdade[556]. Na conceção anglo-saxónica, admite-se tradicionalmente que cada um, em nome da sua liberdade e dos seus interesses, pode negociar as liberdades. O pensamento europeu ou continental defende, contrariamente, a ideia de que a liberdade se institui pela interdição da renúncia. O primeiro modelo, também designado "autonomista" dá prevalência ao consentimento da pessoa, o qual elimina a lesão aceite aos seus interesses, enquanto o segundo, mais protetor e paternalista, aceita proteger o indivíduo contra si mesmo. Ainda que nem sempre a aplicação destas visões essencialmente contrárias seja assim tão simples e imediata, existindo um debate filosófico rico[557] e que as posições liberais contra o paternalismo estatal sejam também defendidas no Brasil e na Europa[558], pelo menos os direitos francês e português traduzem principalmente a conceção europeia, em que a liberdade contratual não é sinónimo de liberdade sem mais, havendo uma proteção da própria pessoa e da sua liberdade contra si mesma nalgumas situações. Exemplos disso, entre outros, são a proibição dos acordos perpétuos, no direito francês, ou a proibição de renunciar antecipadamente aos direitos do credor, prevista no artigo 809.º do Código Civil Português ("CCP")[559]. Na verdade, constituindo fundamento da renúncia, a liberdade funciona também como seu limite. A alienação da própria liberdade é

[555] Arroyo, *La renonciation aux droits fondamentaux*, 73; Schutter e Ringelheim, «La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition du soi et le règne de l'échange.»
[556] Arroyo, *La renonciation aux droits fondamentaux*, 82.
[557] Para maior desenvolvimento, V. Mac Crorie, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, 143–90.
[558] Adamy, *Renúncia a direito fundamental*, 149 e ss.; Mac Crorie, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, 143 e ss.
[559] Arroyo, *La renonciation aux droits fondamentaux*, 82; Cordeiro, *Tratado da arbitragem*, 450 e 455.

um limite absoluto à própria liberdade e, portanto, à de exercer qualquer direito, nomeadamente a renunciá-lo. É com base neste argumento que, por exemplo, não se pode renunciar ao direito de não ser reduzido a escravo[560].

Deste modo, o fundamento da renúncia a direitos fundamentais é a autodeterminação e/ou a autonomia privada, i.e., a possibilidade de cada pessoa decidir sobre si e a gestão da sua vida, sem interferência estatal indevida, concretizada também na liberdade contratual. Tanto internacionalmente, como nas ordens jurídicas nacionais analisadas, tal fundamento encontra proteção como direito humano (artigos 8.º da CEDH e 7., 11., 17. e 21. da CIDH) e/ou, pelo menos de modo mais claro nos sistemas jurídicos português, francês e brasileiro, consagração constitucional como direito fundamental, ainda que de formas diversas e, muitas vezes, indiretas ou implícitas e, de facto, manifesta-se relativamente a cada direito fundamental em si, já que a renúncia é, em simultâneo, exercício do direito e enfraquecimento das posições jurídicas que compõem do direito fundamental.

3. Requisitos de validade da renúncia

Uma vez aceite a admissibilidade e compreendido o fundamento da renúncia a direitos fundamentais, importa começar por determinar os requisitos subjetivos – i.e., ligados às partes, nomeadamente a quem renuncia ao direito e ao beneficiário da renúncia – e objetivos – i.e. relativos ao direito fundamental em questão –, de forma e de conteúdo, para a respetiva validade.

De acordo com a jurisprudência da antiga Comissão e do TEDH, a renúncia a um direito fundamental processual garantido pela CEDH é válida, desde que se verifiquem determinados requisitos[561]. Desde logo, e antes mesmo de se analisarem as condições de validade da renúncia, esta tem de ser permitida de acordo com a lei aplicável[562], i.e., depende do direito fundamental específico em questão, que pode ser renunciável ou não de acordo

[560] Arroyo, *La renonciation aux droits fondamentaux*, 84 e ss.; Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, 173–75; Mac Crorie, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, 179–84.
[561] TEDH, Stran Greek Refineries e Stratis Andreadis c. Grécia, n.º 13427/87, 09.12.94; TEDH, Suovaniemi e outros c. Finlândia, n.º 31737/96, 23.02.99 p. 5; TEDH, Transado Transportes Fluviais do Sado, SA c. Portugal, n.º 25943/02, de 16.12.2003; TEDH, Regent Company c. Ukraine, n.º 773/03, de 03.04.2008; TEDH, Eiffage, S.A. e outros c. Suíça, n.º 1742/05, 15.09.2009; TEDH, Tabbane c. Suíça, n.º 41069/12, 01.03.2016.
[562] Benedettelli, «Human Rights as a Litigation Tool in International Arbitration», 644; Krūmiņš, *Arbitration and Human Rights, Approaches to Excluding the Annulment of Arbitral Awards and Their Compatibility with the ECHR*, 85–86.

com a lei aplicável[563]. Depois, o TEDH analisa a validade da renúncia de acordo com a lei que for aplicável. Na jurisprudência do TEDH, ainda que possa haver alguma variação nos requisitos exigidos, a renúncia tem de ser, em qualquer caso, livre e voluntária, sem constrangimentos ou pressões[564], tem de ser estabelecida de forma inequívoca, i.e., de forma clara e sem qualquer ambiguidade ou dúvida[565], tem de ser acompanhada de um mínimo de salvaguardas proporcionais à sua importância[566] e de não violar ou contrariar qualquer interesse público relevante[567].

Na maioria dos casos, a renúncia tem a forma escrita, o que satisfaz mais facilmente o requisito da inequivocidade da renúncia. No entanto, esta não tem de ser expressamente realizada, podendo ser tácita[568], caso em que se torna mais importante averiguar a existência de cautelas mínimas. A apreciação deste requisito depende da natureza do direito fundamental em questão, sendo normalmente exigido para a renúncia a direitos fundamentais processuais. Neste sentido, implica analisar as circunstâncias do caso concreto para verificar as condições em que o direito foi renunciado, nomeadamente se as partes

[563] Knigge e Ribbers, «Waiver of the Right to Set-Aside Proceedings in Light of Article 6 ECHR: Party-Autonomy on Top?», 779; TEDH, Suovaniemi e outros c. Finlândia, n.º 31737/96, 23.02.99 p. 5.
[564] Benedettelli, «Human Rights as a Litigation Tool in International Arbitration», 644; Knigge e Ribbers, «Waiver of the Right to Set-Aside Proceedings in Light of Article 6 ECHR: Party-Autonomy on Top?», 781; Krūmiņš, *Arbitration and Human Rights, Approaches to Excluding the Annulment of Arbitral Awards and Their Compatibility with the ECHR*, 81–82. CE, X c. República Federal Alemã, proc. n.º 1197/61, de 05.03.1962; TEDH, Deweer c. Bélgica, proc. n.º 6903/75, de 27.02.1980; CE, R. c. Suíça, proc. n.º 10881/84, de 04.03.1987; CE, Lundgren c. Suécia, proc. n.º 22506/93, de 17.05.1995; TEDH, Tabbane c. Suíça, n.º 41069/12, 01.03.2016; TEDH Mutu and Pechstein c. Suíça, proc. n.º 40575/10 e 67474/10, de 02.10.2018.
[565] Benedettelli, «Human Rights as a Litigation Tool in International Arbitration», 646; Knigge e Ribbers, «Waiver of the Right to Set-Aside Proceedings in Light of Article 6 ECHR: Party-Autonomy on Top?», 783; Krūmiņš, *Arbitration and Human Rights, Approaches to Excluding the Annulment of Arbitral Awards and Their Compatibility with the ECHR*, 83. V. TEDH Colozza c. Itália, proc. n.º 9024/80, de 12.02.1985; TEDH Barberà, Messegué e Jabardo c. Espanha, proc. n.º 10590, de 06.12.1988; TEDH Oberschlick c. Áustria, proc. n.º 11662/85, 23.05.1991; TEDH Pfeiffer and Plankl c. Áustria, proc. n.º 10802/84, de 25.02.1992; TEDH, Suovaniemi e outros c. Finlândia, n.º 31737/96, 23.02.99; TEDH, Sejdovic c. Itália, n.º 56581/00, 01.03.2006, § 86 e ss.; TEDH, Tabbane c. Suíça, n.º 41069/12, 01.03.2016; TEDH, Kamenova c. Bulgária, n.º 62784/09, 12.07.2018.
[566] Knigge e Ribbers, «Waiver of the Right to Set-Aside Proceedings in Light of Article 6 ECHR: Party-Autonomy on Top?», 785; Krūmiņš, *Arbitration and Human Rights, Approaches to Excluding the Annulment of Arbitral Awards and Their Compatibility with the ECHR*, 86–87. V. também TEDH, Sejdovic c. Itália, n.º 56581/00, 01.03.2006, § 86 e ss.; TEDH, Tabbane c. Suíça, n.º 41069/12, 01.03.2016.
[567] Bioy, «Les limites du "renoncement" aux droits fondamentaux», 69 e ss. *maxime*, 72; Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, 163 e ss.; Knigge e Ribbers, «Waiver of the Right to Set-Aside Proceedings in Light of Article 6 ECHR: Party-Autonomy on Top?», 786; Krūmiņš, *Arbitration and Human Rights, Approaches to Excluding the Annulment of Arbitral Awards and Their Compatibility with the ECHR*, 80 e ss.; Jakšić, *Arbitration and human rights*, 329.
[568] Krūmiņš, *Arbitration and Human Rights, Approaches to Excluding the Annulment of Arbitral Awards and Their Compatibility with the ECHR*, 84.

estavam informadas e livres de coação, se as partes estavam assessoradas por advogados no momento da renúncia, se podiam prever as consequências da renúncia, ou seja, se tinham tido as salvaguardas suficientes[569]. Finalmente, não é muito claro o que consubstancia um "interesse público relevante" para a doutrina e para a jurisprudência da antiga Comissão e do TEDH[570], sublinhando-se apenas que deve ser analisado nas circunstâncias de cada caso particular, que se deve atender à matéria em questão e ao potencial conflito com um interesse público protegido e, sobretudo, se se está perante um direito renunciável ou irrenunciável dentre os previstos no artigo 6.º da CEDH.

Também nas ordens jurídicas nacionais analisadas, como requisito essencial de validade da renúncia, é fundamental que haja uma declaração voluntária do seu titular, ou seja, livre e informada, de que pretende dispor da posição protegida por um direito fundamental[571]. Somente, desse modo, o respetivo titular estará a exercer o seu direito à autodeterminação e à autonomia privada. Quanto ao direito inglês, tal requisito é também exigido e, como melhor abordarei, a jurisprudência inglesa segue e aplica, em diversos casos, os mesmos requisitos e limites para a validade da restrição a direitos fundamentais, adotados pela jurisprudência do TEDH relativamente aos direitos da CEDH[572].

Antes de mais, para a disposição do direito fundamental, a declaração de renúncia tem de ser proferida por quem é titular do direito e tem a capacidade de facto e de direito para o fazer. Por exemplo, quando os pais dispõem de direitos em relação aos filhos menores, não

[569] Benedettelli, «Human Rights as a Litigation Tool in International Arbitration», 650.
[570] Krūmiņš, *Arbitration and Human Rights, Approaches to Excluding the Annulment of Arbitral Awards and Their Compatibility with the ECHR*, 88–89. V. CE, Axelsson e outros c. Suécia, proc. n.º 11960/86, de 13.07.1990; TEDH Schuler-Zgraggen c. Suíça, proc. n.º 14518/89, de 24.06.1993; TEDH, Sejdovic c. Itália, n.º 56581/00, 01.03.2006, § 86 e ss.
[571] Arroyo, *La renonciation aux droits fondamentaux*, 75 e ss.199 e ss.; Benedettelli, «Human Rights as a Litigation Tool in International Arbitration», 650; Mac Crorie, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, 117 e ss.; Novais, «Renúncia a Direitos Fundamentais», 302 e ss.; Schutter e Ringelheim, «La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition du soi et le règne de l'échange.»; Adamy, *Renúncia a direito fundamental*, 59 e ss.; Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 304.
[572] Home Office (Appellant) c. Tariq (Respondent) e Home Office (Respondent) c. Tariq (Appellant) [2011] UKSC 35, [2010] EWCA Civ 462 pp. 16 e ss., pp. 44 e ss. pp. 54 e ss.; Jivraj (Respondent) c. Hashwani (Appellant) [2011] UKSC 40 § 39 e ss., em que se discutia se uma cláusula arbitral que exigia que os árbitros fossem membros de uma determinada religião seria válida, analisando-se o confronto entre autonomia privada e direito à imparcialidade dos árbitros e ao processo justo, exigindo-se que a cláusula tenha sido genuína, justificada e proporcional e em que se segue jurisprudência europeia; Halliburton Company (Appellant) c. Chubb Bermuda Insurance Ltd (formerly known as Ace Bermuda Insurance Ltd) (First Respondent) [2020] UKSC 48 *maxime* § 39 e ss., 70 e ss. e 167 e ss., em que se prevê a possibilidade de acordo de renúncia ao direito fundamental de invocar conflito de interesses ou de recusa de árbitro, desde que por acordo voluntário e informado das partes.

está em causa uma renúncia, mas sim uma restrição heterónoma do direito. Para que haja verdadeira renúncia, tem de se ser titular do direito fundamental em causa e ter a capacidade de exercício[573].

Quanto à validade da declaração de renúncia a direitos fundamentais, e apesar de o processo normal ser o inverso (as normas dos vários ramos do direito serem interpretadas de acordo com as normas constitucionais), é aceite que as normas de Direito Civil e de Direito Penal, relativas à limitação voluntária de direitos e ao consentimento como causa geral de exclusão da ilicitude, são aplicáveis e devem ser consideradas[574]. Assim, independentemente da forma legal, relevante é que a declaração seja clara no seu conteúdo de renúncia, podendo ser expressa ou tácita, dependendo dos casos, mas não podendo ser presumida. Mesmo quando for tácita, o comportamento que a materializa tem de ser claro e inequívoco[575]. Acresce que a renúncia deverá ser, em princípio, e sempre que possível, de caráter limitado, pelo menos, no seu âmbito, i.e., relativa ao tipo de direito fundamental em questão e no caso particular, havendo quem defenda expressamente que deve ser limitada no tempo[576] ou temporal, geográfica e materialmente[577], bem como livremente revogável, podendo, quando muito, a sua revogação dar lugar a indemnização dos danos que causar[578]. Por sua vez, há autores que alertam para que, no que se refere a determinados direitos fundamentais ou em situações pontuais, poder não ser admissível a revogabilidade (por exemplo, na renúncia à cidadania ou no consentimento à doação de órgãos) ou de a mesma ser considerada abusiva (por exemplo se o ato, que a renúncia permitiu, já foi praticado)[579].

No que toca à interpretação da declaração de renúncia e ao regime da falta e dos vícios da vontade, as posições já não são totalmente idênticas. Enquanto alguma doutrina entende que, dada a similitude das situações[580], se devem aplicar as regras do direito civil relativas

[573] Adamy, *Renúncia a direito fundamental*, 64 e ss.; Mac Crorie, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, 138.
[574] Adamy, *Renúncia a direito fundamental*, 64 e ss.; Arroyo, *La renonciation aux droits fondamentaux*, 201 e ss.; Mac Crorie, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, 118 e ss.; Novais, «Renúncia a Direitos Fundamentais», 304 e ss.
[575] *Idem*.
[576] Adamy, *Renúncia a direito fundamental*, 202; Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 305.
[577] Arroyo, *La renonciation aux droits fondamentaux*, 349 e ss.
[578] Adamy, *Renúncia a direito fundamental*, 202; Mac Crorie, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, 123; Novais, «Renúncia a Direitos Fundamentais», 302–9; Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 305.
[579] Mac Crorie, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, 55 e 123.
[580] Adamy, *Renúncia a direito fundamental*, 64 e ss.; Novais, «Renúncia a Direitos Fundamentais», 303.

aos negócios jurídicos e/ou do direito penal, há quem defenda que tais regras não devem ser aplicadas, pelo menos, sem as devidas adaptações[581]. Tratando-se de declaração negocial de renúncia a direitos fundamentais, considera a autora citada que este conceito deve ser "funcionalmente adequado ao Direito Constitucional"[582] e interpretado em função do equilíbrio entre renunciante e beneficiário da renúncia, de forma adaptada às especificidades, não devendo neste caso as expetativas do declaratário sobrepor-se ao que é declarado pelo renunciante. Advoga que, a uma interpretação tendencialmente mais objetivista, justificada pela proteção das expetativas do declaratário e de segurança jurídica, deve preferir-se uma interpretação mais subjetivista, ou seja, entende que especificidade da declaração de renúncia a direitos fundamentais implica alguns desvios às regras de direito civil no sentido de alargar as possibilidades de invocar a invalidade da declaração[583].

Em qualquer caso, independentemente das regras de interpretação aplicáveis que, no caso de negócios jurídicos de direito privado, julgo que terão de ser as de direito civil, com a particularidade de implicar a ponderação entre direitos fundamentais, há que atender, na interpretação e apreciação da validade da declaração de renúncia, à posição das partes, da que renuncia e da que beneficia da renúncia, em particular para verificar se há algum desequilíbrio negocial, que convoca determinadas proteções. Além disso, há que considerar as circunstâncias do caso concreto, por exemplo, se houve período de deliberação, se houve um procedimento formal para a emissão da declaração negocial, se foram aconselhados por especialistas da área, entre outros fatores normalmente relevantes[584]. Em particular, a doutrina desenvolve a possibilidade de existência de coação, que pode ser de vários tipos, física, moral e/ou económica, e que pode ser direta ou indireta, consoante seja mais ou menos evidente a colocação numa posição de pressão. Exemplos de coação indireta são situações em que há uma "posição de poder" e/ou uma "ausência de alternativas reais de comportamento", em que pode não haver uma verdadeira escolha do seu titular[585]. Coloca-se a questão de saber se, em situações em que o titular do direito não tem outra opção se não

[581] Mac Crorie, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, 124 e ss.
[582] *Idem*, 125.
[583] *Idem*, 126.
[584] Sobre interpretação dos contratos, V. Carlos Ferreira de Almeida, *Contratos IV. Funções, Circunstâncias. Interpretação.*, 2.ª (Almedina, 2018), 232 e ss. *maxime* 260 e ss.
[585] Adamy, *Renúncia a direito fundamental*, 65 e ss.; Arroyo, *La renonciation aux droits fondamentaux*, 329 e ss.; Benedettelli, «Human Rights as a Litigation Tool in International Arbitration», 650; Mac Crorie, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, 127 e ss.; Novais, «Renúncia a Direitos Fundamentais», 304 e ss.

a renúncia, se a decisão é livre e voluntária. Com efeito, ainda que não tenha outra opção, há uma escolha, além de que até se pode dar o caso de a renúncia a um direito poder ser a única forma de o titular obter determinado benefício e de este o pretender exercer desse modo[586].

Para além destes requisitos referidos, que Pedro Adamy apelida de "pressupostos subjetivos", relativos à declaração voluntária, livre e esclarecida pelo seu titular, o autor distingue ainda os "pressupostos objetivos", que se relacionam com a disponibilidade do direito fundamental para ser renunciado pelo seu titular e não ser considerado, constitucionalmente, como irrenunciável[587]. Com efeito, considerando que a renúncia é um exercício do direito no sentido da sua afetação negativa ou enfraquecimento, e ainda que é pacificamente aceite que os direitos fundamentais têm eficácia nas relações entre particulares, apesar de se discutirem os termos exatos em que a mesma opera[588], a validade da renúncia em concreto dependerá essencialmente da respetiva conformidade material aos princípios e regras constitucionais, mormente os atinentes à restrição aos direitos fundamentais com vista a impedir que o ato de disposição em causa vá além do que é constitucionalmente admissível.

Dado que o termo restrição em sentido próprio de direitos fundamentais tem sido reservado para a relação dos indivíduos com o Estado, pode colocar-se a questão de saber se os limites constitucionalmente impostos ao legislador na restrição de direitos fundamentais se aplicam também à renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares. Embora não haja total uniformidade na sistematização dos limites à renúncia e também na resposta à questão colocada[589], a opinião maioritária da doutrina analisada[590] é a de que, pelo menos, alguns dos limites referidos deverão servir como critérios de ponderação na aferição da admissibilidade e validade da renúncia a direitos fundamentais, ainda que com adaptações, como explicitarei[591]. Ainda que não corresponda a uma restrição em sentido

[586] Mac Crorie, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, 471; Teles, «Podem as partes renunciar validamente à tutela cautelar na convenção de arbitragem», 305.
[587] Adamy, *Renúncia a direito fundamental*, 59 e 76.
[588] A.II.2. pp. 54 e ss.
[589] Adamy, *Renúncia a direito fundamental*, 26–27; Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 253.
[590] Adamy, *Renúncia a direito fundamental*, 26–27; Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 253; Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 438 e ss.; Mac Crorie, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, 31 e ss.; Miranda e Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I:352-353; Novais, «Renúncia a Direitos Fundamentais», 266.
[591] A.III.4. e 5. pp. 151 e ss.

propriamente dito referente à relação com o Estado, e mesmo existindo mais espaço para a autonomia privada no âmbito do direito privado[592], a renúncia entre particulares envolve igualmente o enfraquecimento da posição jurídica protegida constitucionalmente, o que implica a necessidade de controlo último estatal para garantir que a afetação negativa desse direito não vai além dos limites constitucionais impostos. Além destes limites constitucionais, a renúncia a direitos fundamentais entre particulares terá de respeitar também os limites imperativos validamente definidos pelo legislador à luz do quadro constitucional, os quais correspondem, muitas vezes, a opções legislativas dos Estados. Os pressupostos objetivos referidos, em particular, os limites constitucionais e legais, que têm de ser respeitados para uma renúncia a direitos fundamentais ser válida, bem como os critérios a ponderar nesse juízo, serão analisados autonomamente na próxima Secção.

4. Requisitos de validade da renúncia: limites e critérios a ponderar

Conforme referido, tanto em termos de direito internacional, como das ordens jurídicas nacionais ora em questão, a renúncia a direitos fundamentais processuais é admissível dentro de determinados limites. Desde logo, e para os defensores da existência de um limite autónomo assente no respeito pelo conteúdo essencial do direito fundamental, há um limite tendencialmente absoluto, cujo âmbito em relação ao direito à tutela jurisdicional efetiva foi traçado acima e, além dele, limites relativos, a que a renúncia a direitos fundamentais está sujeita, os quais analisarei agora[593].

Segundo a jurisprudência do TEDH, e conforme concluí, além da salvaguarda do núcleo essencial do direito, que não pode ser atingido ou violado[594], uma limitação do direito será incompatível com o artigo 6.º da CEDH, se não prosseguir um fim legítimo e se não existir uma relação razoável de proporcionalidade entre a limitação imposta e os fins a atingir[595]. Para o tribunal, se esta possibilidade de restrição a direitos fundamentais

[592] Adamy, *Renúncia a direito fundamental*, 26–27; Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 253.
[593] Cfr. quanto à distinção entre limites absolutos e relativos à renúncia a direitos fundamentais, embora numa análise focada no direito tributário, Adamy, *Renúncia a direito fundamental*, 125 e ss.
[594] A.II.3. pp. 82 e ss.
[595] Benedettelli, «Human Rights as a Litigation Tool in International Arbitration», 644; Blake, *A practical approach to effective litigation*, 43; Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, 163 e ss.; Jakšić, *Arbitration and human rights*, 278; Krūmiņš, *Arbitration and Human Rights, Approaches to Excluding the Annulment of Arbitral Awards and Their Compatibility with the ECHR*, 24, 52, entre outras; Guinchard, *Droit processuel*,

processuais previstos no artigo 6.º da CEDH se aplica em matéria criminal, aplica-se com igual força nos processos civis[596]. O teste da proporcionalidade é aplicado não apenas aos direitos expressamente consagrados na CEDH, como também àqueles implicitamente garantidos nos primeiros, e ainda à apreciação sobre o cumprimento das obrigações positivas que incluem[597]. O princípio da proporcionalidade assenta na noção de equilíbrio justo entre os fins do legislador e os interesses gerais da comunidade, de um lado, e os requisitos de proteção dos direitos humanos de cada indivíduo[598]. Conforme referido, a limitação do direito fundamental processual não será compatível com o artigo 6.º se contrariar um "interesse público relevante"[599]. Sem prejuízo de novas orientações da jurisprudência do TEDH, parece-me que a aferição deste requisito ficará salvaguardada através do cumprimento dos limites da salvaguarda do conteúdo essencial do direito fundamental e do critério da proporcionalidade.

Igualmente, de acordo com a jurisprudência do TIDH, o direito de acesso ao tribunal e à tutela jurisdicional efetiva não é absoluto e pode estar sujeito a limitações discricionárias pelos Estados, desde que verificados determinados requisitos[600]. Os requisitos exigidos são semelhantes aos exigidos pelo TEDH, nomeadamente o de proporcionalidade entre o meio empregue para a limitação e o fim prosseguido e, em última instância, não implicar a própria negação do direito[601].

Nos termos do artigo 52.º/1 da CDFUE, e da interpretação que tem sido feita pelo TJUE, há quatro condições principais que têm de se verificar na apreciação dos limites legítimos e justificados dos direitos fundamentais previstos na CDFUE: que a referida limitação i) esteja prevista na lei, ii) respeite a essência do direito fundamental em particular,

---

170; TEDH, Ashingdane c. Reino Unido, n.º 8225/78, 28.05.1985; TEDH, Fayed c. Reino Unido, n.º 17101/90, 21.09.1994; TEDH, Markovic e outros c. Itália, proc. n.º 1398/03, de 14.12.2006; TEDH, Tinnelly & Sons Ltd e outros e McElduff e outros c. Reino Unido, n.º 62/1997/846/1052-1053, 10.07.1998; TEDH, Kennedy c. Reino Unido, n.º 26839/05, 18.08.2010.

596 TEDH, Kennedy c. Reino Unido, n.º 26839/05, 18.08.2010 pp 57-58 e ss. TEDH, Vanjak c. Croácia, n.º 29889/04, 14.01.2010 p. 12 e ss.

597 Krūmiņš, *Arbitration and Human Rights, Approaches to Excluding the Annulment of Arbitral Awards and Their Compatibility with the ECHR*, 26.; TEDH, Tabbane c. Suíça, n.º 41069/12, 01.03.2016.

598 Bioy, «Les limites du "renoncement" aux droits fondamentaux», 69; Krūmiņš, *Arbitration and Human Rights, Approaches to Excluding the Annulment of Arbitral Awards and Their Compatibility with the ECHR*, 26.; TEDH, Soering c. Reino Unido, proc. n.º 15038/88, de 07.07.1989.

599 B.III.3, pp. 118-119.

600 TIDH, Caso Cantos c. Argentina, 28.11.2002; STF, *Convenção Americana sobre Direitos Humanos [recurso eletrônico]: anotada com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos/Supremo Tribunal Federal*, 150–51.

601 *Idem*.

iii) prossiga objetivos de interesse geral reconhecidos pelo direito da UE ou a necessidade de proteger direitos e liberdades de outros e iv) respeite o princípio da proporcionalidade[602].

A questão tem sido, também, analisada nas diferentes ordens jurídicas nacionais. Com base no "modelo combinado de regras e princípios" de Robert Alexy[603], segundo o qual as normas fundamentais podem ter uma estrutura de princípios, relevantes para uma ponderação, ou de regras, que são o resultado de uma tentativa de ponderação entre exigências decorrentes de princípios conflituantes, podendo inclusive ter a dupla natureza de princípios e regras, e partindo da preponderância da natureza principiológica das normas que consagram os direitos fundamentais, tem sido entendido pela doutrina e pela jurisprudência[604] que a interpretação e aplicação das normas consagradoras de direitos fundamentais implica um processo de ponderação.

O referido processo de ponderação entre princípios conflituantes é racional e deve compatibilizar e conciliar os diferentes critérios, dependendo significativamente dos direitos fundamentais em concreto e das circunstâncias particulares de cada situação[605]. A primazia deve ser dada à otimização entre os princípios conflituantes, aplicando o princípio da concordância prática[606]. Não há uma hierarquia de valores ou bens constitucionais abstrata

---

[602] Gutman, «Article 47: The Right to an Effective Remedy and to a Fair Trial», 379–80; TJUE, Regeringsrätten c. Kjell Karlsson e outros, C-292/97, 13.04.2000 § 45 e ss. TJUE, A.G. c. Lietuvos respublikos generalinė prokuratūra, C-162/22, 07.09.2023 § 24 e ss.

[603] Alexy, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais, tradução da 5.ª edição alemã de Virgílio Afonso da Silva*, 85 e ss.

[604] Adamy, *Renúncia a direito fundamental*, 125 e ss.; Arroyo, *La renonciation aux droits fondamentaux*, 86 e ss.; Barroso, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.*, 295 e ss.; Caramelo, «Obrigatoriedade da convenção de arbitragem e direito de acesso à justiça», 90–93; Farias e Teixeira, «Renúncia a direitos fundamentais: modalidades e efeitos a partir da teoria constitucional contemporânea», 304 e ss.; Lima, «Colisão e renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares»; Mac Crorie, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, 215 e ss.; Miranda e Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I:378–83; Novais, «Renúncia a Direitos Fundamentais», 321 e ss.; Oliveira e Mac Crorie, «O princípio da igualdade no direito europeu dos contratos: as Diretivas 2000/43/CE e 2004/113/CE»; Pinto, «Autonomia privada e discriminação - Algumas notas», 127 e ss.; Alves e Mendes, «A colisão dos direitos fundamentais: direitos da personalidade x liberdade de expressão», 22 e ss.; Em Portugal, STJ, proc. n.º 99A1015, 18.01.2000; Em França, CEASS:1995:136727, 27.10.1995, Commune de Morsang-sur-Orge; CEASS:1995:143578, 27.10.1995; No Brasil, STF RE n.º 1292275, AgR / RJ, DJ, 03.05.2023.

[605] Alves e Mendes, «A colisão dos direitos fundamentais: direitos da personalidade x liberdade de expressão», 29 e ss.; Luís Roberto Barroso, «Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do código Civil e da Lei de Imprensa.», *Revista de Direito Administrativo*, n. 235 (2004): 25; Barroso, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 295 e ss.; Mac Crorie, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, 218.

[606] Alexy, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais, tradução da 5.ª edição alemã de Virgílio Afonso da Silva*, 575–627.

ou rígida para aplicação imediata no caso de colisão de direitos[607]. Daí que, num conflito entre direitos fundamentais, seja necessário, em primeiro lugar, aplicar o princípio da concordância prática, procurando conciliar e harmonizar os bens jurídicos em causa, através de concessões recíprocas com vista a manter a essência de ambos os direitos conflituantes. Somente quando não seja possível manter a harmonização dos direitos ou princípios fundamentais conflituantes, impossibilitada qualquer harmonia ou convivência em plena igualdade entre os valores ou bens em conflito, dever-se-á proceder a uma hierarquização e a uma decisão de prevalência, a qual deverá assentar também num processo de ponderação baseado nas circunstâncias concretas do caso. Ainda que haja o intuito de, tanto quanto possível, manter uma margem de operacionalidade dos princípios ou direitos em questão, pode acontecer que um tenha de ceder totalmente em relação ao outro, o que, mais uma vez, só pode ser avaliado de acordo com os direitos em questão e as circunstâncias do caso concreto[608]. Ora, dado que inexiste uma hierarquização ou ordem de valores constitucionais abstrata, a doutrina e/ou jurisprudência têm, nas diversas ordens jurídicas nacionais, extraído ou fixado alguns "critérios de orientação" ou "pontos de apoio" suscetíveis de fundamentar e servir de guia no processo racional de ponderação entre direitos ou princípios fundamentais em conflito ou colisão[609].

Na renúncia a direitos fundamentais, em que há um exercício e, ao mesmo tempo, um enfraquecimento do direito, também há um confronto entre direitos fundamentais: de um lado, aquele a que se está a renunciar ou de que se está a dispor e, de outro lado, o direito à autonomia privada. Assim, é necessário proceder à ponderação em concreto entre os bens

[607] Alves e Mendes, «A colisão dos direitos fundamentais: direitos da personalidade x liberdade de expressão», 30; Arroyo, *La renonciation aux droits fondamentaux*, 116 e ss.; Barroso, «Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do código Civil e da Lei de Imprensa.», 5; Barroso, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.*, 295; Mac Crorie, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, 219; Novais, «Renúncia a Direitos Fundamentais», 321 e ss.; Miranda e Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I:378 e ss.; Pinto, «Autonomia privada e discriminação - Algumas notas», 333–42.

[608] Barroso, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 299; Caramelo, «Obrigatoriedade da convenção de arbitragem e direito de acesso à justiça», *maxime* 90-93.

[609] Adamy, *Renúncia a direito fundamental*, 125 e ss.; Arroyo, *La renonciation aux droits fondamentaux*, 91 e ss.; Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, 163 e ss.; Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, 945 e ss.; Mac Crorie, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, 225; Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 451–61; Novais, «Renúncia a Direitos Fundamentais», 321–35; Em Portugal, STJ, proc. n.º 99A1015, 18.01.2000; Em França, CEASS:1995:136727, 27.10.1995, Commune de Morsang-sur-Orge; CEASS:1995:143578, 27.10.1995; No Brasil, STF RE n.º 1292275, AgR /, RJ, DJ 03.05.2023.

jurídicos ou valores constitucionalmente protegidos em questão, em particular o direito fundamental a que se pretende renunciar – no caso em análise, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva ou os direitos fundamentais processuais – e a autonomia privada, que fundamenta a renúncia.

Sem prejuízo de poderem variar consoante os direitos fundamentais em ponderação e as respetivas especificidades em cada caso[610], os critérios de orientação ou tópicos de argumentação identificados em cada ordem jurídica e, também, nas diferentes ordens jurídicas analisadas, que podem ser utilizados na racionalização do processo de ponderação de direitos fundamentais, são múltiplos e, por vezes, diferentes ou não totalmente coincidentes entre si, mas há um núcleo comum que se pode delimitar[611]. Irei tratar, em conjunto, pelas maiores similitudes do que diferenças encontradas, os direitos português, francês e brasileiro, e autonomamente o direito inglês, pelas particularidades do sistema jurídico em questão. Apesar de, no final, os limites à renúncia a direitos fundamentais e os critérios de orientação na resolução das situações concretas de conflitos entre direitos fundamentais de particulares no sistema jurídico inglês poderem, eventualmente, na prática, ser próximos dos alcançados nas restantes ordens jurídicas em análise, o caminho para lá chegar é diferente, assentando na resolução dos casos concretos à luz do direito privado inglês, cujas soluções já espelham a resolução dos referidos conflitos, e justifica tratamento específico.

Nos sistemas jurídicos português, francês e brasileiro, os limites à renúncia a direitos fundamentais e, por conseguinte, o núcleo comum de critérios de orientação na identificação desses limites, são aqueles que decorrem, expressa ou implicitamente, das respetivas constituições e/ou dos instrumentos internacionais (destes, sobretudo no caso francês, como expliquei[612]). Depois, os limites e critérios referidos são também concretizados pelo legislador na regulação das matérias que envolvem os direitos fundamentais.

A título exemplificativo, em Portugal, Jorge Reis Novais indica quatro critérios de referência que considera determinantes, sendo eles "a disponibilidade de posições de direitos

[610] Barroso, «Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do código Civil e da Lei de Imprensa.», 25 e ss.; Caramelo, «Obrigatoriedade da convenção de arbitragem e direito de acesso à justiça».
[611] Adamy, *Renúncia a direito fundamental*, 148 e ss.; Mac Crorie, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, 227.
[612] A.II.1.2 e 2.2, pp. 38-39 e ss. e 74-75 e ss.

fundamentais", "a dignidade da pessoa humana", "o conteúdo essencial dos direitos fundamentais" e "o princípio da proporcionalidade"[613]. Por sua vez, Benedita Mac Crorie considera relevantes os seguintes "tópicos de argumentação": "o princípio da dignidade da pessoa humana", "o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso", "o conteúdo essencial dos direitos fundamentais", "a ordem pública e os bons costumes", "a maior ou menor disponibilidade dos direitos a que se renuncia" e a "exigência de ato legislativo prévio" (concluindo, quanto a este, que não é aplicável entre particulares)[614].

Com base na articulação de diversos textos legais e da jurisprudência do TEDH, do Conselho Constitucional e do Conselho de Estado, Dupré de Boulois também identifica, no direito internacional e no direito francês, além de certas exigências formais para a restrição válida de direitos fundamentais (necessidade de lei, entre outros), outros requisitos de validade, tais como o controlo da proporcionalidade, aplicável tanto às restrições legislativas nas relações entre Estado e particulares, como nas relações de direito privado entre particulares, e, ainda, o controlo de exigências de igualdade ou de não-discriminação, que também entende aplicável a todo e qualquer ato jurídico limitador de direitos fundamentais, seja geral ou individual, público ou privado, contratual ou unilateral[615]. Além disso, à questão de saber se há direitos fundamentais intangíveis, ou seja, direitos inderrogáveis e irrenunciáveis, responde que haverá poucos, como, por exemplo, o direito de não ser submetido a escravatura ou a tortura ou a liberdade de consciência e de opinião. O autor distingue direitos inderrogáveis e irrenunciáveis. Quanto aos primeiros, refere que o debate surge sobretudo no plano internacional e europeu, em que se consagram cláusulas de ordem pública (nas quais inclui, por exemplo, o direito a um processo equitativo previsto no artigo 6.º da CEDH), limites à restrição de certos direitos que visam proteger a dignidade da pessoa humana, bem como a ideia de que, mesmo esses limites, são relativos. É por esta via internacional que estes limites são aplicáveis no sistema jurídico francês, já que os textos constitucionais franceses consagram sobretudo os direitos, sendo discretos na referência a restrições possíveis[616]. Por sua vez, no que respeita aos direitos irrenunciáveis, entende que serão poucos, já que a faculdade de renúncia por via contratual ou unilateral é inerente ao

[613] Novais, «Renúncia a Direitos Fundamentais», 321–35.
[614] Mac Crorie, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, 225 e ss.
[615] Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, 163 e ss.
[616] *Idem*, 171–73.

exercício do direito. Sem prejuízo da regra da admissibilidade da renúncia, o autor citado prevê dois tipos de limites: quer para proteção do próprio titular, em contextos em que há risco de o seu consentimento não ser livre, como quando se está perante partes negocialmente mais fortes e mais fracas, quer para preservação de um interesse público relevante que transcende o particular, baseando-se na dimensão objetiva dos direitos fundamentais e na ideia de que exprimem valores que estão para além da disponibilidade das partes[617].

De acordo com Julie Arroyo, há dois princípios determinantes do âmbito da renúncia, que são a liberdade, sendo esta também seu fundamento, e a ordem pública, que visa limitar a liberdade de renunciar para proteger essa mesma liberdade do seu titular e/ou para defender o interesse geral[618]. Deste modo, identifica como limites à renúncia, desde logo, a ordem pública, quer para garantia do interesse geral, com base na função social, na vertente objetiva e/ou na dignidade da pessoa humana inerentes aos direitos fundamentais, quer para proteção da pessoa, não só do próprio titular do direito, como também de terceiros[619]. Nessa medida, "a dignidade da pessoa humana", além de surgir como fundamento, surge também como limite à renúncia a direitos fundamentais[620]. Os limites da ordem pública e dignidade da pessoa humana, nuns casos, impedem, noutros casos, apenas limitam a possibilidade de renúncia[621], estabelecendo a autora uma distinção entre direitos irrenunciáveis – como o direito à vida, à proibição da escravatura e os direitos políticos –, e direitos renunciáveis – nos quais inclui os direitos fundamentais económicos e processuais[622]. Por sua vez, a autora procede ainda a uma distinção de regime no que se refere aos requisitos de validade da renúncia, consoante se trate de renúncia principal ou acessória, i.e., dependendo de a renúncia ser objeto principal de um negócio jurídico, como, por exemplo, sucede numa transação, ou ser uma cláusula contratual inserida num negócio mais amplo. Após proceder a esta distinção e também a diferentes tipos negociais que a renúncia pode adotar, a autora defende que, ao abrigo do direito francês, a renúncia acessória está sujeita a requisitos específicos adicionais complementares, que não são exigidos na renúncia principal, nomeadamente que esta deve prosseguir a realização de um interesse legítimo e ser

[617] Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, 163 e ss.
[618] Arroyo, *La renonciation aux droits fondamentaux*, 61.
[619] *Idem*, 91 e ss.
[620] *Idem*, 98 e ss.
[621] *Idem*, 121.
[622] *Idem*, 123 e ss.

proporcional ao respetivo prosseguimento[623]. Tais exigências adicionais devem-se ao facto de, na renúncia acessória, tendo presentes exemplos como as cláusulas de confidencialidade ou de não concorrência num contrato de trabalho, se pressupor haver uma maior probabilidade de dependência, e/ou desequilíbrios negociais entre as partes, e de maior risco de quem renuncia poder ter sido coagido na sua liberdade[624].

No Brasil, Pedro Augustin Adamy distingue limites absolutos e relativos à renúncia a direitos fundamentais, sendo os primeiros, aqueles que não podem ser ultrapassados, nem ponderados com outros objetivos ou valores em qualquer circunstância, e os segundos, aqueles que, embora sejam uma limitação *prima facie* à possibilidade de renúncia, podem ser ponderados e superados por outros princípios, regras ou, ainda, em certos casos, pelos próprios benefícios que os titulares do direito possam pretender obter[625]. Entre os limites absolutos, inclui o "conteúdo essencial do direito", as limitações decorrentes das próprias "regras constitucionais" que comportam, além do extenso rol de direitos e garantias fundamentais, regras diretas sobre os limites de atuação do Estado, com a definição clara e precisa sobre o que este pode fazer e o que lhe é proibido e, ainda, as "proteções institucionais", que exemplifica com a impossibilidade de renúncia à imunidade parlamentar. Entre os limites relativos, o autor citado inclui a "dignidade da pessoa humana", "o livre desenvolvimento da personalidade", "o livre desenvolvimento da atividade profissional ou económica" e "a segurança jurídica", entre outros que, por serem específicos da área tributária, de que trata a sua obra, não relevam nesta sede[626]. Além disso, o autor mencionado identifica parâmetros ou critérios para o controlo dos atos de renúncia a direitos fundamentais, que visam quer os respetivos titulares, quer os próprios direitos, que são a "proporcionalidade", a "proibição do excesso e proibição de proteção insuficiente" e a "razoabilidade"[627].

Em Inglaterra, antes da LDH, pode dizer-se que não existia um método sistemático e instituído como princípio para equilibrar direitos humanos conflituantes. Daí que se recorresse ao tradicional fundamento da "desrazoabilidade" afirmado no caso

[623] Arroyo, *La renonciation aux droits fondamentaux*, 329 e ss.
[624] *Idem*.
[625] Adamy, *Renúncia a direito fundamental*, 126.
[626] *Idem*, 126–68.
[627] *Idem*, 175 e ss.

Wednesbury[628] para o controlo judicial ou, mais tarde, ao princípio de que, quanto mais fundamental o direito fosse, mais justificação necessitava para ser restringido. Não obstante a inadequação dos princípios referidos para um verdadeiro exercício de equilíbrio ou ponderação, como o aplicado pelo TEDH, os mesmos continuaram a ser aplicados pelos juízes ingleses aos casos de conflitos entre direitos humanos conflituantes ou em que interesses públicos mais amplos interferiam com os mesmos[629]. Com efeito, o debate acerca do mérito da proporcionalidade e/ou da razoabilidade, como testes para controlo judicial, ainda se manteve após a LDH[630].

A LDH introduziu um teste de proporcionalidade no direito inglês para o efeito pretendido. Mantendo-se o princípio da soberania parlamentar, em que o Parlamento é o primeiro responsável por decidir se os meios escolhidos para lidar com um problema social são os necessários e adequados, os tribunais também podem invocar qualquer incumprimento dos direitos da CEDH. Se, por um lado, se pode afirmar que uma lei que prossegue um determinado objetivo raramente será, em si mesma, incompatível com a LDH, já, por outro lado, a questão de saber se as medidas adotadas pelo Parlamento foram exercidas de forma proporcional pode ser avaliada pelos tribunais, através do teste da proporcionalidade[631]. Na essência, o teste em questão implica que, sempre que os casos

---

[628] Associated Provincial Picture Houses, Limited c. Wednesbury Corporation, [1948] 1 KB 223, [1947] EWCA. No caso referido, o tribunal distinguiu o ato executivo, em que há margem de discricionariedade das autoridades públicas dentro de determinados princípios que têm de ser respeitados, em que aquelas podem fixar determinadas condições legais para o exercício de um direito – neste caso, permitiu-se o direito a aceder e usar um espaço cinematográfico aos domingos, desde que nenhuma criança com menos de quinze anos seja admitida, esteja ou não acompanhada por um adulto – do ato judicial, afirmando que o poder dos juízes não é o de se substituir à decisão, mas apenas o de controlar, primeiro, a legalidade das condições estabelecidas e, depois, se eventualmente se verificou algum dos fundamentos que tornem a decisão "desrazoável" (enumera diversos casos possíveis como o ter havido má fé, desonestidade, desrazoabilidade, atenção a circunstâncias estranhas, desrespeito pela ordem pública, etc). Nesta decisão, o tribunal afirma que o poder discricionário deve ser exercido razoavelmente. Além disso, afirma que o tribunal somente deve anular uma decisão se a autoridade pública atuou de forma manifestamente desrazoável: se se tratar de uma decisão "tão irracional/desrazoável que nenhuma autoridade razoável poderia chegar a ela" (tradução minha).

[629] Brüggemeier, Ciacchi, e Comandé, *Fundamental Rights and Private Law in the European Union, I*, 185.

[630] Paul Craig, «Proportionality, Rationality and Review», *Articles by Maurer Faculty* 2455 (2010).

[631] Brüggemeier, Ciacchi, e Comandé, *Fundamental Rights and Private Law in the European Union, I*, 185–87; Leyland, Peter, *The constitution of the United Kingdom*, 211 e ss. Nestas obras são dados bons exemplos de casos de aplicação da técnica da proporcionalidade, ocorridos no conflito entre o direito de livre expressão e o direito à privacidade, ou seja, o conflito entre os direitos consagrados nos artigos 8.º e 10.º da CEDH. No caso McKennitt & Ors c. Ash & Anor [2005] EWHC 3003 (QB), p. 48 e 49, o tribunal considerou que, com base em casos anteriores como Campbell c. MGN Ltd [2004] 2 AC 457 e Re S (FC) (A Child) [2005] 1 AC 593, se devia aplicar a nova abordagem a qualquer caso de restrição da publicação por força dos direitos garantidos pelo artigo 8.º da CEDH, a qual assenta nos seguintes princípios: i) Nenhum artigo tem, por si, precedência sobre o outro; ii) quando um conflito surge entre valores consagrados nos Artigos 8.º e 10.º da

envolvam direitos da CEDH, o tribunal tenha de determinar se a interferência com estes é proporcional: em primeiro lugar, é um exercício de equilíbrio que normalmente se consubstancia numa decisão sobre se os meios empregues são justificados pelo fim visado, quase sempre associado a uma necessidade social premente, à ordem pública, à segurança nacional ou a um bem público; em segundo lugar, o tribunal decide entre interesses conflituantes (muitas vezes, entre os de um indivíduo e os de uma autoridade pública)[632].

Igualmente, o princípio da legalidade tem tido um papel de proteção dos direitos fundamentais de *common law* em geral, respeitando as funções relativas do legislativo, executivo e judicial no desenvolvimento e proteção de direitos fundamentais. Embora entendido como uma evolução recente do *common law*, as origens do princípio da legalidade já remontam, segundo o Lord Hoffman, ao século XVI[633]. Há duas vias ou componentes do princípio da legalidade que protegem os direitos fundamentais de *common law*: uma é a colocação deste princípio num plano constitucional[634], donde decorre que, de acordo com o princípio de soberania parlamentar, o Parlamento pode legislar contrariamente a princípios fundamentais de direitos humanos, mas, se o pretender fazer, tem de ser por disposições legais claras e específicas ou por implicação necessária, não podendo fazê-lo em termos gerais e ambíguos, pelo que, na ausência de linguagem expressa ou de implicação necessária em sentido contrário, os tribunais presumem a intenção do legislador e interpretam a lei no sentido de garantir que não impeça ou restrinja direitos fundamentais de *common law*. Neste sentido, num país em que é reconhecido o princípio da soberania parlamentar, os tribunais ingleses aplicam princípios de constitucionalidade ligeiramente diferentes daqueles que

CEDH, é necessário um foco intenso na importância comparativa dos direitos específicos que estão a ser reclamados no caso concreto; iii) o tribunal deve ter em conta as justificações para interferir e/ou restringir cada direito; iv) também o teste da proporcionalidade deve ser aplicado a cada um. Também no caso Douglas c. Hello! Ltd [2001] QB 867 [137] o Tribunal resolveu a disputa relacionada com o direito à privacidade e confidencialidade num contexto de cobertura mediática do casamento de Michael Douglas e Catherine Zeta-Jones que processaram a revista Hello! por publicar fotografias não autorizadas, violando os seus direitos, aplicando-se o princípio da proporcionalidade na ponderação entre direitos conflituantes, a liberdade de expressão de imprensa (artigo 10 da CEDH) e o direito à privacidade dos particulares (Artigo 8 da CEDH). O Tribunal deu razão a Douglas, tendo considerado que o evento era privado e merecia proteção, inexistindo interesse público significativo na publicação, que se pudesse sobrepor àquele. V. também R (Daly) c. Secretary of State for the Home Department [2001] UKHL 26; [2001] 2 AC 532 em que surge o conflito entre direito fundamental dos prisioneiros à privacidade em confronto com questões de segurança e bom ambiente nas prisões.

[632] *Idem*.

[633] Young, Alison L, «10. Fundamental Common Law Rights and Legislation», em *Common Law Constitutional Rights*, ed. Mark Elliot e Kirsty Hughes (Oxford: Hart Publishing, 2020), 226.

[634] R. c. Secretary of State for the Home Department, Ex p Leech [1994] QB 198; R c. Lord Chancellor, ex parte Witham [1998] QB 575.

existem nos países em que o poder legislativo é expressamente limitado por um documento constitucional[635]. A segunda componente do princípio da legalidade implica que qualquer restrição a um direito fundamental deva ser razoavelmente necessária para alcançar um fim legítimo, confundindo-se com o princípio da proporcionalidade[636].

O ponto de partida é o de haver uma sobreposição entre os fundamentos tradicionais de controlo judicial e o recurso à proporcionalidade, podendo, na maioria dos casos, conduzir a um resultado similar ou idêntico, mas a intensidade do controlo é de alguma forma maior pelo recurso à proporcionalidade[637]. Além disso, a doutrina[638] considera existirem diferenças estruturais importantes entre vários direitos da CEDH. Se há alguns direitos da CEDH que são absolutos, sem possibilidade de exceção como o direito à vida (artigo 2.º), proibição de tortura (artigo 3.º), proibição da escravidão (artigo 4.º) e/ou o princípio de que não pode haver sanção ou punição sem lei (artigo 7.º), outros há como a proibição do trabalho forçado (artigos 4.º/2 e 3) ou os direitos à liberdade e à segurança, que já têm listas de possíveis exceções.

A jurisprudência inglesa segue e aplica, em diversos casos, os mesmos requisitos e limites para a validade da restrição a direitos fundamentais processuais que a jurisprudência do TEDH na aplicação do artigo 6.º da CEDH[639]. No caso *Unison* c. *Lord Chancellor*[640], Lord Reed desenvolveu um teste, que inclui três fases, para determinar se houve um impedimento inconstitucional ao direito de acesso à justiça, com base em casos anteriores: primeiro, qualquer obstáculo ou restrição requer autorização clara do Parlamento[641]; segundo, mesmo que haja autorização legal para restrição ao direito de acesso aos tribunais,

---

635 Young, Alison L, «10. Fundamental Common Law Rights and Legislation», 227; R c. Secretary for the Home Department, Ex p Simms [2000] 2 AC 115.

636 Young, Alison L, «10. Fundamental Common Law Rights and Legislation», 227 e ss.; R. c. Secretary of State for the Home Department, Ex p Leech [1994] QB 198; R (Daly) c. Secretary of State for the Home Department [2001] UKHL 26; [2001] 2 AC 532; R (Unison) c. Lord Chancellor [2017] UKSC 51. Esta segunda componente do princípio da legalidade resulta da jurisprudência ora referida. Este aspeto foi revisitado neste último caso R (Unison) c. Lord Chancellor, em que Lord Reed concluiu que houve uma analogia entre o princípio da legalidade e o princípio da proporcionalidade, em que qualquer restrição ao acesso ao tribunal será ilícita a menos que possa ser justificada como razoavelmente necessária para alcançar um objetivo legítimo. O Tribunal Supremo concluiu que a decisão de pagamento de custas era ultra vires na medida em que efetivamente impedia o direito à justiça.

637 Leyland, Peter, *The constitution of the United Kingdom*, 211–12.

638 *Idem*.

639 V. nota 365. Home Office (Appellant) c. Tariq (Respondent) e Home Office (respondent) c. Tariq (Appellant) [2011] UKSC 35, [2010] EWCA Civ 462, pp. 16 e ss., pp. 44 e ss. pp. 54 e ss.

640 R (Unison) c. Lord Chancellor [2017] UKSC 51, §§ 78, 80, 84 e 86, entre outros.

641 Raymond c. Honey [1983] 1 AC 1; R c. Secretary of State for Home Department, Ex p Anderson [1984] QB 778.

deve interpretar-se a lei como permitindo apenas um grau de intrusão que seja razoavelmente necessário para cumprir o objetivo da disposição em questão[642]; terceiro, a medida imposta será excessiva ("ultra vires*"*) se houver um risco real de as pessoas serem efetivamente impedidas de terem acesso à justiça, ou seja, o cidadão não pode ficar privado de exercer o seu direito[643]. No caso em questão, tratava-se de um impedimento económico quanto a custas judiciais, mas pode haver outros. Nesse caso, foi estabelecida, inclusive, a analogia entre o segundo requisito – de que o grau de restrição não seja maior do que se justifica pelos objetivos da medida que se pretende prosseguir – e o princípio da proporcionalidade, como desenvolvido na jurisprudência do TEDH e na aplicação da CEDH[644]. Finalmente, o tribunal analisa também as restrições a direitos exequíveis nos termos do direito da UE, que estavam também em causa à luz dos requisitos do direito a uma tutela jurisdicional efetiva consagrada quer nos artigos 6.º e 13.º da CEDH, quer no artigo 47.º da CDFUE, bem como dos requisitos para a validade da respetiva limitação[645].

Deste modo, quanto aos critérios de orientação identificados nos diferentes ordenamentos jurídicos, farei uma referência breve a cada um dos que me parecem relevantes e úteis para a renúncia a direitos fundamentais em geral, com vista à aplicação à renúncia a direitos fundamentais processuais por acordo das partes na arbitragem, excluindo desde já a exigência de ato legislativo prévio, requisito de restrição legal de direitos fundamentais que não faz sentido aplicar nas relações entre particulares. Naturalmente, se houver lei a permitir ou a proibir o acordo de renúncia por parte dos particulares, o tema será logo claramente resolvido, cabendo apenas apreciar se a lei em questão é constitucional e cumpre os respetivos requisitos de validade. Refira-se, ainda, que, no que respeita ao limite e critério da **intangibilidade do conteúdo essencial do direito fundamental**, remete-se para a análise e para as conclusões já acima alcançadas quanto à sua existência e âmbito[646].

[642] R. c. Secretary of State for the Home Department, Ex p Leech [1994] QB 198; R c. Secretary for the Home Department, Ex p Simms [2000] 2 AC 115; R (Daly) c. Secretary of State for the Home Department [2001] UKHL 26; [2001] 2 AC 532.
[643] R c. Lord Chancellor, Ex p Witham [1998] QB 575, § 580 e 586; R (Hillingdon London Borough Council) c. Lord Chancellor (Law Society intervening) [2008] EWHC 2683 (Admin); [2009] 1 FLR 39.
[644] *Idem*, § 89.
[645] *Idem*, §105 e ss.
[646] A.II.3. pp. 82 e ss.

4.1. Dignidade da pessoa humana

Apesar de se tratar de um conceito abrangente e indeterminado, e de a inclusão, grau e intensidade do princípio referido variar consoante o tipo de direito fundamental em causa e também em função do próprio conceito de vida "digna" para cada pessoa, em cada tempo e lugar, o mesmo tem sido associado não só ao valor intrínseco de todos os seres humanos, mas também ao núcleo de autonomia e autodeterminação de cada pessoa[647]. Nesse sentido, tem sido entendido que o referido princípio apenas poderá ser restringido perante valores públicos e/ou outros valores de terceiros ou da comunidade igualmente dignos de proteção jurídica[648]. Já referi também que, para além de fundamento da renúncia, a dignidade da pessoa humana tem sido invocada como um limite à mesma e um critério de ponderação, que, como valor constitucional, princípio básico ou "substrato consubstancial" das ordens jurídicas e dos direitos fundamentais[649], sobretudo em Portugal, França e Brasil, impede ou limita a renúncia a direitos fundamentais.

Embora já tenha sido defendida como fundamento da inalienabilidade dos direitos fundamentais, atualmente, e ainda que não seja consensual[650], muitos autores[651] consideram que a proteção da dignidade humana não deve impor limites à autonomia e autodeterminação da própria pessoa, nem ao conceito de dignidade da pessoa humana, que cada um tem, só para proteger a pessoa de e contra si própria. Tal tratamento é de um Estado paternalista, e

---

[647] Adamy, *Renúncia a direito fundamental*, 148 e ss.; Arroyo, *La renonciation aux droits fondamentaux*, 98 e ss.; Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 282; Barroso, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 218–23; Frumer, *La Renonciation aux droits et libertés - La convention européenne des droits de l' homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, 458 e ss.; Mac Crorie, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, 227 e ss.

[648] *Idem*.

[649] V., em particular, artigos 1.º da CRP e 1.º, III, da CFB, bem como Adamy, *Renúncia a direito fundamental*, 148 e ss.; Aleixo, «O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva na ordem jurídica brasileira - A caminho de um "devido processo proporcional"», 419 e ss.; Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 282; Arroyo, *La renonciation aux droits fondamentaux*, 98; Barroso, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 218 e ss.; Mac Crorie, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, 227 e ss.; Frumer, *La Renonciation aux droits et libertés - La convention européenne des droits de l' homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, 458 e ss.

[650] Barroso, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 220–21.

[651] Adamy, *Renúncia a direito fundamental*, 148–55; Arroyo, *La renonciation aux droits fondamentaux*, 110–12; Frumer, *La Renonciation aux droits et libertés - La convention européenne des droits de l' homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, 458 e ss.; Mac Crorie, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, 227–45; Schutter e Ringelheim, «La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition du soi et le règne de l'échange.»

não de um Estado liberal-individualista. Os autores referidos aceitam que a renúncia à autonomia ou à autodeterminação das pessoas apenas pode ser limitada ou impedida nos casos de incapacidade de exercício de direitos e/ou nos casos em que a renúncia possa pôr em causa, de forma permanente e irreversível, a capacidade de autodeterminação futura[652]. Concordo com a posição referida, já que apenas fazem sentido os limites à renúncia que resultem, efetivamente, da proteção de bens jurídicos de outros ou da comunidade e, quanto ao próprio titular, os que sejam inerentes ao próprio fundamento da renúncia – a liberdade e autodeterminação do seu titular.

4.2. Proporcionalidade

O critério da proporcionalidade é, por excelência, o instrumento e limite com vocação global para impedir qualquer arbítrio do poder e qualquer violação de direitos fundamentais, reconhecido tanto no plano internacional, como nas diferentes ordens jurídicas analisadas[653]. O princípio da proporcionalidade integra três vetores fundamentais, aceites pacificamente na doutrina e jurisprudência, que convém ter presentes: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito[654].

O subprincípio da adequação exige que se apure a eficácia da norma restritiva, ou seja, se a providência legislativa adotada é apta a alcançar o objetivo pretendido. Não se impõe que a providência legislativa alcance a eficácia máxima, mas que seja um meio capaz de prosseguir, pelo menos, parte do fim visado, que tem naturalmente de ser válido, o que se

---

[652] *Idem*.

[653] Adamy, *Renúncia a direito fundamental*, 175 e ss.; Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations* (Cambridge: Cambridge University Press, 2011); Aleixo, «O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva na ordem jurídica brasileira - A caminho de um "devido processo proporcional"», 427 e ss.; Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, pôr página; Arroyo, *La renonciation aux droits fondamentaux*, 372 e ss.; Alexy, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais, tradução da 5.ª edição alemã de Virgílio Afonso da Silva*, 116 e ss.; Barroso, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 221–27; Canotilho, *Constituição da República Portuguesa Anotada*; Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 450 e ss.; Knigge e Ribbers, «Waiver of the Right to Set-Aside Proceedings in Light of Article 6 ECHR: Party-Autonomy on Top?», 787; Mac Crorie, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, 246 e ss.; Miranda e Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I:352 e ss.; Novais, «Renúncia a Direitos Fundamentais», 332; Silva, Virgílio Afonso da, «O proporcional e o razoável», *Revista dos Tribunais* 798 (2002): 34; Alec Stone Sweet e Florian Grisel, *The evolution of international arbitration: judicialization, governance, legitimacy*, First edition (New York, NY: Oxford University Press, 2017), 243; Teles, «Podem as partes renunciar validamente à tutela cautelar na convenção de arbitragem», 256–57; TEDH, Ashingdane c. Reino Unido, n.º 8225/78, 28.05.1985.

[654] *Idem*.

aprecia através da interpretação da norma e do diploma legislativo em questão, já que muitas vezes não faz parte, nem está expresso na norma.

O subprincípio da necessidade atende, não tanto à eficácia, mas à eficiência da medida, impondo que se adote o meio menos gravoso ou agressivo do ponto de vista dos direitos fundamentais para a prossecução do fim visado, naturalmente válido. Com efeito, com vista ao cumprimento do subprincípio referido, importa averiguar se haverá outra solução legal ou regra jurídica que possa produzir sensivelmente o mesmo resultado, com uma menor restrição de direitos fundamentais e, se não houver, então a medida em causa é necessária.

Por fim, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito requer a metodologia da ponderação de bens, nomeadamente entre o bem jusfundamental que é restringido e aquele que se visa proteger e que justifica a restrição em questão (podendo ser um bem jurídico protegido por normas de direitos fundamentais ou outro bem constitucional objetivo), no sentido de identificar e ponderar o peso relativo de cada bem em confronto, para impedir soluções legais que, embora adequadas e necessárias, sejam irracionais, irrazoáveis ou excessivas. Por exemplo, não faz sentido, de acordo com o peso relativo dos direitos fundamentais à vida e à propriedade, que o primeiro seja restringido em alguma solução legal adequada e necessária para salvaguardar o segundo. No fundo, com base neste último subprincípio, afasta-se qualquer resultado que seja irracional ou excessivo. O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito consubstancia-se em impedir que o sacrifício de um dos direitos em confronto seja superior à justa medida estritamente necessária à salvaguarda do outro direito.

Há uma razão de ser na ordem das três sub-regras, sendo a sua apreciação subsidiária. A análise da adequação precede a da necessidade, que, por sua vez, precede a da proporcionalidade em sentido estrito[655].

Alguns autores[656] ainda acrescentam um quarto vetor, que é a razoabilidade, que seria

[655] Silva, Virgílio Afonso da, «O proporcional e o razoável», 34.

[656] Adamy, *Renúncia a direito fundamental*, 187–88; Mac Crorie, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, 248 e ss.; Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 286; Novais, Jorge Reis, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 786 e s.; Jorge Reis Novais, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa* (Coimbra Editora, 2004), 187 e ss.; Silva, Virgílio Afonso da, «O proporcional e o razoável».

uma "dimensão autónoma da garantia de proibição do excesso"[657], que englobaria os princípios da proporcionalidade e o da razoabilidade, ou mesmo como um critério autónomo[658]. No fundo, após a verificação dos três vetores da proporcionalidade, uma medida que seja adequada, necessária e proporcional em sentido estrito pode, ainda assim, violar o princípio da razoabilidade por ser excessiva, demasiado grave ou injusta. Enquanto que, de acordo com a proporcionalidade, se avalia se a medida se justifica, o que se aprecia, segundo o critério da razoabilidade, é o resultado ou consequências para a autonomia do que é afetado com a medida. Esta teoria é criticada, fundadamente, por Virgílio Afonso da Silva, que entende que se deve distinguir claramente a proporcionalidade da proibição do excesso ou da insuficiência de proteção, já que aquela pode e deve ser utilizada com finalidades diferentes e para além da relação com o Estado[659].

Virgílio Afonso da Silva[660] esclarece ainda que, no que se refere à ordem jurídica brasileira, proporcionalidade é, muitas vezes, identificada com razoabilidade, quer na doutrina, quer na jurisprudência do STF, o que é erróneo, defendendo a aplicação adequada do critério da proporcionalidade. Salienta, ainda, a distinção clara destes dois critérios em Inglaterra, o da irrazoabilidade – e não, da razoabilidade – surgido no célebre caso *Wednesbury*[661], em 1948, e o da proporcionalidade, que entrou na discussão em matéria de direitos fundamentais no direito inglês, com a LDH, em 1998, sendo que os papéis que ambos os critérios devem ocupar na matéria é, ainda hoje, debatido.

Sendo especialmente relevante nas relações entre o Estado e os indivíduos, tem sido defendido pela doutrina e jurisprudência, embora de modo controvertido e em termos nem sempre idênticos[662], que o critério da proporcionalidade é também aplicável nas relações de direito privado[663]. Além de ser o próprio legislador que define algumas das possibilidades de renúncia por acordo dos particulares, o critério da proporcionalidade pode também ser

[657] Novais, Jorge Reis, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 786 e ss.; Novais, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, 187 e ss.
[658] Adamy, *Renúncia a direito fundamental*, 187–88.
[659] Silva, Virgílio Afonso da, «O proporcional e o razoável», 26–27.
[660] Silva, Virgílio Afonso da, «O proporcional e o razoável», 27 e ss.
[661] Associated Provincial Picture Houses, Limited c. Wednesbury Corporation, [1948] 1 KB 223, [1947] EWCA.
[662] Adamy, *Renúncia a direito fundamental*, 26; Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 308; Pinto, «Autonomia privada e discriminação - Algumas notas».
[663] Mac Crorie, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, 252 e ss.

relevante na aferição da validade da renúncia a um direito fundamental, por ser inerente à natureza principiológica dos direitos fundamentais[664], sobretudo nas relações em que há algum desequilíbrio negocial ou relação de dependência entre as partes, mas também nas relações entre iguais. Ainda que nas relações entre iguais, o titular do direito não tenha de justificar uma autolimitação de um direito, tal não significa que o fim da renúncia não possa, nem deva ser um dos elementos a ponderar na aferição da validade da renúncia[665]. Mesmo com adaptações, e dependendo das circunstâncias concretas de cada caso, concordo com as posições que defendem que o critério da proporcionalidade, em particular a relevância do fim legítimo, "as razões da proporção"[666], o grau ou a intensidade da renúncia, que são avaliadas à luz deste critério, são aplicáveis e úteis para aferição da validade da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre privados, nomeadamente quando se trata de direitos fundamentais processuais, dada a natureza destes direitos e as consequências onerosas da renúncia.

4.3. Maior ou menor disponibilidade do direito

Há que atender também à maior ou menor disponibilidade do direito fundamental[667], na medida em que vise garantir essencialmente e apenas um interesse ou bem jurídico do próprio titular, ou também outros interesses ou bens jurídicos de terceiros, da comunidade em geral ou de interesse público, que requeiram o mesmo nível ou até nível superior de proteção. O poder de disposição de um direito fundamental pode ir desde a capacidade máxima de disposição como a renúncia do próprio direito fundamental (veja-se o caso da possibilidade de renúncia à cidadania que envolve perda do direito) até à sua compressão numa medida tal que possa ser caraterizada como de irrenunciabilidade, mesmo no que se refere à renúncia ao mero exercício do direito (como os direitos que são simultaneamente deveres, como o direito fundamental à educação dos filhos). Entre os dois extremos referidos, haverá inúmeras conjugações e ponderações possíveis, às quais se deve atender no processo de ponderação, dependendo também de cada situação particular.

---

[664] Silva, Virgílio Afonso da, «O proporcional e o razoável», 45.
[665] Mac Crorie, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, 285 e ss.
[666] Mac Crorie, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, 258; Novais, «Renúncia a Direitos Fundamentais», 328.
[667] A disponibilidade sobre o direito fundamental já se concluiu que é um requisito subjetivo de validade da renúncia.

Segundo Pedro Augustin Adamy, "o poder de disposição – e a consequente possibilidade de renúncia – será tanto maior quanto o direito fundamental tiver relação tão somente com o indivíduo (…)", e a sua esfera de liberdade individual, "e será tão mais relativizado quanto a proteção de outros valores constitucionais estiverem subjacentes ao direito fundamental e o ato de disposição for dirigido em relação a algum ente estatal"[668], ou proteger interesses gerais da comunidade ou de terceiros. A título ilustrativo, quando a renúncia a um direito fundamental do seu titular afetar também direitos de terceiro, como, por exemplo, pode suceder com a renúncia a direito de sigilo de um advogado em relação a direitos fundamentais dos seus clientes, a renúncia não pode ser eficaz perante a esfera jurídica de terceiros, que não tenham dado também o seu acordo, devendo ficar validamente restrita aos aspetos pessoais relativos ao seu titular.

4.4. Ordem pública

Finalmente, outro critério que constitui, quer internacionalmente, quer nas diferentes ordens jurídicas, um limite à autonomia privada, à autodeterminação e, portanto, também à renúncia a direitos fundamentais, é o da ordem pública, sendo, conforme referi, o limite que surge preponderantemente na ordem jurídica francesa nesta matéria[669].

A ordem pública é uma cláusula geral, um conceito vago e indeterminado, que tem de ser densificado, sendo das noções jurídicas mais difíceis de definir[670]. Embora possa proteger

[668] Adamy, *Renúncia a direito fundamental*, 82.
[669] Arroyo, *La renonciation aux droits fondamentaux*, 86 e ss.; Bioy, «Les limites du "renoncement" aux droits fondamentaux»; Frumer, *La Renonciation aux droits et libertés - La convention européenne des droits de l' homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, 486 e ss.; Mac Crorie, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, 264 e ss.; Seraglini e Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 988–89; Patel (Respondent) c. Mirza (Appellant) [2016] UKSC 42 §§ 1 e ss. e 76-77 e ss.
[670] Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958, Towards a Uniform Judicial Interpretation* (Kluwer Law International, 1981), 359 e ss.; Almeida, «A anulação de sentenças arbitrais e a ordem pública», 263; André Chateaubriand Martins, «Os Diferentes Níveis de Ordem Pública sob uma Perspetiva da Jurisprudência Brasileira em Arbitragens Doméstica e Internacional», *Revista Brasileira de Arbitragem; Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB* X, n. 37 (2013): 52; Arroyo, *La renonciation aux droits fondamentaux*, 86 e ss.; Caramelo, *A impugnação da Sentença Arbitral*, 117 e ss.; Frumer, *La Renonciation aux droits et libertés - La convention européenne des droits de l' homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, 489; Jérémy Jourdan-Marques, «Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales», Bibliothèque de droit privé, tome 575 (Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2017), 174 e ss.; Pierre Lavive, «Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international», *Revue de l'Arbitrage*, n. 3 (1986): 329–74; António Pedro Pinto Monteiro, «Da Ordem Pública no Processo Arbitral», em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas* (Coimbra Editora, 2013), 590; Luís de Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional - A Determinação do Estatuto da Arbitragem* (Almedina, 2005), 274 e ss.; Racine, «Le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international: un état des lieux», 186; Ricardo de

também interesses privados, o conceito visa salvaguardar, sobretudo, o interesse geral, variando no tempo e no espaço, sendo que os seus elementos não podem ser apreendidos senão num contexto concreto e através de uma abordagem funcional[671]. A dificuldade quanto à definição de ordem pública aumenta pela multiplicidade de tipologias e formas que reveste, quer dentro de cada ordem jurídica nacional, com conteúdos e/ou funções diferentes em cada ramo do direito, como também a nível internacional e europeu, sobretudo quando se discute se existe uma "ordem pública verdadeiramente internacional" ou "ordem pública transnacional", e/ou uma ordem pública europeia e, em caso afirmativo, quais os respetivos âmbitos, efeitos e quais as relações existentes entre os diferentes ordenamentos jurídicos referidos[672].

Uma questão debatida é a de saber se, no âmbito internacional, existe uma "ordem pública verdadeiramente internacional" e/ou "ordem pública transnacional"[673], e se, existindo, incluem o direito à tutela jurisdicional efetiva, e seus elementos componentes, aplicando-se à arbitragem. A resposta é controversa[674], sendo, inclusive, criticada a tentativa

Carvalho Aprigliano, *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*, Coleção Atlas de arbitragem/coordenação, Carlos Alberto Carmona (São Paulo: Editora Atlas, 2011), 5; Stavros Brekoulakis, «Public Policy Rules in English and International Arbitration Law», *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management; Chartered Institute of Arbitrators (CIArb)* 84, n. 3 (2018): 206; Petsche, *The Growing Autonomy of International Commercial Arbitration*, 150 e ss.; Seraglini e Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 988–89.

[671] Arroyo, *La renonciation aux droits fondamentaux*, 86 e ss.; Aprigliano, *Ordem pública e processo*, 7; Brekoulakis, «Public Policy Rules in English and International Arbitration Law», 206; Caramelo, *A impugnação da Sentença Arbitral*, 117 e ss.; Frumer, *La Renonciation aux droits et libertés - La convention européenne des droits de l' homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, 486 e ss.

[672] Arroyo, *La renonciation aux droits fondamentaux*, 86 e ss.; Aprigliano, *Ordem pública e processo*, 5 e ss.; Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958, Towards a Uniform Judicial Interpretation*, 360; Brekoulakis, «Public Policy Rules in English and International Arbitration Law», 206; Caramelo, *A impugnação da Sentença Arbitral*, 115 e ss.; Adeline Jeauneau, *L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne: essai de systématisation.*, Droit (Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2015); Mac Crorie, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, 267; Martins, «Os Diferentes Níveis de Ordem Pública sob uma Perspetiva da Jurisprudência Brasileira em Arbitragens Doméstica e Internacional», 52; Almeida, «A anulação de sentenças arbitrais e a ordem pública», 263.

[673] Para alguns autores, são conceitos diferentes, em que a «ordem pública transnacional» é aquela que vai para além dos Estados, mas não se confunde com a «verdadeira internacional», decorrente do direito internacional público. Neste sentido, Mantilla-Serrano, «Towards a Transnational Procedural Public Policy»; Pierre Mayer, «Chapter 2: Effect of International Public Policy in International Arbitration», em *Pervasive Problems in International Arbitration*, por Loukas A. Mistelis and Julian D. M. Lew, vol. 15 (Kluwer Law International, 2006), 61–69; criticando a distinção, Petsche, *The Growing Autonomy of International Commercial Arbitration*, 152.

[674] A favor da existência de um conceito de ordem pública internacional e transnacional aplicável à arbitragem, Lavive, «Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international»; Gaillard, *Legal theory of international arbitration*; Emmanuel Gaillard, «The Present – Commercial Arbitration as a

de alcançar este fim no direito internacional[675].

A ideia de ordem pública verdadeiramente internacional e/ou transnacional foi defendida por autores como Berthold Goldman, Pierre Lavive[676], Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard, Jan Paulsson, entre outros[677], no sentido de incluir um conjunto de normas legais e morais universais, internacionais e/ou não pertencentes a um Estado em particular, consagradas nas várias áreas do direito e das relações internacionais, que, por corresponderem a interesses e valores comuns da comunidade mundial, devem prevalecer acima e, por vezes, contra os interesses de cada ordem jurídica nacional[678]. O conceito tem sido entendido em três aceções distintas: como *jus cogens* de Direito Internacional Público, não sendo este o significado com que normalmente a expressão é utilizada na arbitragem transnacional, mas que é, naturalmente, aplicável aos tribunais arbitrais; numa segunda aceção, em que inclui quer o *jus cogens* de Direito Internacional Público geral, quer as regras

Transnational System of Justice: International Arbitration as a Transnational System of Justice», em *Arbitration: The Next Fifty Years*, Albert Jan van den Berg (ed), vol. 16, ICCA Congress Series (ICCA & Kluwer Law International, 2012), 66–73; Jan Paulsson, *The Idea of Arbitration* (Oxford University Press, 2013); Mayer, «Chapter 2: Effect of International Public Policy in International Arbitration»; Racine, «Le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international: un état des lieux»; em sentido desfavorável a uma «ordem pública verdadeiramente internacional», V. W. Michael Reisman, «Law, International Public Policy (So-Called) and Arbitral Choice in International Commercial Arbitration», ed. Albert Jan van den Berg, *ICCA Congress Series No. 13 (Montreal 2006): International Arbitration 2006: Back to Basics?*, ICCA & Kluwer Law International, 13 (2007): 849–56; Brekoulakis, «Public Policy Rules in English and International Arbitration Law»; Jan Kleinheisterkamp, «The Myth of Transnational Public Policy in International Arbitration», *The American Journal of Comparative Law* 71, n. 1 (2023): 98–141; Vicente, *Da arbitragem comercial internacional*, 89 e ss.

[675] Kleinheisterkamp, «The Myth of Transnational Public Policy in International Arbitration», 141.

[676] Foi ele o grande defensor da ideia de ordem publica transnacional. V. Lavive, «Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international».

[677] Para uma análise histórica e conceptual da noção de ordem pública transnacional, V. Kleinheisterkamp, «The Myth of Transnational Public Policy in International Arbitration»; V. Lavive, «Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international»; Gaillard, *Legal theory of international arbitration*; Gaillard, «The Present – Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: International Arbitration as a Transnational System of Justice»; Paulsson, *The Idea of Arbitration*, 207 e ss entre outras; Brekoulakis, «Public Policy Rules in English and International Arbitration Law», 217–18; Mayer, «Chapter 2: Effect of International Public Policy in International Arbitration»; Racine, «Le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international: un état des lieux», 192 e ss.; Vicente, *Da arbitragem comercial internacional*, 85 e ss.

[678] Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958, Towards a Uniform Judicial Interpretation*, 361; Brekoulakis, «Public Policy Rules in English and International Arbitration Law», 218; Caramelo, *A impugnação da Sentença Arbitral*, 104; Kleinheisterkamp, «The Myth of Transnational Public Policy in International Arbitration», 117 e ss.; Mayer, «Chapter 2: Effect of International Public Policy in International Arbitration», 61–62. Este autor, por sua vez, distingue "ordem pública transnacional" de "ordem pública verdadeiramente internacional", além do conceito de ordem pública de cada Estado, considerando que a primeira é o "conjunto de princípios legais, não pertencentes ao direito de um determinado Estado, que podem ser invocados pelo árbitro, quer como impedimento à execução de um contrato comercial internacional, quer, de forma menos direta, como um obstáculo à aplicação da lei de um Estado normalmente aplicável a esse contrato" (tradução minha).

e princípios fundamentais comuns aos direitos nacionais; e numa terceira aceção, que engloba as normas e princípios fundamentais de uma ordem jurídica transnacional e autónoma perante o Direito Internacional Público e os Direitos nacionais internos[679]. Para Luís Lima Pinheiro, "[c]hega-se assim a um conceito amplo de ordem pública transnacional que abrange quer o *ius cogens* internacional, quer as regras e princípios fundamentais comuns aos sistemas em presença, quer ainda regras e princípios fundamentais autónomos"[680], conceito com "um amplo acolhimento na doutrina, embora a atuação desta ordem pública transnacional pelos árbitros tenha sido até agora limitada"[681].

A doutrina, que defende a existência de um conceito de ordem pública transnacional, inclui nele, em matéria processual, os princípios gerais fundamentais, também aplicáveis à arbitragem, como o da imparcialidade do árbitro, a igualdade das partes e o princípio do contraditório, designados como processo devido ("due process")[682], baseando-se no consenso que considera existir nas práticas internacionais e internas e na existência de instrumentos como a Lei-Modelo da UNCITRAL. Estes direitos processuais, a par de outros direitos humanos, funcionam como limite à aplicação do Direito competente para regular tanto a convenção de arbitragem, como o processo, como também o fundo da causa[683].

Os críticos da posição explicitada contestam a existência de um consenso quanto aos princípios e regras fundamentais gerais universais, quer internacional, quer entre as ordens jurídicas nacionais, nas diferentes áreas do direito, afirmando que é uma utopia e que, quando muito, haveria um mínimo denominador comum[684]. A inexistência de consenso é, segundo estes autores, comprovada, aliás, pelo facto de cada ordem jurídica consagrar, por exemplo, quanto ao direito internacional privado, uma reserva de ordem pública internacional, que permite um controlo por cada Estado[685] quanto à aplicação de direito estrangeiro e/ou ao

[679] Pinheiro, *Arbitragem Transnacional - A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, 472 e ss.
[680] *Idem*, 473.
[681] *Idem*.
[682] Lavive, «Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international», 348–49; Pinheiro, *Arbitragem Transnacional - A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, 472; Racine, «Le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international: un état des lieux», 182.
[683] *Idem*.
[684] Brekoulakis, «Public Policy Rules in English and International Arbitration Law», 218; Kleinheisterkamp, «The Myth of Transnational Public Policy in International Arbitration», 123 e ss.; Vicente, *Da arbitragem comercial internacional*, 85 e ss.; Reisman, «Law, International Public Policy (So-Called) and Arbitral Choice in International Commercial Arbitration».
[685] Neste sentido, V. Caramelo, *A impugnação da Sentença Arbitral*, 124, nota 308; Monteiro, «Da Ordem Pública no Processo Arbitral», 603, nota 41; Vicente, *Da arbitragem comercial internacional*, 89, nota 3., que

reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras, ainda que mais restrito do que em matéria de direito nacional[686]. Segundo Stavros Brekoulakis, embora a vasta maioria das ordens jurídicas nacionais aceitem como norma fundamental o princípio de um julgamento equitativo, a sua concretização e aplicação pelos tribunais varia no âmbito de cada ordem jurídica nacional[687]. Além disso, estes autores também não veem utilidade e vantagens no alcance desse conceito, entendendo que pode dar lugar a arbítrio, que é estático e não acompanha a fluidez da evolução dos tempos e dos contextos, e que pode alterar a distribuição de risco contratual de modo distinto daquele que as partes alocaram de acordo com as legislações nacionais aplicáveis[688].

Na jurisprudência da Comissão Europeia e do TEDH e na doutrina sobre a mesma, a CEDH tem sido considerada um "instrumento constitucional de ordem pública"[689], ainda que não sejam, clara e uniformemente, definidos o conteúdo e os efeitos em que tal se materializa[690]. Uma ordem pública europeia situar-se-á a meio caminho entre a ordem pública internacional, no sentido do *ius cogens*, e da ordem pública interna, sendo composta pelo conjunto de valores fundamentais para a sociedade europeia, cujo respeito corresponde a um interesse comum e, por isso, se imporia aos Estados[691]. Dado que o conceito de ordem pública pressupõe uma certa imperatividade, alguns autores incluem apenas os direitos

citam o ensinamento da Professora Isabel Magalhães Colaço nas suas aulas, no sentido de que não há nada de mais nacional do que a ordem pública internacional. Aspeto também sublinhado em Brekoulakis, «Public Policy Rules in English and International Arbitration Law», 206; Racine, «Le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international: un état des lieux», 187; Martins, «Os Diferentes Níveis de Ordem Pública sob uma Perspetiva da Jurisprudência Brasileira em Arbitragens Doméstica e Internacional», 53.

[686] Brekoulakis, «Public Policy Rules in English and International Arbitration Law», 206; Kleinheisterkamp, «The Myth of Transnational Public Policy in International Arbitration», 123 e ss.; Vicente, *Da arbitragem comercial internacional*, 85 e ss.

[687] Brekoulakis, «Public Policy Rules in English and International Arbitration Law», 219.

[688] Brekoulakis, «Public Policy Rules in English and International Arbitration Law», 218; Kleinheisterkamp, «The Myth of Transnational Public Policy in International Arbitration», 141; Vicente, *Da arbitragem comercial internacional*, 88 e ss.

[689] TEDH, Loizidou c. Turkey, n.º 15318/89, 23.03.1995.

[690] Frumer, *La Renonciation aux droits et libertés - La convention européenne des droits de l' homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, 486 e ss.; Noé Alix et al., «L'existence d'un ordre public corporel», *La Revue des droits de l'homme, Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux* 8 (2015); CE, Áustria c. Itália, proc. n.º 788/60, de 11.01.1961; TEDH, Loizidou c. Turkey, n.º 15318/89, 23.03.1995.

[691] Frumer, *La Renonciation aux droits et libertés - La convention européenne des droits de l' homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, 491; Caroline Picheral, *L'ordre public européen: droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, Monde européen et international ([Aix-en-Provence] : Paris: CERIC, Centre d'études et de recherches internationales et communautaires, Université d'Aix-Marseille III ; Documentation française, 2001), 4 e ss.; Caroline Picheral, «Ordre public européen», em *Dictionnaire des droits de l'homme*, por J. Andriantzimbazovina et al., coll. Quadrige (Paris: Presses Universitaires de France, 2008), 719.

inderrogáveis previstos no artigo 15.º, n.º 2, da CEDH, enquanto outros e a jurisprudência do TEDH incluem também alguns princípios ou valores fundamentais como a democracia ou os princípios inerentes a uma sociedade democrática, como o pluralismo, a prevalência do direito, a dignidade da pessoa humana, entre outros[692]. Como manifestações da ordem pública europeia, distinguem-se a ordem pública europeia processual, que tem uma função de controlo e garantia da aplicação da CEDH e também de interpretação e aplicação da mesma pelos tribunais nacionais, e a exceção de ordem pública europeia[693], aplicáveis à arbitragem, de forma indireta, através das ordens jurídicas nacionais, conforme explicitado[694].

Também nos sistemas jurídicos nacionais em análise, embora consagrada por diferentes vias[695], a ordem pública funciona como limite à autonomia contratual, incluindo na arbitragem, não a impedindo, mas impondo-se no processo e na sentença arbitral[696]. Embora seja um conceito aberto e indeterminado, com conteúdo diferente consoante a ordem jurídica em causa e as tendências em cada momento[697], pode distinguir-se o conceito de ordem pública material ou interna, correspondente aos princípios e regras fundamentais de cada ordem jurídica (sejam de fonte e natureza internacional ou nacional), que prosseguem interesses públicos fundamentais, determinando a nulidade de factos ou situações que lhes são contrárias[698], e o conceito utilizado no direito internacional privado, também designado

[692] Picheral, «Ordre public européen», 720.
[693] Benedettelli, «Human Rights as a Litigation Tool in International Arbitration», 658; Picheral, «Ordre public européen».
[694] A.II.2.1. pp. 55 e ss.
[695] Artigos 41.º/1, 46.º/3/b/ii), 48.º, 54.º e 56.º/1/b/ii) LAP, 68/2/g) e 103/3 LAI, 1492/5.º, 1520/5.º e 1514 CPCF e, embora não venha previsto expressamente no artigo 32.º LAB, mas apenas no artigo 39.º/II LAB como fundamento de recusa de homologação para o reconhecimento ou a execução da sentença arbitral estrangeira, a ordem pública tem sido reconhecida também como fundamento de anulação de sentença arbitral no Brasil pela jurisprudência e doutrina. V., neste sentido, entre outros, Martins, «Os Diferentes Níveis de Ordem Pública sob uma Perspetiva da Jurisprudência Brasileira em Arbitragens Doméstica e Internacional», 51 e ss.; Aprigliano, *Ordem pública e processo*, 47–51.
[696] Aprigliano, *Ordem pública e processo*, 5 e ss.; Brekoulakis, «Public Policy Rules in English and International Arbitration Law»; Caramelo, *A impugnação da Sentença Arbitral*, 117 e ss.; Cordeiro, *Tratado da arbitragem*, 89; Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 310 e ss.; Martins, «Os Diferentes Níveis de Ordem Pública sob uma Perspetiva da Jurisprudência Brasileira em Arbitragens Doméstica e Internacional», 51; Alex Mills, *Party Autonomy in Private International Law* (Cambridge, GB New York: Cambridge university press, 2018); Monteiro, «Da Ordem Pública no Processo Arbitral», 589; Paulsson, *The Idea of Arbitration*, 207 e ss.; Racine, «Le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international: un état des lieux»; Seraglini e Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 989.
[697] V. notas 670 e 671.
[698] Aprigliano, *Ordem pública e processo*, 5 e ss.; Brekoulakis, «Public Policy Rules in English and International Arbitration Law»; Caramelo, *A impugnação da Sentença Arbitral*, 117 e ss.; Carlos Ferreira de

como reserva ou exceção de ordem pública internacional, que constitui um meio de controlo e um fundamento de recusa da aplicação de direito estrangeiro e/ou do reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras[699]. Estes dois conceitos diferem nas respetivas funções e, parcialmente, nos seus conteúdos[700]. Enquanto a ordem pública material ou interna pretende impedir factos ou situações contrárias aos valores fundamentais da própria ordem jurídica interna na aplicação do respetivo direito, a reserva ou exceção de ordem pública internacional visa cumprir o mesmo objetivo, mas quando está em causa a aplicação de um direito estrangeiro ou o reconhecimento e execução de uma sentença estrangeira, caso em que esse controlo deve ser mais ténue e restrito, no sentido de respeitar o equilíbrio entre, por um lado, a salvaguarda dos valores fundamentais dessa ordem jurídica e, por outro lado, o respeito pelos direitos e ordens jurídicas estrangeiras, principalmente se houver convenções internacionais nessas áreas a promover essa uniformização[701]. Quanto ao conteúdo, a ordem pública material ou interna e a reserva de ordem pública internacional coincidem parcialmente, sendo o primeiro mais abrangente e incluindo o segundo, que é um núcleo mais restrito e, por isso, surge identificado com o coração do primeiro[702].

Embora o conceito de ordem pública varie entre ordens jurídicas e entre famílias de sistemas jurídicos com tradições distintas, em que, na família anglo-saxónica, o seu

---

Almeida, *Contratos II. Conteúdo. Contratos de Troca.*, 5.ª (Almedina, 2021), 224, nota 602; Cordeiro, *Tratado da arbitragem*, 446; Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 310 e ss.; Monteiro, «Da Ordem Pública no Processo Arbitral», 598; Mayer, «Chapter 2: Effect of International Public Policy in International Arbitration»; Martins, «Os Diferentes Níveis de Ordem Pública sob uma Perspetiva da Jurisprudência Brasileira em Arbitragens Doméstica e Internacional»; Racine, «Le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international: un état des lieux».

699 Aprigliano, *Ordem pública e processo*, 5 e ss.; Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958, Towards a Uniform Judicial Interpretation*, 359 e ss.; Brekoulakis, «Public Policy Rules in English and International Arbitration Law», 210–11; Caramelo, *A impugnação da Sentença Arbitral*, 117 e ss.; Cordeiro, *Tratado da arbitragem*, 446 e ss.; Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 310; Martins, «Os Diferentes Níveis de Ordem Pública sob uma Perspetiva da Jurisprudência Brasileira em Arbitragens Doméstica e Internacional»; Mayer, «Chapter 2: Effect of International Public Policy in International Arbitration»; Mills, *Party Autonomy in Private International Law*, 487 e ss.; Monteiro, «Da Ordem Pública no Processo Arbitral», 601; Racine, «Le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international: un état des lieux», 186 e ss.

700 Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958, Towards a Uniform Judicial Interpretation*, 360 e ss.; Brekoulakis, «Public Policy Rules in English and International Arbitration Law»; Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 310 e ss.; Martins, «Os Diferentes Níveis de Ordem Pública sob uma Perspetiva da Jurisprudência Brasileira em Arbitragens Doméstica e Internacional», 52 e ss.; Monteiro, «Da Ordem Pública no Processo Arbitral», 597 e ss.

701 Como é o caso da CNI na arbitragem internacional. V. nota anterior.

702 Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958, Towards a Uniform Judicial Interpretation*, 360 e ss.; Caramelo, *A impugnação da Sentença Arbitral*, 121–23; Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 310–11; Monteiro, «Da Ordem Pública no Processo Arbitral», 613 e ss. *maxime* 615; Paulsson, *The Idea of Arbitration*, 207 e ss.

significado é mais limitado e referente a regras e princípios substantivos de moral pública, saúde, segurança, bem-estar, distintos das matérias processuais como o *due process*, ao contrário dos que seguem a tradição continental europeia, que incluem regras e princípios substantivos e processuais, no que se refere especificamente à teoria e à prática da arbitragem internacional, é unanimemente entendido que o conceito de ordem pública inclui tanto a dimensão substantiva, como também princípios e regras de natureza processual[703]. Em particular, a ordem pública processual inclui o direito a um processo equitativo, nomeadamente a igualdade das partes e contraditório, com as dimensões neles incluídas[704]. Além disso, a própria determinação da arbitrabilidade do litígio é também matéria considerada de ordem pública de cada Estado[705].

Apesar de a densificação dos princípios e regras dever ser cautelosa e flexível, em Portugal, têm sido incluídos no conceito de ordem pública material, interna e internacional, os princípios *pacta sunt servanda*, princípio da boa fé, proibição de abuso de direito, princípio da proporcionalidade, proibição das medidas discriminatórias ou espoliadoras, proteção dos civilmente incapazes, proibição das vinculações perpétuas, proibição das indemnizações punitivas em matéria cível, normas destinadas a proteger contraentes mais fracos[706]. Além disso, também se incluem os princípios ou normas internacionais recebidos no direito interno, os princípios ou normas constitucionais e os de direito europeu, nomeadamente os de direito da concorrência, que, aliás, serão comuns aos vários Estados-

[703] Aprigliano, *Ordem pública e processo*, 9; Caramelo, *A impugnação da Sentença Arbitral*, 125–26; Craig, «Uses and Abuses of Appeal from Awards», 197; Mantilla-Serrano, «Towards a Transnational Procedural Public Policy», 334; Martins, «Os Diferentes Níveis de Ordem Pública sob uma Perspetiva da Jurisprudência Brasileira em Arbitragens Doméstica e Internacional», 62; Racine, «Le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international: un état des lieux», 182; Brekoulakis, «Public Policy Rules in English and International Arbitration Law»; Cordeiro, *Tratado da arbitragem*, 445 e ss.; Petrochilos, *Procedural Law in International Arbitration*, 97 e ss. V. também as Recomendações aprovadas na Conferência da *International Law Association (ILA)*, em Nova Deli, em 2002 dedicada ao tema "Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards", em particular no n.º 1/c), disponível em ILA_FINAL_REPORT_ON_PUBLIC_POLICY_AS_A_B.pdf (acesso em 29.11.2023).

[704] Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958, Towards a Uniform Judicial Interpretation*, 359 e ss.; Caramelo, *A impugnação da Sentença Arbitral*, 127; Mantilla-Serrano, «Towards a Transnational Procedural Public Policy», 336; Seraglini e Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 506 e ss. e 988 e ss.

[705] Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958, Towards a Uniform Judicial Interpretation*, 359 e ss.

[706] Caramelo, *A impugnação da Sentença Arbitral*, 139 e ss.; Cordeiro, *Tratado da arbitragem*, 446; Manuel Carneiro da Frada, «A ordem pública no Direito dos Contratos», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 2007, 287–300; Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 312; Dário Moura Vicente, «Impugnação da Sentença Arbitral e Ordem Pública», em *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, ed. Jorge Miranda et al., vol. II (Almedina, 2012), 332.

Membros[707].

No direito inglês, a doutrina e jurisprudência tem vindo a evoluir num sentido de uma maior densificação técnica dos "princípios de moralidade" e de "política correta" demasiado vagos e abertos – que eram criticados por serem um "*unruly horse"* e que punham em causa a separação e equilíbrio de poderes entre o Parlamento e os tribunais –, através de regras e testes criados para aferir da violação da ordem pública nas diferentes áreas do direito (entre outros, o "*test of reasonability"*, para equilibrar interesses das partes nos contratos e interesses públicos)[708]. De acordo com o direito inglês, têm sido considerados contrários à ordem pública contratos que constituam a prática de um crime ou que violem "princípios de grande importância", como, por exemplo, que incluam terrorismo, tráfico de droga, pedofilia, fraude ou corrupção no comércio internacional ou que impliquem atividades proibidas ou ilegais, como tráfico de influência[709].

No direito francês, a ordem pública constitui um limite relativo à autonomia contratual, surgindo, como referi, quer como fundamento para uma hierarquização de direitos fundamentais, com base na qual alguns autores defendem a distinção entre direitos fundamentais irrenunciáveis (por exemplo, direitos políticos) e renunciáveis, quer como mero limite até ao qual a pessoa pode renunciar ao direito, por poder estar em causa o interesse público[710]. Nos termos da doutrina e jurisprudência francesas, têm sido considerados integrantes da ordem pública internacional princípios como os da proibição da corrupção e do branqueamento de capitais, as medidas de sanção emanadas do Conselho de Segurança da ONU e do Conselho da UE, a proibição do financiamento do terrorismo, os direitos humanos, proibição de juros e penalidades compensatórias desproporcionadas, proibição de fraude à lei, princípios fundamentais das empresas em dificuldades, a proteção do ambiente e as "*lois de police"* (normas de proteção da parte mais fraca, seja de direito da concorrência, seja do consumidor, seja do trabalhador)[711].

---

[707] Caramelo, *A impugnação da Sentença Arbitral*, 140; Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 310 e ss.
[708] Brekoulakis, «Public Policy Rules in English and International Arbitration Law», 206 e ss. bem como a jurisprudência inglesa aí analisada.
[709] Brekoulakis, «Public Policy Rules in English and International Arbitration Law», 212 e ss.
[710] Arroyo, *La renonciation aux droits fondamentaux*, 91–121; Seraglini e Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 988–89.
[711] Caramelo, *A impugnação da Sentença Arbitral*, 136–37; Klaus Peter Berger, «The Modern Trend Towards Exclusion of Recourse Against Tansnational Arbitral Awards: A European Perspective», *Fordham*

No Brasil, sublinhando-se a unidade e a natureza nacional do conceito de ordem pública, não obstante a divisão entre ordem pública interna e internacional, a doutrina distingue, especificamente, três níveis diferentes de ordem pública, cujo controlo operado se vai atenuando do primeiro para o segundo e do segundo para o terceiro: o primeiro nível tem a função de garantir determinados valores fundamentais no plano do direito interno; o segundo visa controlar o respeito pela ordem pública no caso de aplicação de direito estrangeiro, por força das normas de conflito de direito internacional privado e/ou, no caso da arbitragem, pela escolha das partes; e o terceiro é o controlo exercido, à luz da ordem pública, no reconhecimento de direitos adquiridos no exterior, como no caso da homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, que só deve ser rejeitada em casos excecionais, quando a execução colidir de forma gravíssima com o ordenamento jurídico brasileiro[712]. A doutrina e jurisprudência brasileiras entendem que as leis ou normas de ordem pública, dado que muitas estão consagradas expressamente na CFB e/ou em leis vigentes, regulam aspetos integrantes do núcleo essencial do sistema brasileiro, constituindo os valores éticos, sociais e culturais, que se impõem preservar[713]. Entre outras, incluem-se as regras relativas às bases económicas e sociais da vida social, as regras de organização e utilização da propriedade, proteção à personalidade, previsão de cláusulas de exclusão de responsabilidade em contrato de consumo, normas que proíbam a utilização de provas ilícitas, etc[714].

A ordem pública apresenta um caráter imperativo[715], tanto em relação aos Estados no quadro europeu e comunitário, como aos tribunais e às partes no que toca ao processo, como nas relações entre os particulares, quando constitui um limite à conclusão dos atos jurídicos e/ou protege a tranquilidade, segurança e saúde públicas. A vertente aplicável aos atos

International Law Journal 12, n. 4 (1988): 605–57; Racine, «Le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international: un état des lieux».

[712] Martins, «Os Diferentes Níveis de Ordem Pública sob uma Perspetiva da Jurisprudência Brasileira em Arbitragens Doméstica e Internacional».

[713] Aprigliano, *Ordem pública e processo*, 14 e ss.

[714] Aprigliano, *Normas Processuais Aplicáveis à Arbitragem, parâmetros para a aplicação das normas processuais gerais ao processo arbitral*, 27 e ss. incluindo análise de jurisprudência aí citada.

[715] Embora nem todas as normas imperativas integrem a ordem pública. V. neste sentido, Aprigliano, *Normas Processuais Aplicáveis à Arbitragem, parâmetros para a aplicação das normas processuais gerais ao processo arbitral*, 27; Caramelo, *A impugnação da Sentença Arbitral*, 120; Martins, «Os Diferentes Níveis de Ordem Pública sob uma Perspetiva da Jurisprudência Brasileira em Arbitragens Doméstica e Internacional», 54; Monteiro, «Da Ordem Pública no Processo Arbitral», 599–600; Vicente, «Impugnação da Sentença Arbitral e Ordem Pública», 334.

jurídicos é a que importa para a renúncia[716]. Na medida em que a tese se debruça sobre a validade da renúncia a direitos fundamentais processuais na arbitragem, em particular ao direito a requerer a anulação da sentença arbitral na arbitragem internacional, e que a violação da ordem pública é um dos fundamentos admissíveis, quer internacional, quer nacionalmente, para o efeito, todas as vertentes da ordem pública referidas acabarão por ser relevantes nalguma medida, tendo de analisar se o afastamento, por acordo das partes, do direito a requerer a anulação da sentença arbitral é, em si, fundamento de invalidade do acordo de renúncia, por ser contrário à ordem pública.

No que se refere à renúncia a direitos fundamentais, que é o que ora importa, a ordem pública assume uma função de limite à liberdade contratual, à prática de atos jurídicos e como critério de controlo da validade da renúncia[717]. Na medida em que a densificação da ordem pública se tem feito também pelos direitos fundamentais, que a compõem, há quem entenda que, embora seja um elemento de ponderação na renúncia, este critério não tem verdadeira autonomia enquanto tal[718]. Na minha opinião, na medida em que a ordem pública é, como referido, um conceito que varia no tempo e no espaço e que, por isso, depende de densificação a cada momento, num contexto concreto, e através de uma abordagem funcional, e que inclui, mas não se esgota, nos direitos fundamentais, englobando os valores e princípios fundamentais de uma ordem jurídica, que não podem ser afastados por lei ou por vontade das partes, deverá ser um limite autónomo a considerar na aferição da validade da renúncia a direitos fundamentais, ainda que possa ter um conteúdo parcialmente coincidente com o de outros limites referidos anteriormente.

Analisados os limites e/ou critérios gerais a ter em conta na ponderação entre direitos fundamentais, os quais terão de ser respeitados e controlados para aferir da validade da renúncia a direitos fundamentais, poderei analisar a questão principal da primeira parte da tese, que implica a aplicação dos requisitos referidos à possibilidade de renúncia ao direito a uma tutela jurisdicional efetiva, nos termos já delimitados[719].

---

[716] Arroyo, *La renonciation aux droits fondamentaux*, 87.
[717] *Idem*; Frumer, *La Renonciation aux droits et libertés - La convention européenne des droits de l' homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, 504; Mac Crorie, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, 266 embora considere que este limite não é autónomo em relação aos restantes aplicáveis à renúncia a direitos fundamentais.
[718] Mac Crorie, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, 270–71.
[719] A.II. pp. 8 e ss.

5. Admissibilidade, requisitos de validade, incluindo limites, da renúncia por acordo das partes, a direitos fundamentais processuais na arbitragem

Considerando o que se referiu quanto à admissibilidade, fundamento, requisitos de validade e limites da renúncia a um direito fundamental, incluindo os critérios de orientação ou tópicos de argumentação utilizados para o processo racional de ponderação entre direitos fundamentais em confronto, conjugam-se as premissas necessárias para se responder à questão de saber se as partes podem renunciar, por acordo, a direitos fundamentais processuais numa arbitragem e, em caso afirmativo, com que requisitos e dentro de que limites. A presente resposta será dada, ainda em geral, tendo em vista os direitos fundamentais processuais, que compõem o direito à tutela jurisdicional efetiva, previsto quer internacionalmente, quer em cada uma das jurisdições nacionais analisadas, e a sua aplicação na arbitragem, procurando fixar alguns princípios gerais, sem responder autonomamente em relação a cada direito fundamental específico[720]. Conforme referido, na segunda parte da tese[721], procederei à aplicação destes princípios gerais ao caso particular do direito fundamental processual a requerer a anulação da sentença arbitral.

Já concluí que, internacionalmente, o direito à tutela jurisdicional efetiva, e os direitos fundamentais que o compõem[722], não são direitos absolutos, tendo os Estados-Partes liberdade para regulá-los e limitá-los, assim como as partes direito a renunciá-los, desde que se verifiquem determinados requisitos e observados certos limites[723]. O mesmo se verifica no que se refere às ordens jurídicas nacionais analisadas, nas quais o direito à tutela jurisdicional efetiva também pode ser limitado e/ou renunciado pelas partes, desde que cumpridos determinados requisitos de validade, incluindo o respeito por certos limites[724].

Concluí também que, quer internacionalmente, quer nos termos das ordens jurídicas nacionais analisadas, é pacífico que as partes têm o direito de escolher que os seus litígios sejam resolvidos por arbitragem, escolha esta que é, ela própria, uma renúncia à jurisdição

[720] A.II. e III. pp. 8 e ss. e 102 e ss.
[721] B.IV e V. pp. 168 e ss. e 243 e ss.
[722] Artigos 6.º da CEDH, 14.º do PIDCP, 8.º da CADH e 47.º da CDFUE.
[723] A.III.4. pp. 123.
[724] *Idem*.

dos tribunais estaduais para a resolução dos litígios em causa[725]. Tal direito à renúncia à jurisdição estadual somente existe se e na medida em que os requisitos de validade constitucionais, incluindo os limites, da restrição de direitos fundamentais sejam respeitados. Em particular, aquela renúncia é admissível, se e na medida em que a arbitragem, ainda que tenha natureza privada, for um equivalente jurisdicional, que assegure as garantias mínimas necessárias em qualquer processo jurisdicional[726].

Para o efeito, as partes podem celebrar uma convenção de arbitragem, atribuindo a árbitros os poderes jurisdicionais para decidir o litígio, nos termos previstos nas fontes de direito da arbitragem relevantes[727]. Tratando-se de arbitragem comercial, apesar de as partes também poderem ser pessoas singulares, serão, em princípio e na maioria dos casos, pessoas coletivas, que são titulares dos direitos fundamentais necessários à prossecução da sua atividade e dos seus fins sociais, nomeadamente do direito à autonomia contratual, bem como do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, em particular, à arbitragem[728]. Igualmente, como referido, estando em causa direitos fundamentais processuais, não há diferenças significativas na análise da suscetibilidade de renúncia por acordo das partes, a não ser uma maior disponibilidade, à partida, para os limitar, mas, como explicitarei, igualmente com limites[729].

Quanto à renúncia, por acordo das partes, a direitos fundamentais processuais na arbitragem, quando seja admissível na lei aplicável, poderá ocorrer na convenção de arbitragem ou em acordo posterior, durante ou após o processo arbitral. Recuperando aqui a noção de convenção de arbitragem como negócio jurídico bilateral em que as partes submetem a resolução de litígios a árbitros, na qual conferem e regulam os poderes de jurisdição que lhes atribuem, sublinho que a sua validade ao abrigo da lei aplicável é um requisito de validade da própria sentença arbitral nos termos das fontes em análise[730]. Ora, o acordo das partes que implique, eventualmente, renunciar ao exercício de algum direito

[725] A.II.1. pp. 8 e ss. V. Born, «Chapter 1: Overview of International Commercial Arbitration (updated November 2023)», 1 e ss.; Carmona, *Arbitragem e processo*, 391 e ss.; Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 119 e ss.; Seraglini e Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 1495 e ss.; Steyn, «Arbitration and the Courts: Arbitration Systems in England and Wales».
[726] A.II.1. pp. 8 e ss.
[727] Artigos II da CNI, 6.º e ss. da LMU, 1.º e ss. da LAP, 6 e ss. da LAI, 1442 e ss. do CPCF e 1 e ss da LAB.
[728] A.II.1. pp. 8 e ss.
[729] A.III.1. pp. 102 e ss.
[730] Artigos II e V/1/a) da CNI, 34.º/2/a)/i) e 36.º/1/a)/i) da LMU, 46.º/3/a)/i) e iii) da LAP, 67 da LAI, 1492/1 e 1520/1 do CPCF e 32/I da LAB.

processual fundamental na arbitragem, na medida em que regula aspetos do processo arbitral, e/ou poderes de jurisdição dos árbitros e/ou dos tribunais estaduais em matéria de assistência à arbitragem, é um negócio jurídico de natureza análoga à convenção de arbitragem, com efeitos processuais[731], podendo ser incluído na própria convenção de arbitragem ou celebrado, autónoma e posteriormente, em qualquer fase do processo. Há que distinguir a renúncia referida da situação também prevista nas diversas leis de arbitragem nacionais, em que, verificando-se alguma irregularidade ou violação de um direito fundamental processual no processo arbitral, as partes, conhecendo-a, não se oponham imediatamente ou dentro do prazo legal previsto para tal, consoante os casos, vendo precludido o direito de vir a invocá-la mais tarde[732].

Para que seja válido, o acordo de renúncia pelas partes tem de cumprir os requisitos subjetivos, i.e., relacionados com as partes que renunciam ou que beneficiam da renúncia[733], e os requisitos objetivos de validade da renúncia, incluindo os respetivos limites, de acordo com a lei aplicável[734]. De acordo com os requisitos subjetivos de validade da renúncia acima explicitados[735], é fundamental que haja uma declaração livre, voluntária e informada pelas partes na convenção de arbitragem ou noutro acordo posterior, expresso ou tácito, sem qualquer coação. Além disso, independentemente de ser expressa ou tácita, a renúncia tem de ser inequívoca: tem de resultar, claramente, do teor do acordo que as partes decidiram

[731] A convenção de arbitragem tem também efeitos substantivos, como por exemplo, a interrupção da prescrição.

[732] Artigos 4.º da LMU, 46.º/4 da LAP, 73 LAI, 1466 CPCF, 20.º da LAB. Sobre o tratamento específico destas situações em cada sistema jurídico nacional, B.V.1.2. pp. 247 e ss. Consoante o conceito mais amplo ou mais restrito de renúncia a direito fundamental explanado em A.III.1. pp. 102 e ss., esta situação pode envolver ou não uma renúncia tácita a um direito fundamental processual. Em qualquer caso, pode, desde já delimitar-se as fronteiras ténues desta situação, em que a lei atribui a consequência jurídica da caducidade ou perda do direito em consequência de um dado comportamento (ou ausência de comportamento) do particular, neste caso, do não-exercício do direito de impugnação, num dado momento ou dentro de um prazo legal, com determinados fins legais, que podem estar ligados a certeza ou segurança jurídicas, à boa fé processual ou outros, da situação de renúncia a um direito, em que o que motiva o enfraquecimento da posição subjetiva do titular do direito é a sua declaração de vontade, que é juridicamente relevante, ou seja, que visa a produção de consequências jurídicas. Ora, neste caso, pode haver renúncia ou não, as partes podem querer, unilateral ou bilateralmente, renunciar ao direito fundamental processual em questão (quer ao que terá sido, eventualmente, violado no processo arbitral, quer ao de anulação da sentença com base nesse fundamento a final), e podem fazê-lo livremente, mas a verdade é que, em qualquer caso e independentemente de ter havido qualquer decisão voluntária das partes, a lei impõe a perda do direito ao não-exercício, imediato ou tempestivo, do direito de impugnação, pelo que já não se trata de uma situação de renúncia propriamente dita. Arroyo, *La renonciation aux droits fondamentaux*, 37 e ss.; Mac Crorie, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, 36–37; Novais, «Renúncia a Direitos Fundamentais», 274–77.

[733] A.III.3. pp. 117 e ss.

[734] *Idem*.

[735] *Idem*.

voluntariamente a afetação negativa do direito, i.e., vincular-se à produção de determinadas consequências jurídicas nesse sentido, o que tem de se aferir nos termos das regras de interpretação aplicáveis. A validade do acordo deverá ser analisada à luz da lei que o regula, bem como considerando eventuais particularidades no que toca ao direito fundamental em causa e, ainda, as circunstâncias do caso concreto, em particular as posições das partes, os elementos da formação do negócio, entre outros.

No que se refere aos requisitos objetivos da validade da renúncia, em particular à necessária conformidade do exercício da faculdade referida com os limites constitucionais e legais[736], há que atender à(s) lei(s), internacionais e nacionais, que for(em) aplicável(eis) no caso concreto. No âmbito da lei aplicável, há que proceder à ponderação entre os bens ou interesses consagrados constitucionalmente subjacentes aos direitos fundamentais em questão. Em particular, no que ora releva, há que ponderar entre, por um lado, os bens constitucionalmente protegidos pelo direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, que inclui o direito à arbitragem e os direitos fundamentais processuais que o compõem, em cada ordem jurídica analisada (bens protegidos como o acesso à justiça, a imparcialidade e independência do órgão decisor, a igualdade das partes ou o contraditório, a efetividade da tutela, consoante o direito fundamental processual em questão) e, por outro lado, os subjacentes ao direito à autonomia privada e à autodeterminação, que concluí ter um valor constitucional ou fundamental, quer internacionalmente, quer nas diferentes ordens jurídicas[737], e que justificará a renúncia ao direito fundamental processual que estará em causa em cada situação (a liberdade das partes de decidirem não exercerem ou limitarem o exercício do seu direito, seja com vista a obter celeridade ou eficiência processual, seja com outro fim em causa no caso).

É no equilíbrio entre os direitos fundamentais referidos que, desde logo, o legislador pode restringir ou modelar licitamente o exercício do direito à tutela jurisdicional efetiva e dos direitos fundamentais processuais que o compõem, atendendo às especificidades da arbitragem. Por exemplo, na arbitragem, não há garantia de patrocínio financeiro, a possibilidade de as partes escolherem os árbitros e o dever de revelação imposto aos mesmos diferem e afastam-se do conteúdo tradicional do princípio do juiz natural, o regime-regra de

[736] A.III.4. pp. 123 e ss.
[737] A.III.2. pp. 110 e ss.

exclusão do recurso da decisão de mérito e de restrição do direito à impugnação de sentenças arbitrais a casos de violações graves do devido processo legal, que não permitam o aproveitamento das mesmas, afasta-se do regime-regra de recurso das sentenças estaduais, entre outros. É também neste equilíbrio entre tutela jurisdicional efetiva e justa e autonomia privada que se encontra a resposta à questão da (in)admissibilidade das partes de renunciar a posições jurídicas ligadas ao processo arbitral de que seriam titulares, sem que isso seja compreendido como violações aos direitos fundamentais referidos, por exemplo, no que se refere à publicidade, na área da prova e também quanto à impugnação da sentença arbitral, como desenvolverei[738].

Claro que, conforme mencionado, a ponderação deverá ser confirmada em concreto no caso de um litígio que surja entre as partes de uma convenção de arbitragem e atendendo às circunstâncias concretas. No entanto, há algumas considerações quanto aos critérios ou tópicos argumentativos a ter em conta na ponderação dos bens jurídicos ou valores em questão que se podem tecer desde já.

Ponderando à luz dos critérios referidos, nomeadamente do critério da dignidade da pessoa humana, a questão que se coloca é a de saber se a renúncia a direitos fundamentais processuais na arbitragem, nomeadamente aos que referi como incluídos no direito à tutela jurisdicional efetiva à luz quer dos instrumentos internacionais, quer das diferentes ordens jurídicas analisadas, incluindo o direito a requerer a anulação da sentença arbitral[739], põe em causa a dignidade da pessoa humana, ou seja, o núcleo de autonomia e autodeterminação de cada indivíduo que, conforme explicitei, é característica do princípio referido[740]. Em resposta, refira-se, em primeiro lugar, que o princípio da dignidade da pessoa humana está diretamente relacionado com a pessoa humana, i.e., com o indivíduo e os direitos básicos inerentes à personalidade humana (como os direitos de personalidade, os direitos políticos, etc.), não tanto com as pessoas coletivas e o exercício dos seus direitos na sua atividade comercial. No entanto, na medida em que a personalidade coletiva é instrumental à realização da pessoa humana, e respetivos direitos e liberdades, bem como que os direitos fundamentais processuais são, também eles, instrumentais ao exercício de direitos fundamentais substantivos e entendidos como suscetíveis de serem detidos e exercidos pelas

[738] B.V. pp. 243 e ss.
[739] A.II.1. pp. 8 e ss.
[740] A.III.4.1 pp. 135 e ss.

pessoas coletivas para prossecução do seu fim social, faz sentido equacionar se, nalguma situação, uma renúncia a direitos fundamentais processuais, por acordo das partes, na arbitragem pode pôr em causa direitos fundamentais das pessoas singulares que detêm a pessoa coletiva, como, por exemplo, o do livre desenvolvimento da pessoa humana ou outros ligados à pessoa humana e ao desenvolvimento da atividade profissional, que estejam, por exemplo, relacionados com o próprio objeto da pessoa coletiva. Assim sendo, tem lógica a ponderação entre os direitos fundamentais em causa segundo o critério referido, garantindo que, ao renunciarem a qualquer um dos direitos fundamentais processuais na arbitragem, são cumpridos os requisitos subjetivos de validade e que as partes não estão a violar o princípio da dignidade da pessoa humana, ainda que essa violação possa ser de forma indireta e mais rara.

Em princípio, no âmbito da arbitragem comercial, estar-se-á perante uma relação contratual privada comercial, seja nacional, seja internacional, em que estão em causa, ao abrigo das leis aplicáveis, essencialmente interesses patrimoniais disponíveis, normalmente entre partes que conhecem e estão informadas sobre as áreas de negócio em que se movem ou que, pelo menos, têm formação especializada nas áreas de negócios que gerem, e que são habitualmente assessoradas por advogados especializados na elaboração dos contratos, no aconselhamento na área de arbitragem, que terão informado as partes quanto aos seus direitos e às consequências de qualquer renúncia a direitos fundamentais processuais. Naturalmente, se se estiver perante partes que sejam pessoas singulares ou pessoas coletivas em situações económicas e/ou sociais e/ou profissionais desiguais, com distintos poderes negociais, ou em que haja particularidades do caso concreto que possam interferir, de alguma forma, com os direitos fundamentais das partes, nomeadamente com a sua liberdade de decidir, nesse caso a aplicação deste limite pode ter outras consequências, incluindo a invalidade da renúncia a direitos fundamentais processuais. Deste modo, apesar de, em princípio, não ser provável que a renúncia a direitos processuais fundamentais por acordo das partes na arbitragem ponha em causa diretamente a dignidade da pessoa humana, este é um critério que faz sentido avaliar em função do litígio e das respetivas particularidades para confirmar que não é violado de modo algum.

Passando à análise do critério da proporcionalidade, que implica que a limitação a um

direito fundamental seja idónea, necessária e proporcional em sentido estrito[741], para a prossecução de outros fins ou interesses igualmente protegidos, importa, primeiro, determinar, por um lado, os fins ou interesses legítimos ditados pela autonomia das partes para a limitação do direito à tutela jurisdicional efetiva, e direitos processuais que o integram, e, por outro lado, os fins ou interesses públicos ou de terceiros para a limitação do direito à renúncia pelas partes, assente na autonomia contratual. Nesta sede, há também que proceder à distinção entre o plano das relações entre Estado e particulares e o plano das relações entre particulares.

Assim, embora não seja assim tão frequente as partes renunciarem, antecipada e totalmente, por acordo expresso, a direitos fundamentais processuais aplicáveis na arbitragem, incluídos no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, pode equacionar-se que fins poderão estar em causa para, em concreto, e nas relações com o Estado, as partes de uma convenção de arbitragem quererem renunciar a direitos fundamentais processuais, como, por exemplo, é o caso do direito a requerer a anulação da sentença arbitral, que analisarei aprofundadamente na Parte B. Por exemplo, podem as partes querer comprometer-se com arbitragens mais céleres e menos dispendiosas para resolver determinado tipo de litígios similares ou de valor menos elevado que, com grande probabilidade, vão surgir em certos tipos de contratos comerciais[742], renunciando, desde logo, total ou parcialmente, ao exercício de direitos fundamentais processuais e/ou de etapas processuais (é, aliás, o que motiva a existência de procedimentos ou regras para arbitragens expeditas, disponíveis em diversas instituições arbitrais, em que há, implicitamente, muitas vezes, renúncia e/ou limitação a alguns direitos fundamentais processuais[743]); podem também as partes saber, desde logo, que a decisão e prova nos eventuais litígios emergentes de um contrato assentarão somente em documentos e que, por isso, é dispensável audiência e/ou outros tipos de prova, excluindo-os, à partida, por acordo; podem as partes antecipar que não vão

[741] Para os autores que adotam o critério da razoabilidade para além do da proporcionalidade, há que ponderar também a razoabilidade ou a irrazoabilidade, no caso do direito inglês, do resultado a que conduz a limitação a um direito fundamental. V. A.III.4. pp. 123 e ss.

[742] Por exemplo, compras e vendas de mercadorias, cuja conformidade tem de um procedimento próprio de ser testada aquando de cada entrega, por exemplo, café ou outro produto alimentar, fornecimentos de materiais regulares, questões relacionadas com o transporte que seguem determinados procedimentos similares, entre muitos outros exemplos.

[743] Regulamento de Arbitragem Rápida, de 01.04.2021, do CAC da CCIP, artigo 30.º do Regulamento de Arbitragem da CCI, artigos 9A, 9C, 14.5 e 14.6 do Regulamento de Arbitragem da LCIA, capítulo XIII das Regras de Arbitragem do CAM-CCBC, entre outros regulamentos de arbitragem de outras instituições.

necessitar de tutela cautelar ou que, caso precisem, os tribunais arbitrais não terão poderes para a conceder e estipularem logo a exclusão deste poder ao tribunal arbitral e a necessidade de recorrer aos tribunais estaduais para esse efeito; podem, ao invés, as partes não querer qualquer ligação com os tribunais estaduais e/ou, em particular, com os tribunais estaduais da sede, por razões de celeridade, de outras conexões com outros Estados mais relevantes, de manutenção da confidencialidade dos factos e do negócio e, caso seja possível ao abrigo da lei aplicável, estipularem logo a competência exclusiva para o decretamento de medidas cautelares pelos tribunais arbitrais; podem também as partes, por razões de celeridade e poupança de custos, querer dispensar a fundamentação das sentenças, entre muitas outras situações que se podem equacionar.

Por outro lado, há também que identificar que interesses públicos ou de terceiros o Estado-legislador pretende salvaguardar nos casos em que estabelece a irrenunciabilidade ou limita o direito de renunciar a alguns direitos processuais fundamentais, nos casos em que o faz, como, por exemplo, sucede quanto ao direito de requerer a anulação da sentença arbitral no direito português, para verificar se se está a respeitar o critério da proporcionalidade ao limitar o direito à renúncia em função desses interesses, o que farei na Parte B[744]. Por exemplo, pode estar em causa a credibilidade e legitimidade da arbitragem como meio de resolução alternativa de litígios, a salvaguarda de garantias processuais mínimas para assegurar a função jurisdicional, a proteção de interesses de terceiros à arbitragem, etc.

Nas relações entre particulares, como entre as partes numa convenção de arbitragem ou num acordo posterior no âmbito do processo arbitral, em que renunciaram a algum(ns) direito(s) fundamental(is) processual(is) na arbitragem e em que estão a discutir a validade dessa renúncia, além da análise da lei aplicável e do problema entre o Estado e as partes, o critério da proporcionalidade também se aplica, embora com algumas adaptações, dado tratar-se, por excelência, do campo da autonomia privada[745]. Conforme referido, tal critério pode ser aplicado com mais intensidade nas relações entre particulares que estejam em relações de desigualdade ou de dependência, mas também se aplica entre iguais[746]. Estando em causa o conflito entre direitos fundamentais processuais de particulares, além do respeito

[744] B.V.
[745] A.III.4, pp. 136 e ss.
[746] *Idem*.

pelos restantes requisitos subjetivos de validade da renúncia, nomeadamente os relativos à liberdade de decidir das partes[747], há que aferir se o acordo de renúncia, mais do que necessário – que parece ser requisito orientado para o legislador na restrição de direitos, que não faz sentido aplicar às partes nas relações contratuais fundadas na autonomia contratual[748] –, é apto a prosseguir os fins legítimos que as mesmas pretendiam no caso concreto e se não há uma desproporção na limitação ou no não exercício dos direitos fundamentais processuais a final, mesmo tendo em conta esses fins legítimos, que torne inadmissível a renúncia à luz da lei aplicável. Nas relações entre iguais, "o titular do direito não tem de justificar a autolimitação por um qualquer valor social ou público"[749], o que não significa que o fim que a motiva e a "intensidade do enfraquecimento" do direito não possam e não devam ser elementos a ponderar para determinar se a renúncia é válida num caso concreto.

Uma vez apurados os fins legítimos que as partes possam querer prosseguir através da renúncia a direitos fundamentais processuais nos casos concretos, bem como os interesses públicos ou de terceiro que estarão subjacentes ao direito a uma tutela jurisdicional efetiva, poder-se-á ponderá-los com base no critério da proporcionalidade. Considerando a prevalência do princípio da concordância prática entre bens ou interesses constitucionalmente protegidos, bem como os requisitos da proporcionalidade, podem estabelecer-se alguns princípios gerais: desde logo, é mais difícil e exige maior cautelas a aceitação da renúncia, antecipada e total, pelas partes a direitos fundamentais processuais, incluídos no direito a uma tutela jurisdicional efetiva e no direito à arbitragem, numa convenção de arbitragem do que num compromisso arbitral e/ou, por maioria de razão, após a limitação ou violação do direito ter ocorrido no processo arbitral, pois, nestes casos, as partes renunciam quando já conhecem, pelo menos, o litígio ou mesmo a limitação ou violação do direito em causa e conhecem as consequências da renúncia aquando da decisão de renunciar. Daí que um elemento relevante para determinar a validade da renúncia seja o momento em que a mesma é efetuada, não havendo dúvidas, em geral, de que a mesma pode ocorrer após a violação de algum dos direitos referidos, bastando que, ao longo do processo

[747] Se houver desigualdade entre as partes, seja de que natureza for (económica, dependência, de poder negocial, etc.), ainda mais sentido faz a aplicação do princípio da proporcionalidade na apreciação da validade da renúncia acordada a direitos fundamentais processuais.
[748] Virgílio Afonso da Silva, «Direitos Fundamentais e Relações entre Particulares», *Revista Direito GV* 1, n. 1 (2005): 179.
[749] Mac Crorie, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, 256.

ou após a sentença arbitral, as partes não impugnem, nem se oponham à sentença arbitral com base na violação ocorrida[750], podendo, por isso, também fazê-lo por acordo nesse momento. As dúvidas colocam-se, sobretudo, quanto à possibilidade de renúncia antecipada, por acordo, aos direitos referidos. Parece-me que a renúncia, total e antecipada, a direitos fundamentais processuais na arbitragem não será aceitável nos casos em que tal situação possa corresponder a denegação de justiça, e/ou à renúncia às garantias mínimas de um processo equitativo, e/ou à falta de efetividade da decisão arbitral que vier a ser proferida, por exemplo, se corresponder à inutilidade e impossibilidade de exercer coercivamente o direito material que as partes discutem no âmbito do litígio relativo ao contrato, e/ou, em geral, a um resultado inadmissível à luz da ordem pública de cada Estado[751]. No fundo, aplica-se também nesta sede, o limite referido de as partes não autodeterminarem, para o futuro, a sua liberdade de decidir no futuro, sem conhecerem os factos necessários.

Com efeito, deve aferir-se se há outras formas idóneas de prosseguir os fins hipotéticos legítimos das partes, sem pôr em causa ou que limitem menos os fins ou bens protegidos pelo direito à tutela jurisdicional efetiva. Por outro lado, também será relevante ponderar se há outras formas idóneas de prosseguir os fins ou interesses legítimos do Estado e/ou de terceiros, sem pôr em causa ou que limitem menos os fins ou bens protegidos pelo direito à autonomia privada. Entre o cenário da renúncia total e antecipada, por acordo das partes, a um direito processual fundamental na arbitragem e o da proibição total de renúncia, podem encontrar-se diversas possíveis soluções, que tenham em conta a ponderação dos bens e interesses constitucionalmente protegidos pelos direitos fundamentais em confronto, desde a possibilidade de renúncia parcial[752], à distinção das situações em que se protegem apenas interesses das próprias partes daquelas em que outros interesses públicos, da comunidade ou de terceiros também necessitem de proteção, entre outras, que impeçam que o sacrifício de um dos direitos em confronto seja superior à justa medida necessária à salvaguarda do outro direito[753].

Determinante na ponderação entre os bens ou valores constitucionalmente protegidos

[750] Krūmiņš, *Arbitration and Human Rights, Approaches to Excluding the Annulment of Arbitral Awards and Their Compatibility with the ECHR*, 72; Scherer, «The fate of parties' agreements on judicial review of awards: a comparative and normative analysis of party-autonomy at the post-award stage», 449 e ss.
[751] Nestes casos, atinge-se também a violação do limite decorrente da salvaguarda do conteúdo essencial do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, que referirei de seguida.
[752] Teles, «Podem as partes renunciar validamente à tutela cautelar na convenção de arbitragem», 312 e ss.
[753] A.III.4.2., pp. 136 e ss.

em causa é o limite decorrente da salvaguarda do conteúdo essencial do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Com efeito, aqueles direitos processuais fundamentais que constituem parte integrante do mesmo, como, por exemplo, concluí ser o direito a um meio de impugnação de uma sentença arbitral que viole, de forma grave, direitos fundamentais e/ou os interesses de ordem pública referidos como conteúdo mínimo exigido, quer internacionalmente, quer nas constituições nacionais[754], e/ou o direito à tutela cautelar[755], não poderão ser totalmente renunciados pelas partes, mas somente na medida em que não afete o conteúdo essencial referido e a própria existência do direito.

No que toca à maior ou menor disponibilidade do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva – incluindo o direito à arbitragem e os direitos fundamentais processuais nele integrados –, note-se, antes de mais, que possui uma vertente de direito subjetivo no âmbito da qual, no limite, cabe ao indivíduo a escolha quanto ao seu exercício. Este pode, simplesmente, escolher não exercer o direito. Conforme referido, a arbitragem tem natureza contratual, assentando na autonomia privada, sendo admissível, nos termos das fontes internacionais e legais aplicáveis, quanto aos litígios que, em cada Estado, sejam arbitráveis[756]. Deste modo, a arbitragem é, por excelência, um campo da autonomia privada das partes, desde que dentro de determinados limites, pelo que haverá uma ampla margem de coincidência do interesse e âmbito de proteção de ambos os direitos fundamentais em análise.

Além disso, e por outro lado, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva integra também uma componente relevante para a comunidade e, inclusive, para o interesse público, no sentido de conferir a confiança e a segurança necessárias ao desenvolvimento do comércio jurídico. Mesmo no caso da arbitragem comercial, que é um meio de resolução de litígios privado, a eficácia e certeza jurídicas conferidas pela mesma ao exercício dos direitos, necessárias ao desenvolvimento das relações comerciais, bem como o cumprimento de garantias processuais mínimas, são importantes para a comunidade em geral e para os privados nas diversas áreas de negócios, sendo também relevantes para atração de

[754] A.II.3, pp. 82 e ss.
[755] Teles, «Podem as partes renunciar validamente à tutela cautelar na convenção de arbitragem», 257 e ss.
[756] Artigo V/2/a) da CNI, 1.º/1 e 2 da LAP, 1442 do CPCF e 2060 do Código Civil Francês (CCF), 1.º da LAB. No direito inglês, a LAI não estabelece critério legal de arbitrabilidade, resultando antes da jurisprudência. Gary Born, «Chapter 6: Nonarbitrability and International Arbitration Agreements (Updated April 2024)», em *International Commercial Arbitration*, 3.ª (Kluwer Law international; Kluwer Law International, 2021), 1042–59, *maxime* 6.03[C][5]; Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 138.

investimento estrangeiro e para outros interesses propícios ao desenvolvimento económico e social de cada Estado, que, por isso, e nos termos em que for legítimo, é reconhecido pelos Estados. Assim, se, por um lado, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, incluindo o direito à arbitragem e aos outros direitos fundamentais processuais nele integrados, é um direito fundamental em que há margem para conciliar com a autonomia privada e a disponibilidade das partes, por outro lado, há um conteúdo essencial do direito em questão que não deve ser diminuído ou excluído, sob pena daquele se inutilizar totalmente, e que tem uma componente de interesse público. Daí que seja fundamental apurar, relativamente a cada direito fundamental processual, que compõe o direito à tutela jurisdicional efetiva, se aquele se integra no conteúdo essencial deste, caso em que não poderá ser totalmente excluído, o que foi feito acima no que respeita, especificamente, ao direito a impugnar a sentença arbitral, inclusive através da anulação. Conforme concluí, o direito à tutela jurisdicional efetiva integra, no seu conteúdo essencial, o direito a impugnar a sentença arbitral somente nos casos e termos necessários à garantia desse mesmo conteúdo essencial e independentemente do meio legal consagrado para o efeito, o que significa que não integra necessariamente o direito a requerer a anulação da sentença arbitral, tendo o legislador margem de liberdade para determinar os meios de impugnação legais admissíveis, desde que assegure algum meio de controlo[757].

Finalmente, há que ponderar o direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva, incluindo a direitos processuais na arbitragem, e o direito à renúncia, à luz do critério da ordem pública, que, como explicitei, é também um limite à renúncia àqueles direitos, nomeadamente na arbitragem comercial. Hoje é aceite que, se o litígio implicar a aplicação de normas de ordem pública ou que envolvam interesse público, tal não impede, por si, o direito à arbitragem e a arbitrabilidade do litígio, na medida em que os árbitros têm igual capacidade e é-lhes atribuída competência, nos termos da lei, para dirimir esses litígios[758]. No entanto, é também aceite que a violação de ordem pública pode e deve ser controlada a final pelos tribunais estaduais, funcionando como exceção à regra da inexistência de controlo

[757] A.II.3. pp. 82 e ss.
[758] Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 137 e ss.; Monteiro, «Da Ordem Pública no Processo Arbitral», 620 e ss.; Racine, «Le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international: un état des lieux»; Chantebout, «Étendue du contrôle du juge sur les violations de l' ordre public par l' arbitre: enfin le revirement espéré»; Zocal, *Jurisdição do árbitro para a anulação de sentenças arbitrais*, 50 e ss.; Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc., 473 U.S. 614 (1985); TJUE, Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV, processo C-126/97, 01.06.1999.

de eventuais erros dos árbitros e como limite à validade da sentença arbitral[759].

A nível internacional, há que proceder à interpretação do conceito de ordem pública nos termos da CNI[760]. Perante a letra do artigo V/2/b) da CNI, a ausência de uma definição do conceito de ordem pública e a remissão para o conceito do Estado onde vai ser executada a sentença arbitral, tem sido discutido se a sua interpretação deve ser realizada nos termos da lei nacional do Estado do reconhecimento e execução da sentença ou se deve ser autónoma, ou seja, com um sentido, pelo menos numa certa medida, independente da lei nacional de cada Estado[761].

Com base em argumentos a favor da existência de uma interpretação autónoma do conceito de ordem pública, como a necessidade de um conceito uniforme, a conformidade com os fins da CNI e o facto de se identificarem alguns elementos comuns na prática dos Estados-Contratantes, a doutrina e jurisprudência têm identificado três elementos da noção autónoma de ordem pública: o caráter restritivo da sua aplicação, a inclusão dos princípios fundamentais essenciais do Estado relevante e a aplicação de uma "ordem pública internacional" de cada Estado em oposição à ordem pública interna, nos Estados que adotam esta distinção[762]. Este sentido da interpretação autónoma não se confunde com aquela noção de ordem pública verdadeiramente internacional ou transnacional acima referida e não impede a aplicação das normas de aplicação imediata que sejam aplicáveis ao litígio, nem a consideração daquelas que integrem a ordem pública internacional de cada Estado como fundamento de recusa do reconhecimento e execução, caso todos os requisitos estejam

[759] *Idem*. Artigos V/2/b da CNI, 34.º/2/b/ii e 36.º/1/b/ii da LMU, 46.º/3/b/ii da LAP, 68/2/g da LAI, 1492/5 e 1520/5 do CPCF e, apesar de não ser expressamente consagrado como fundamento de anulação da sentença arbitral no artigo 32 da LAB, é considerado pela doutrina e jurisprudência brasileiras como tal e artigo 39/2 da LAB. V. A.III.4, pp. 140 e ss.

[760] Interpretação que deve ser realizada nos termos dos artigos 31.º e ss. da CVDT.

[761] Andrea Bonomi, «Chapter 13: The Concept of Public Policy under the 1958 New York Convention: An Autonomous Interpretation?», em *Autonomous Versus Domestic Concepts under the New York Convention*, ed. Franco Ferrari e Friedrich Jakob Rosenfeld, vol. 61, Kluwer Law International, 2021, 315–48.

[762] Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958, Towards a Uniform Judicial Interpretation*, 359 e ss. *maxime* 382; Bonomi, «Chapter 13: The Concept of Public Policy under the 1958 New York Convention: An Autonomous Interpretation?», 327 e ss.; Born, «Chapter 26: Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards (Updated September 2022)», 3760–4081, § 26.05[C][9]; Martins, «Os Diferentes Níveis de Ordem Pública sob uma Perspetiva da Jurisprudência Brasileira em Arbitragens Doméstica e Internacional», 61–62; Monteiro, «Da Ordem Pública no Processo Arbitral», 612; Margaret L. Moses, «Chapter 11: Public Policy under the New York Convention: National, International and Transnational», em *60 Years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges*, ed. Katia Fach Gomez e Ana M. Lopez-Rodriguez (Kluwer Law International, 2019), 169–84; Margaret Moses, «Public Policy: National, International and Transnational», *Kluwer Arbitration Blog* (blog), 2022.

verificados[763].

Conforme explicitei[764], o conceito de ordem pública, cujos contornos são difíceis de definir e podem ter múltiplas formas[765], é um critério a ponderar na renúncia a direitos fundamentais processuais na arbitragem também nas ordens jurídicas nacionais em análise, quer como limite à validade da convenção de arbitragem, quer como fundamento de anulação da sentença arbitral, quer ainda como motivo de recusa do reconhecimento e execução de sentença arbitral estrangeira[766]. Com efeito, como também concluí, é unanimemente considerado que o conceito de ordem pública aplicável à arbitragem inclui tanto a dimensão substantiva, como também a vertente processual, incluindo o direito a um processo equitativo, nomeadamente a igualdade das partes e o contraditório, e o direito à imparcialidade do tribunal[767]. Também a própria definição dos litígios arbitráveis constitui matéria de ordem pública de cada Estado[768]. Estes direitos fundamentais processuais, ao integrarem a ordem pública processual aplicável à arbitragem, bem como o conteúdo essencial do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e à arbitragem, funcionam como limite à renúncia por acordo das partes. Em qualquer caso, como refere George Petrochilos, o facto de a independência e a imparcialidade do árbitro, bem como a igualdade das partes, serem princípios que, sem dúvida, integram a ordem pública processual[769] não faz com que sejam princípios absolutos, devendo ser avaliado se o incumprimento é de um tal grau que conduza a um resultado manifestamente inaceitável[770].

---

[763] Bonomi, «Chapter 13: The Concept of Public Policy under the 1958 New York Convention: An Autonomous Interpretation?», 335 e ss.; Kleinheisterkamp, «The Myth of Transnational Public Policy in International Arbitration», 141.
[764] A.III.4, pp. 140 e ss.
[765] *Idem*.
[766] Artigo II, III e V/2/b) da CNI, 34/2/b/ii e 36/1/b/ii da LMU, Artigos 41.º/1, 46.º/3/b/ii), 48.º, 54.º e 56.º/1/b/ii) LAVP, 68/2/g) e 103/3 LAI, 1492/5.º, 1520/5.º e 1514 CPCF e, embora não venha previsto expressamente no artigo 32.º LAB, mas apenas no artigo 39.º/II LAB como fundamento de recusa de homologação para o reconhecimento ou a execução da sentença arbitral estrangeira, a ordem pública tem sido reconhecida também como fundamento de anulação de sentença arbitral no Brasil pela jurisprudência e doutrina. V. A.III.4, nota 695. Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958, Towards a Uniform Judicial Interpretation*, 359 e ss.
[767] *Idem*. A.III.4.
[768] *Idem*.
[769] O que também é defendido em Besson, *Arbitration and Human Rights*; Jakšić, *Arbitration and human rights*, 216–17, entre outras.
[770] Petrochilos, *Procedural Law in International Arbitration*, 122–23; Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958, Towards a Uniform Judicial Interpretation*, 382.

Em Portugal, e apesar de ser alvo de várias críticas da doutrina[771], o conceito de ordem pública que constitui fundamento de anulação e/ou oposição à execução da sentença arbitral, quer em arbitragens domésticas, quer internacionais[772], é o de ordem pública material, mas no seu âmbito mais restrito de ordem pública internacional. Por sua vez, o fundamento de recusa de reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras é o de reserva ou exceção de ordem pública internacional, de direito internacional privado[773]. Como esclarece a doutrina, estes dois conceitos não diferem significativamente em termos de conteúdo, mas somente em termos de eventual intensidade ou maior relatividade no controlo operado pela reserva ou exceção de ordem pública internacional[774].

Nos termos da LAI[775], uma sentença proferida no RU que viole as regras e princípios de ordem pública (internacional), quer processual, quer substantiva, por motivos de ilegalidade contratual, e/ou que tenha sido obtida por fraude (por exemplo, por perjúrio ou falsificação de documentos) pode ser anulada, bem como se se tratar de sentença proferida no estrangeiro, pode ser recusado o seu reconhecimento e execução com esse fundamento[776].

Em França, por força da tendência de aprofundamento do controlo estadual das sentenças arbitrais, com fundamento na violação da ordem pública internacional, quer em sede de anulação, quer de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, surgiu uma nova conceção de ordem pública internacional, bem como um novo entendimento quanto à intensidade do respetivo controlo, de modo a detetar casos de corrupção, branqueamento de capitais ou outros ilícitos penais, podendo o tribunal estadual analisar os elementos da decisão arbitral e elementos extrínsecos que permitam aferir da (in)compatibilidade com a ordem pública internacional[777]. Considerando a tendência referida, a jurisprudência francesa considera que a violação da ordem pública internacional é uma exceção à regra legal da renúncia tácita operada pela falta de invocação pelas partes

[771] Caramelo, *A impugnação da Sentença Arbitral*, 144 e ss.; Monteiro, «Da Ordem Pública no Processo Arbitral».
[772] Artigos 46.º/3/b/ii), 48.º e 54.º LAP.
[773] Artigo 56.º/1/b/ii) LAP.
[774] Caramelo, *A impugnação da Sentença Arbitral*, 123–24; Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 310 e ss.; Monteiro, «Da Ordem Pública no Processo Arbitral».
[775] Secção 68/2/g) e 99 e ss., *maxime* 103/3 LAI.
[776] Brekoulakis, «Public Policy Rules in English and International Arbitration Law»; Caramelo, *A impugnação da Sentença Arbitral*, 127 e ss.
[777] A.II.1.2. pp 44-45 e nota 198. Em vez do controlo minimalista, assente na verificação de violação da ordem pública "flagrante, efetiva e concreta", a jurisprudência passou a adotar um critério maximalista no sentido de aferir se houve "violação grave de ordem pública internacional" ("violation caractérisée").

de uma irregularidade que afete a condução da arbitragem[778]. Pela sua natureza e importância, este fundamento de impugnação é insuscetível de ser objeto de renúncia pelas partes[779].

No Brasil, conforme já referi, a LAB prevê um regime único para as arbitragens internas e internacionais e, apesar de não prever expressamente a violação de ordem pública como fundamento de anulação das sentenças arbitrais[780], mas somente como motivo de recusa do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras[781], tem sido entendido que as sentenças arbitrais proferidas no Brasil podem ser anuladas se violarem a ordem pública, quer processual, quer substantiva.

Deste modo, e em conclusão, embora o direito a requerer a anulação da sentença arbitral não integre o conteúdo essencial do direito à tutela jurisdicional efetiva, tendo o legislador margem para regular os meios de impugnação da sentença arbitral, outros direitos processuais como os acima referidos integram-no, assim como também constituem ordem pública processual das legislações nacionais analisadas, pelo que tem de existir um meio de impugnação da sentença arbitral para impedir os casos mais graves de violação dos direitos referidos. Sem prejuízo e para além dos limites referidos, conclui-se que há margem de renúncia, por acordo das partes, a direitos fundamentais processuais na arbitragem.

[778] Artigo 1466 CPCF.
[779] Racine, «Le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international: un état des lieux», 218.
[780] Artigo 32 LAB.
[781] Artigo 39/II LAB.

PARTE B: Podem as partes, por acordo, renunciar validamente ao direito à anulação da sentença arbitral na arbitragem comercial internacional?

Respondida a questão de saber quais os requisitos de validade da renúncia a direitos fundamentais processuais na arbitragem, incluídos no âmbito do direito a uma tutela jurisdicional efetiva, nomeadamente os limites até onde as partes podem acordar renunciar àqueles direitos e os critérios de ponderação que podem ser utilizados para aferir da validade da respetiva renúncia, posso proceder à aplicação da resposta alcançada ao caso concreto do direito à anulação da sentença arbitral na arbitragem comercial internacional.

Para o efeito, é necessário começar por identificar o âmbito, a natureza e a função do direito, cuja validade da renúncia se pretende apreciar, ou seja, o direito a requerer a anulação das sentenças arbitrais na arbitragem internacional (Capítulo IV). Além disso, no mesmo Capítulo, procederei à sua distinção do direito de reconhecimento e execução da sentença arbitral e à sua integração e articulação no sistema internacional mais amplo de controlo das sentenças arbitrais.

Seguidamente, aferirei da validade, designadamente dos requisitos e limites, da renúncia ao direito à anulação da sentença arbitral, tanto à luz do direito internacional, como dos sistemas jurídicos nacionais selecionados, quer de acordo com o direito constituído, quer respondendo dum ponto de vista normativo e analisando a posição a adotar no direito português, *de jure constituendo* (Capítulo V). Neste capítulo, após a análise das diferenças encontradas na regulação deste tópico nos vários sistemas jurídicos nacionais, darei uma resposta normativa à questão da validade da renúncia, por acordo das partes, ao direito de anulação da sentença arbitral, abordarei sucintamente a questão distinta daquela relativa à aplicação prática da solução legal adotada nos sistemas jurídicos que têm uma abordagem mais liberal e tecerei alguns comentários relativamente ao contributo desta solução legal para a coerência do sistema de controlo das sentenças arbitrais na arbitragem internacional.

IV. O direito à anulação da sentença arbitral na arbitragem comercial internacional e a sua inclusão no sistema internacional de controlo das sentenças arbitrais

Conforme referido, para responder à questão de saber se as partes podem renunciar validamente ao direito à anulação da sentença arbitral, há que começar por identificar o direito, que é objeto da renúncia. Assim, primeiro, há que definir arbitragem internacional e distinguir as diferentes representações da mesma, ainda hoje em debate, bem como as respetivas consequências legais (Secção 1). Segundo, há que analisar e delimitar o âmbito, a natureza e a função do direito processual à anulação da sentença arbitral, distinguindo-o do direito ao reconhecimento e/ou à execução da sentença arbitral (Secção 2). Finalmente, há que compreender a lógica global do sistema internacional de controlo das sentenças arbitrais internacionais e de que forma os direitos referidos devem e/ou podem ser articulados a fim de, posteriormente, aferir se a resposta à questão colocada na tese pode ter algum impacto ou contribuir para a coerência do sistema (Secção 3).

1. Arbitragem Comercial Internacional: diferentes perspetivas sobre a sua conceção

Embora seja um instituto muito antigo que remonta à antiguidade grega e romana[782], com a crescente globalização da economia e do comércio internacionais no século XX, de forma ainda mais alargada a partir da década de 80, é hoje, pacificamente, aceite que a arbitragem internacional se tornou o meio adequado e "natural" de resolução de litígios nos contratos comerciais internacionais[783]. Perante a inexistência de uma via judicial

[782] Para maior desenvolvimento da história da arbitragem V. Born, «Chapter 1: Overview of International Commercial Arbitration (updated November 2023)», 1–26.

[783] Arnoldo Wald, «Os meios judiciais do controle da sentença arbitral», *Revista de Arbitragem e Mediação* Ano 1, n. 1 (2004): 41 e ss.; Braghetta, *Anulação do Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Consequências Internacionais: visão a partir do Brasil*; Born, «Chapter 1: Overview of International Commercial Arbitration (updated November 2023)», 1–26 e 36–93; Gharavi, *The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award.*, 1 e ss.; Juan Fernández-Armesto, «A Arbitragem Internacional na Lei de Arbitragem Espanhola após a Reforma de 2011», em *IV Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Centro de Arbitragem Comercial)* (Almedina, 2011), 211–12; Diego P. Fernández Arroyo, «Denationalising private international law - a law with multiple adjudicators and enforcers», ed. Andrea Bonomi e Gian Paolo Romano, *Yearbook of Private International Law: Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt* 20 (2019/2020 de 2018): 31–46, Microsoft Word - FernandezArroyo_AB_SL-OK.docx (diegofernandezarroyo.net); Jourdan-Marques, «Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales», 2 e ss.; Oliveira, «Chapter 1: To What Degree Should Access to Justice Be Secured in Arbitration?», 19; Paulsson, *The Idea of Arbitration*, 174; Petsche, *The Growing Autonomy of*

internacional para julgar litígios entre empresários de países diferentes[784], e as vantagens que apresenta, a arbitragem veio colmatar uma lacuna, afirmar-se como alternativa às jurisdições estaduais nacionais e tem vindo a construir-se e a expandir-se como um meio efetivo de resolução de litígios internacional, capaz de responder às necessidades específicas do comércio internacional e até de outros tipos de conflitos[785]. Entre as referidas vantagens da arbitragem, destacam-se a neutralidade do foro, livre das especificidades e tensões estaduais locais, a liberdade na adequação da arbitragem ao interesse específico das partes – quer pela escolha de árbitros especializados, quer pela flexibilidade na escolha das regras aplicáveis – , e a eficiência na resolução do caso, através da exclusão do recurso de mérito e da execução da sentença arbitral em qualquer um dos 172 Estados-Partes da CNI, com um controlo limitado aos fundamentos previstos no artigo V da CNI, bem como através de leis de arbitragem favoráveis nos diversos países[786]. Embora a arbitragem também possa ser utilizada no direito civil ou noutras áreas jurídicas, bem como entre Estados e/ou Estados e investidores ou em contratos públicos, relembro que a presente tese incide sobre arbitragem comercial internacional.

De forma muito breve, importa referir que a arbitragem é um mecanismo de resolução definitiva de litígios, no qual a decisão é confiada, por acordo das partes, a um tribunal arbitral, composto por um ou mais árbitros, e cuja decisão, uma vez proferida, é vinculativa para as partes[787]. A arbitragem tem natureza privada, que assenta na autonomia contratual

---

International Commercial Arbitration, 1 e ss.; Philippe Fouchard, *L'Arbitrage Commercial International*, vol. II, Bibliothèque de droit international privé (Librairie Dalloz, 1965), 1 e ss.; Thomas Clay, «L' arbitre, juge de l' économie mondiale», em *À qui profite la mondialisation?*, vol. 21, Regards Croisés sur L' Économie 2017/2 (La Découverte, 2017), 147.

[784] Fernández-Armesto, «A Arbitragem Internacional na Lei de Arbitragem Espanhola após a Reforma de 2011», 211–12; Paulsson, *The Idea of Arbitration*, 176.

[785] Born, «Chapter 1: Overview of International Commercial Arbitration (updated November 2023)», 26 e ss. §1.02[B]; Clay, «L' arbitre, juge de l' économie mondiale»; Fernández-Armesto, «A Arbitragem Internacional na Lei de Arbitragem Espanhola após a Reforma de 2011», 211–13; Fouchard, *L'Arbitrage Commercial International*, II:1–5; Gharavi, *The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award.*, 1 e ss.; Jourdan-Marques, «Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales», 3 e ss.; Oliveira, «Chapter 1: To What Degree Should Access to Justice Be Secured in Arbitration?», 17–19; Racine, «Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international (II.- L'arbitrage, Deuxième Séance)», 310–11; Seraglini e Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 17–18; Wald, «Os meios judiciais do controle da sentença arbitral», 42.

[786] *Idem*.

[787] Born, «Chapter 1: Overview of International Commercial Arbitration (updated November 2023)», 26 e ss. §1.02[A]2; Carmona, «Das boas relações entre os juízes e os árbitros», 17; Carmona, *Arbitragem e processo*, 31 e ss.; Fouchard, *L'Arbitrage Commercial International*, II:4 e ss.; Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 119 e ss.; Jourdan-Marques, «Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales», 8 e ss.;

das partes, sendo reconhecida pelos diversos Estados como uma alternativa aos meios judiciais estaduais, e é jurisdicional nos seus efeitos, visto que a convenção de arbitragem gera um direito potestativo de as partes constituírem o tribunal arbitral para a resolução de litígio(s), determinando a consequente falta de jurisdição dos tribunais estaduais, como também a decisão arbitral é vinculativa, tem efeito de caso julgado e tem força executiva[788]. Por sua vez, a convenção de arbitragem é o acordo das partes em submeter qualquer litígio ao meio de resolução de litígios da arbitragem, ou seja, em atribuir aos árbitros os poderes jurisdicionais para decidir o litígio[789]. Se o acordo se referir a litígios futuros, trata-se de uma cláusula compromissória inserida no contrato, se visar um litígio existente no momento, ainda que afeto ao tribunal estadual, constitui um compromisso arbitral[790], podendo existir diferenças de regime, nomeadamente em termos de renúncia a direitos fundamentais processuais pelas partes.

Embora a noção de "comercial" não seja única e universal, podendo inclusive variar interna e internacionalmente nos vários sistemas jurídicos[791], adotarei a noção ampla de relações comerciais utilizada na LMU[792]. Finalmente, quanto à definição de arbitragem internacional[793], e sem prejuízo da complexidade e multiplicidade de critérios que podem

Oliveira, «Chapter 1: To What Degree Should Access to Justice Be Secured in Arbitration?», 19; Teles, «Podem as partes renunciar validamente à tutela cautelar na convenção de arbitragem», 238.

[788] *Idem*.

[789] Almeida, Carlos Ferreira de, «Convenção de Arbitragem: Conteúdo e Efeitos.», em *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria* (Coimbra: Almedina, 2008), 81–95; Born, «Chapter 1: Overview of International Commercial Arbitration (updated November 2023)»; Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 119 e ss.; Teles, «Podem as partes renunciar validamente à tutela cautelar na convenção de arbitragem», 267.

[790] *Idem*.

[791] Fouchard, *L'Arbitrage Commercial International*, II:12 e ss.; Jourdan-Marques, «Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales», 12 e ss.; Seraglini e Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 41 e ss.

[792] *Idem*. V. Artigo 1.º, nota 2, segundo a qual o termo "comercial" deve ser amplamente interpretado para incluir todas as relações de natureza comercial, sejam contratuais ou não. Estas relações comerciais incluem, mas não estão limitadas a transações como o fornecimento ou troca de bens ou serviços, contratos de distribuição, representação comercial ou agência, *factoring*, *leasing*, construção ou empreitada, consultoria, engenharia, licenciamento, investimento, financiamento, bancário, seguro, contratos de exploração ou concessão, *joint venture* e outras formas de cooperação industrial ou empresarial; transporte de bens ou passageiros pelo ar, mar, linha ferroviária ou estrada (tradução livre minha).

[793] Born, «Chapter 1: Overview of International Commercial Arbitration (updated November 2023)», §1.02[A]2 O autor define arbitragem internacional como "a means for definitively resolving a dispute, pursuant to the parties' voluntary agreement, through the binding decision of a non-governmental decision-maker selected by or for the parties (an «arbitrator»), who applies neutral, adjudicative procedures", cuja tradução minha é "um meio para resolver definitivamente uma disputa, através do acordo voluntário das partes, por uma decisão vinculativa de um decisor não-governamental, selecionado pelas ou para as partes (um «árbitro»), que aplica processo adjudicatório neutro.

estar subjacentes à mesma e à sua distinção da arbitragem doméstica, variando de jurisdição para jurisdição, a verdade é que a LMU e a maioria das leis de arbitragem nacionais definem ou, pelo menos, estabelecem os critérios para se identificar quando se trata de arbitragem internacional[794]. Embora em vários países, as leis de arbitragem sejam aplicáveis apenas às arbitragens internacionais ou contenham regulamentações específicas distintas para arbitragem doméstica e internacional, como sucede em França ou na Suíça, permitindo assim atender, diferenciar e tratar favoravelmente as necessidades específicas da arbitragem internacional[795], há outros que adotam o mesmo regime para ambos os tipos de arbitragem (regime monista), como sucede no Brasil[796], ou que aplicam o mesmo regime, com apenas algumas normas específicas para a arbitragem internacional, como acontece em Portugal, Inglaterra, Espanha, entre outros[797]. Como se poderá depreender do desenvolvimento desta parte da tese, concordo com a doutrina que considera ser benéfico distinguir e tratar de modo específico e adequado a arbitragem internacional[798], para melhor se beneficiar e potenciar as vantagens da arbitragem internacional e também como caminho para uma maior articulação do seu regime no âmbito internacional.

A natureza da arbitragem tem sido debatida ao longo de várias décadas, existindo diferentes teorias consoante o elemento subjacente considerado preponderante para a sua definição. A discussão não é meramente teórica, pois não só envolve mergulhar no

[794] Artigo 1.º/3, que prevê inclusivamente a possibilidade de as partes acordarem o caráter internacional da arbitragem. V. também Gerold Herrmann, «UNCITRAL's Work Towards a Model Law on International Commercial Arbitration», *Pace L. Review* 4, n. 3 (1984): 547. Entre outros critérios utilizados para a distinção entre arbitragem internacional e doméstica, encontram-se o puramente económico, o da nacionalidade das partes, entre outros. V., também, Braghetta, *Anulação do Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Consequências Internacionais: visão a partir do Brasil*, 277 e ss.; Fouchard, *L'Arbitrage Commercial International*, II:16 e ss.; Seraglini e Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 46 e ss.

[795] V. Artigo 1.º da LMU, Artigos 1504.º e ss do CPCF, Capítulo 12, relativo à arbitragem internacional, da Lei Federal Suíça de Direito Internacional Privado (usualmente designada "PILA"), entre outras. Born, «Chapter 1: Overview of International Commercial Arbitration (updated November 2023)», §1.04[B].

[796] V. LAB. V. também Braghetta, *Anulação do Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Consequências Internacionais: visão a partir do Brasil*, 277 e ss.; Born, «Chapter 1: Overview of International Commercial Arbitration (updated November 2023)», §1.04[B].

[797] V. Artigo 49.º e ss. LAP, Artigo 2 LAI, Artigo 3.º da Lei de Arbitragem Espanhola, aprovada pela Lei 60/2003, de 23 de dezembro, com as reformas entretanto introduzidas até hoje (doravante, «LAE»). Born, «Chapter 1: Overview of International Commercial Arbitration (updated November 2023)», 36 e ss. §1.04[B].; Braghetta, *Anulação do Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Consequências Internacionais: visão a partir do Brasil*, 277 e ss.; Fernández-Armesto, «A Arbitragem Internacional na Lei de Arbitragem Espanhola após a Reforma de 2011», 215 e ss.

[798] Born, «Chapter 1: Overview of International Commercial Arbitration (updated November 2023)», 93–95; Braghetta, *Anulação do Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Consequências Internacionais: visão a partir do Brasil*, 274 e ss.; Fouchard, *L'Arbitrage Commercial International*, II:16 e ss.; Herrmann, «UNCITRAL's Work Towards a Model Law on International Commercial Arbitration», 7.

fundamento que legitima a própria arbitragem, como principalmente tem consequências nos respetivos regimes jurídicos e funcionamento prático[799]. Com efeito, e conforme explicitarei, a representação que cada país tem da arbitragem tem influenciado as decisões de política legislativa, o sentido da jurisprudência e as posições da doutrina em cada ordem jurídica estadual, com repercussões internacionais[800].

Desde logo, não há dúvida de que a arbitragem tem natureza contratual e privada, ou seja, tem fundamento na autonomia privada das partes, que podem sujeitar a resolução do litígio a este mecanismo privado e, nessa medida, renunciam à jurisdição estadual e a que o litígio seja dirimido pelos tribunais públicos. Além disso, também é certo que, constituído o tribunal arbitral, este tem poderes e função jurisdicionais, ou seja, resolve o litígio por meio de sentença, que é, na maior parte dos casos, final e vinculativa para as partes e que tem ou pode vir a ter força executiva.

Contudo, para que tudo isto seja possível, é preciso existir uma lei que autorize e regule os poderes e atividade dos árbitros e que garanta a exequibilidade das sentenças arbitrais que vierem a ser proferidas no território de cada ordem jurídica. A questão que se coloca é a de saber qual deve ser essa lei e qual é o fundamento jurídico da arbitragem[801]. Na arbitragem doméstica, é mais claro: cada Estado prevê, regula e executa as sentenças arbitrais domésticas, decidindo o grau de relação e controlo mínimo que deve haver entre tribunais arbitrais e estaduais, i.e., qual o grau de autonomia que é concedido à arbitragem. E se a arbitragem for internacional?

Nesse caso, há várias leis diferentes que podem ser adequadas para esse efeito, pelo que se questiona qual delas deve prevalecer, se é que alguma deve prevalecer, quais serão aplicáveis e se a arbitragem deve sedear-se num lugar neutro[802]. E que tribunais estaduais devem decidir essas questões fundamentais, se a sentença é válida e/ou se pode ser

[799] Braghetta, *Anulação do Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Consequências Internacionais: visão a partir do Brasil*, 23 e ss.; Born, «Chapter 1: Overview of International Commercial Arbitration (updated November 2023)», 93–95; Vicente, «Requirements for the Enforceability of Arbitral Awards: A Comparative Overview.», 86 e ss.; Gaillard, *Legal theory of international arbitration*; Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 120; Jourdan-Marques, «Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales», 319 e ss.; Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis, e Stefan M. Kröll, «Chapter 5 Juridical Nature of Arbitration», em *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, 72–73; Oliveira, «Chapter 1: To What Degree Should Access to Justice Be Secured in Arbitration?», 20 e ss.; Paulsson, *The Idea of Arbitration*, 29 e ss.
[800] *Idem*.
[801] *Idem*.
[802] *Idem*.

executada? No fundo, a relação entre, por um lado, a arbitragem e, por outro lado, a lei e/ou os tribunais estaduais de um ou mais Estados, ou a inexistência de relação (a deslocalização ou existência de arbitragens "anacionais"), é um elemento essencial para caracterizar a natureza da arbitragem, neste caso com especial enfoque na internacional, com consequências teóricas e práticas[803].

A verdade é que, em caso de falta de cumprimento voluntário da sentença arbitral pela parte que perdeu, a eficácia total da arbitragem requer a colaboração dos tribunais estaduais na execução coerciva da mesma, dado que os árbitros não gozam de "ius imperi"[804]. Como afirma Dário Moura Vicente, tal cooperação fundamenta-se, antes de mais, no reconhecimento da autonomia privada, inerente a uma sociedade liberal e ao funcionamento adequado do mercado económico, o que se justifica ainda mais no plano internacional, em que é necessária uma crescente mobilidade das sentenças judiciais e arbitrais para que tal mercado funcione, mas impõe-se, sobretudo, por respeito da autonomia contratual[805]. Com efeito, se os Estados preveem a possibilidade de as partes acordarem a cláusula arbitral, têm de assegurar um mecanismo que garanta a sua eficácia e a exequibilidade da sentença arbitral, sob pena de violação deste direito fundamental à autonomia privada das partes[806]. Além disso, tal exequibilidade é também exigida pelo direito fundamental constitucional à tutela jurisdicional efetiva, no qual o direito à arbitragem se insere[807]. Ora, para executarem as sentenças arbitrais nas respetivas ordens jurídicas estaduais, resta saber o que cada jurisdição estadual deve poder controlar no que se refere à arbitragem e à sentença arbitral, tanto doméstica, como internacional, tornando-se, quanto a esta última, também relevantes as relações entre tribunais estaduais de diferentes Estados. Mais uma vez, as respostas a estas questões dependem da representação da natureza da arbitragem internacional que cada Estado adota.

Quanto à natureza da arbitragem, quatro teorias têm sido identificadas: jurisdicional,

[803] Na colocação da questão da natureza da arbitragem, V. especialmente Oliveira, «Chapter 1: To What Degree Should Access to Justice Be Secured in Arbitration?», 20; Braghetta, *Anulação do Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Consequências Internacionais: visão a partir do Brasil*, 23 e ss, entre muitos outros já citados nas notas anteriores.
[804] Vicente, «Requirements for the Enforceability of Arbitral Awards: A Comparative Overview.», 84–85.
[805] *Idem*.
[806] A.III.2. pp. 110 e ss.
[807] A.II. pp. 8 e ss.

contratual, mista ou híbrida, e autónoma ou autonomista[808]. Segundo a teoria jurisdicional, o Estado autoriza a arbitragem e delega o poder jurisdicional no árbitro, desde que mantenha o poder para a regular, pelo que só existe arbitragem porque a lei local o permite e o árbitro assemelha-se a um juiz e aplica a lei local. Esta teoria assenta no poder do Estado para controlar e regular as arbitragens que têm lugar na sua jurisdição[809]. A teoria contratual dá preponderância ao caráter contratual da arbitragem, defendendo que o poder dos árbitros e o processo arbitral ocorrem com base, nos termos e na medida em que as partes acordarem, negando, assim a primazia ou controlo do Estado em relação à arbitragem. Entendem que a decisão arbitral é um contrato decorrente dos vários acordos que permitiram e regularam a arbitragem e, se não houver cumprimento voluntário, pode ser executada como um contrato[810]. A teoria mista ou híbrida combina os dois elementos das teorias anteriores, na medida em que a arbitragem depende dos dois elementos, já que tem origem na convenção de arbitragem (fundamento contratual), mas também constitui uma atividade jurisdicional, conduzindo a uma decisão com efeitos jurisdicionais, não podendo funcionar efetivamente sem suporte jurisdicional, não apenas de uma lei que regule a arbitragem, como também de um Estado no momento da execução das sentenças arbitrais[811].

Finalmente, a teoria autónoma ou autonomista presume que a arbitragem se desenvolve num regime próprio e, por isso, tem um caráter autónomo, que se pode analisar em função da sua utilização e do seu propósito, podendo, inclusive, operar fora das limitações do direito positivo ou dos sistemas jurídicos nacionais. A teoria autónoma é um desenvolvimento da teoria mista ou híbrida, que reconhece os elementos contratual e jurisdicional, mas acrescenta-lhes uma dimensão que está em sintonia com as formas modernas de arbitragem não-nacional, transnacional e deslocalizada, dado que não confere muito valor à sede da arbitragem e à respetiva lei. Segundo esta teoria, a arbitragem internacional comercial é um facto da vida, está adaptada às necessidades particulares do comércio internacional e a prática tem vindo a mostrar uma cada vez maior liberalização, quer através da regulação internacional no sentido do reconhecimento da validade das

[808] Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 120; Lew, Mistelis, e Kröll, «Chapter 5 Juridical Nature of Arbitration», 74–75; Oliveira, «Chapter 1: To What Degree Should Access to Justice Be Secured in Arbitration?», 20; Wambier, «A discussão sobre a disponibilidade do controle judicial da sentença arbitral e seus limites», 9–10.
[809] *Idem*.
[810] *Idem*. Lew, Mistelis, e Kröll, «Chapter 5 Juridical Nature of Arbitration», 77–78.
[811] *Idem*. Lew, Mistelis, e Kröll, «Chapter 5 Juridical Nature of Arbitration», 79–80.

convenções de arbitragem e da facilitação da exequibilidade das sentenças arbitrais (através das Convenções de Genebra de 1923-1927, da CNI e da LMU, entre outros), quer pela aprovação de leis nacionais mais liberais[812]. Para alguns autores, esta é a teoria que prevalece actualmente[813], enquanto que para outros é a mista ou hibrida[814].

Considerando o fundamento jurídico da arbitragem, citando Jan Paulsson[815], ou a fonte (ou fontes) de validade e legitimidade do processo e da sentença arbitrais, segundo Emmanuel Gaillard[816], a doutrina tem distinguido, essencialmente, três grandes diferentes representações ou abordagens da arbitragem, embora em cada uma delas haja nuances e evoluções diferentes, que são desenvolvimentos ou variações das anteriores, mas que se podem agrupar, em geral, deste modo: a territorialista, a pluralista e a transnacional ou autonomista[817]. Segundo a representação territorialista, a arbitragem tem de estar localizada num sistema jurídico nacional, que legitima e regula toda a arbitragem, os poderes jurisdicionais dos árbitros, as regras aplicáveis, os efeitos das decisões arbitrais, bem como os meios de controlo das mesmas, que é a lei da sede da arbitragem e age como lei do foro (*lex arbitri*). Esta tese foi fortemente defendida por F.A. Mann, tendo marcado a história da arbitragem em Inglaterra e as várias leis inglesas, sendo ainda hoje aquela que prevalece no direito inglês[818].

---

[812] *Idem*. Lew, Mistelis, e Kröll, «Chapter 5 Juridical Nature of Arbitration», 81–82; Julian D. M. Lew, «Achieving the Dream: Autonomous Arbitration», ed. William W. Park, *Arbitration international*, Oxford University Press, 22, n. 2 (2006): 179–203; Racine, «Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international (II.- L'arbitrage, Deuxième Séance)», 310–11 e ss.

[813] Born, «Chapter 1: Overview of International Commercial Arbitration (updated November 2023)», 93–95; Fouchard, *L'Arbitrage Commercial International*, II:26 e 27; Lew, Mistelis, e Kröll, «Chapter 5 Juridical Nature of Arbitration», 82.

[814] Braghetta, *Anulação do Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Consequências Internacionais: visão a partir do Brasil*, 26; Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 120; Oliveira, «Chapter 1: To What Degree Should Access to Justice Be Secured in Arbitration?», 22; Wambier, «A discussão sobre a disponibilidade do controle judicial da sentença arbitral e seus limites», 10.

[815] Paulsson, *The Idea of Arbitration*, 29.

[816] Gaillard, «The Present – Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: International Arbitration as a Transnational System of Justice», 67.

[817] Braghetta, *Anulação do Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Consequências Internacionais: visão a partir do Brasil*, 26 e ss.; Gaillard, *Legal theory of international arbitration*; Gharavi, *The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award.*; Jourdan-Marques, «Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales», 321 e ss.; Oliveira, «Chapter 1: To What Degree Should Access to Justice Be Secured in Arbitration?», 21; Paulsson, *The Idea of Arbitration*, 29 e ss.; Vicente, «Requirements for the Enforceability of Arbitral Awards: A Comparative Overview.», 86 e ss.

[818] Dickson, *Judicial Control of Arbitration - Great Britain*, *maxime* 89 e ss.; Gaillard, *Legal theory of international arbitration*, 15 e ss.; Gaillard, «The Present – Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: International Arbitration as a Transnational System of Justice», 67 e ss.; Oliveira, «Chapter 1: To

A segunda abordagem, a pluralista, começou por partir do pluralismo jurídico e das críticas à teoria territorialista, assentando na ideia de que uma pluralidade de sistemas jurídicos diferentes são relevantes e regulam a arbitragem internacional, não só a lei da sede da arbitragem, como também as leis dos locais da execução da sentença arbitral, tendo subsequentemente evoluído e sido revista por um dos seus principais defensores Jan Paulsson[819] e sendo aquela que subjaz, segundo outro seu defensor, Dário Moura Vicente, à CNI e ao direito português[820]. Na versão revista de Jan Paulsson[821], a arbitragem internacional não depende diretamente da lei e dos tribunais judiciais da *lex arbitri*, nem de uma ordem jurídica autónoma ideal, mas é regulada por uma pluralidade de sistemas jurídicos, funcionando de modo autónomo como um sistema arbitral (apresentando, neste ponto, uma similitude com a conceção autonomista), mas que também precisa, de tempos a tempos, da assistência dos tribunais estaduais. Os Estados, ao permitirem a execução das sentenças arbitrais na sua ordem jurídica, aceitam este pluralismo que regula a arbitragem[822].

Por sua vez, na representação autonomista ou transnacional, desenvolvida principalmente em França[823], por Berthold Goldman, Philippe Fouchard, Emmanuel

What Degree Should Access to Justice Be Secured in Arbitration?», 21; Paulsson, *The Idea of Arbitration*, 32 e ss.; Pieter Sanders, *Quo Vadis Arbitration? Sixty Years of Arbitration Practice a Comparative Study* (The Hague: Kluwer law international, 1999); Vicente, «Requirements for the Enforceability of Arbitral Awards: A Comparative Overview.», 86–87.

[819] Paulsson, *The Idea of Arbitration*, 45.

[820] Vicente, *Da arbitragem comercial internacional*, 89–90.

[821] Oliveira, «Chapter 1: To What Degree Should Access to Justice Be Secured in Arbitration?», 21; Paulsson, *The Idea of Arbitration*, 45 que o próprio até designa como quarta conceção para além da territorialista, pluralista e autonomista ou transnacional.

[822] *Idem*, 46-48.Também em Jourdan-Marques, «Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales», 321 e ss. se pode encontrar uma análise da alteração dos pressupostos teóricos das teorias clássicas: ao invés de discutir se a arbitragem está ligada a uma ordem jurídica nacional, autónoma ou a várias, distingue os conceitos de ordem jurídica e de sistema jurídico e defende que a arbitragem é regulada por sistemas jurídicos diversos, que podem ser estaduais ou não estaduais, i.e., sem ligação a qualquer Estado. V., também, Arroyo, «Denationalising private international law - a law with multiple adjudicators and enforcers», a constatação da desnacionalização e descentralização da resolução de litígios e da execução das decisões.

[823] Tal representação, ou entendimentos decorrentes da mesma, foram também adotados noutros países, como a Bélgica, que chegou a ter uma solução legal que não permitia a ação de anulação, a Suíça, a Suécia, entre outros, que preveem a possibilidade de renúncia por acordo das partes à anulação da sentença arbitral na arbitragem internacional e nalgumas decisões jurisprudenciais, como nos EUA ou noutros países, conforme abordarei em B.V.1. pp. 243 e ss. Entre outros citados, V. Philippe Fouchard, «La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine», *Revue de l'Arbitrage, Comité Français de l 'Arbitrage* 1997, n. 3 (1997): 334 e ss.; Emmanuel Gaillard, «L' exécution des sentences annulées dans leur pays d' origine», *Journal du Droit international, 125 année*, Editions du Juris-Classeur, n. 3-Juillet-Août-Septembre (1998): 645–74; Jan Paulsson, «Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding Local Standard Annulments», *Asian Pacific Law Review* 6, n. 2 (1998): 1 e ss.

Gaillard, entre outros[824], defende-se que a arbitragem internacional, pelas suas especificidades, não tem o seu fundamento jurídico numa ordem jurídica estadual, dependendo dela (como a *lex arbitri*), nem de uma pluralidade de ordens jurídicas nacionais, mas sim numa ordem jurídica autónoma própria, com os seus princípios e regras específicos. Dentro dos defensores desta abordagem, constatam-se também algumas diferenças, já que para Philippe Fouchard a arbitragem comercial internacional é separada e desligada de todos os quadros estaduais, submetida a normas e autoridades verdadeiramente internacionais, recorrendo a expressões como "supranacionais", "extranacionais" ou "a-nacionais"[825], posição que foi também adotada pela jurisprudência da *Cour de Cassation* nos casos Norsolor c. Pabalk[826], Chromalloy vs. República do Egito[827], Hilmarton c. OTV[828], Putrabali c. Rena Holding[829], entre outros[830], enquanto que Emmanuel Gaillard defende que a arbitragem internacional está ancorada na coletividade dos sistemas jurídicos, ou seja, não rejeita os Estados e respetivas leis estaduais, mas contempla-os coletivamente, mais do que individualmente. De acordo com Emmanuel Gaillard, a representação autónoma ou transnacional não se confunde com uma a-nacional, já que a fonte de validade e legitimidade

[824] Fouchard, *L'Arbitrage Commercial International*; Gaillard, *Legal theory of international arbitration*; Gaillard, «The Present – Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: International Arbitration as a Transnational System of Justice»; Paulsson, *The Idea of Arbitration*, 39; Racine, «Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international (II.- L'arbitrage, Deuxième Séance)», 328; Vicente, «Requirements for the Enforceability of Arbitral Awards: A Comparative Overview.», 87.

[825] Fouchard, *L'Arbitrage Commercial International*, II:23.

[826] «Soc. Pabalk Ticaret Ltd Sirketi v. Soc. anon. Norsolor, Cour de Cassation (1re Ch. Civ.), 3 October 1984», *Journal of International Arbitration* 2, n. 2 (1985): 67–76.

[827] «République arabe d'Egypte v. Société Chromalloy Aero Services, Cour d'appel de Paris (1Ch. C), 14 January 1997», *Revue de l'Arbitrage, Comité Français de l 'Arbitrage* 1997, n. 3 (1997): 395–98; «Chromalloy Aeroservices v. République arabe d'Egypte, Tribunal de District des États-Unis pour le District de Columbia, 31 July 1996», *Revue de l'Arbitrage, Comité Français de l'Arbitrage* 1997, n. 3 (1997): 439–49.

[828] C. Cass., civ 1, n.º 92-15.137, 23.03.1994; C. cass., civ 1, n.º R 95-18.403, 10.06.1997; «Société OTV v. société Hilmarton, Cour de Cassation (1Ch. civ.), 10 June 1997», *Revue de l'Arbitrage, Comité Français de l'Arbitrage* 1997, n. 3 (1997): 376–376.

[829] «Société PT Putrabali Adyamulia v. Société Rena Holding et Société Mnogutia Est Epices, Cour de cassation (1re Ch. Civile), 29 June 2007», *Revue de l'Arbitrage, Comité Français de l'Arbitrage* 2007, n. 3 (2007): 507–15.

[830] Born, «Chapter 26: Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards (Updated September 2022)», 3760–4081, §26.05.8[a]; Braghetta, *Anulação do Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Consequências Internacionais: visão a partir do Brasil*, 114 e ss.; Nadia Darwazeh, «Article V(1)(e)», em *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, ed. Herbert Kronke e Patrícia Nacimiento, Kluwer Law International, 2010, 334 e ss.; Gaillard, «L' exécution des sentences annulées dans leur pays d' origine»; Georgios C. Petrochilos, «Enforcing Awards Annulled in Their State of Origin under the New York Convention», *The International and Comparative Law Quaterly* 48, n. 4 (1999): 863–74; Thomas H. Webster, «Evolving Principles in Enforcing Awards Subject to Annulment Proceedings», *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, 23, n. 3 (2006): 212 e ss.

do processo arbitral é encontrada na atividade normativa coletiva dos Estados (através de instrumentos como as Convenções de Genebra, a CNI, a LMU, entre outros)[831].

Sob o prisma da judicialização, governo e legitimidade da arbitragem, Alec Stone e Florian Grisel[832] analisam três modelos de administração ou governo arbitral para analisar a judicialização da arbitragem, distinguindo o contratual, o judicial e o pluralista-constitucional, que acabam por ser um outro ponto de vista sobre a natureza da arbitragem internacional[833]. O modelo pluralista-constitucional assenta numa administração e regulação transnacional da arbitragem, não ligada a um, mas a vários sistemas jurídicos, sendo nacional, internacional e transnacional, em que a vertente constitucional decorre da ratificação, por múltiplos países, de instrumentos internacionais, como a CNI, que exercem funções constitucionais e criam uma constituição económica de princípios gerais e direitos fundamentais aceites pelos Estados-Contratantes[834].

Concordamos com Leonardo V. P. Oliveira quando encontra relação e similitudes entre as teorias ora explanadas, nomeadamente entre a jurisdicional, territorial e judicial, e entre a mista ou hibrida, a pluralista na versão revista de Jan Paulsson e a pluralista-constitucional[835]. Na minha opinião, não há dúvida de que a arbitragem tem uma natureza mista ou híbrida, sendo contratual na sua origem e jurisdicional na sua função e efeitos, devendo, por isso, também respeitar os direitos processuais fundamentais que compõem o núcleo essencial do direito fundamental de acesso à justiça e a uma tutela jurisdicional efetiva. Concordo, igualmente, com aqueles que sublinham que a arbitragem e, em especial, a internacional, tem vindo a desenvolver-se e a afirmar-se nos seus princípios e regras, baseados numa crescente autonomia, com fontes de direito internacional (Convenções de Genebra, CNI, CEACI, CIACI), transnacional (LMU, instrumentos de *soft law*, regulamentos de arbitragem das instituições arbitrais) e nacionais, próprios e direcionados para que cumpra a sua função jurisdicional de modo seguro, justo e eficaz, ainda que haja, naturalmente, ligação a um ou mais sistemas jurídicos, estaduais ou não-estaduais e que, nalguns momentos, necessite de recorrer à cooperação dos tribunais estaduais,

[831] Gaillard, *Legal theory of international arbitration*; Gaillard, «The Present – Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: International Arbitration as a Transnational System of Justice».
[832] Stone Sweet e Grisel, *The evolution of international arbitration*, 24 e ss.
[833] *Idem*. Oliveira, «Chapter 1: To What Degree Should Access to Justice Be Secured in Arbitration?», 21.
[834] *Idem*.
[835] Oliveira, «Chapter 1: To What Degree Should Access to Justice Be Secured in Arbitration?», 22.

nomeadamente na fase de execução das sentenças arbitrais. Deste modo, considero que a natureza da arbitragem internacional é híbrida, pluralista na versão revista de Jan Paulsson, pluralista-constitucional, e também autónoma no sentido de que o caminho tem sido e será o de cada vez maior autonomização para ser mais adequada às especificidades do comércio internacional e eficiente na prossecução dos seus fins, sem prejuízo das relações indispensáveis com outros sistemas jurídicos internacionais e/ou nacionais estaduais e/ou não-estaduais, nomeadamente nos meios de controlo necessários das sentenças arbitrais e na respetiva execução nas ordens jurídicas estaduais[836]. Como explicita Jean-Baptiste Racine[837] acerca da autonomia da arbitragem comercial internacional, o que lhe está subjacente é o pluralismo jurídico e a existência de uma normatividade privada, sem que seja uma autonomia ou independência total, pois a arbitragem não é um mundo fechado sobre si mesmo, mas depende das relações de colaboração ou coordenação com as outras ordens jurídicas estaduais.

2. Âmbito, natureza e função do direito à anulação das sentenças arbitrais na arbitragem internacional e distinção do direito ao respetivo reconhecimento e execução

O controlo das sentenças arbitrais na arbitragem internacional é um dos temas mais discutidos desde o século passado, incluindo o âmbito, o grau, o tipo e a natureza que deve ter e a relação que, nessa matéria, pode e/ou deve existir entre os tribunais estaduais e a arbitragem, inexistindo ainda hoje um consenso, variando as posições e regimes adotados em cada Estado, também em função da representação da arbitragem internacional de que partem[838]. Não há dúvida de que, pela ausência de poderes coercivos dos árbitros e para a

[836] Arroyo, «Denationalising private international law – a law with multiple adjudicators and enforcers»; Born, «Chapter 1: Overview of International Commercial Arbitration (updated November 2023)», 93–95; Petsche, *The Growing Autonomy of International Commercial Arbitration*; Racine, «Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international (II.- L'arbitrage, Deuxième Séance)». Daí que o termo "hibrida" foi propositadamente utilizado para não se confundir com a posição mista, e sim para incluir também a natureza e evolução cada vez mais autónomas da arbitragem internacional.

[837] Racine, «Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international (II.- L'arbitrage, Deuxième Séance)», 308.

[838] Gary Born, «Chapter 25: Annulment of International Arbitral Awards (Updated January 2023)», em *International Commercial Arbitration*, Third Edition (Kluwer Law international; Kluwer Law International, 2021), 3421–3690; Born, «Chapter 26: Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards (Updated September 2022)»; Braghetta, *Anulação do Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Consequências*

sua eficácia total como método de resolução de litígios, quer eventualmente antes ou durante o processo arbitral, quer, sobretudo, em caso de incumprimento voluntário da sentença arbitral, as partes necessitam da cooperação dos tribunais estaduais ou de outras entidades públicas. Daí que, pelo menos quando exercem os seus poderes coercivos de executar as sentenças arbitrais, os tribunais estaduais podem e devem ter algum controlo da arbitragem[839]. Em particular, podem e devem aferir os requisitos mínimos da existência de uma convenção de arbitragem válida e do modo como os árbitros exerceram os poderes conferidos pela mesma[840].

Por outro lado, se houver um controlo excessivo, no seu âmbito[841], ou múltiplo, em

Internacionais: visão a partir do Brasil, 27 e ss.; Brozolo, Luca G. Radicati di, «The Present – Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: The Control System of Arbitral Awards: A Pro-Arbitration Critique of Michael Reisman's "Architecture of International Commercial Arbitration"», em *Arbitration: The Next Fifty Years*, Albert Jan van den Berg, vol. 16, ICCA Congress Series (ICCA & Kluwer Law International, 2012), 74–102; Carmona, *Arbitragem e processo*, 28, 270 e ss.398 e ; Beatrice Castellane, «The New French Law on International Arbitration», *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, 28, n. 4 (2011): *maxime* 378 e ss.; Craig, «Uses and Abuses of Appeal from Awards»; Dickson, *Judicial Control of Arbitration - Great Britain*; Fouchard, *L'Arbitrage Commercial International*, II:25 e ss.461 e ; Philippe Fouchard, «Suggestions pour accroître l'efficacité internationale des sentences arbitrales», *Revue de l'Arbitrage, Comité Français de l'Arbitrage* 1998, n. 4 (1998): 653–72; Gaillard, *Legal theory of international arbitration*, *maxime* 135 e ss.; Gaillard, «The Present – Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: International Arbitration as a Transnational System of Justice»; Gharavi, *The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award.*; Jourdan-Marques, «Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales», 315 e ss. *maxime* 395; Krūmiņš, *Arbitration and Human Rights, Approaches to Excluding the Annulment of Arbitral Awards and Their Compatibility with the ECHR*, 93 e ss.; Willian W. Park, «Judicial Supervision of Transnational Commercial Arbitration: The English Arbitration Act of 1979», *Harvard International Journal* 21 (1980): 87–127; Park, «Why Courts Review Arbitral Awards»; Petsche, *The Growing Autonomy of International Commercial Arbitration*, 99 e ss.; Racine, «Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international (II.- L'arbitrage, Deuxième Séance)»; Reisman, W Michael, Richardson, Brian, «The Present – Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: Tribunals and Courts: An Interpretation of the Architecture of International Commercial Arbitration», em *Arbitration: The Next Fifty Years*, Albert Jan Van Den Berg (ed), vol. 16, ICCA Congress Series (ICCA & Kluwer Law International, 2012), 17–65; Seraglini e Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 917 e ss.; Vicente, «Requirements for the Enforceability of Arbitral Awards: A Comparative Overview.»; Zocal, *Jurisdição do árbitro para a anulação de sentenças arbitrais*.

[839] Abedian, «Judicial Review of Arbitral Awards in International Arbitration – A Case for an Efficient System of Judicial Review»; Braghetta, *Anulação do Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Consequências Internacionais: visão a partir do Brasil*, 27 e ss.; Caramelo, *A impugnação da Sentença Arbitral*, 7 e ss.; Craig, «Uses and Abuses of Appeal from Awards», 182; Ferrari, «Plures Leges Faciunt Arbitrum»; Galvão Teles, «Recurso para Tribunal Constitucional das Decisões dos Tribunais Arbitrais», 599; Jourdan-Marques, «Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales», 3 e ss.; Park, «Judicial Supervision of Transnational Commercial Arbitration: The English Arbitration Act of 1979», 90 e ss.; William W. Park, «Duty and Discretion in International Arbitration», *93 American Journal of International Law* 805 (1999): 10; Park, «Why Courts Review Arbitral Awards»; Vicente, «Requirements for the Enforceability of Arbitral Awards: A Comparative Overview.», 85 e ss.

[840] *Idem*.

[841] Como, por exemplo, foi muito discutido a propósito da possibilidade do controlo do mérito das sentenças arbitrais pelos tribunais estaduais, sendo que, atual e internacionalmente, a regra é a da inexistência de recurso

várias ordens jurídicas[842], das sentenças arbitrais, prolongando e passando o litígio para novos processos judiciais (possivelmente demorados) em diferentes tribunais estaduais e, eventualmente, com resultados díspares e/ou incompatíveis, não só há um desrespeito pela escolha das partes de excluir a resolução do litígio dos tribunais estaduais, como também a arbitragem internacional perde ou vê significativamente diminuídas as vantagens visadas com a sua escolha, tais como a neutralidade, a liberdade e flexibilidade contratual na escolha dos árbitros e dos vários elementos aplicáveis à arbitragem, a maior celeridade, a eficiência e a definitividade na obtenção de uma resolução do litígio, entre outras possíveis[843].

Uma vez proferida uma sentença em arbitragem comercial internacional, há atualmente, em regra, quer à luz do direito internacional, quer das legislações nacionais, dois mecanismos de controlo da mesma[844]: a ação de anulação da sentença arbitral, que é consagrada, em regra, como o principal – na maioria dos casos, exclusivo –, meio de impugnação pelas partes, complementado e/ou articulado com a oposição à execução da sentença arbitral, e o processo de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais

de mérito, salvo se as partes acordarem nesse sentido. Como referirei adiante, este tema é muito caro no direito inglês, onde encontramos a exceção.

[842] O que, aliás, conduziu a que a CNI tivesse como um dos fins principais a eliminação do *double exequatur*, como também explicitarei adiante.

[843] Craig, «Uses and Abuses of Appeal from Awards», 181 e ss.; Jourdan-Marques, «Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales», 359 e ss.; Park, «Duty and Discretion in International Arbitration», 10–11.

[844] Artigos 46.º, 54.º e 55.º a 57.º da LAP, Secções 67 e 68 da LAI, 1514 e ss. e 1518 e ss. do CPCF e 32 e 33, 34 a 40 da LAB. V. Born, «Chapter 25: Annulment of International Arbitral Awards (Updated January 2023)»; Born, «Chapter 26: Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards (Updated September 2022)»; Nigel Blackaby et al., «10. Challenge of Arbitral Awards», em *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Seventh edition (Kluwer Law International; Oxford University Press, 2023); Nigel Blackaby et al., «11. Recognition and Enforcement of Arbitral Awards», em *Redfern and hunter on International Arbitration*, Seventh Edition (Kluwer Law International; Oxford University Press, 2023), 1–40; Braghetta, *Anulação do Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Consequências Internacionais: visão a partir do Brasil*, 203 e ss.; Catherine Bratic, «"The parties hereby waive all recourse... but not that one" Why parties adopt exclusion agreements and why courts hesitate to enforce them», *Dispute Resolution International* 12, n. 2 (2018): 108 e ss.; Caramelo, *O reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras*; Caramelo, *A impugnação da Sentença Arbitral*, 7 e ss.; Carmona, *Arbitragem e processo*, 390 e ss.; Craig, «Uses and Abuses of Appeal from Awards», 182 e ss.; Dickson, *Judicial Control of Arbitration - Great Britain*; Ferrari, «Plures Leges Faciunt Arbitrum», 590 e ss.; Gharavi, *The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award.*, 12 e ss.; Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 295 e ss.; Jourdan-Marques, «Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales», 159 e ss.; Petsche, *The Growing Autonomy of International Commercial Arbitration*, 99 e ss.; Hendrik Puschmann et al., *Butterworths Challenges in Arbitration: Challenges against Arbitrators, Awards and Enforcement in England and Wales* (London: Lexis Nexis UK, 2019), *maxime* 215 e ss.; Dário Moura Vicente et al., *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 5.ª revista e atualizada (Almedina, 2021), 175 e ss.199 e 205 e 208 e ; Wald, «Os meios judiciais do controle da sentença arbitral»; Flávio Luiz Yarshell, «Ação anulatória de julgamento arbitral e ação rescisória», ed. Arnoldo Wald, *Revista de Arbitragem e Mediação* Ano 2, n. 5 (2005): 95–99; Zocal, *Jurisdição do árbitro para a anulação de sentenças arbitrais*, 18 e ss.

estrangeiras ou não-nacionais em cada ordem jurídica[845]. Com efeito, após ampla discussão quanto à possibilidade de recurso do mérito das sentenças arbitrais para os tribunais estaduais, a maioria das fontes de direito da arbitragem prevê a regra da inexistência deste meio de impugnação, salvaguardando a autonomia da arbitragem nesta área, salvo algumas exceções em que o recurso é possível, como, por exemplo, no caso inglês, ainda assim em termos limitados[846].

2.1. No direito internacional geral e regional

A nível internacional, enquanto a CNI regula, de forma uniforme ou, pelo menos, harmonizada, o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, ou que não sejam consideradas domésticas, na ordem jurídica em que aqueles estão a ser pedidos[847], diferentemente, no que se refere ao controlo que deve ser exercido pelos tribunais estaduais na ação de anulação de sentença arbitral na arbitragem internacional, inexiste um instrumento internacional que o regule de forma uniforme ou que estabeleça alguns princípios e/ou regras de articulação, com idêntica ou similar aceitação[848]. Assim, o regime

[845] Além disso, e apesar de não serem objeto da presente tese, pode também haver possibilidade de recursos extraordinários de revisão e/ou recurso para o Tribunal ou Corte ou Conselho Constitucional, quando previstos nas ordens jurídicas estaduais. Sobre este tema, V. em Portugal, artigos 696.º e ss. do CPCP e 204.º e 280.º da CRP e, ainda, 70.º e 73.º ss. da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional (Lei n.º 28/82, de 15.11); em França, artigos 1502, 1503 e 1506/5.º do CPCF e 23 e ss. do Decreto n.º 58-1067 de 7 de novembro 1958 relativo à lei orgânica do Conselho Constitucional, com as alterações entretanto introduzidas; no Brasil, artigos 102.º/I/j) e III da CFB e 966.º e ss. do CPCB; V., ainda, Caramelo, *A impugnação da Sentença Arbitral*, 11; Cordeiro, *Tratado da arbitragem*, 435; Galvão Teles, «Recurso para Tribunal Constitucional das Decisões dos Tribunais Arbitrais»; Gustavo Favero Vaughn, *Arbitragem Comercial e Controle de Constitucionalidade*, Dissertação de Mestrado (Universidade de São Paulo, Faculdade de direito, 2021); Mendes, «A nova lei de arbitragem voluntária e as formas de impugnação das decisões arbitrais (algumas notas)», 750–52; Monteiro, «Do recurso de decisões arbitrais para o Tribunal Constitucional»; Pinheiro, *Arbitragem Transnacional - A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, 174; Poudret et al., *Comparative Law of International Arbitration*, 786 e ss.; Seraglini e Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 25–26 e 959 e ss.; Silva, «Constitucionalidade e Arbitragem. Controlo de constitucionalidade por tribunais arbitrais e controlo de constitucionalidade de decisões arbitrais.», 92 e ss.; Wald, «Os meios judiciais do controle da sentença arbitral», 55–56; Yarshell, *Ação rescisória*.

[846] Secção 69 da LAI, entre outros casos. *Idem*. Caramelo, *A impugnação da Sentença Arbitral*, 7 e ss.; Dickson, *Judicial Control of Arbitration - Great Britain*; Lord David Hacking, «The "Stated Case" Abolished: The United Kingdom Arbitration Act of 1979», *International Lawyer*, 1980, 95–102; Mark Littman, «England Reconsiders the State Case», *International Lawyer* 13, n. 2 (1979): 253–59; Park, «Judicial Supervision of Transnational Commercial Arbitration: The English Arbitration Act of 1979»; Puschmann et al., *Butterworthgs Challenges in Arbitration*, 273 e ss.; Vicente et al., *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 146 e ss e 205.

[847] Artigo I.

[848] Além do próprio teor das convenções internacionais, da LMU e das legislações nacionais, V. Craig, «Uses and Abuses of Appeal from Awards»; Gharavi, *The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award.*, 12 e ss.59 e ss.

de impugnação das sentenças arbitrais encontra-se previsto, principalmente, em cada ordem jurídica estadual[849], podendo, quando muito, inferir-se algumas regras e princípios internacionais dos instrumentos internacionais sobre arbitragem comercial internacional[850].

O primeiro regime jurídico internacional quanto às convenções de arbitragem e ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais surgiu, respetivamente, com o Protocolo de Genebra de 1923 e a Convenção de Genebra de 1927[851]. Embora estes instrumentos internacionais tenham sido um progresso no que toca ao reconhecimento e execução das sentenças arbitrais, continham algumas regras que dificultavam a circulação das sentenças arbitrais[852]. Entre estas regras, destacam-se a do ónus da prova dos vários requisitos para o reconhecimento e a execução estar a cargo da parte que o requeria[853], ou a que estabelecia um âmbito amplo desses requisitos, dando espaço para a invocação de defesas específicas de direito nacional do Estado da execução, como sucedia, por exemplo, ao requerer a prova da ausência de violação pela sentença da ordem pública ou de princípios de direito desse Estado[854]. Outra regra criticada era a de se exigir a prova pela parte requerente de que a sentença arbitral era definitiva ("final") na jurisdição estadual em que havia sido proferida, ou seja, insuscetível de qualquer recurso ou de qualquer ação pendente em que se contestasse a sua validade nessa ordem jurídica, antes de ser reconhecida e executada no Estado da execução[855], o que era entendido, por alguma doutrina, como o requisito do *double exequatur* da sentença, i.e., na necessidade de reconhecimento no Estado em que a sentença arbitral tinha sido proferida para obter o reconhecimento e execução no Estado em que estes são

[849] *Idem*.
[850] Born, «Chapter 25: Annulment of International Arbitral Awards (Updated January 2023)», 3423–32; Craig, «Uses and Abuses of Appeal from Awards», 204; Fouchard, «La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine», 330.
[851] Born, «Chapter 26: Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards (Updated September 2022)», 3718 e ss.; Braghetta, *Anulação do Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Consequências Internacionais: visão a partir do Brasil*, 40 e ss.; Caramelo, *O reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras*, 7 e ss.; Darwazeh, «Article V(1)(e)», 305 e ss.; Fouchard, *L'Arbitrage Commercial International*, II:33 e ss.; Gharavi, *The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award.*, 45 e ss.; Paulsson, «Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding Local Standard Annulments», 8–10; Seraglini e Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 77 e ss.
[852] *Idem*.
[853] Artigo 1.
[854] Artigo 1/e).
[855] Artigo 1/d).

pedidos[856].

A CNI foi um dos passos mais relevantes para o desenvolvimento da arbitragem internacional. Nasceu de um projeto apresentado pela CCI na ONU, em matéria de execução de sentenças arbitrais, revolucionário e liberal, por pretender introduzir o conceito de sentença arbitral internacional, desligado dos limites das leis nacionais, e exequível na medida em que estivesse de acordo com a convenção de arbitragem, essencial ao desenvolvimento do comércio internacional[857]. Este projeto, porém, foi revisto pelo Conselho Económico e Social ("CES") da ONU, que acabou por produzir outro projeto e relatório mais conservador, situado entre a Convenção de Genebra de 1927 e o projeto proposto pela CCI[858]. Perante as posições divergentes sobre o projeto da CCI e, depois, sobre o projeto revisto pelo CES da ONU, inexistindo consenso quanto ao âmbito do controlo estadual que deveria existir, em que alguns Estados queriam proteger o seu controlo sobre o processo arbitral e os árbitros[859], acabou por se procurar um equilíbrio entre facilitar a execução das sentenças arbitrais e, ao mesmo tempo, "manter os princípios de justiça geralmente reconhecidos" e o respeito pela soberania dos Estados[860]. Assim, por exemplo, ao invés de se referir a "sentenças arbitrais internacionais" no título da CNI, ficou apenas "sentenças arbitrais estrangeiras" e também as que não sejam consideradas nacionais na ordem jurídica em causa[861]. Com efeito, a heterogeneidade das leis nacionais de arbitragem e as divergências nas posições em relação à arbitragem internacional, conjugado com o objetivo de conseguir o maior número possível de ratificações em detrimento da qualidade

[856] Born, «Chapter 26: Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards (Updated September 2022)», 3718 e ss.; Caramelo, *O reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras*, 7 e ss.; Craig, «Uses and Abuses of Appeal from Awards», 186; Darwazeh, «Article V(1)(e)», 305; Fouchard, «La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine», 330; Gharavi, *The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award.*, 45 e ss.; Admitindo que parte da doutrina defendia que era exigido o «double exequatur», parece entender no sentido contrário, Braghetta, *Anulação do Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Consequências Internacionais: visão a partir do Brasil*.

[857] Braghetta, *Anulação do Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Consequências Internacionais: visão a partir do Brasil*, 47 e ss.; Gharavi, *The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award.*, 49 e ss. Para mais desenvolvimento, V. Travaux Préparatoires: Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958) | United Nations Commission On International Trade Law (Acesso em 13.02.2024).

[858] *Idem*.

[859] V. E/AC.42/SR.4, pp. 8 e ss.; E/AC.42/SR.5, p. 3 e ss.; E/CONF.26/4, Relatório consolidado pelo Secretário-Geral com as atividades das organizações intergovernamentais e não-governamentais no âmbito da arbitragem comercial internacional.

[860] V. E/AC.42/4, p. 5.

[861] *Idem*.

e da adoção de uma convenção clara, completa e progressiva[862], conduziu ao consenso mínimo possível naquele momento, o que, ao mesmo tempo, como sublinham Philippe Fouchard e Hamid Gharavi[863], entre outros, foi o que lhe trouxe bastante sucesso na adesão pelos Estados e no alcance dos objetivos pretendidos.

A CNI veio consagrar a regra de presunção da validade internacional das convenções de arbitragem internacionais[864] e das sentenças arbitrais proferidas no território de outros Estados, que não aquele em que está a ser requerido o reconhecimento e a execução, bem como a obrigação de os Estados as reconhecerem e executarem, salvo em determinadas exceções em que poderão recusá-lo[865]. Além disso, a CNI prevê que o reconhecimento e execução das sentenças arbitrais estrangeiras ou não-nacionais devem ser regulados pelas regras processuais aplicáveis no local da execução, que não podem ser substancialmente mais onerosas, nem mais dispendiosas do que as que regulam o reconhecimento e execução das sentenças arbitrais domésticas[866]. Ainda no que se refere ao regime jurídico aplicável ao

---

[862] Gharavi, *The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award.*, 51 e ss. O autor considera o texto da CNI ambíguo, quanto aos termos «binding award» ou «suspension» ou, ainda, pela alternativa entre Estado em que «a sentença foi proferida ou da lei segundo a qual foi proferida» previsto no Artigo V/1/e, incompleto, porque não resolve a questão da articulação entre o controlo judicial estadual na sede (anulação) com o do local da execução (regulado na CNI) e que, por isso, não procedeu a uma reforma profunda que resolvesse estas questões essenciais a um bom funcionamento do sistema de controlo internacional das sentenças arbitrais. V. também Braghetta, *Anulação do Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Consequências Internacionais: visão a partir do Brasil*, 63 e ss.; Em sentido diferente, explicitando que, embora seja verdade que a CNI não estabelece limites expressos quanto à extensão do controlo judicial das sentenças arbitrais nos tribunais estaduais do lugar em que, ou segundo a lei do qual, a sentença foi proferida, tais limites resultam implicitamente das regras consagradas neste instrumento internacional, V. Born, «Chapter 25: Annulment of International Arbitral Awards (Updated January 2023)», 3423 e ss.

[863] Fouchard, «Suggestions pour accroître l'efficacité internationale des sentences arbitrales», 663 e ss.; Gharavi, *The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award.*, 72–73; Bruno Leurent, «Reflections on the International Effectiveness of Arbitration Awards», *Arbitration International*, LCIA, 12, n. 3 (1996): 279; Paulsson, *The Idea of Arbitration*, 271–72.

[864] Born, «Chapter 25: Annulment of International Arbitral Awards (Updated January 2023)», 3432–47 Como destaca o autor, apesar de o âmbito de aplicação da CNI ter ficado limitado às sentenças arbitrais estrangeiras e não-domésticas, o Artigo II consagra a obrigação de reconhecimento pelos Estados de qualquer convenção de arbitragem internacional, que presume como válida.

[865] Artigos I a III e V. Bermann, «Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts», 30 e ss.; Born, «Chapter 26: Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards (Updated September 2022)», 3718–55; Caramelo, *O reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras*, 7 e ss.; Leurent, «Reflections on the International Effectiveness of Arbitration Awards», 279; Meulemeester e Lefebvre, «The New York Convention: An Autopsy of Its Structure and Modus Operandi», 417 e ss.; Seraglini e Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 77–78.

[866] Meulemeester e Lefebvre, «The New York Convention: An Autopsy of Its Structure and Modus Operandi», 417 e ss.; Seraglini e Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 77–79.

reconhecimento e execução das sentenças arbitrais estrangeiras ou não-nacionais, o artigo VII da CNI salvaguarda outros tratados multilaterais ou bilaterais, ou mesmo a lei nacional, que vigorem nos Estados nesta matéria e que sejam mais favoráveis do que o regime plasmado na CNI, reforçando o propósito central de favorecer o reconhecimento e execução das mesmas e de que o teor da convenção foi o consenso mínimo obtido[867].

William L. Craig sublinhou dois aspetos em que a CNI denota a natureza contratual da arbitragem e que a sentença arbitral tem valor em si mesma[868]. Um primeiro tem a ver com a obrigação de reconhecimento da validade e de execução das sentenças arbitrais estrangeiras proferidas noutro Estado, seja ou não parte da CNI, mesmo que se preveja a possibilidade de reservas de reciprocidade[869]. O segundo reside no facto de, contrariamente ao que era exigido na Convenção de Genebra de 1927 (*double exequatur*), a CNI estabelecer a obrigação de os Estados reconhecerem a "autoridade de uma sentença arbitral" (*binding award*) proferida noutro Estado, sem a necessidade de a sentença arbitral vinculativa para as partes ser definitiva ou reconhecida na ordem jurídica estadual desse Estado em que se sedeou a arbitragem[870]. De forma figurada, William L. Craig afirmou que a CNI serviu para ligar a convenção privada de arbitragem com a força coerciva estadual, fazendo-o sem "sufocar" a natureza privada da arbitragem com o "abraço" que lhe é dado pelas ideias sobre resolução de litígios do próprio Estado[871].

Os principais fins da CNI foram o de facilitar e tornar mais eficiente a circulação internacional das sentenças arbitrais, quer favorecendo o reconhecimento das convenções de arbitragem internacionais e a execução das sentenças arbitrais, através da consagração da presunção de validade das mesmas e da passagem do ónus da prova para a parte que se opõe aos respetivos reconhecimento e execução, quer eliminando a necessidade de duplo reconhecimento das sentenças arbitrais, ou seja, tanto no Estado da sede da arbitragem, como

[867] Darwazeh, «Article V(1)(e)», 334–35; Meulemeester e Lefebvre, «The New York Convention: An Autopsy of Its Structure and Modus Operandi», 417 e ss.; Paulsson, «Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding Local Standard Annulments»; Seraglini e Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 78–79.
[868] Craig, «Uses and Abuses of Appeal from Awards», 187.
[869] *Idem*. V. nota 3, quanto a Portugal (reserva de reciprocidade), quanto a Inglaterra (declaração de reciprocidade e reservas) e França (declaração de reciprocidade e de extensão).
[870] *Idem*. V. também Born, «Chapter 26: Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards (Updated September 2022)», 3718–55; Caramelo, *O reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras*, 7 e ss.
[871] Craig, «Uses and Abuses of Appeal from Awards», 190.

no da execução (*double exequatur*), para serem executadas internacionalmente[872]. É nesta linha de objetivos que a CNI veio estabelecer de forma exclusiva e exaustiva todos os fundamentos que podem ser invocados para recusar o reconhecimento e execução de uma sentença arbitral estrangeira ou não-nacional[873]. É também nesta linha que a interpretação da CNI deve ser realizada, nomeadamente de que não impõe a obrigação, e sim o poder discricionário, aos Estados de recusarem o reconhecimento e execução das sentenças arbitrais no caso de se verificar qualquer um dos fundamentos previstos no Artigo V (o que se confirma pela expressão "may be refused" na versão inglesa do mesmo, por sua vez coincidente com as versões russas, chinesa e espanhola, apesar de a versão francesa ter gerado discussão e controvérsia neste tópico[874]) e que os referidos fundamentos devem ser interpretados e aplicados de forma limitada[875]. O que, aliás, é também corroborado, quer pelo teor do Artigo VI da CNI que consagra, mais uma vez, o poder discricionário ("may, if it considers it proper, adjourn …") de, em caso de pendência de ação de anulação ou de suspensão da sentença requerida à autoridade competente referida no artigo V/1/e), diferir o momento da sua decisão relativa à execução e de exigir as garantias que considere adequadas, quer também pela regra do tratamento mais favorável ao reconhecimento e execução das sentenças arbitrais, previsto no artigo VII da CNI já referido[876].

---

[872] Born, «Chapter 25: Annulment of International Arbitral Awards (Updated January 2023)», 3423 e ss.; Born, «Chapter 26: Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards (Updated September 2022)», 3718–55; Caramelo, *O reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras*, 9; Craig, «Uses and Abuses of Appeal from Awards», 187; Darwazeh, «Article V(1)(e)», 301–4; Gharavi, *The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award.*, 55 e ss.; Pierre Lastenouse, «Why Setting Aside an Arbitral Award is not Enough to Remove it from the International Scene», *Journal of International Arbitration* 16, n. 2 (1999): 26–37; Leurent, «Reflections on the International Effectiveness of Arbitration Awards», 278–79; Paulsson, «Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding Local Standard Annulments», 7–8.

[873] Artigo V.

[874] V., por exemplo, em sentido contrário à posição prevalecente, Braghetta, *Anulação do Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Consequências Internacionais: visão a partir do Brasil*, 58–61.

[875] Bermann, «Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts», 31 e ss.; Born, «Chapter 26: Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards (Updated September 2022)», 3718–55; Caramelo, *O reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras*, 127–36 com algumas reservas perante ambiguidade e obscuridade dos termos utilizados nalgumas alíneas do artigo V da CNI; Cordeiro, *Tratado da arbitragem*, 542 e ss.; Darwazeh, «Article V(1)(e)», 366 e ss.; Lastenouse, «Why Setting Aside an Arbitral Award is not Enough to Remove it from the International Scene», 26–37; Paulsson, «Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding Local Standard Annulments», 6 e ss.; Marike R. P. Paulsson, «Chapter 6: Resisting Enforcement of Awards», em *The 1958 New York Convention in Action* (Kluwer Law International, 2016), 166 e ss.; Petrochilos, «Enforcing Awards Annulled in Their State of Origin under the New York Convention», 857–58; Vicente et al., *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 208 e ss.; Webster, «Evolving Principles in Enforcing Awards Subject to Annulment Proceedings», 203–5.

[876] *Idem*.

Os fundamentos consagrados, exaustivamente, no artigo V da CNI como exceções à presunção de validade e obrigação de reconhecimento das sentenças arbitrais estrangeiras e não-domésticas pelos Estados são os seguintes: incapacidade das partes e invalidade da convenção de arbitragem[877], violação de princípios fundamentais do processo arbitral[878] – correspondentes aos direitos fundamentais processuais, que os ingleses designam por "natural justice", os portugueses por "processo equitativo" ou os norte-americanos por "due process" e que também integram a vertente processual de ordem pública[879] –, ter a sentença decidido questões de que os árbitros não podiam conhecer (excesso de autoridade)[880], irregularidades na composição do tribunal arbitral ou no processo[881], sentença arbitral não obrigatória ou anulada ou suspensa no Estado em que, ou segundo a lei do qual[882], foi proferida[883], fundamentos que têm de ser alegados e provados pela parte que os invoca, e ainda a inarbitrabilidade do litígio[884] e a contrariedade do reconhecimento ou execução da sentença à ordem pública internacional do Estado, em que se coloca a questão[885], estes dois últimos podendo ser conhecidos oficiosamente pelos tribunais estaduais[886]. Têm, ainda, sido considerados outros fundamentos no âmbito do artigo V da CNI, apesar de não estarem expressamente previstos, como a falta de independência e imparcialidade do árbitro[887] e o caso de fraude[888].

No que respeita ao controlo efetuado pelos tribunais estaduais na anulação da sentença arbitral, a CNI não se pronuncia de uma forma clara – aludindo à mesma apenas nos Artigos

[877] Artigo V/1/a.
[878] Artigo V/1/b.
[879] A.III.4.4, pp. 140 e ss.
[880] Artigo V/1/c.
[881] Artigo V/1/d.
[882] Como esclarece Caramelo, *O reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras*, 181 esta referência a um segundo Estado ao abrigo de cuja lei a sentença foi proferida não tem hoje, praticamente, aplicação, dado que são raros os casos em que se permite sujeitar o processo arbitral à lei de outro Estado, como sucedia com algumas leis de arbitragem anteriores, como a francesa até 1981 e a inglesa até 1996. V. também Poudret et al., *Comparative Law of International Arbitration*, 92 e ss.
[883] Artigo V/1/e.
[884] Artigo V/2/a.
[885] Artigo V/2/b.
[886] Para maior desenvolvimento quanto aos fundamentos de recusa do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais, Born, «Chapter 26: Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards (Updated September 2022)», 3760–4081; Caramelo, *O reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras*, 127–221; Paulsson, «Chapter 6: Resisting Enforcement of Awards», 175 e ss.
[887] Artigo V/1/b ou d e V/2/b.
[888] Artigo V/2/b. V. Born, «Chapter 26: Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards (Updated September 2022)», 3760–4081.

V/1/e) e VI –, e não determina, precisa e expressamente, o âmbito e o efeito que a mesma tem ou deve ter no plano internacional[889]. Na verdade, apesar de o Secretário-Geral ter identificado a preocupação com a definição de sentença "final e operativa" por parte de alguns representantes dos Estados e de organizações internacionais e de evitar que criasse dificuldades práticas semelhantes à da exigência do duplo *exequatur*[890], o tema não foi suficientemente analisado e debatido, tendo ficado regulado de forma omissa e ambígua no Artigo V/1/e), o que, aliás, tem originado muita controvérsia quanto ao papel do Estado da sede no controlo da arbitragem internacional e à respetiva articulação com o do Estado da execução, ao abrigo da CNI[891].

Já nessa altura, o Secretário-Geral da ONU distinguiu três opções de regulação e/ou articulação do controlo judicial das sentenças arbitrais: a primeira, que seria revolucionária, implicaria a deslocalização das sentenças arbitrais, concentrando o respetivo controlo nos tribunais estaduais em que são pedidos o reconhecimento e execução, bastando-se com a apreciação dos fundamentos previstos na Convenção para a sua recusa, eliminando o papel do Estado da sede da arbitragem na fase da execução, por a sentença arbitral não ser inerente e não ter de ser conforme ao interesse público desse Estado, a não ser nos casos em que visasse a produção de efeitos jurídicos nele, evitando atrasos e incertezas; a segunda, que assentaria numa repartição do controlo judicial das sentenças arbitrais entre tribunais estaduais da sede da arbitragem e tribunais estaduais do local da execução, em que os primeiros seriam competentes para anulação com base nos fundamentos relativos a questões processuais e os segundos apreciariam os fundamentos relacionados com os interesses públicos de cada Estado, por exemplo, a violação da ordem pública; e a terceira opção, que estabeleceria o controlo judicial total pelos tribunais estaduais do local da execução sobre as sentenças arbitrais a que a Convenção se aplicasse, sendo que, em determinadas circunstâncias, alguns dos fundamentos previstos para impugnação podiam ser presumidos como inaplicáveis, a menos que tivessem sido invocados nos tribunais do Estado em que a sentença tenha sido proferida, nos termos e prazos previstos na lei desse Estado[892]. Apesar

[889] Gharavi, *The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award.*, 65 e ss.
[890] V. E/Conf.26/2, pp. 7 e ss., pontos 15 e ss.
[891] V. B.IV.3. pp. 229 e ss.
[892] V. E/Conf.26/2, pp. 7 e ss., pontos 15 e ss. Gharavi, *The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award.*, 65–67.

de estas alternativas constarem dos trabalhos preparatórios, não foram suficientemente debatidas e, pelo menos, a final, o que se retira dos artigos V/1/e) e VI da CNI é que há dois tipos de controlo estadual das sentenças arbitrais – a anulação no Estado da sede e o reconhecimento e execução no Estado da execução e que a pendência de anulação e a própria procedência da mesma na sede não impedem que a sentença seja exequível e possa ser executada noutros Estados, mas é um fundamento que pode conduzir à recusa ou à suspensão do reconhecimento e execução. Daí que se entenda que a CNI adotou uma via intermédia que reduziu, mas não eliminou o papel da sede arbitral[893], deixando, ao mesmo tempo, liberdade ao Estado da execução no que se refere à posição adotada quanto à anulação ou confirmação pelo Estado da sede da arbitragem. Quanto aos efeitos que a anulação pode ou deve ter a nível internacional, é um tema controverso e ainda em aberto[894].

No entanto, apesar de a CNI não regular expressamente a extensão do controlo judicial estadual na anulação das sentenças arbitrais, podem inferir-se alguns limites implícitos que devem ser atendidos nas ordens jurídicas estaduais, quanto ao âmbito, natureza e função do mesmo, nomeadamente, em matéria de anulação[895]. Das regras previstas na CNI, tais como a consagração da natureza também contratual da arbitragem, o reconhecimento, como presumivelmente válidas, não só das convenções arbitrais internacionais (e não apenas estrangeiras), e da respetiva lei que as regula, como também das sentenças arbitrais estrangeiras e não domésticas, salvo nos casos excecionais previstos no artigo V da CNI, entre outras, decorrem limites extensíveis aos fundamentos de todo e qualquer controlo judicial das sentenças arbitrais. Em particular, pode retirar-se, implicitamente, a regra da inexistência de recurso de mérito para os tribunais estaduais, salvo em determinados casos e sempre com um caráter excecional e restrito[896] e a regra de um controlo restrito e, principalmente, formal na anulação de sentenças arbitrais, que se aproxima mais da natureza

[893] Caramelo, *O reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras*, 200; Fouchard, «La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine»; Gharavi, *The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award.*, 55 e ss.; Lastenouse, «Why Setting Aside an Arbitral Award is not Enough to Remove it from the International Scene», 26–37; Paulsson, «Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding Local Standard Annulments»; Park, «Duty and Discretion in International Arbitration», 17–18; Petrochilos, «Enforcing Awards Annulled in Their State of Origin under the New York Convention», 888.
[894] B.IV.3. pp. 229 e ss.
[895] Born, «Chapter 25: Annulment of International Arbitral Awards (Updated January 2023)», 3423–32; Craig, «Uses and Abuses of Appeal from Awards», 204; Fouchard, «La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine», 330.
[896] Como sucede com a Secção 69 da LAI.

de um controlo extraordinário, na distinção entre recursos ordinários e extraordinários típica dos sistemas de *civil law*, para os casos de violações graves. Aliás, o facto de a LMU ter seguido os fundamentos estabelecidos na CNI, quer para o regime de anulação[897], quer para o de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais[898] é também prova disso.

Igualmente, a CIACI acolheu a mesma abordagem que a CNI, quer no que toca ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais comerciais, prevendo fundamentos para a sua recusa quase idênticos, quer no que se refere aos limites implícitos que a consagração de tais regras implica para a anulação de sentenças arbitrais[899].

Por sua vez, a CEAIC foi elaborada na sequência de um grupo especial de trabalho da Comissão Económica para a Europa, na ONU, criado em 1955 para dar o máximo de estabilidade ao tratamento da arbitragem internacional[900]. Pretendendo diminuir ou eliminar as disparidades entre as diferentes leis de arbitragem na Europa, que dificultavam o funcionamento da arbitragem comercial internacional, regula um âmbito abrangente, desde o procedimento arbitral, incluindo a determinação da lei aplicável, aos fundamentos de invalidade da sentença arbitral. Assim, diferentemente da CNI e CIAIC, a CEAIC regula expressamente a questão do âmbito da ação de anulação no Estado da sede da arbitragem (o Estado em que, ou da lei segundo a qual, a sentença foi proferida[901]), estabelecendo que a anulação somente constitui fundamento de recusa de reconhecimento ou execução das sentenças arbitrais em questão se se tiver baseado nos fundamentos que prevê no respetivo artigo IX/1, que correspondem aos estabelecidos nas alíneas a) a d) do artigo V/1 da CNI, excluindo a aplicação do estatuído na alínea e) do artigo V da CNI nas relações entre Estados-Partes de ambas as Convenções[902]. Consequentemente, esta disposição da CEAIC limita indiretamente o efeito internacional da anulação das sentenças arbitrais, a não ser que tenha por base fundamentos considerados internacionalmente como comuns a todos os

[897] Artigo 34.
[898] Artigo 36.
[899] Born, «Chapter 25: Annulment of International Arbitral Awards (Updated January 2023)», 3423–32; Berg, «The New York Convention 1958 and Panama Convention 1975: Redundancy or Compatibility?»
[900] Braghetta, *Anulação do Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Consequências Internacionais: visão a partir do Brasil*, 65; Fouchard, *L'Arbitrage Commercial International*, II:38 e ss.; Gharavi, *The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award.*, 73; Kopelmanas, «La Place de la Convention Européenne sur L'Arbitrage Commercial International du 21 avril 1961 dans L' Évolution du Droit International de L'Arbitrage», 331 e ss.; Seraglini e Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 79–80.
[901] Mantém o critério estabelecido no artigo V/1/e da CNI.
[902] Artigo IX/2 CEAIC.

Estados, os quais estariam ligados à invalidade da convenção de arbitragem, do processo ou da sentença arbitrais em si mesmos[903].

Embora tenha ido mais longe na regulação dos efeitos da anulação no Estado da sede da arbitragem, não estabelece, nem delimita os fundamentos pelos quais cada Estado-Contratante pode anular uma sentença arbitral na arbitragem comercial internacional e não foi ratificada por alguns centros de arbitragem europeus relevantes como Inglaterra, Suíça e Suécia, entre outros[904]. Ainda que tenha havido esse intuito de ir mais longe, as divergências entre os sistemas jurídicos nacionais, por um lado, e o desejo de não contradizer a CNI, por outro, conduziram ao consenso possível quanto aos efeitos da anulação, limitados a determinados fundamentos, no Estado da execução, não se preocupando com a competência jurisdicional internacional para anular a sentença[905].

Deste modo, conclui-se que, internacionalmente, o âmbito, função e natureza do direito à anulação das sentenças arbitrais na arbitragem internacional não se encontra regulado expressamente, mas apenas implicitamente, havendo algumas regras e limites traçados, deixando-se espaço – mais amplo do que em matéria de reconhecimento e execução de sentenças – às ordens jurídicas estaduais para regularem a matéria.

---

[903] Born, «Chapter 25: Annulment of International Arbitral Awards (Updated January 2023)», 3423–32; Braghetta, *Anulação do Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Consequências Internacionais: visão a partir do Brasil*, 69–70; Fouchard, «La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine», 333–34; Kopelmanas, «La Place de la Convention Européenne sur L'Arbitrage Commercial International du 21 avril 1961 dans L' Évolution du Droit International de L'Arbitrage», 347–48 que explica muito claramente o raciocínio subjacente ao disposto no artigo IX da CEAIC: "Il y a, par ailleurs, une différence fondamentale entre l'ordre public et «arbitrabilité» des différends, d'une part, et les autres causes d'inefficacité des sentences arbitrales, de l'autre. Les causes d'annulation ou de refus d'exécution, autres que la non-conformité de la sentence à l'ordre public ou la «non-arbitrabilité» du différend, s'attachent au fonctionnement interne de la procédure arbitrale. (...) C' est pour ces raisons qu'il peut sembler logique de donner effet, dans tous les pays intéressés, aux décisions d'annulation de sentences arbitrales prononcées dans le pays d'origine de la sentence pour une des causes inhérentes aux vices de la convention d'arbitrage, et de la procédure arbitrale ou de la sentence. (...) Tout autre est la situation de la sentence annulée en raison de son incompatibilité avec l'ordre public du pays d'origine ou parce que dans ce pays l'objet du différend n' est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage. Ici, la raison de l'inefficacité de la sentence est extérieure à la procédure et varie avec le pays dans lequel la sentence peut produire des effects. (...) Pour le pays d' exécution, s'il n' est pas pays d'origine de la sentence, l «ordre public du pays d'origine est assurément indifférent, de même que l'exécution d'une sentence arbitrale à l» étranger nous a paru indifférent du point de vue de l'ordre public de son pays d'origine. Paulsson, «Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding Local Standard Annulments», 10.

[904] Braghetta, *Anulação do Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Consequências Internacionais: visão a partir do Brasil*, 65 e ss.; Gharavi, *The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award.*, 73–74.

[905] Fouchard, *L'Arbitrage Commercial International*, II:536; Gharavi, *The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award.*, 74; v. também Braghetta, *Anulação do Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Consequências Internacionais: visão a partir do Brasil*, 65 e ss.

2.2. No direito comparado: a LMU e os casos português, inglês, francês e brasileiro

Outro movimento ambicioso e benéfico de harmonização da prática nacional do controlo judicial das arbitragens comerciais internacionais foi a aprovação da LMU[906], que cobre quase todos os aspetos das relações entre uma arbitragem privada internacional e os Estados, incluindo os tribunais estaduais, quer da jurisdição da sede, quer de qualquer outra em que a sentença venha a ser executada[907]. Pela influência notória nas leis de arbitragem nacionais[908], importa referir brevemente o regime consagrado quanto ao controlo estadual das sentenças arbitrais, em especial ao direito de anulação.

Aquando da elaboração da LMU, embora se tenha colocado a hipótese de evitar regular os meios de controlo estadual das sentenças arbitrais, entendeu-se que tal constituiria uma lacuna[909]. A abordagem da Lei-Modelo ao controlo estadual da arbitragem está claramente determinada no artigo 5.º da mesma: "Em todas as questões regulamentadas pela presente Lei, os tribunais só podem intervir nos casos em que esta prevê"[910]. Assim, eliminou-se o recurso sobre a substância da sentença arbitral e o artigo 34 da LMU consagra a anulação da sentença arbitral como meio exclusivo de impugnação da sentença arbitral na jurisdição da sede da arbitragem[911], com base nos mesmos fundamentos limitados estabelecidos na CNI[912]. O facto de os fundamentos de anulação das sentenças arbitrais no Estado da sede da

[906] Herrmann, «UNCITRAL's Work Towards a Model Law on International Commercial Arbitration», 543 e ss.; Dickson, *Judicial Control of Arbitration - Great Britain*, 76–78; Mendes, «A nova lei de arbitragem voluntária e as formas de impugnação das decisões arbitrais (algumas notas)», 703 e ss.
[907] Craig, «Uses and Abuses of Appeal from Awards», 202.
[908] A.II.2.2. pp. 66 e ss. V. notas 322-324.
[909] Craig, «Uses and Abuses of Appeal from Awards», 203; Herrmann, «UNCITRAL's Work Towards a Model Law on International Commercial Arbitration», 562.
[910] Dickson, *Judicial Control of Arbitration - Great Britain*, 79. Tradução adotada pela Direção-Geral da Política de Justiça, em https://dgpj.jutica.gov.pt. (Acesso em 16.02.2024).
[911] V. artigo 1/2. Gharavi, *The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award.*, 12 e ss. A LMU segue aqui o critério da territorialidade e estabelece que as regras aplicáveis à anulação da sentença arbitral apenas se aplicam se o local (sede) da arbitragem for em território do Estado em causa.
[912] Born, «Chapter 25: Annulment of International Arbitral Awards (Updated January 2023)», 3432–47; Braghetta, *Anulação do Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Consequências Internacionais: visão a partir do Brasil*, 84 e ss.; Craig, «Uses and Abuses of Appeal from Awards», 202 e ss.; Dickson, *Judicial Control of Arbitration - Great Britain*, 85–88; Gharavi, *The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award.*, 12 e ss.; Herrmann, «UNCITRAL's Work Towards a Model Law on International Commercial Arbitration», 560; Krūmiņš, *Arbitration and Human Rights, Approaches to Excluding the Annulment of Arbitral Awards and Their Compatibility with the ECHR*, 97 e ss.

arbitragem serem praticamente idênticos aos de recusa de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais reforçava a relativa falta de importância da sede da arbitragem[913].

O controlo da anulação é, estrita e principalmente, processual, com base na falta de capacidade das partes ou invalidade da convenção de arbitragem[914], na falta de citação da parte ou no impedimento da parte apresentar o seu caso[915], na situação de o tribunal exceder os seus poderes jurisdicionais[916], ou no caso de irregularidade processual ou na composição do tribunal arbitral[917]. Tal como a CNI, a LMU prevê também dois fundamentos para anulação da sentença arbitral na jurisdição da sede da arbitragem, de natureza mais substantiva, que são a inarbitrabilidade da disputa[918], i.e., a insusceptibilidade de a matéria ser decidida por arbitragem, e a violação da ordem pública do Estado[919]. Com efeito, há alguma sobreposição entre os fundamentos de anulação referidos, na medida em que, por exemplo, uma sentença arbitral anulável por ter sido proferida numa matéria inarbitrável por lei será, muito provavelmente, anulável também por violação da ordem pública do Estado em causa[920]. Mais uma vez, os fundamentos são exaustivos, devem ser interpretados restritamente e são discricionários[921].

O pedido de anulação da sentença arbitral deve ser deduzido três meses após a notificação da mesma[922]. Além disso, previu-se a possibilidade, inspirada nos direitos inglês e americano, e que é marca da natureza também contratual e da autonomia da arbitragem, de o tribunal estadual poder suspender o processo de anulação, se necessário e a pedido de uma parte, para dar oportunidade ao tribunal arbitral de retomar o processo arbitral ou de tomar qualquer outra medida que julgue suscetível de eliminar os fundamentos de anulação[923].

Por sua vez, a LMU previu também um regime de reconhecimento e execução das sentenças arbitrais internacionais[924], com um âmbito mais amplo que o da CNI, já que inclui todas as sentenças arbitrais internacionais, independentemente do local em que foram

[913] Dickson, *Judicial Control of Arbitration - Great Britain*, 87.
[914] Artigo 34/2/a/i.
[915] Artigo 34/2/a/ii.
[916] Artigo 34/2/a/iii.
[917] Artigo 34/2/a/iv.
[918] Artigo 34/2/b/i.
[919] Artigo 34/2/b/ii.
[920] Craig, «Uses and Abuses of Appeal from Awards», 202 e ss.
[921] Born, «Chapter 25: Annulment of International Arbitral Awards (Updated January 2023)», 3432–47.
[922] Herrmann, «UNCITRAL's Work Towards a Model Law on International Commercial Arbitration», 561.
[923] Craig, «Uses and Abuses of Appeal from Awards», 204–5.
[924] Artigos 35 e 36.

proferidas, incluindo também aquelas proferidas no mesmo Estado onde se requer o reconhecimento (domésticas e estrangeiras), em consonância com o objetivo de regular a arbitragem comercial internacional e de diminuir a importância da sede da arbitragem para a sentença proferida[925]. Quanto aos fundamentos, segue-se novamente a CNI e o artigo 34 da LMU, consagrando-se os mesmos que se estabeleceram para a anulação e aditando-se o teor da alínea e) do artigo V/1 da CNI, no intuito de se dar um passo mais além do que o dado pela CEAIC, na medida em que se estava a prever expressamente também os fundamentos de anulação possíveis[926]. No entanto, não se tendo limitado expressamente o âmbito do artigo 36/1/a/v) às anulações de sentenças arbitrais no Estado da sede com base nos fundamentos previstos no artigo 34 da LMU, e dado que nem todas as leis de arbitragem nacionais seguem totalmente a LMU nestes dois artigos, mesmo nas leis que a adotaram ou se inspiraram nela, há espaço para anulações e/ou recusas de reconhecimentos com base em anulações com outros fundamentos[927].

Também nos sistemas jurídicos português, inglês, francês e brasileiro, consagra-se expressamente a presunção de validade das sentenças arbitrais, que são obrigatórias para as partes, com efeito de caso julgado[928], as quais, em regra, somente são impugnáveis através do direito a requerer a anulação com base em fundamentos limitadamente previstos na lei e dentro de prazos legais curtos[929], meio que é complementado e articulado com a oposição à execução da sentença arbitral. Somente em casos excecionais, como o do direito inglês, permite-se o recurso da sentença arbitral em questões de direito inglês, mesmo que em termos limitados[930]. Note-se que, enquanto as sentenças arbitrais proferidas em arbitragens domésticas ou internacionais, com sede em Portugal e no Brasil, têm a mesma força

[925] Born, «Chapter 26: Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards (Updated September 2022)», 3718–55; Braghetta, *Anulação do Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Consequências Internacionais: visão a partir do Brasil*, 87 e ss.; Craig, «Uses and Abuses of Appeal from Awards», 202 e ss.; Dickson, *Judicial Control of Arbitration - Great Britain*, 87–88; Herrmann, «UNCITRAL's Work Towards a Model Law on International Commercial Arbitration», 562–63.

[926] Born, «Chapter 26: Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards (Updated September 2022)», 3718–55; Braghetta, *Anulação do Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Consequências Internacionais: visão a partir do Brasil*, 87 e ss.; Dickson, *Judicial Control of Arbitration - Great Britain*, 87–88.

[927] Braghetta, *Anulação do Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Consequências Internacionais: visão a partir do Brasil*, 87 e ss.

[928] Artigo 42.º/7 LAP, secção 58 LAI, 1484/1.º e 2.º parágrafos e 1506/4.º do CPCF e 18 LAB. V. Born, «Chapter 25: Annulment of International Arbitral Awards (Updated January 2023)», 3432–3632.

[929] Artigos 46.º e 48.º LAP, secção 66 a 68 LAI, 1506/5.º, 1518 e 1520 a 1524 CPCF e 32 e 33 LAB. V. nota 838.

[930] Artigos 53.º LAP, secção 69 LAI, 1489 e 1506/5.º, *a contrario*, e 1518 do CPCF e 18 LAB. V. nota 838.

executiva e podem ser imediatamente executadas nos tribunais estaduais, tal como as sentenças proferidas pelos tribunais estaduais[931], em muitos países, como em Inglaterra e em França, mesmo tendo força de caso julgado, não constituem título executivo, requerendo uma decisão do tribunal estadual competente para confirmar a sua validade e eficácia e lhe conferir força executiva (o designado "*exequatur*")[932]. Conforme referido, e como princípio geral, a regra da irrecorribilidade do mérito da sentença arbitral para os tribunais estaduais pode não afastar, quando previstos expressamente na lei e considerados aplicáveis às sentenças arbitrais, outros recursos extraordinários, como o de revisão e/ou o recurso para o Tribunal Constitucional nos termos previstos em cada ordem jurídica estadual[933]. Além disso, no que se refere ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras ou não-nacionais, aplica-se a CNI, de que os Estados ora em causa são parte[934] ou, quando for mais favorável, as leis nacionais ou outras convenções internacionais, havendo também, por esta via, um controlo estadual daquelas antes de permitir a respetiva execução nas ordens jurídicas nacionais[935].

No **direito português**, a lei de arbitragem vigente foi elaborada, com base num Anteprojeto elaborado pela Associação Portuguesa de Arbitragem, a pedido do Governo e, depois, modificado e apresentado em Proposta de Lei n.º 22/XII, que visou substituir a lei anterior de 1986 e resolver alguns pontos que esta regulava, nomeadamente quanto aos meios de impugnação da sentença arbitral, à necessidade de os tribunais arbitrais decretarem medidas cautelares, entre outros, a fim de a modernizar e de alinhar as soluções legais portuguesas com as consagradas na LMU e a nível internacional[936]. A LAP adota o critério

[931] Artigo 42.º/7 LAP e 18 LAB. Cordeiro, *Tratado da arbitragem*, 407; Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 293 e ss.; António Pedro Pinto Monteiro, Artur Flamínio da Silva, e Daniela Mirante, *Manual de Arbitragem* (Almedina, 2019), 389; Vicente et al., *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 152.
[932] Secção 66 LAI e artigos 1487, 1488 e 1514 e ss. CPCF. Caramelo, *O reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras*, 84; Puschmann et al., *Butterworthgs Challenges in Arbitration*, 14–15; Seraglini e Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 933 e ss.; Vicente, «Requirements for the Enforceability of Arbitral Awards: A Comparative Overview.», 90 e ss.
[933] B.IV.2, nota 845.
[934] Introdução e A.II.2. pp. 54 e ss. V. nota 3.
[935] B.IV.2, nota 844.
[936] O Anteprojeto da LAP foi, inicialmente, elaborado por António Sampaio Caramelo, a pedido da Direção da APA e, depois, discutido e modificado no seio da APA e, novamente, mais tarde, aquando da sua aprovação pelo Governo. V. sobre o tema e a respetiva elaboração, Caramelo, «A Reforma da lei de arbitragem voluntária»; Cordeiro, *Tratado da arbitragem*, 67–69; Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 120–22; Mendes, «A nova lei de arbitragem voluntária e as formas de impugnação das decisões arbitrais (algumas notas)», 703 e ss.710-712; Vicente et al., *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 19 e ss.; Para análise

da territorialidade quanto ao âmbito de aplicação no espaço, regulando todas as arbitragens que tenham lugar em território português e o reconhecimento e execução em Portugal de sentenças proferidas em arbitragens localizadas no estrangeiro[937].

A arbitragem internacional é aquela "que põe em jogo interesses do comércio internacional, sendo regulada especificamente pelos artigos 49.º a 54.º da LAP e, no restante, pelas disposições relativas à arbitragem interna, com as devidas adaptações[938]. Consagra-se uma noção ampla de arbitragem internacional, inspirada no direito francês, que abarca não apenas aquelas sobre litígios em que as partes estejam estabelecidas em países diferentes[939], como também as que, embora ligadas maioritariamente a um só país (quer as partes, quer a execução da relação jurídica), incidam sobre litígios emergentes de operações económicas que impliquem a circulação de bens ou serviços através das fronteiras[940]. Sem prejuízo de prever algumas especificidades do regime de arbitragem internacional, o sistema português não se pode qualificar como dualista, como sucede com o regime francês, que confere um tratamento específico e diferenciado à arbitragem internacional em França[941].

Os meios de controlo judicial de sentenças arbitrais na arbitragem em Portugal seguem os termos da LMU[942]. São eles, em regra, por um lado, ação de anulação e/ou oposição à execução, quanto às sentenças arbitrais proferidas em arbitragens com sede em Portugal (internacionais ou domésticas) e, por outro lado, o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, ou seja, proferidas em arbitragens com sede fora de Portugal (internacionais).

O principal meio de impugnação permitido pela LAP é a ação de anulação de sentença arbitral que decida o mérito, ainda que parcialmente[943], ou que ponha termo ao processo por

das questões e insuficiências de regime colocadas quanto ao regime da LAVP de 1986, V. artigos de 1992 e de 1996, em Silva, «I. Anulação e Recursos da Decisão Arbitral»; Silva, «II. Os Meios de Impugnação de Decisões Proferidas em Arbitragem Voluntária no Direito Interno Português».

[937] Artigo 61.º.

[938] Artigo 49.º/2.

[939] Artigo 1/3/a LMU.

[940] Vicente et al., *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 199–200.

[941] B.IV.1, p. 171, nota 797. Vicente et al., *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 200–201 Como sublinha Dário Moura Vicente, a única regra realmente dual é a prevista no artigo 53.º, que, em matéria de recorribilidade da sentença, é mais exigente do que a prevista no artigo 39.º/4 para a arbitragem interna. Em sentido contrário, Cordeiro, *Tratado da arbitragem*, 491.

[942] Artigos 34 e 35-36 LMU. Caramelo, «A Reforma da lei de arbitragem voluntária»; Mendes, «A nova lei de arbitragem voluntária e as formas de impugnação das decisões arbitrais (algumas notas)».

[943] Artigo 42.º/2.

razões de ordem processual[944]. A ação pode basear-se nos fundamentos determinados no artigo 46.º/3, nos termos e com os efeitos previstos no mesmo artigo, salvo a possibilidade de acordo das partes quanto à recorribilidade da sentença para outro tribunal arbitral[945]. Quanto à articulação entre os meios de impugnação da anulação e do recurso para um novo tribunal arbitral[946], quando acordado pelas partes, a lei requer expressamente e é aconselhável que estas definam, claramente, os termos e prazos em que os mesmos devem ocorrer – e, inclusive, se for caso disso, se pretendem que a apreciação da anulação seja realizada também pelo tribunal arbitral[947]. Em qualquer caso, a lógica de prever um recurso para novo tribunal arbitral é a de excluir e, por isso, também adiar, a intervenção, reduzida ao mero controlo da legalidade previsto na lei, dos tribunais estaduais na resolução do litígio, incluindo quanto ao duplo grau de jurisdição do mérito, e a de favorecer a resolução do litígio pela justiça arbitral, preservando a autonomia do sistema arbitral, pelo que deve prevalecer e ser prioritária a apreciação do recurso pelo tribunal arbitral (com o objeto e termos definidos pelas partes).

Quanto aos fundamentos para a anulação da sentença arbitral, e na senda da LMU, os mesmos são taxativos e de caráter predominantemente processual, i.e. de controlo da legalidade, e não do mérito, encontrando-se também divididos em dois grupos: aqueles cuja invocação depende e está na disponibilidade das partes[948] – como a incapacidade de uma das

[944] As decisões interlocutórias processuais ou substantivas, com exceção da decisão que declare expressamente a competência do tribunal (artigo 18.º/9), não são suscetíveis de anulação autónoma. Vicente et al., *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 178; Cordeiro, *Tratado da arbitragem*, 436–37.
[945] Artigo 53.º.Caramelo, *A impugnação da Sentença Arbitral*; Cordeiro, *Tratado da arbitragem*, 425 e ss.; Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 295 e ss.; Monteiro, Silva, e Mirante, *Manual de Arbitragem*, 389 e ss.; Vicente et al., *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 175 e ss.
[946] Artigo 53.º. Caramelo, *A impugnação da Sentença Arbitral*, 15 e ss. No que se refere à articulação entre a anulação e o recurso para o tribunal estadual competente nas arbitragens domésticas, no caso de as partes acordarem nessa possibilidade (artigo 39.º/4), a LAP não definiu este ponto, diferentemente do artigo 27.º/3 da lei anterior. Na ausência de solução expressa e perante uma lacuna, o tema é discutido, havendo quem entenda que as partes podem escolher livremente o meio de impugnação que entenderem, com os riscos de desarmonia e contradição de julgados daí advenientes, e quem defenda que se deve aplicar a solução do regime anterior, ou seja, que a parte que, podendo, queira recorrer e simultaneamente pedir a anulação, deve concentrar todos os fundamentos e pedidos no recurso, que é a via que tem o prazo mais curto. V. no sentido da convivência entre ambos, Cordeiro, *Tratado da arbitragem*; V. no sentido da necessidade de interpor recurso, invocando os fundamentos da anulação, além de António Sampaio Caramelo, Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 298; Mendes, «A nova lei de arbitragem voluntária e as formas de impugnação das decisões arbitrais (algumas notas)», 721; Monteiro, Silva, e Mirante, *Manual de Arbitragem*, 394–95; Silva, Paula Costa, «Os meios de impugnação de decisões proferidas em arbitragem voluntária no direito interno português».
[947] Silva, «A arbitrabilidade da pretensão anulatória de decisão arbitral: expansão da arbitragem a um domínio improvável?»; Zocal, *Jurisdição do árbitro para a anulação de sentenças arbitrais*.
[948] Artigo 46.º/3/a.

partes e/ou a invalidade da convenção de arbitragem[949], a violação de princípios fundamentais processuais do processo arbitral[950] com influência decisiva na resolução do litígio, a ultrapassagem do âmbito da convenção de arbitragem (incompetência do tribunal arbitral)[951], grave irregularidade na composição do tribunal arbitral ou no processo arbitral[952], a violação do princípio do dispositivo[953], falta de fundamentação (ou contradição entre fundamentos e decisão que, pela sua gravidade, ponha em causa a inteligibilidade da decisão[954]) ou de assinatura da sentença[955] e/ou ultrapassagem do prazo máximo fixado pelas partes[956] –; e aqueles que podem ser conhecidos oficiosamente pelo tribunal estadual, ainda que as partes não os invoquem[957] – a inarbitrabilidade do litígio[958] e a ofensa da ordem pública internacional[959].

[949] Artigo 46.º/3/a/i (artigo 34/2/a/i LMU).
[950] Artigo 46.º/3/a/ii (artigo 34/2/a/ii LMU), que correspondem aos direitos fundamentais processuais que compõem o direito ao processo justo e equitativo consagrado no artigo 20.º da CRP, os chamados princípios de "natural justice" ingleses ou de "due process" americano. V. A.II.1 pp. 8 e ss. e A.III.4.4, p. 147, nota 704, entre outras. Sobre a crítica do "filtro" que limita o âmbito deste fundamento de anulação e a interpretação equilibrada e adequada ao caso concreto para aferir se a violação ocorrida é importante para o cumprimento dos princípios do processo justo "em bloco", na globalidade do processo arbitral em cada caso, e não de modo isolado, defendendo uma interpretação restritiva do mesmo, V. Caramelo, *A impugnação da Sentença Arbitral*, 57; Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 302 e ss.
[951] Artigo 46.º/3/a/iii (artigo 34/2/a/ii LMU).
[952] Artigo 46.º/3/a/iv (artigo 34/2/a/iv LMU).
[953] Artigo 46.º/3/a/v (artigo 34/2/a/iii, na versão inglesa da LMU).
[954] Caramelo, *A impugnação da Sentença Arbitral*, 86–87; Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 306–8; João Paulo Remédio Marques, «A (densidade da) falta de fundamentação da matéria de facto enquanto causa de anulação da decisão arbitral», em *Arbitragem Comercial, Estudos Comemorativos dos 30 anos do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa* (Almedina, 2019), 494–95.
[955] Artigo 46.º/3/a/vi e 42.º/1 e 3. A LAP optou por esclarecer em alínea autónoma que a violação do princípio do dispositivo constitui fundamento de anulação, seguindo a versão inglesa do artigo 34/2/a/iii da LMU e afastando-se das respetivas versões francesas e espanhola, que não o preveem). V. Caramelo, *A impugnação da Sentença Arbitral*, 70 e ss.; Cordeiro, *Tratado da arbitragem*, 441; Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 305.
[956] Artigo 46.º/3/a/vii, diferentemente da solução maioritariamente adotada nas leis estrangeiras aprovadas nas últimas décadas. Para maior desenvolvimento, Caramelo, *A impugnação da Sentença Arbitral*, 90 e ss.; António Sampaio Caramelo, *Temas de direito da arbitragem*, 1.ª (Coimbra: Coimbra Editorial, 2013), 230–35; Cordeiro, *Tratado da arbitragem*, 442; Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 308–9; Monteiro, Silva, e Mirante, *Manual de Arbitragem*, 402–3; Vicente et al., *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 186.
[957] Artigo 46.º/3/b.
[958] Artigo 46.º/3/b/i (artigo 34/2/a/ii LMU). Nos termos do artigo 1.º/1 e 2 da LAP, além da possibilidade de leis especiais estabelecerem que determinados litígios ficam sujeitos exclusivamente aos tribunais estaduais ou a arbitragem necessária, estabelece-se um critério misto de arbitrabilidade: o da patrimonialidade e, mesmo quanto a litígios que não envolvam interesses de natureza patrimonial, o da transigibilidade sobre o direito controvertido.
[959] Artigo 46.º/3/b/ii (artigo 34/2/a/ii LMU). Apesar das críticas, a LAP estabeleceu como fundamento para anulação das sentenças arbitrais, mesmo domésticas, a ofensa da ordem pública "internacional", e não

No que se refere especificamente aos fundamentos para anulação na arbitragem internacional, a LAP prevê uma regra especial[960] quanto às sentenças proferidas em arbitragens internacionais em Portugal (e, portanto, subtraídas ao âmbito do processo de reconhecimento e execução previsto no artigo 55.º), em que tenha sido aplicado direito não português ao fundo da causa: além de salvaguardar a aplicação dos fundamentos previstos no artigo 46.º para a respetiva anulação, determina que, caso a sentença deva ser executada ou produzir outros efeitos em território nacional, pode ser anulada se tal execução ou eficácia conduzir a um resultado manifestamente incompatível com os princípios da ordem pública internacional. O sentido deste artigo é dúbio e discutido, havendo quem entenda que foi um lapso de revisão da versão final da lei antes da aprovação, por o projeto anterior não conter este fundamento na regra geral de anulação do artigo 46.º, devendo ser objeto de interpretação ab-rogante, a eliminar no futuro[961]. Há também quem entenda que o preceito tem utilidade para esclarecer que, mesmo que já não se possa anular a sentença em Portugal, a ofensa à ordem pública internacional constitui fundamento de oposição à execução[962]. Há, ainda, quem lhe dê sentido útil, considerando-a uma norma especial, com uma finalidade diferente da prosseguida pelo artigo 46.º/3/b/ii, e que restringe o âmbito desta regra geral, nomeadamente no caso de arbitragens internacionais que tenham lugar em Portugal, mas em que se aplique direito não português ao fundo da causa, já que, nesses casos, a ordem pública internacional somente é fundamento de anulação e atua como cláusula de salvaguarda se a sentença se destinar a ser executada ou a produzir efeitos em Portugal[963]. Tal interpretação, segundo o autor citado, tem lógica por se tratar de uma arbitragem sem conexão substantiva com Portugal e cuja sentença não visa produzir efeitos no território, pois o território português apenas foi escolhido como sede pela neutralidade em relação ao litígio. Concordo

"interna", como era defendido por vários autores. Caramelo, *A impugnação da Sentença Arbitral*, 115 e ss.; Cordeiro, *Tratado da arbitragem*, 443 e ss.; Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 309 e ss.; Monteiro, «Da Ordem Pública no Processo Arbitral», 647; Vicente et al., *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 186–89; Vicente, «Impugnação da Sentença Arbitral e Ordem Pública». V. A.III.4.4, pp. 145 e ss.

[960] Artigo 54.º, com a epígrafe "ordem pública internacional".

[961] Caramelo, *A impugnação da Sentença Arbitral*, 161 e ss.; Vicente et al., *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 206–7.

[962] José Robin de Andrade, «Balanço de Um Ano de Vigência da Nova Lei da Arbitragem Voluntária», em *VII Congresso de Arbitragem Comercial, Intervenções*, Centro de Arbitragem Comercial da CCIP (Almedina, 2014), 157; Caramelo, *A impugnação da Sentença Arbitral*, 177; Vicente et al., *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 206–7. No entanto, como referem os autores citados em último lugar, parece que esta possibilidade já decorre do artigo 48.º/3.

[963] Vicente, «Impugnação da Sentença Arbitral e Ordem Pública», 335–38; Vicente, «Requirements for the Enforceability of Arbitral Awards: A Comparative Overview.», 90.

com este sentido defendido por Dário Moura Vicente[964], sendo útil, defensável e lógico que, na arbitragem internacional em Portugal e ao abrigo do direito português, os fundamentos de anulação sejam os estabelecidos no artigo 46.º/3, ao passo que, na arbitragem internacional em Portugal, em que se aplique direito não português ao fundo do litígio, somente no caso de se visar a execução ou a produção de efeitos em Portugal, é que se possa anular a sentença arbitral com base naquele fundamento. Com efeito, embora me pareça que a finalidade subjacente à invocação da ordem pública internacional do Estado Português como fundamento de anulação seja a mesma em ambos os casos (artigos 46.º/3/b/ii e 54.º), que é a do controlo judicial pelo Estado português da validade da sentença arbitral internacional à luz daquele fundamento, concordo que no artigo 54.º se restringe o âmbito dos casos de arbitragens internacionais incluídos no artigo 46.º/3//b/ii, com a finalidade adicional de apenas permitir aquele controlo pelos tribunais estaduais portugueses quanto às sentenças que venham a ser executadas ou eficazes em Portugal, já não quando visarem a execução noutro Estado. Na verdade, numa arbitragem internacional com sede em Portugal, em que não se aplique o direito português ao litígio e em que não se pretenda executar a sentença arbitral em Portugal, inexistem conexões suficientes do litígio ao país, o qual terá sido, muito provavelmente, escolhido por isso mesmo, por ser uma sede neutra, fazendo todo o sentido afastar o controlo de validade da sentença arbitral internacional à luz da ordem pública internacional do Estado Português. Tal interpretação é conforme aos objetivos e à lógica de prever normas específicas para a arbitragem internacional para promoção dos fins do comércio internacional, favorecendo, aliás, Portugal como sede neutra e mais liberal para a localização de arbitragens internacionais. Segundo Dário Moura Vicente[965], esta é uma das regras que caracteriza e decorre da adoção de uma representação pluralista da arbitragem internacional na lei portuguesa, que, embora parta de um critério de territorialidade no âmbito que regula, reconhece várias ordens jurídicas ligadas e relevantes para o regime e funcionamento da arbitragem internacional, posição com a qual concordo.

A ação de anulação é uma ação declarativa constitutiva, com processo especial, que tem uma forma processual autónoma[966], a intentar no Tribunal da Relação ou no Tribunal

[964] Vicente, «Impugnação da Sentença Arbitral e Ordem Pública», 335–38; Vicente et al., *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 206–7.
[965] Vicente, «Requirements for the Enforceability of Arbitral Awards: A Comparative Overview.», 90.
[966] Artigo 46.º/2.

Central Administrativo, consoante se trate de arbitragem civil ou comercial ou arbitragem do contencioso administrativo[967], no prazo de 60 dias a contar da data da notificação da sentença ou, no caso de ter havido pedido de retificação, aclaração, modificação ou liquidação[968], desde a data da notificação da decisão sobre o último do(s) referido(s) pedido(s)[969]. Embora seja discutível a natureza do prazo, se processual[970], se substantivo[971], concordo com os argumentos que justificam a natureza substantiva do mesmo[972].

Quanto aos efeitos da anulação, se procedente, é o de revogar uma decisão arbitral transitada em julgado, com fundamento em ilegalidade ou injustiça, a título principal, já que a sentença arbitral, de que não caiba recurso e que não seja suscetível de alteração nos termos do artigo 45.º tem o mesmo caráter obrigatório entre as partes que a sentença de um tribunal estadual transitada em julgado e a mesma força executiva que a sentença estadual[973]. A instauração da ação de anulação tem efeito meramente devolutivo, e não efeito suspensivo, a não ser que o impugnante o requeira e preste caução, ficando a concessão desse efeito condicionada à prestação efetiva de caução no prazo fixado pelo tribunal estadual[974].

No que toca aos poderes do tribunal estadual na ação de anulação, e em nome de um *favor arbitrationis*, a lei prevê a possibilidade de anulação parcial da sentença arbitral, se a parte afetada pelo vício puder ser dissociada da restante[975], bem como a possibilidade de, se o considerar adequado e a pedido de uma das partes, suspender o processo de anulação para dar ao tribunal arbitral oportunidade de retomar o processo arbitral ou tomar qualquer outra

[967] Artigo 59.º/1/f) e g) e 11.
[968] Artigos 46.º/6 e 45.º.
[969] Vicente et al., *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 177 e ss.; Caramelo, *A impugnação da Sentença Arbitral*, 31 e ss.; Monteiro, Silva, e Mirante, *Manual de Arbitragem*, 393 e ss.; Cordeiro, *Tratado da arbitragem*, 456.
[970] Mendes, «A nova lei de arbitragem voluntária e as formas de impugnação das decisões arbitrais (algumas notas)», 745; Cordeiro, *Tratado da arbitragem*, 457; Vicente, *Da arbitragem comercial internacional*, 190.
[971] Caramelo, *A impugnação da Sentença Arbitral*, 36–37; Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 298; António Santos Abrantes Geraldes, «Em torno da aferição da competência do tribunal arbitral e da ação de anulação de sentença arbitral», *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação* XVII (2022): 167–68.
[972] *Idem*.
[973] Artigo 42.º/7. Caramelo, *A impugnação da Sentença Arbitral*, 31–32; Cordeiro, *Tratado da arbitragem*, 438; Monteiro, Silva, e Mirante, *Manual de Arbitragem*, 389 e ss.; Silva, «II. Os Meios de Impugnação de Decisões Proferidas em Arbitragem Voluntária no Direito Interno Português», 449; Vicente, «Requirements for the Enforceability of Arbitral Awards: A Comparative Overview.», 91 e ss.
[974] Artigo 47.º/3.Monteiro, Silva, e Mirante, *Manual de Arbitragem*, 393; Cordeiro, *Tratado da arbitragem*, 468; Vicente et al., *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 196–97.
[975] Artigo 46.º/7, solução inspirada no artigo 34.º/2/a/iii LMU.

medida que julgue suscetível de eliminar os fundamentos de anulação[976]. Em qualquer caso, o efeito da anulação da sentença arbitral é cassatório, não podendo o tribunal estadual substituir-se ao tribunal arbitral e conhecer do mérito da questão ou questões por aquele decididas[977]. Caso as partes pretendam que se decida novamente qualquer questão das referidas, terá de sê-lo em nova arbitragem, baseada na mesma convenção de arbitragem, que volte a produzir efeitos relativamente ao objeto do litígio, salvo se o vício que tiver conduzido à anulação da sentença tenha afetado a própria convenção de arbitragem – invalidade da mesma – ou se as partes tiverem acordado de modo diferente[978].

Conforme referido, os fundamentos de anulação da sentença arbitral são também invocáveis em sede de oposição à execução, a não ser que já tenha passado o prazo para requerer a anulação, sem que o executado o tenha feito, ou que o pedido de anulação com base nos mesmos fundamentos já tenha sido rejeitado pelo tribunal[979]. Esta preclusão opera apenas para os fundamentos, que dependem de invocação pelas partes, e não para os que são de conhecimento oficioso, que podem ser invocados e conhecidos na execução, ainda que já tenha decorrido o prazo previsto para a ação de anulação[980].

Finalmente, como meio de controlo judicial estadual das sentenças arbitrais estrangeiras, a LAP prevê a necessidade de reconhecimento por um tribunal português para que possam produzir em Portugal os seus efeitos próprios enquanto atos jurisdicionais, em particular o de caso julgado e o de título executivo[981]. Assim, a LAP estabelece um regime de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, que segue o da CNI e o da LMU, aplicando-se às sentenças arbitrais oriundas de Estados que não tenham ratificado a CNI e com os quais Portugal não tenha celebrado outras convenções internacionais ou,

[976] Artigo 46.º/8, solução inspirada nos sistemas jurídicos de *common law* e na LMU. Caramelo, *A impugnação da Sentença Arbitral*, 211 e ss.; Cordeiro, *Tratado da arbitragem*, 457 e ss.; Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 314–15; Mendes, «A nova lei de arbitragem voluntária e as formas de impugnação das decisões arbitrais (algumas notas)», 748; Monteiro, Silva, e Mirante, *Manual de Arbitragem*, 405. Nas obras citadas, Armindo Ribeiro Mendes e Mariana França Gouveia defendem que o tribunal arbitral não é obrigado a responder ao convite.

[977] Artigo 46.º/9. Caramelo, *A impugnação da Sentença Arbitral*, 220 e ss.; Cordeiro, *Tratado da arbitragem*, 460–61; Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 314; Mendes, «A nova lei de arbitragem voluntária e as formas de impugnação das decisões arbitrais (algumas notas)»; Monteiro, Silva, e Mirante, *Manual de Arbitragem*, 405.

[978] Artigo 46.º/10. *Idem*.

[979] Artigo 48.º/1 e 2.

[980] Artigo 48.º/3.

[981] Artigo 55.º e ss. Caramelo, *O reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras*, 127 e ss.; Cordeiro, *Tratado da arbitragem*, 529 e ss.; Monteiro, Silva, e Mirante, *Manual de Arbitragem*, 417 e ss.; Vicente et al., *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 208 e ss.

eventualmente, se estas disposições forem mais favoráveis ao reconhecimento, nos termos do artigo VII/1 da CNI[982]. Os fundamentos de anulação previstos no artigo 56.º da LAP seguem, muito proximamente, os previstos no artigo V da CNI e no artigo 36 da LMU, bem como o respetivo regime[983], o que, na prática, esvazia a reserva de reciprocidade.

No **direito inglês**, e apesar de não ser muito comum na legislação inglesa incluir princípios gerais, a LAI funda-se em três princípios gerais[984], que devem auxiliar na sua interpretação[985]. De acordo com o primeiro, "o objeto da arbitragem é obter a resolução justa dos litígios por um tribunal imparcial, sem desnecessário atraso ou custo"[986], donde resulta claramente a integração da arbitragem como mecanismo jurisdicional de resolução de litígios, bem como poderes e deveres para o tribunal arbitral[987]; o segundo, que consagra a autonomia privada, o "de que as partes têm liberdade para acordar como os litígios são resolvidos, estando apenas sujeitas a determinadas garantias decorrentes do interesse público", o qual se baseia na LMU e encontra limites constantes de várias disposições imperativas, que prevalecem e não podem ser afastadas por acordo das partes[988]; e o terceiro, o princípio da intervenção mínima dos tribunais estaduais, nos termos do qual "nas matérias reguladas por esta Parte, o tribunal estadual não deverá intervir, exceto quando previsto por esta Parte"[989], o qual também se inspirou na LMU e assenta na ideia de que os tribunais estaduais devem assistir, mais do que controlar, o processo arbitral[990]. O terceiro princípio é uma solução de compromisso, já que o uso de "should" em vez de "shall", constante do teor do artigo 5.º da LMU, indica que não há uma proibição absoluta de intervenção do tribunal estadual fora dos seus poderes legais e que a LAI não constitui o código completo da lei de arbitragem, bem como a limitação às matérias reguladas por esta parte da LAI também permite que, noutras matérias que não estejam reguladas, como, por exemplo, a

[982] *Idem*.
[983] Artigo 56.º. *Idem*.
[984] Secção 1.
[985] Puschmann et al., *Butterworthgs Challenges in Arbitration*, 4; Practical Law Arbitration, «The Role of the English Courts in Arbitration»; Halliburton Company (Appellant) c. Chubb Bermuda Insurance Ltd (formerly known as Ace Bermuda Insurance Ltd) (First Respondent) [2020] UKSC 48§ 47 e ss.
[986] Secção 1/a.
[987] Secção 33 e ss.
[988] Secções 1/b, 4/1 e Anexo 1.
[989] Secção 1/c e artigo 5.º da LMU.
[990] Practical Law Arbitration, «The Role of the English Courts in Arbitration»; Puschmann et al., *Butterworthgs Challenges in Arbitration*, 4–5; Lesotho Highlands Development Authority c. Impregilo SpA [2005] UKHL 43 §§ 17-19.

arbitrabilidade, os tribunais estaduais possam intervir[991]. Em qualquer caso, não há um poder geral de supervisão da arbitragem, mas sim poderes específicos e previstos na lei[992].

A LAI de 1996 surgiu num momento em que os tribunais estaduais ingleses eram criticados por serem intervencionistas em relação à arbitragem – o que corresponde e se explica pela evolução histórica e posição adotada quanto à representação da arbitragem internacional e à relação entre os tribunais estaduais e arbitrais, assentes preferencialmente numa visão centralista e territorialista –, tendo pretendido resolver essa questão, i.e., "reduzir drasticamente o âmbito de intervenção dos tribunais estaduais no processo arbitral"[993]. Já aquando da discussão da LMU e da aprovação da LAI de 1979, no Relatório da Comissão Mustill criado para responder às questões colocadas no seio da Uncitral e como antecipação de nova lei de arbitragem inglesa, se retira a atitude geral da Comissão na seguinte declaração: "the ideal system of arbitration law… is one which gives the parties and their arbitrators a legal underpinning for the conduct of disputes which combines the maximum flexibility and freedom of choice in matters of procedure with a sufficiently clear and comprehensive set of remedies which will permit the coercive, supportive and corrective powers of the courts to be invoked when, but only when, the purely consensual relationships have broken down"[994]. A Comissão aceita que a arbitragem deve existir como uma forma independente de resolução de litígios nos termos da filosofia que assenta na autonomia contratual. Contudo, esta aceitação é temperada pela crença de que os tribunais estaduais devem desempenhar um papel a fim de assegurar o funcionamento adequado da justiça, incluindo o de assegurar a uniformidade e a previsibilidade no resultado[995].

---

[991] Practical Law Arbitration, «The Role of the English Courts in Arbitration», 3.
[992] *Idem*.
[993] Berger, «The Modern Trend Towards Exclusion of Recourse Against Tansnational Arbitral Awards: A European Perspective», 627 e ss.; Dickson, *Judicial Control of Arbitration - Great Britain*, 5 e ss.; Park, «Judicial Supervision of Transnational Commercial Arbitration: The English Arbitration Act of 1979», 88 e ss.; Practical Law Arbitration, «The Role of the English Courts in Arbitration», 2; Puschmann et al., *Butterworthgs Challenges in Arbitration*, 16 e ss.; Steyn, «Arbitration and the Courts: Arbitration Systems in England and Wales»; Vicente, «Requirements for the Enforceability of Arbitral Awards: A Comparative Overview.», 86–87; Citação é de Lesotho Highlands Development Authority c. Impregilo SpA [2005] UKHL 43 §26, pp. 16-17, a tradução é livre da autora.
[994] "O sistema ideal de lei de arbitragem…é aquele que fornece às partes e aos seus árbitros uma base legal para a condução de disputas que combine a máxima flexibilidade e liberdade de escolha em questões processuais com um conjunto suficientemente claro e amplo de soluções legais que permitirá invocar os poderes coercivos, de assistência e corretivos dos tribunais quando, e apenas quando, as relações puramente consensuais se tenham quebrado." (tradução minha), em Dickson, *Judicial Control of Arbitration - Great Britain*, 99–100.
[995] *Idem*. Berger, «The Modern Trend Towards Exclusion of Recourse Against Tansnational Arbitral Awards: A European Perspective», 627 e ss.

Devido a vários fatores, tais como a afirmação e a experiência internacionais significativas quer no comércio internacional, em geral ou em determinadas áreas específicas (por exemplo, transporte marítimo, seguros, mercadorias, etc.), quer na arbitragem internacional, a língua, as condições e infraestruturas disponibilizadas, os centros de arbitragem que se desenvolveram (LCIA, *London Maritime Arbitrators Association*, *Centre for Effective Dispute Resolution*, entre outros em áreas privadas especializadas), a qualidade, confiança, segurança jurídica e previsibilidade oferecidas pelo sistema judicial inglês, Londres é uma importante e reputada sede de arbitragens internacionais[996]. Assim, a LAI pretendeu manter e reforçar esse caminho, adotando a LMU nalguns pontos, mas não na sua totalidade, encontrando equilíbrios próprios com a cultura, a tradição e a realidade inglesas, também manifestados no tema do controlo judicial das sentenças arbitrais na arbitragem internacional[997].

Embora o tema do controlo judicial das sentenças arbitrais e os fundamentos de recurso ainda tenha vindo a ser discutido, inclusive numa possibilidade de reforma da LAI, nomeadamente, por haver quem entenda que a diminuição de recurso aos tribunais estaduais ingleses prejudica o desenvolvimento do direito de *common law*, outras vozes entendem que o equilíbrio alcançado pela LAI nessa matéria foi bem conseguido e não deve ser alterado, bem como que os privados não devem ser forçados a ir para o sistema judicial estadual inglês, nem a custear o desenvolvimento do direito de *common law*[998]. Na verdade, está em curso um processo de revisão da LAI pela Comissão Jurídica de Inglaterra e País de Gales ("*Law Commission*") desde 2021, cujo Relatório Final já foi apresentado ao Parlamento, no qual se conclui que a lei está adequada e se elaboraram recomendações nalgumas questões mais relevantes e em correções menores[999]. Relativamente a meios de impugnação da sentença arbitral no projeto de revisão referido, apenas se propõem alterações no regime (e não no âmbito) da impugnação por falta de competência material do tribunal arbitral e, após discussão sobre a (des)necessidade de reforma da Secção 69 relativa ao recurso sobre questões de direito, quer no sentido de o tornar obrigatório, quer no sentido de o eliminar,

[996] Puschmann et al., *Butterworths Challenges in Arbitration*, 17–20.
[997] *Idem*.
[998] Puschmann et al., *Butterworths Challenges in Arbitration*, 24–25.
[999] Law Commission, «Review of the Arbitration Act 1996: Final Report and Bill», 2023, 2 e ss., https://lawcom.gov.uk/project/review-of-the-arbitration-act-1996/ (acesso em 21.06.2024).

optou-se por não recomendar qualquer reforma[1000].

A LAI adota um critério territorialista, aplicando-se às arbitragens que têm a sua sede no território de Inglaterra, País de Gales ou Irlanda do Norte – no sentido de ligação da arbitragem a uma ordem jurídica, i.e., que se distingue do local físico onde o processo arbitral tem lugar, que pode ser outro – e, quanto a algumas das suas disposições, também a arbitragens, que têm a sua sede fora do território britânico, ou cuja sede não foi designada[1001]. Em regra, a LAI não distingue entre arbitragens domésticas e internacionais, prevendo um único regime para todas. Nas arbitragens reguladas pela LAI, os tribunais estaduais ingleses têm jurisdição exclusiva.

A sentença arbitral proferida nas arbitragens com sede em Inglaterra, País de Gales ou na Irlanda do Norte é final e vinculativa para as partes, salvo acordo destas em contrário[1002], estando sujeita aos meios de impugnação previstos na LAI[1003], que, nesta matéria, é marcada pela originalidade e diferença em relação à maioria das leis arbitrais nacionais. Segundo a lei inglesa, há três vias de impugnar uma sentença arbitral – i.e., determinação final sobre uma questão ou pedido particular na arbitragem[1004] – perante o Tribunal Superior ("High Court"): a impugnação por falta de competência material do tribunal arbitral[1005], a impugnação com fundamento em séria irregularidade, que tenha causado uma injustiça substancial ao impugnante[1006] e, ainda, a possibilidade de recurso quanto a uma questão de direito[1007]. Enquanto a primeira e segunda vias conferem um direito à parte da arbitragem, a

[1000] Law Commission, «Review of the Arbitration Act 1996: Final Report and Bill», 84 e ss.110. No Relatório Final é referido que alguns casos chegam ao tribunal judicial nos termos da Secção 69, mas que talvez representem menos de 1% das arbitragens (p. 111). Cfr. também Puschmann et al., *Butterworths Challenges in Arbitration*, 216.

[1001] Secções 2 e 3. Puschmann et al., *Butterworthgs Challenges in Arbitration*, 6; Practical Law Arbitration, «The Role of the English Courts in Arbitration», 3; Lesotho Highlands Development Authority c. Impregilo SpA [2005] UKHL 43§20. Na Secção 2/2 a 5, a LAI estabelece algumas secções legais que se aplicam mesmo que a sede seja fora de território inglês ou não tenha sido designada, como, por exemplo, as Secções 9 a 11 (suspensão do processo), 66 (execução de sentenças arbitrais), poderes conferidos nas Secções 43 (garantia de presença de testemunhas) e 44 (poderes judiciais para assistência do processo arbitral), entre outras.

[1002] Secção 58.

[1003] Born, «Chapter 25: Annulment of International Arbitral Awards (Updated January 2023)», 3432–47; Lesotho Highlands Development Authority c. Impregilo SpA [2005] UKHL 43§ 26 e ss.

[1004] Ficam excluídas as ordens processuais. Puschmann et al., *Butterworths Challenges in Arbitration*, 224 e 244.

[1005] Secção 67.

[1006] Secção 68.

[1007] Secção 69. Devrim Deniz Celik, «Judicial review under the UK and US Arbitration Acts: Is arbitration a better substitute for litigation?», *IALS Student LAw Review* 1, n. 1 (2013): 19 e ss.; Law Commission, «Review of the Arbitration Act 1996: Final Report and Bill», 84 e ss.; Practical Law Arbitration, «The Role of the

terceira depende de permissão do tribunal estadual[1008]. Enquanto na primeira, relativa à alegada falta de competência material do tribunal arbitral, o tribunal estadual não presume a validade da sentença arbitral, havendo uma audiência e um julgamento *de novo* da questão, com possibilidade de novas provas, colocando-o em igual posição à do tribunal arbitral[1009], na segunda e terceira vias, o tribunal estadual presume a validade da sentença arbitral e limita-se a revê-la à luz do fundamento restrito invocado[1010]. Como abordarei, enquanto a primeira e segunda vias são mandatórias, i.e., insuscetíveis de serem afastados por acordo das partes, a terceira via, o recurso quanto a questão de direito, pode ser excluída por acordo das partes[1011].

De acordo a Secção 67, uma parte do processo arbitral pode requerer ao tribunal estadual, notificando disso as outras partes e o tribunal arbitral, a impugnação de qualquer sentença arbitral, quanto à sua competência material[1012], ou uma ordem que declare, sem efeitos, no todo ou em parte, uma sentença arbitral, quanto ao mérito, por o tribunal arbitral não ter competência material[1013], o que apenas poderá ser decidido com base nos mesmos fundamentos que podem ser apreciados pelo tribunal arbitral[1014], i.e., se (in)existe convenção de arbitragem válida, se o tribunal arbitral foi constituído adequadamente e sobre se as matérias foram submetidas a arbitragem em conformidade com a convenção de arbitragem[1015]. Ainda que haja impugnação nestes termos da sentença arbitral, que decide da competência do tribunal arbitral, e que pode conduzir a uma anulação total ou parcial, a arbitragem pode continuar[1016]. Como possíveis efeitos e/ou poderes do tribunal estadual, este tem o poder discricionário de confirmar, alterar ou anular, no todo ou em parte, a sentença

English Courts in Arbitration», 8 e ss.; Puschmann et al., *Butterworthgs Challenges in Arbitration*, 15 e ss.215 e ss.

[1008] Puschmann et al., *Butterworths Challenges in Arbitration*, 220.

[1009] Este é um dos pontos em que se recomenda a alteração da LAI no sentido de limitar os poderes do tribunal estadual à mera revisão ou controlo, em vez de proceder a um novo julgamento com prova, nomeadamente nos casos em que a questão da jurisdição substantiva do tribunal arbitral já tenha sido discutida pelas partes perante este. Law Commission, «Review of the Arbitration Act 1996: Final Report and Bill», 84–99.

[1010] *Idem*.

[1011] *Idem*. B.V.1. pp. 243 e ss.

[1012] Secção 67/1/a.

[1013] Secção 67/1/b.

[1014] Secção 30/1.

[1015] Puschmann et al., *Butterworths Challenges in Arbitration*, 226.

[1016] Secção 67/2.

arbitral[1017], decisão que será suscetível de recurso, através de licença ou permissão do tribunal estadual *a quo*[1018].

Conforme referido, a Secção 68 veio "reduzir drasticamente" o controlo judicial sobre as sentenças arbitrais, mas, mesmo assim, indo mais longe no âmbito de previsão do que o artigo 34 da LMU[1019]. Trata-se de um controlo muito limitado, com base nos fundamentos taxativos previstos e em casos em que ocorreu uma violação séria do ponto de vista da justiça do processo – em que o foco é o "due process" –, estando vedado ao tribunal estadual interferir por considerar incorreta ou manifestamente ilógica a decisão de mérito proferida pelo tribunal arbitral. De acordo com a Secção 68, a parte tem o direito de impugnar a sentença arbitral, através de notificação das outras partes e do tribunal arbitral, com fundamento em irregularidade séria que tenha afetado o tribunal, o processo ou a sentença, a qual ocorrerá num ou mais dos casos previstos na Secção 68/2, em que o tribunal estadual considere que aquela causou ou causará injustiça substancial ao impugnante: violação de algum dos deveres gerais do tribunal previstos na Secção 33[1020]; excesso de poderes pelo tribunal arbitral (outros que não o excesso da competência material, contemplada na Secção 67)[1021]; condução do processo arbitral pelo tribunal arbitral em violação do acordado pelas partes[1022], em que está em causa o princípio da autonomia privada das partes; falta de decisão pelo tribunal arbitral de todas as questões que lhe foram colocadas[1023]; caso em que qualquer instituição arbitral, ou outra, ou pessoa investida pelas partes com poderes em relação ao processo ou à sentença tenha excedido os seus poderes[1024]; incerteza ou ambiguidade quanto ao efeito da sentença[1025], que não tenha sido resolvida nos termos da Secção 57, no caso de a sentença ter sido obtida por fraude ou de a sentença ou a forma como foi obtida ser contrária

[1017] Outro ponto em que é recomendada a alteração da LAI é nesta secção 67/3, em particular que também deveria prever as soluções possíveis nas secções 68 e 69 de declarar a sentença sem efeito, no todo ou em parte, e de remeter para o tribunal arbitral, no todo ou em parte, para reconsideração. Law Commission, «Review of the Arbitration Act 1996: Final Report and Bill», 104–7.
[1018] Secção 67/3 e 4.
[1019] Puschmann et al., *Butterworthgs Challenges in Arbitration*, 243 e ss.; Lesotho Highlands Development Authority c. Impregilo SpA [2005] UKHL 43§ 26, pp 16 e ss. SCM Financial Overseas Ltd c. Raga Establishment Ldt [2018] EWHC 1008 (Comm) §53 e ss.
[1020] Secções 68/2/a e 33.
[1021] Secção 68/2/b.
[1022] Secção 68/2/c.
[1023] Secção 68/2/d.
[1024] Secção 68/2/e. Este caso não está previsto no artigo 34 LMU. Lesotho Highlands Development Authority c. Impregilo SpA [2005] UKHL 43§ 29, pp. 19 e ss.
[1025] Secção 68/2/f.

à ordem pública[1026]; falta de cumprimento dos requisitos de forma da sentença arbitral[1027], que não tenha sido corrigida nos termos da Secção 57; e qualquer irregularidade na conduta do processo arbitral ou na sentença, que é admitida pelo tribunal arbitral ou por qualquer instituição arbitral ou outra, ou por pessoa investida pelas partes com poderes em relação ao processo ou à sentença[1028], que também não tenha sido corrigida nos termos da Secção 57. Além da verificação de uma destas previsões, tem de se aferir o preenchimento do requisito cumulativo da "injustiça substancial", presente ou futura, o qual assenta no teste de saber se, caso não tivesse ocorrido aquele vício, o resultado era ou seria, provavelmente, diferente[1029]. Quanto aos efeitos e aos poderes do tribunal estadual neste caso, além de discricionários, são o de, preferencialmente, remeter ao tribunal arbitral, no todo ou em parte, para reconsideração do mesmo; o de anular e o de declarar sem efeito, no todo ou em parte, a sentença arbitral, sendo que o tribunal estadual não deve exercer os poderes de anular ou declarar sem efeito a sentença, a não ser que esteja satisfeito de que seria inadequado remeter as matérias em questão para reconsideração pelo tribunal arbitral[1030]. Em qualquer caso, o tribunal estadual não tem poderes para se substituir ao tribunal arbitral na sentença[1031].

Por sua vez, nos termos da Secção 69, e a menos que as partes acordem o contrário, uma parte no processo arbitral pode, através de notificação às outras partes e ao tribunal arbitral, recorrer para o Tribunal Superior de uma questão de direito resultante da sentença arbitral proferida, desde que seja apenas sobre um ponto ou questão de direito inglês, já não de direito estrangeiro, nem de matéria de facto, de prova ou de aplicação do direito aos factos[1032]. Esta regra não vigora na maioria das outras leis de arbitragem estaduais, afastando-se da LMU, no intuito de salvaguardar a precisa aplicação do direito inglês[1033]. Em qualquer caso, o recurso apenas pode ser concedido com o acordo de todas as outras

[1026] Secção 68/2/g, inspirado no artigo 34/2//b/ii LMU.
[1027] Secção 68/2/h e 52.
[1028] Secção 68/2/i.
[1029] SCM Financial Overseas Ltd c. Raga Establishment Ldt [2018] EWHC 1008 (Comm)§62; Puschmann et al., *Butterworthgs Challenges in Arbitration*, 265–66.
[1030] Secção 68/3. Puschmann et al., *Butterworthgs Challenges in Arbitration*, 269–70.
[1031] *Idem*.
[1032] Puschmann et al., *Butterworthgs Challenges in Arbitration*, 273 e ss. *maxime* 276; Celik, «Judicial review under the UK and US Arbitration Acts: Is arbitration a better substitute for litigation?», 21 e ss.; Taner Dedezade, «Are you in? Are you out? An analysis of section 69 of the English Arbitration Act 1996 - appeals on a question of law», *International Arbitration Law Review* 9, n. 2 (2006): 56–67.
[1033] Celik, «Judicial review under the UK and US Arbitration Acts: Is arbitration a better substitute for litigation?», 23 e ss.

partes no processo ou com permissão ("leave") do tribunal estadual[1034], a qual, por sua vez, está sujeita a determinados requisitos limitados no seu âmbito: que a determinação da questão afetará substancialmente os direitos de uma ou mais partes, que a questão tenha sido colocada ao tribunal arbitral, que, com base na prova de facto da sentença arbitral, a decisão da questão esteja obviamente errada, ou que a questão seja uma de importância geral pública e a decisão esteja, pelo menos, aberta a séria dúvida, e que, apesar do acordo das partes para resolver a matéria por arbitragem, é justo e adequado em todas as circunstâncias que o tribunal estadual determine a questão[1035]. Quanto aos efeitos e aos poderes do tribunal estadual, este pode, discricionariamente, confirmar a decisão, alterar a sentença, remeter a sentença para o tribunal arbitral, no todo ou em parte, para reconsideração à luz das determinações do tribunal estadual ou anular a sentença, no todo ou em parte. Mais uma vez, há preferência na manutenção da sentença e na remissão para o tribunal arbitral para reconsideração, no todo ou em parte, da mesma à luz das determinações do tribunal estadual em relação à respetiva anulação[1036].

Nos termos das regras gerais quanto a impugnações ou recursos previstos nestas seções 67 a 69 da LAI, vigora a regra de que o requerente tem de esgotar primeiro todos os outros meios de impugnação arbitrais ou nos termos da Secção 57 (correção da sentença ou sentença adicional) antes de impugnar ou recorrer para os tribunais estaduais[1037]. Qualquer impugnação ou recurso da sentença arbitral tem de ser intentado no prazo de 28 dias da data da sentença ou da notificação do resultado de qualquer processo arbitral de recurso ou impugnação, prazo curto que visa atingir a eficiência e definitividade das sentenças arbitrais[1038].

Finalmente, a sentença arbitral pode ser executada, por licença do tribunal estadual, nos mesmos termos, quer de uma sentença judicial, quer de uma ordem judicial, sem que seja convertida em sentença judicial[1039]. No caso de ser concedida licença para execução, pode também a sentença arbitral ser convertida em judicial e, nesse caso, é esta que é

[1034] Secção 69/2.
[1035] Secção 69/3/a a d.
[1036] Secção 69/7.
[1037] Secção 70/2.Puschmann et al., *Butterworthgs Challenges in Arbitration*, 27 e ss.; Celik, «Judicial review under the UK and US Arbitration Acts: Is arbitration a better substitute for litigation?», 19.
[1038] Secção 70/3. *Idem*.
[1039] Secção 66/1, ou seja, sem ser convertida numa decisão judicial, o que significa que é uma mera permissão para requerer a execução e, se o devedor não cumprir, o tribunal estadual não o irá obrigar, tem de haver uma execução. Puschmann et al., *Butterworthgs Challenges in Arbitration*, 301.

executada[1040]. Em qualquer caso, para executar a sentença arbitral, a parte tem de pedir ao tribunal judicial uma licença, que geralmente é concedida sem notificação da parte contrária[1041]. Este processo de execução da Secção 66 é sumário. Apesar de apenas a falta de competência material vir prevista na Secção 66/3 como fundamento de oposição à execução, os fundamentos previstos na Secção 81, tais como a inarbitrabilidade ou a violação da ordem pública, também podem ser invocados pelo tribunal estadual para recusar a execução, assim como a pendência de uma impugnação nos termos das seções 68 e 69 podem implicar a suspensão da execução até que sejam decididas[1042]. As sentenças arbitrais estrangeiras proferidas em Estados que sejam parte da CNI podem também ser reconhecidas e executadas em Inglaterra, País de Gales e Irlanda do Norte nos termos das Seções 100 a 104 da LAI.

No **direito francês**, a reforma da lei de arbitragem em 2011 veio, essencialmente, consagrar como soluções legais, inovadoras e modernas, a jurisprudência desenvolvida nas três décadas anteriores[1043]. Além disso, clarificou-se o texto legal para o tornar mais acessível e resolver determinados problemas que existiam na arbitragem internacional, de modo a facilitar o acesso pelos práticos estrangeiros e a atrair arbitragens internacionais[1044].

O princípio subjacente à reforma em 2011 é o do reconhecimento de uma ordem jurídica internacional arbitral, autónoma das leis e dos tribunais estaduais[1045], o que se verifica em várias das soluções alcançadas para tornar a arbitragem mais autónoma, eficiente

[1040] Secção 66/2, ou seja, pode o tribunal estadual conceder também a sua conversão em decisão judicial, que assim pode ser executada, caso não seja cumprida. Puschmann et al., *Butterworthgs Challenges in Arbitration*, 301 e ss.
[1041] Secção 66 e Puschmann et al., *Butterworths Challenges in Arbitration*, 14–15.
[1042] Puschmann et al., *Butterworthgs Challenges in Arbitration*, 305–9.
[1043] Castellane, «The New French Law on International Arbitration», 371 e ss.; Gaillard, «Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international»; Charles Jarrosson e Jacques Pellerin, «Le droit français de l'arbitrage aprés le décret du 13 janvier 2011», *Revue de l'Arbitrage; Comité Français de l' Arbitrage* 2011, n. 1 (2011): 6–9; Mourre e Chessa, «The New French Arbitration Law: Innovation & Consolidation», 82; Seraglini e Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 932 e ss.; Sylvain Bollée, «Le droit français de l' arbitrage international aprés le décret n.º 2011-48 du 13 janvier 2011», *Revue critique de droit international privé* 100, n. 3 (2011): 554 e ss.
[1044] *Idem*.
[1045] Mourre e Chessa, «The New French Arbitration Law: Innovation & Consolidation», 82; Jourdan-Marques, «Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales», 29.

e flexível[1046], quer quanto à convenção de arbitragem[1047] e ao tribunal arbitral[1048], quer relativamente ao processo arbitral[1049], quer ainda no que toca à sentença arbitral[1050], nomeadamente, ao controlo estadual das sentenças arbitrais na arbitragem internacional[1051], como abordarei. Como explicitou Jean-Baptiste Racine ainda antes da reforma legal em 2011, a questão da autonomia da arbitragem internacional deve pensar-se em graus, não tanto se a arbitragem internacional é autónoma ou não, mas sim se é "mais ou menos autónoma". Sublinha, ainda, que se tem vindo a acentuar a autonomia da arbitragem comercial internacional, com soluções adequadas justificadas por esse objetivo (noção funcional e expansionista de autonomia), as quais vieram, entretanto, a ser concretizadas com a reforma de 2011, sendo o direito francês aquele que tem a conceção mais autonomista da arbitragem internacional[1052]. Também Charles Jarrosson e Jacques Pellerin afirmam que a reforma manteve a conceção francesa de arbitragem internacional, que se guia por um forte liberalismo, fundado sobre a liberdade contratual e limitado apenas pela ordem pública internacional[1053].

Desde logo, manteve-se o regime dualista para as arbitragens internacionais[1054] e internas[1055]. A distinção explica-se por razões históricas, por o regime da arbitragem

[1046] *Idem*. V. também Jarrosson e Pellerin, «Le droit français de l'arbitrage aprés le décret du 13 janvier 2011», 5–7.
[1047] Por exemplo, artigos 1447 (separabilidade da convenção de arbitragem), 1448 e 1465 (efeitos negativo e positivo do princípio da competência da competência do tribunal arbitral).
[1048] Por exemplo, artigos 1456/2 (autonomia quanto ao código de ética do árbitro), 1468 (competência para ordenar, modificar ou completar medidas conservatórias ou provisórias).
[1049] Por exemplo, artigos 1452, 1454, 1456, em que é atribuída competência ao Juiz de Apoio, que é o Presidente do Tribunal de Grande Instância (artigo 1459), para resolver algumas questões, quando for necessário, também aplicável na arbitragem internacional nos casos previstos no artigo 1505, quando necessário, pertencendo, nesses casos, a competência ao Presidente do Tribunal de Grande Instância de Paris. Um dos casos em que o Juiz de Apoio tem de intervir sucede, por exemplo, quando se verifique o risco de denegação de justiça, como se verificou em C. Cass., civ 1, n.º 01-13.742, 02-15.237, 01.02.2005.
[1050] V. por exemplo, artigo 1502/1 e 2 (recurso de revisão, que deve ser interposto no tribunal arbitral, e não no tribunal estadual), aplicável também na arbitragem internacional (artigo 1506/5).
[1051] Bollée, «Le droit français de l' arbitrage international aprés le décret n.º 2011-48 du 13 janvier 2011»; Castellane, «The New French Law on International Arbitration», 378–79; Jarrosson e Pellerin, «Le droit français de l'arbitrage aprés le décret du 13 janvier 2011»; Jourdan-Marques, «Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales», 29; Jean-Baptiste Racine, «Propos sur l' efficacité des sentences arbitrales en droit français après la réforme du 13 janvier 2011», em *L' arbitre et le juge étatique, Études de droit compará à la mémoire de Giuseppe Tarzia*, ed. Achille Saletti, Jacques Van Compernolle, e Jean-François Van Drooghenbroeck (Bruylant, 2014), 433–45.
[1052] Racine, «Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international (II.- L'arbitrage, Deuxième Séance)», 308–11 e ss.; Racine, «Propos sur l' efficacité des sentences arbitrales en droit français après la réforme du 13 janvier 2011».
[1053] Jarrosson e Pellerin, «Le droit français de l'arbitrage aprés le décret du 13 janvier 2011», 55.
[1054] Artigos 1504 e ss.
[1055] Artigos 1442 e ss.

internacional ter sido construído para prosseguir os fins específicos do comércio internacional, de modo mais flexível e livre das influências das tradições e culturas nacionais, que se justificam internamente, mas que podem causar mais problemas a nível internacional, ainda que a diferença entre tais regimes se venha a atenuar, já que o regime das arbitragens internas tem beneficiado também das soluções desenvolvidas para arbitragem internacional[1056]. Assim, arbitragem internacional é "aquela que põe em jogo interesses do comércio internacional", adotando um critério económico, sendo suficiente que a operação económica em questão implique uma transferência de bens, de serviços ou de fundos através das fronteiras[1057]. Quanto à distinção entre arbitragem internacional e arbitragem estrangeira, esta última é a que decorre fora do território francês, à qual o direito francês atribui algumas consequências, sem relevar muito se é internacional ou interna[1058].

No que se refere ao controlo estadual da arbitragem internacional, a modernização da lei atendeu à preocupação primeira das partes na arbitragem, acentuando a sua autonomia: a de obter uma sentença que decide de forma definitiva o litígio, que não pode ser, nem muito facilmente, nem por demasiado tempo, contestada, e que seja suscetível de ser executada, com rapidez[1059]. Daí que um dos objetivos da reforma da lei de arbitragem francesa, também com base no direito comparado, tenha sido o de reforçar a eficácia e autoridade da sentença arbitral[1060].

Uma vez proferida, a sentença arbitral tem autoridade de caso julgado quanto ao litígio em causa, pode ser objeto de pedido de execução (*exequatur*) e está sujeita a controlo judicial[1061]. Na ausência de lei definidora de sentença arbitral, este conceito tem sido

[1056] Bollée, «Le droit français de l' arbitrage international aprés le décret n.º 2011-48 du 13 janvier 2011», 557; Castellane, «The New French Law on International Arbitration», 371 e ss.; Fouchard, *L'Arbitrage Commercial International*, II:16 e ss.; Jarrosson e Pellerin, «Le droit français de l'arbitrage aprés le décret du 13 janvier 2011», 55 e ss.; Jourdan-Marques, «Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales», 14; Mourre e Chessa, «The New French Arbitration Law: Innovation & Consolidation», 82; Paulsson, *The Idea of Arbitration*, 176 e ss.; Seraglini e Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 46 e ss.
[1057] Artigo 1504. *Idem*.
[1058] Bollée, «Le droit français de l' arbitrage international aprés le décret n.º 2011-48 du 13 janvier 2011», 572 e ss.; Jarrosson e Pellerin, «Le droit français de l'arbitrage aprés le décret du 13 janvier 2011», 67 e ss.; Seraglini e Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 52–53.
[1059] Jarrosson e Pellerin, «Le droit français de l'arbitrage aprés le décret du 13 janvier 2011», 69 e ss.; Mourre e Chessa, «The New French Arbitration Law: Innovation & Consolidation», 84 e ss.; Seraglini e Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 932 e ss.
[1060] *Idem*.
[1061] Artigos 1484 (1.º e 2.º parágrafos), 1506/4.º, 1514 e ss. e 1518 e ss. Na arbitragem doméstica, o meio de impugnação principal é, em regra, o recurso de anulação (artigos 1491 e ss), podendo apenas excecionalmente, por acordo das partes, ser introduzida a possibilidade de recurso de apelação (artigo 1489).

determinado pela jurisprudência dos tribunais estaduais no momento do respetivo controlo como a decisão arbitral, que decide definitivamente um litígio, no todo ou em parte, estejam em causa questões de fundo ou processuais[1062].

Atendendo à posição adotada quanto à representação autonomista da arbitragem (com maior impacto na internacional, mas também na doméstica) em França[1063], a verdade é que, quer na arbitragem doméstica, quer na internacional, tanto na sentença proferida em França, como na estrangeira, a sentença arbitral só será reconhecida[1064] e/ou passível de execução mediante uma ordem de execução (*exequatur*), que será emanada pelo Presidente do Tribunal de Grande Instância competente, que, no caso das sentenças estrangeiras, será o de Paris, num processo em que não se aplica o princípio do contraditório[1065]. Nesta fase, o juiz tece um juízo preliminar sobre a existência e regularidade formal da sentença arbitral e da sua conformidade à ordem pública, somente podendo ser negado o *exequatur* se a sentença for manifestamente contrária à ordem pública, devendo a decisão ser proferida sem contraditório e, em caso de recusa, motivada[1066]. Embora o processo de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais internacionais proferidas em França e estrangeiras, tanto internas, como internacionais, siga termos semelhantes, os meios de impugnar as sentenças judiciais referidas já são diferentes, consoante a arbitragem seja em França ou no estrangeiro, o que abordarei de seguida.

Relativamente aos meios de impugnação das sentenças arbitrais internacionais no direito francês, e para além do recurso extraordinário de revisão da sentença arbitral para o tribunal arbitral nos mesmos casos de fraude previstos para as sentenças judiciais[1067], os

[1062] Seraglini e Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 414 e ss.861 e ss.; Jourdan-Marques, «Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales», 33 e ss. Ficam, por isso, excluídas as ordens processuais e outras que não decidem definitivamente o litígio.
[1063] Seraglini e Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 933.
[1064] Note-se que há uma diferença entre reconhecimento, que é a admissão pela ordem jurídica francesa da existência da sentença, independentemente da autoridade que é automaticamente atribuída desde a sua pronúncia, que pode ter interesse no caso de a parte apenas pretender invocar a sentença e o caso julgado a título incidental noutro caso, e o *exequatur*, que confere força executiva e constitui um requisito para a execução forçada da sentença. Seraglini e Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 934.
[1065] Artigos 1487 e 1516.
[1066] Artigos 1487 e 1488, quanto à arbitragem doméstica, e 1514, 1516 e 1517, quanto à arbitragem estrangeira e internacional com sede em França, cujo regime do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais é regulado na mesma secção, ainda que apresentando algumas diferenças, que abordarei.
[1067] Artigo 1506/5 e 1502 (parágrafos 1.º e 2.º) e 1503. A regra da competência do tribunal arbitral para apreciação deste recurso foi uma das inovações introduzidas em 2011. Somente no caso de o tribunal arbitral não poder reunir novamente é que o recurso será interposto no Tribunal de Recurso ("Cour d' Appel") que,

recursos admitidos são apenas os seguintes: por um lado, quanto às sentenças arbitrais internacionais proferidas em França, o recurso de anulação[1068], que é o meio de impugnação principal e tendencialmente exclusivo, não sendo possível qualquer recurso de mérito da sentença arbitral para os tribunais estaduais[1069] e, quando a lei o permite, o recurso de apelação da decisão judicial que recusar o reconhecimento ou a execução[1070]; e, por outro lado, quanto às sentenças arbitrais estrangeiras – não distinguindo a lei entre arbitragem internacional ou interna, desde que seja proferida fora de França –, o recurso de apelação da decisão relativa a um pedido de reconhecimento ou de *exequatur*[1071], o qual somente poderá ser julgado improcedente com base nos mesmos fundamentos previstos para a anulação[1072]. Ainda que não haja, nem possa haver, recurso de apelação da sentença arbitral para os tribunais estaduais[1073], as partes podem sempre, se quiserem, com base na autonomia privada, acordar na possibilidade de recurso de mérito para novo tribunal arbitral e, nesse caso, a sentença proferida pelo primeiro tribunal arbitral não será definitiva e, portanto, não

originariamente, seria competente para conhecer dos outros recursos contra a sentença. A sentença arbitral não é suscetível de oposição, nem de recurso de cassação, por não se tratar de um tribunal estadual. Embora a sentença arbitral proferida em arbitragem doméstica possa ser objeto de oposição de terceiro perante o tribunal estadual, tal recurso não se aplica às sentenças arbitrais internacionais, nos termos do artigo 1506/5, que exclui o artigo 1501. Bollée, «Le droit français de l' arbitrage international aprés le décret n.º 2011-48 du 13 janvier 2011», 577 e ss.; Castellane, «The New French Law on International Arbitration», 376 e 378; Gaillard, «Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international»; Jarrosson e Pellerin, «Le droit français de l'arbitrage aprés le décret du 13 janvier 2011», 70; Mourre e Chessa, «The New French Arbitration Law: Innovation & Consolidation», 85; Seraglini e Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 949–52.

[1068] Artigo 1518 e ss. Bollée, «Le droit français de l' arbitrage international aprés le décret n.º 2011-48 du 13 janvier 2011», 574; Castellane, «The New French Law on International Arbitration», 378–79; Jarrosson e Pellerin, «Le droit français de l'arbitrage aprés le décret du 13 janvier 2011», 70 e ss.; Mourre e Chessa, «The New French Arbitration Law: Innovation & Consolidation», 84–85; Seraglini e Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 947 e ss.; Vicente, «Requirements for the Enforceability of Arbitral Awards: A Comparative Overview.», 88.

[1069] Na arbitragem doméstica, apesar de, em regra, não haver recurso de apelação da sentença arbitral, as partes podem acordar que exista (artigo 1489). Assim, em regra, a sentença arbitral doméstica poderá ser objeto de um recurso de anulação, que é o meio de impugnação principal e exclusivo de impugnação da sentença arbitral, a menos que seja possível apelar da mesma, conforme acordado pelas partes (artigo 1491), e aí a apreciação pelo Tribunal de Apelação ("Cour d'Appel") far-se-á no âmbito do recurso, podendo conduzir à reforma ou anulação da sentença (artigo 1490).

[1070] Artigo 1523 e 1524.

[1071] Artigo 1525. Bollée, «Le droit français de l' arbitrage international aprés le décret n.º 2011-48 du 13 janvier 2011», 574; Castellane, «The New French Law on International Arbitration», 378–79; Jarrosson e Pellerin, «Le droit français de l'arbitrage aprés le décret du 13 janvier 2011», 67 e 73 e ss.; Seraglini e Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 943–45.

[1072] Artigos 1525, 1520, 1526 e 1527. *Idem*.

[1073] Conforme se retira em A.II.1 e 3. pp. 8 e ss. e 82 e ss. e como concluirei em B.V.2.2, p. 268, nota 1327, o regime de impugnação das sentenças arbitrais domésticas e internacionais é de ordem pública, de caráter imperativo e, portanto, não está na disponibilidade das partes, exceto se a lei o permitir. V. Seraglini e Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 948–49; Jourdan-Marques, «Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales», 96.

ficará sujeita ao controlo judicial estadual, mas somente a que vier a ser proferida pelo segundo é anulável nos tribunais estaduais[1074].

O recurso de anulação das sentenças arbitrais internacionais proferidas em França é extraordinário, pois afeta o caso julgado e somente é admitido em casos de violações graves, devendo ser proposto no Tribunal de Recurso (*Cour d' Appel*) competente na jurisdição onde a sentença tiver sido proferida, no prazo de um mês a contar da data de notificação da mesma, sob pena de preclusão[1075], com os fundamentos limitada e exaustivamente previstos na lei[1076]. Este regime denota, mais uma vez, o caráter autónomo da arbitragem, especialmente quando é internacional, e o fim da eficiência da arbitragem e da finalidade das decisões arbitrais, que se procurou prosseguir no direito comparado. Sem que possa incidir no mérito da sentença arbitral, o controlo no recurso de anulação incide sobre a decisão errónea do tribunal arbitral quanto à (in)competência para decidir o litígio[1077], a irregularidade na constituição do tribunal arbitral[1078], o desrespeito pelo tribunal arbitral da missão que lhe foi conferida[1079], o desrespeito pelo princípio do contraditório[1080] ou se o reconhecimento ou execução da sentença contraria a ordem pública internacional[1081]. Como abordarei adiante[1082], o direito francês vai mais longe e, na arbitragem internacional, as partes podem, por acordo, renunciar ao recurso de anulação da sentença arbitral, caso em que poderão sempre apelar da sentença judicial que concede o *exequatur*, pelos mesmos motivos

[1074] Seraglini e Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 468. Apesar de o autor se referir a esta possibilidade no âmbito da arbitragem doméstica, não se vê impedimento a que tal possibilidade seja possível também na arbitragem internacional, em que a autonomia e flexibilidade contratuais são maiores.
[1075] Artigo 1519. Castellane, «The New French Law on International Arbitration», 378–79; Mourre e Chessa, «The New French Arbitration Law: Innovation & Consolidation», 84–85; Seraglini e Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 947 e ss.
[1076] *Idem*. Artigo 1520, os quais são ainda mais restritos do que aqueles que a lei prevê para a arbitragem doméstica no artigo 1492.
[1077] Artigo 1520/1, no qual se inclui a apreciação da (in)existência de convenção de arbitragem válida e se o litígio se enquadra na mesma.
[1078] Artigo 1520/2, nomeadamente se foi constituído em conformidade com o acordo das partes, com os princípios fundamentais processuais de processo devido, como a igualdade, e se os árbitros foram independentes e imparciais.
[1079] Artigo 1520/3, no qual se incluem essencialmente três tipos de situações: quando o tribunal arbitral não interpretou nem aplicou devidamente o acordo das partes, quando ultrapassou os poderes que lhe foram atribuídos e quando proferiu sentença após o prazo fixado pelas partes.
[1080] Artigo 1520/4, que foi considerado "princípio superior indispensável ao desenvolvimento do processo equitativo em C. Cass., civ 1, n.º 89-14.382, 05.02.1991 e que inclui a igualdade das partes em apresentarem o seu caso e o debaterem de forma contraditória e o conhecimento e notificação de todos os atos para exercício do contraditório, sobrepondo-se, nesta parte, com a ordem pública internacional, na sua dimensão processual.
[1081] Artigo 1520/5, a qual se entende num sentido restritivo, sendo mais limitada que a ordem pública interna, e que não pode ser, expressa ou tacitamente, renunciada pelas partes. V. o referido em A.III.4.4. pp. 140 e ss.
[1082] B.V.1.2.2. pp. 252 e ss.

previstos para a anulação e no mesmo prazo de um mês[1083].

Quanto aos efeitos[1084], o recurso de anulação não tem efeito suspensivo e, se vier a ser julgado improcedente, confere imediatamente o *exequatur* à sentença arbitral ou à parte dela que não seja anulada[1085]. Se for procedente, o Tribunal de Recurso anula toda ou parte, se for divisível, da sentença arbitral, e não pode substituir-se ao tribunal arbitral, nem decidir o mérito da causa[1086], podendo ser iniciada nova arbitragem, desde que o fundamento da anulação não tenha também afetado a própria existência de convenção de arbitragem válida[1087].

No que se refere à articulação entre os meios de impugnação das sentenças arbitrais internacionais proferidas em França, a decisão que concede o *exequatur* não é passível de recurso[1088], mas o recurso de anulação[1089] equipara-se, de pleno direito e no limite do que foi remetido ao tribunal estadual, a um recurso contra a decisão do juiz relativa ao *exequatur* ou à perda de competência desse juiz para dirimir o litígio[1090]. Por sua vez, a decisão que indefere o pedido de *exequatur* é suscetível de apelação no prazo de um mês da comunicação da mesma, sendo que, se tiver havido recurso de anulação[1091], ambos os recursos devem, a pedido de uma das partes e caso tenham sido respeitados os respetivos prazos, ser apreciados em conjunto pelo Tribunal de Recurso. No caso de não ter sido interposto o recurso de anulação até à data do recurso de apelação ou de ter havido renúncia ao mesmo, e de o mesmo já não poder ser interposto, o Tribunal de Recurso deverá limitar-se a apreciar a recusa de *exequatur*, não podendo anular a sentença arbitral, podendo, porém, proceder a um controlo mais aprofundado dos critérios analisados nos termos do artigo 1514, após o

[1083] Artigos 1522 e 1524. Esta foi uma das inovações introduzidas pela reforma da lei em 2011, que marca o caráter autónomo e a possibilidade de deslocalização das arbitragens internacionais, mesmo que decorram em França.
[1084] Seraglini e Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 969.
[1085] Artigos 1526 e 1527.
[1086] Diferentemente do que sucede no recurso de anulação das sentenças arbitrais proferidas nas arbitragens domésticas (artigo 1493).
[1087] Seraglini e Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 969 e ss.
[1088] Artigos 1499, para a arbitragem doméstica, e 1524, para a arbitragem internacional, que prevê um caso excecional em que este recurso de apelação da decisão que concede o *exequatur* é possível, que é precisamente o caso de as partes terem renunciado, por acordo, à anulação da sentença arbitral, conforme explicarei adiante.
[1089] O regime é idêntico na articulação dos meios de impugnação das sentenças arbitrais nas arbitragens domésticas, com a diferença que, nestas, também pode haver recurso de apelação da sentença arbitral, quando acordado pelas partes (artigo 1489) e aí a consequência aplica-se a ambos (1499).
[1090] Artigo 1524.
[1091] No caso das arbitragens domésticas, o regime é idêntico mais uma vez, com a particularidade de também poder haver recurso de apelação da sentença arbitral, caso em que o Tribunal de recurso apreciará, a pedido de uma das partes, todos os recursos que tenham sido interpostos dentro dos respetivos prazos.

exercício do contraditório das partes[1092].

Por sua vez, quanto ao meio de impugnação das sentenças arbitrais estrangeiras, quer domésticas, quer internacionais, como referido, após aquele controlo preliminar e sem contraditório consagrado no artigo 1514 para o respetivo reconhecimento e execução (*exequatur*) em França, a decisão que for aí proferida, quer defira, quer indefira o pedido, pode ser objeto de recurso de apelação para o Tribunal de Recurso[1093], sendo este o único meio de impugnação e controlo possível[1094]. O recurso deverá ser interposto no prazo de um mês a contar da notificação da decisão e o reconhecimento ou a execução da sentença arbitral somente podem ser negados nos casos, limitada e exaustivamente, previstos no artigo 1520, ou seja, com base nos fundamentos consagrados para a anulação[1095].

Daqui se retiram algumas conclusões: primeiro, na medida em que os fundamentos possíveis do recurso referido são os previstos para a anulação (artigo 1520), o âmbito do controlo quanto às sentenças arbitrais estrangeiras e quanto às sentenças arbitrais internacionais proferidas em França é o mesmo. Segundo, o âmbito do controlo das sentenças arbitrais estrangeiras em França é mais restrito do que o consagrado no artigo V da CNI, já que não prevê como fundamento de recusa do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras a sua anulação ou suspensão nos tribunais estaduais da sede da arbitragem[1096]. Consequentemente, ainda que esteja em causa uma sentença arbitral estrangeira proferida noutros Estados-Contratantes da CNI, o controlo pelos tribunais estaduais franceses para o seu reconhecimento e execução em França tem sido realizado com base nos fundamentos previstos nacionalmente, nos termos e para os efeitos consagrados no artigo VII da CNI, nomeadamente de favorecer a execução das sentenças arbitrais estrangeiras na arbitragem internacional[1097].

[1092] Seraglini e Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 942.
[1093] Artigo 1525.
[1094] Na senda do direito comprado e da LMU, também no direito francês, não é possível requerer a anulação das sentenças arbitrais estrangeiras nos tribunais franceses.Jourdan-Marques, «Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales», 95; Gharavi, *The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award.*, 12.
[1095] *Idem*. Seraglini e Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 977 e ss.
[1096] Artigo V/1/e CNI. Bermann, «Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts», 53 e ss.; Castellane, «The New French Law on International Arbitration», 379; Darwazeh, «Article V(1)(e)», 324 e ss.; Meulemeester e Lefebvre, «The New York Convention: An Autopsy of Its Structure and Modus Operandi», 424 e ss.; Seraglini e Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 917 e ss.
[1097] *Idem*.

No **direito brasileiro**, até à LAB em 1996, a arbitragem era olhada com desconfiança e enfrentava vários obstáculos, tais como, a necessidade de homologação das sentenças arbitrais proferidas em arbitragens domésticas através de um processo judicial com direito de recurso, o entendimento de que a cláusula compromissória não dava lugar à execução específica, mas apenas a indemnização por perdas e danos, e/ou a necessidade de dupla homologação para que, na arbitragem internacional, a sentença arbitral estrangeira pudesse ter efeitos no Brasil, i.e., a necessidade de homologação tanto no país em que havia sido proferida como também, a seguir, pelo STF no Brasil[1098]. Com a LAB[1099], a adesão do Brasil à CNI em 2002, e desde então, pela adoção de soluções modernas, flexíveis, na senda do direito comparado, a arbitragem conheceu um desenvolvimento notável no Brasil, passando a ser aceite pela sociedade, respeitada pelos tribunais e desenvolvida por uma prática arbitral crescente na comunidade arbitral brasileira[1100].

A LAB não distingue arbitragem doméstica e internacional, adotando um regime monista, assente em princípios e regras internacionais que considera aplicáveis a ambos os casos, o que é criticado por alguns autores, por haver o risco de interpretações restritivas provenientes da arbitragem nacional e por não permitir, por vezes, dar um tratamento específico adequado à arbitragem internacional[1101]. Optou-se por um critério estritamente geográfico ou territorial – inspirando-se na CNI e/ou noutras leis estrangeiras, como a espanhola, afastando-se da LMU e de outros sistemas jurídicos, como o francês – para a determinação da nacionalidade da sentença arbitral, sendo nacionais todas as sentenças proferidas em arbitragens com sede no território brasileiro, e estrangeiras, as proferidas fora do Brasil, quer apresentem elementos nacionais ou internacionais (as nacionalidades ou domicílios das partes, a relação económica subjacente não são relevantes para a classificação como nacional ou estrangeira e, consequentemente, não implicam diferenças de regime) [1102].

[1098] Braghetta, *Anulação do Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Consequências Internacionais: visão a partir do Brasil*, 203–9; Carmona, *Arbitragem e processo*, 4 e ss.271 e 349, entre outras; Wald, «Os meios judiciais do controle da sentença arbitral», 42.

[1099] A LAB veio, entretanto, a ser reformada em 2015 pela Lei n.º 13.129.

[1100] Carmona, *Arbitragem e processo*, 1–4; Wald, «Os meios judiciais do controle da sentença arbitral», 62 e ss.

[1101] Braghetta, *Anulação do Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Consequências Internacionais: visão a partir do Brasil*, 274 e ss.; Carmona, *Arbitragem e processo*, 438–40.

[1102] Braghetta, *Anulação do Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Consequências Internacionais: visão a partir do Brasil*, 274 e ss.; Carmona, *Arbitragem e processo*, 438–40; Wald, «Os meios judiciais do controle da sentença arbitral», 51; Wambier, «A discussão sobre a disponibilidade do controle judicial da sentença arbitral e seus limites», 26.

A partir da LAB, os árbitros são considerados juízes de facto e de direito e as sentenças que proferem não ficam sujeitas a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário[1103]. As sentenças arbitrais proferidas no Brasil, seja em contratos nacionais ou internacionais, produzem, entre as partes e os seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença judicial, ou seja, caso julgado e força executiva, podendo ser imediatamente executadas[1104]. Esta opção brasileira inspirou-se nas leis portuguesa de 1986 e espanhola de 1988, sendo mais moderna que outras consideradas avançadas, nas quais ainda é necessário um procedimento de *exequatur* antes de passar à execução da sentença arbitral, como em França e em Inglaterra[1105].

Quanto aos meios de controlo judicial das sentenças arbitrais proferidas no Brasil, sejam puramente internas ou tenham elementos internacionais, a LAB prevê unicamente dois e em termos limitados, que são a ação anulatória[1106] (ou "ação declaratória da nulidade", terminologia legal utilizada, suscetível de críticas[1107]), inexistindo a possibilidade de controlo judicial do mérito da sentença arbitral[1108], e a ação de embargos do devedor[1109], se houver execução judicial[1110]. Por sua vez, no que se refere às sentenças arbitrais estrangeiras, o meio de controlo estadual é o processo de reconhecimento e execução em conformidade com os tratados internacionais com eficácia no Brasil e, na sua ausência, com o previsto na LAB[1111].

Seguindo, parcialmente, a LMU[1112], a LAB pretendeu harmonizar os fundamentos de anulação das sentenças arbitrais proferidas no Brasil com aqueles que permitem a recusa do

---

[1103] Artigo 18. Zocal, *Jurisdição do árbitro para a anulação de sentenças arbitrais*, 23. Em qualquer caso, este autor defende que nada impede que possa haver recurso de mérito, se for acordado pelas partes, e, nomeadamente, recurso para um novo tribunal arbitral (pp. 29 e ss.).
[1104] Artigo 31. Braghetta, *Anulação do Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Consequências Internacionais: visão a partir do Brasil*, 210; Carmona, *Arbitragem e processo*, 390 e ss.
[1105] *Idem*. V. notas 931 e 932.
[1106] Artigos 32. e 33.
[1107] Braghetta, *Anulação do Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Consequências Internacionais: visão a partir do Brasil*, 216; Carmona, *Arbitragem e processo*, 423.
[1108] Artigo 18.
[1109] Artigo 33. §3.º.
[1110] Almeida, «A anulação de sentenças arbitrais e a ordem pública», 265 e ss.; André Luis Monteiro, José António Fichtner, e Sergio Nelson Mannheimer, «Is Brazil an Arbitration-Friendly Jurisdiction?», *Kluwer Arbitration Blog* (blog), 2019; Carmona, *Arbitragem e processo*, 398 e ss.; Wald, «Os meios judiciais do controle da sentença arbitral»; Yarshell, «Ação anulatória de julgamento arbitral e ação rescisória»; Zocal, *Jurisdição do árbitro para a anulação de sentenças arbitrais*, 23 e ss.
[1111] Artigo 34. e ss.
[1112] Gharavi, *The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award.*, 37.

reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras. Assim, a sentença arbitral referida pode ser anulada se for nula a convenção de arbitragem[1113], incluindo-se nesta alínea, para além da inobservância dos requisitos materiais e formais de validade da mesma, a inarbitrabilidade do litígio; se emanou de quem não podia ser árbitro[1114], quer por não ter capacidade física ou jurídica, quer por ter sido nomeada pessoa que não tem alguma condição requerida na convenção de arbitragem; se não contiver os requisitos formais da sentença previstos legalmente[1115]; se for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem[1116], enquadrando-se os casos de excesso de poderes dos árbitros, nomeadamente, as sentenças *extra petita* ou *ultra petita*, o desvio no processo violador da convenção de arbitragem e/ou a nomeação de árbitros por um procedimento em desconformidade com a convenção de arbitragem; se se comprovar que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva[1117], se for proferida fora do prazo, desde que respeitado o disposto no artigo 12, inciso III, da LAB[1118]; e se forem desrespeitados os princípios ou direitos fundamentais processuais referidos no artigo 21., inciso 2.º[1119], que são aqueles que garantem o devido processo legal, a saber, o contraditório, a igualdade das partes, a imparcialidade do árbitro e o seu livre convencimento.

[1113] Artigo 32/I. Carmona, *Arbitragem e processo*, 400; Wald, «Os meios judiciais do controle da sentença arbitral», 53; Zocal, *Jurisdição do árbitro para a anulação de sentenças arbitrais*, 76–79.
[1114] Artigo 32/II. Carmona, *Arbitragem e processo*, 401–2; Zocal, *Jurisdição do árbitro para a anulação de sentenças arbitrais*, 71–76.
[1115] Artigo 32/III e 26. que estabelece que "são requisitos obrigatórios da sentença arbitral: I – o relatório, que conterá os nomes das partes e um resumo do litígio; II – os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade; III – o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e IV – a data e o lugar em que for proferida". Braghetta, *Anulação do Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Consequências Internacionais: visão a partir do Brasil*, 216 que considera que este requisito e o VII são excessivos e poderiam ser excluídos, caso viesse a haver revisão da LAB que, entretanto, ocorreu em 2015 e manteve ambos; Carmona, *Arbitragem e processo*, 403 e ss.; Wald, «Os meios judiciais do controle da sentença arbitral», 52–53; Zocal, *Jurisdição do árbitro para a anulação de sentenças arbitrais*, 69–71.
[1116] Artigo 32/IV. Carmona, *Arbitragem e processo*, 405–7; Zocal, *Jurisdição do árbitro para a anulação de sentenças arbitrais*, 76–79.
[1117] Artigo 32/VI. Carmona, *Arbitragem e processo*, 407–8. Segundo este autor, este é um lugar paralelo com a ação rescisória contra as sentenças de mérito estatais. Zocal, *Jurisdição do árbitro para a anulação de sentenças arbitrais*, 71–76.
[1118] Artigo 32/VII. Considerando a celeridade que se quis obter na arbitragem, reforçou-se a importância de os árbitros cumprirem o prazo fixado pelas partes. No entanto, a anulação da sentença arbitral por excesso de prazo está, porém, condicionada à notificação dos árbitros para que, em dez dias, apresentem a decisão final, de maneira que o autor da ação de anulação deve fazer prova da notificação prévia dos árbitros. Carmona, *Arbitragem e processo*, 408–9; Zocal, *Jurisdição do árbitro para a anulação de sentenças arbitrais*, 69–71.
[1119] Artigo 32/VIII. Carmona, *Arbitragem e processo*, 409–11; Zocal, *Jurisdição do árbitro para a anulação de sentenças arbitrais*, 69–71.

Não há dúvida de que existiu uma intenção legislativa de restringir o controlo judicial das sentenças arbitrais, proferidas e diretamente exequíveis no Brasil, ao meio exclusivo e excecional da ação de anulação (e/ou ao meio secundário dos embargos de executado[1120]), a intentar no prazo de 90 dias após o recebimento da notificação da respetiva sentença arbitral ou da decisão do pedido de esclarecimentos[1121], com base nos fundamentos previstos, de forma tendencialmente taxativa, no artigo 32 da LAB, aos quais subjazem interesses de ordem pública[1122]. No caso de estes fundamentos serem julgados procedentes, a ação de anulação produz o efeito de destruir, total ou parcialmente, a sentença arbitral e de determinar, se for o caso, e se a invalidade não afetar a convenção de arbitragem, que o árbitro ou o tribunal profira nova sentença arbitral[1123]. Apesar de ser uma solução criticada, por ser conservadora, contrária àquele fim de facilitar a execução e restringir o controlo da sentença arbitral e provocar delonga no processo, a ação de anulação segue o procedimento comum ordinário no tribunal de primeira instância, com a possibilidade de recursos ordinários e extraordinários previstos legalmente para os processos comuns[1124].

Sendo claro que está excluído o controlo do mérito ou da justiça do fundo da decisão, pela ação de anulação controla-se e impede-se a infração "de matérias de ordem pública que o sistema legal impõe como indispensáveis à manutenção da ordem jurídica"[1125]. Por outras palavras, o legislador reservou a ação anulatória apenas para casos de desvios muito graves, como a violação da integridade da convenção de arbitragem[1126], da independência e imparcialidade do árbitro[1127] e dos direitos fundamentais processuais das partes[1128]. Assim, discute-se a questão de saber se, na ausência de um fundamento ou cláusula como "válvula de escape", que abranja outras situações de violação de ordem pública que, por serem graves, possam conduzir também à anulação da sentença arbitral, e perante a tendência exclusiva,

[1120] Artigo 33. § 3.º.
[1121] Artigos 33. § 1.º e 30.
[1122] Almeida, «A anulação de sentenças arbitrais e a ordem pública», 266–67; Carmona, Carlos Alberto, *Arbitragem e Processo, um comentário à Lei n.º 9.307/96*, 3.ª Revista, Atualizada e Ampliada (São Paulo: Editora Atlas, SA, 2009), 411 e ss.; Zocal, *Jurisdição do árbitro para a anulação de sentenças arbitrais*, 19. Em defesa do sentido contrário, V. Zocal, *Jurisdição do árbitro para a anulação de sentenças arbitrais*, 68–69.
[1123] Artigo 33. § 2.º.Almeida, «A anulação de sentenças arbitrais e a ordem pública», 266–69; Carmona, *Arbitragem e processo*, 412.
[1124] Carmona, *Arbitragem e processo*, 426.
[1125] Carmona, Carlos Alberto, *Arbitragem e Processo, um comentário à Lei n.º 9.307/96*, 412.
[1126] Artigo 32/ I, IV e VII.
[1127] Artigo 32/II e VI.
[1128] Artigo 32/III, VIII e novamente VII.

excecional e exaustiva dos fundamentos previstos no artigo 32 da LAB, se tais situações podem ser consideradas para anulação da sentença arbitral em casos que não estejam expressamente previstos.

Segundo a opinião maioritária da doutrina, como Carlos Alberto Carmona[1129], Jan Kleinheisterkamp[1130], João Bosco Lee[1131], entre outros[1132], e dado que a conformidade com a ordem pública é um limite à validade da convenção de arbitragem[1133] e, consequentemente, da sentença arbitral, a violação da ordem pública ou a não aplicação de normas imperativas de ordem pública, que deveriam ter sido aplicadas e conduzir a um resultado diferente, pode ser fundamento de anulação da mesma e impedir a circulação de sentenças que ferem valores importantes da sociedade, ainda que não esteja expressamente prevista na lei. Após expor as várias posições doutrinárias, Ricardo Ramalho Almeida, sem prejuízo de considerar que a lei é e pretende ser exaustiva na enumeração dos fundamentos de anulação da sentença arbitral, defende que, em casos excecionais, esta solução *contra legem* de permitir a anulação com o fundamento em causa pode ser a única solução para "situações absurdas, teratológicas, *prima facie* ofensivas ao mais comezinho sentimento de juridicidade", justificando-as com base nos direitos fundamentais constitucionais de acesso à justiça e de ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (artigo 5.º/XXXV e LV da CFB)[1134] e/ou, nos casos em que essa violação da ordem pública ou desconsideração de normas imperativas de ordem pública, que deveriam ter sido apreciadas pelos árbitros e não foram, decorra da falta ou insuficiência de fundamentação da sentença, com base no artigo 32/III da LAB. Outro argumento que também é utilizado pela doutrina para defender que o controlo judicial na ação de anulação no Brasil deve poder fazer-se com base na violação de princípios ou regras de ordem pública pela sentença arbitral é a consagração expressa desse fundamento no caso de reconhecimento e execução da sentença arbitral estrangeira no país, bem como nos instrumentos internacionais como a CNI e a CIACI, de que o Brasil é parte, não fazendo sentido que o controlo seja mais exigente para sentenças arbitrais proferidas fora do Brasil do que para as

[1129] Carmona, Carlos Alberto, *Arbitragem e Processo, um comentário à Lei n.º 9.307/96*, 411–18.
[1130] Jan Kleinheisterkamp, *International Commercial Arbitration in Latin America: Regulation and Practice in the MERCOSUR and the Associated Countries* (Dobbs Ferry, NY: Oceana Publ, 2005), 408–9.
[1131] João Bosco Lee, *Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul*, Biblioteca de direito internacional 4 (Curitiba: Juruá Ed, 2002), 206–7.
[1132] Almeida, «A anulação de sentenças arbitrais e a ordem pública», 267 e ss.
[1133] Artigo 2.º §1.º.
[1134] Almeida, «A anulação de sentenças arbitrais e a ordem pública», 267 e ss.

nacionais, fazendo, por isso, todo o sentido aplicar-se também a estas, em moldes limitados e excecionais[1135]. Em sentido contrário, há alguns autores que defendem a taxatividade e excecionalidade dos fundamentos previstos na LAB[1136]. A título exemplificativo, Raúl Zocal defende que, não decorrendo a ação anulatória de uma exigência constitucional, mas de uma opção legislativa, tendo sido consagrada como um meio excecional para casos taxativamente previstos na lei, e não estando a violação da ordem pública consagrada como fundamento autónomo de anulação, tal fundamento não pode dar lugar à anulação de sentenças arbitrais proferidas no Brasil[1137].

Além da ação de anulação, e porque o credor pode promover a execução da sentença arbitral na pendência da ação de anulação, a LAB prevê também a possibilidade de arguir a invalidade da sentença arbitral mediante impugnação como embargos de executado na ação executiva, nos termos e com os efeitos dos artigos 475-L e seguintes do CPCB[1138]. Consoante a impugnação em sede de embargos de execução ocorra dentro do prazo dos 90 dias seguintes à notificação da sentença ou após esse prazo, e dependendo de já ter sido iniciada a ação de anulação ou não, as possibilidades do executado serão diferentes: se estiver dentro do prazo e mesmo se já tiver sido intentada ação de anulação, pode optar por se opor à execução com os mesmos fundamentos e desistir da ação de anulação, para não haver litispendência, ou por prosseguir a ação de anulação, pedir apensação dos autos e postular que seja tratado como embargos à execução; se já tiver decorrido o prazo para anulação e a sentença tiver sido impugnada, as duas ações são diferentes, estando em causa pedidos e causas de pedir diferentes (impugnação da validade da sentença arbitral e (in)existência de algum fundamento de oposição à execução), podendo prosseguir os seus termos paralelamente, ainda que se mantenham as soluções referidas quanto à sua cumulação; se a sentença arbitral não tiver sido impugnada dentro do prazo, resta-lhe a possibilidade ainda mais limitada de embargos de executado, mas já não pode invocar os fundamentos consagrados para a anulação da sentença arbitral, podendo apenas invocar

[1135] Almeida, «A anulação de sentenças arbitrais e a ordem pública», 269–73; Carmona, *Arbitragem e processo*, 411–18, *maxime* 417.
[1136] Almeida, «A anulação de sentenças arbitrais e a ordem pública», 268.
[1137] Zocal, *Jurisdição do árbitro para a anulação de sentenças arbitrais*, 57–69. Segundo este autor, as posições referidas que consideram que, apesar do caráter taxativo dos fundamentos previstos no artigo 32 da LAB, deve poder anular-se a sentença arbitral em casos de violação da ordem pública ou de situações absurdas ou teratológicas são *de lege ferenda*.
[1138] Carmona, *Arbitragem e processo*, 427–31; Wald, «Os meios judiciais do controle da sentença arbitral», 55–56.

qualquer fundamento que impeça a execução, como, por exemplo, já ter sido paga a dívida[1139].

Por sua vez, conforme referi, para ter eficácia no Brasil, a sentença arbitral estrangeira tem de ser reconhecida e executada pelo Supremo Tribunal de Justiça, já não sendo necessária a homologação no país de origem, como era antes da LAB, nos termos e com os fundamentos previstos nos artigos 34 a 40 da LAB. Além da salvaguarda dos tratados internacionais vigentes, os fundamentos previstos seguem de perto a CNI e a LMU[1140]. Embora alguns autores estrangeiros tenham entendido que, à semelhança de outros poucos países, como Paquistão, Indonésia, seria possível pedir a anulação das sentenças arbitrais estrangeiras em tribunais estaduais brasileiros[1141], e que tal tenha sido suscitado por alguns advogados brasileiros, Arnoldo Wald esclarece que essa tese não só desconsidera a cultura e prática jurídicas brasileiras, como não foi aceite pelos tribunais, como, ainda, a LAB considera como fundamento de recusa do reconhecimento e execução de sentença arbitral estrangeira a anulação da mesma pelos tribunais estaduais no país da sede da arbitragem[1142].

Uma vez analisados os principais meios de controlo estadual das sentenças arbitrais nas diferentes ordens jurídicas selecionadas, conclui-se que, embora se parta de uma lógica e de algumas regras comuns no sentido de o controlo ser limitado, de natureza principalmente formal ou processual, para impedir violações mais graves de excesso de jurisdição e/ou poderes dos árbitros e violação de processo justo e devido ("*due process*"), somente podendo assentar num critério mais substantivo em casos limitados, como o de violação da ordem pública, o âmbito do controlo referido varia, em graus, consoante os Estados[1143]. De um lado, temos países como França e Suíça, que apenas permitem um controlo mínimo das sentenças arbitrais internacionais – sendo que, em França, o âmbito é

[1139] *Idem*.
[1140] Artigos 38 e 39.Braghetta, *Anulação do Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Consequências Internacionais: visão a partir do Brasil*, 210 e ss.; Carmona, Carlos Alberto, *Arbitragem e Processo, um comentário à Lei n.º 9.307/96*, 436 e ss.; Wald, «Os meios judiciais do controle da sentença arbitral», 56 e ss.
[1141] Gharavi, *The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award.*, 21.
[1142] Artigo 38/VI. Wald, «Os meios judiciais do controle da sentença arbitral», 59–60; V. também Braghetta, *Anulação do Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Consequências Internacionais: visão a partir do Brasil*, 210 e ss.; Zocal, *Jurisdição do árbitro para a anulação de sentenças arbitrais*, 37.
[1143] Born, «Chapter 25: Annulment of International Arbitral Awards (Updated January 2023)», 3632–60, §25.04 a §25.6; Blackaby et al., «10. Challenge of Arbitral Awards», 4–12, *maxime* §10.65; Craig, «Uses and Abuses of Appeal from Awards»; Gharavi, *The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award.*, 29–43; Wambier, «A discussão sobre a disponibilidade do controle judicial da sentença arbitral e seus limites», 17.

ainda mais limitado do que o da própria CNI e previsto nos restantes países –; no meio, temos uma quantidade maior de países que adotam, no todo ou em parte, o texto da LMU, que, por sua vez, reflete o teor da CNI, quanto aos fundamentos possíveis de controlo estadual das sentenças arbitrais internacionais, como é o caso de Portugal e/ou o Brasil, embora o regime brasileiro preveja alguns fundamentos adicionais de anulação em relação à LMU; e, do outro lado, temos países que preveem um âmbito mais amplo de controlo estadual das sentenças arbitrais internacionais do que a generalidade dos países e em relação à LMU, como Inglaterra[1144]. Em qualquer caso, ainda que subsistam diferenças, há uma tendência geral de alinhamento entre os fundamentos da anulação e de recusa de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais, por força da CNI e da LMU.

No que se refere à anulação da sentença arbitral, conclui-se que a mesma tem natureza variável consoante a lei aplicável (por exemplo, de recurso extraordinário – anulatório, e não de substituição – em França, e de ação declarativa constitutiva, em Portugal ou no Brasil)[1145] e a função de controlar a validade da sentença arbitral à luz dos fundamentos consagrados na ordem jurídica estadual aplicável[1146], podendo produzir efeitos jurídicos diversos, que também variam consoante a ordem jurídica referida, tais como a confirmação da sentença, nova remissão para o tribunal arbitral para reconsideração, a alteração da decisão ou, no limite, a destruição, total ou parcial, dos efeitos jurídicos, pelo menos, na ordem jurídica interna e a possibilidade de ter uma nova arbitragem (se o vício da invalidade não afetar a própria convenção de arbitragem)[1147]. Quanto ao efeito internacional da anulação da sentença arbitral, não se pode afirmar que tenha efeito absoluto ou que a sentença arbitral deixe de existir[1148]. Pelo contrário, os artigos V/1/e) e VII da CNI, bem como os lugares

[1144] *Idem*.
[1145] Embora referindo-se às leis portuguesa e/ou francesa anteriores, a natureza da anulação mantém-se aplicável, Silva, «I. Anulação e Recursos da Decisão Arbitral», 483 e 516–17; Manuel Pereira Barrocas, *Manual de Arbitragem* (Almedina, 2010), 511 e 693; Em Portugal, quanto à lei vigente, entre outros autores citados, Cordeiro, *Tratado da arbitragem*, 438–39; Em Inglaterra, Puschmann et al., *Butterworthgs Challenges in Arbitration*, 241–71; Em França, Seraglini e Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 943 e ss.; No Brasil, Carmona, Carlos Alberto, *Arbitragem e Processo, um comentário à Lei n.º 9.307/96*, 423 e ss.
[1146] Neste momento, vigora a regra do controlo da anulação da sentença arbitral ser realizado exclusivamente nos tribunais do Estado da sede da arbitragem, com algumas exceções. Gharavi, *The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award.*, 12 e ss. V. B.IV.2.2. pp. 193 e ss.
[1147] Blackaby et al., «10. Challenge of Arbitral Awards», 12 §10.89; Born, «Chapter 25: Annulment of International Arbitral Awards (Updated January 2023)», 3686–89. Nota 1143 e V. B.IV.2.2, p. 193 e ss.
[1148] Born, «Chapter 26: Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards (Updated September 2022)», 3760–4081, § 26.5[C]8.

paralelos dos restantes instrumentos internacionais (CIAIC, CEAIC e LMU) apontam para o sentido contrário ao preverem o poder discricionário dos tribunais estaduais que apreciam o reconhecimento e execução de os deferirem ou recusarem, mesmo no caso de a sentença ter sido anulada. Perante a ausência de regras claras e completas na CNI e nos outros instrumentos internacionais neste ponto, conforme abordei[1149], há divergências na doutrina e na jurisprudência entre Estados, como explicitarei no ponto seguinte[1150].

Por seu turno, a função do reconhecimento e execução de sentença arbitral é a de os Estados decidirem aceitar – ou recusar – o resultado de um método de resolução de litígios, que não é puramente nacional – i.e., que é internacional (por exemplo, no caso francês) ou que teve lugar fora da jurisdição estadual (sentença estrangeira ou não-nacional) –, para tal confirmando se a sentença apresenta determinados requisitos mínimos de validade que justificam o uso dos poderes soberanos coercivos para lhe conferir o efeito de caso julgado (reconhecimento) e/ou a força executiva (para execução) na respetiva ordem jurídica, recusando-os quando tal não se verifique[1151]. Esta decisão de reconhecimento e execução – ou da sua recusa – tem efeitos apenas na ordem jurídica do Estado em que é proferida. A recusa de reconhecimento e execução de sentença arbitral não tem qualquer efeito em relação à sentença em si, que continua a ser vinculativa para as partes e pode ser objeto de processos idênticos noutros Estados em que o devedor tenha património[1152]. No entanto, dependendo do fundamento invocado para a recusa de reconhecimento e execução da sentença arbitral, em particular se estiver em causa algum dos fundamentos previstos no artigo V/1, sobretudo nas alíneas a) a d), e já não do artigo V/2 da CNI, que são mais dependentes das

[1149] B.IV.2.1. pp. 182 e ss.
[1150] B.IV.3. pp 229 e ss.
[1151] Braghetta, *Anulação do Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Consequências Internacionais: visão a partir do Brasil*, 210 e ss.; Caramelo, *O reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras*, 21–26; Carmona, Carlos Alberto, *Arbitragem e Processo, um comentário à Lei n.º 9.307/96*, 438; Cordeiro, *Tratado da arbitragem*, 530 e ss.; Craig, «Uses and Abuses of Appeal from Awards», 182; Vicente et al., *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 189 e ss.; Monteiro, Silva, e Mirante, *Manual de Arbitragem*, 419 e ss.; Seraglini e Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 933 e ss.; Wald, «Os meios judiciais do controle da sentença arbitral», 56 e ss. Note-se que, de acordo com a doutrina citada, ainda que não sejam reconhecidas na ordem jurídica interna, as sentenças arbitrais estrangeiras podem ter alguns efeitos limitados, nomeadamente podem ser apreciados como meio de prova e/ou à sua consideração como facto material. V. também Born, «Chapter 26: Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards (Updated September 2022)», 3718–55, §26.03[F].
[1152] Born, «Chapter 25: Annulment of International Arbitral Awards (Updated January 2023)», 3686–89; Born, «Chapter 26: Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards (Updated September 2022)», 3760–4081; Caramelo, *O reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras*, 69 e ss.; Craig, «Uses and Abuses of Appeal from Awards», 183.

especificidades locais de cada Estado, tal recusa de reconhecimento e execução poderá vir a ocorrer noutros Estados-Contratantes. Esta é uma das razões invocadas por Gary Born para demonstrar que as diferenças entre os efeitos da anulação e da recusa de reconhecimento e execução da sentença arbitral são exageradas, pois as sentenças estaduais de recusa de reconhecimento também podem ser ponderadas nos outros estados, de acordo com as suas próprias leis aplicáveis[1153].

3. Enquadramento do direito à anulação no sistema internacional de controlo das sentenças arbitrais: diferentes perspetivas quanto ao seu efeito, consequências práticas e soluções propostas

Após a análise dos meios de controlo estadual das sentenças arbitrais na arbitragem internacional, à luz das diversas fontes, quer internacionais, quer nacionais selecionadas, e constatadas algumas diferenças, que decorrem também da adoção de representações distintas da arbitragem internacional, importa, agora, enquadrar o direito à anulação, nomeadamente quanto ao seu efeito, que é debatido[1154], no sistema internacional de controlo das sentenças arbitrais. Tal enquadramento permitirá compreender, não só as diferenças nas soluções legais referidas[1155], como também as consequências práticas internacionais que podem ter a nível internacional e, ainda, algumas das propostas que têm vindo a ser apresentadas para ultrapassar ou diminuir o referido impacto, a favor da eficácia da arbitragem internacional.

[1153] Born, «Chapter 25: Annulment of International Arbitral Awards (Updated January 2023)», 3686–89; Born, «Chapter 26: Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards (Updated September 2022)», 3760–4081, §26.05[C][7] e [8]; V. também Silva, «I. Anulação e Recursos da Decisão Arbitral», 485.

[1154] Bermann, «Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts», 38 e 52 e ss.; Born, «Chapter 26: Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards (Updated September 2022)», 3760–4081; Braghetta, *Anulação do Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Consequências Internacionais: visão a partir do Brasil*, 61 e ss.; Caramelo, *O reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras*, 181 e ss.; Gaillard, «The Present – Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: International Arbitration as a Transnational System of Justice»; Gharavi, *The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award.*, 67–69; Jourdan-Marques, «Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales»; Reisman, W Michael, Richardson, Brian, «The Present – Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: Tribunals and Courts: An Interpretation of the Architecture of International Commercial Arbitration»; Brozolo, Luca G. Radicati di, «The Present – Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: The Control System of Arbitral Awards: A Pro-Arbitration Critique of Michael Reisman's "Architecture of International Commercial Arbitration"».

[1155] Incluindo no que toca à possibilidade de renúncia ao controlo pela anulação nos tribunais da sede, permitida apenas nalgumas ordens jurídicas, como abordarei adiante em B.V.1. pp. 243 e ss.

Como explicitei[1156], há hoje, em regra, em cada ordem jurídica interna, articulação entre os referidos meios de impugnação das sentenças, nomeadamente entre anulação e oposição à execução, com vista ao maior equilíbrio entre, por um lado, a definitividade e eficácia da sentença arbitral, evitando o seu duplo ou múltiplo controlo e, por outro lado, a garantia de um processo arbitral legal, justo e equitativo. O caso mais paradigmático dessa articulação interna é o exemplo francês, em que o controlo estadual das sentenças arbitrais é um só, exatamente com os mesmos fundamentos, ainda que através de meios alternativos de natureza e função diferentes, que se conjugam numa única decisão judicial final[1157].

Internacionalmente, apesar de grandes avanços alcançados pela CNI, pela LMU e pela crescente harmonização entre leis nacionais e práticas das instituições arbitrais, ainda não há, porém, articulação total entre os meios de controlo das sentenças arbitrais, de modo a evitar a sua duplicação, nem dos respetivos fundamentos[1158]. Com efeito, a articulação referida pode verificar-se em dois planos distintos: no dos meios de controlo estadual ao dispor das partes e dos Estados e/ou no dos fundamentos admitidos e na aplicação dos mesmos pelos tribunais estaduais[1159]. Sem prejuízo de haver uma elevada percentagem de cumprimento voluntário das sentenças arbitrais no âmbito internacional[1160], estas estão, em regra, sujeitas a, pelo menos, um duplo controlo judicial estadual – i.e., a anulação no lugar da sede da arbitragem e o reconhecimento e execução no(s) lugar(es) em que se pretende ver

[1156] B.IV.2.2. pp 179 e ss. V. também Johannes Landbrecht e Andreas R. Wehowsky, «Transnational Coordination of Setting Aside and Enforcement of Arbitral Awards - A New Treaty and Approach to Reconciling the Choice of Remedies Concept, the Judgement Route, and the Approaches to Enforcing Awards Set Aside?», *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International BV, the Netherlands, 37, n. 6 (2020): 683.

[1157] Há uma equiparação do objeto de controlo e da decisão do recurso de anulação e/ou do recurso de apelação da decisão que (in)defere o *exequatur*, seja em arbitragens internacionais proferidas em França ou estrangeiras. Artigos 1518, 1520, 1525, 1526 e ss. quanto à arbitragem internacional e/ou estrangeira, e já agora artigos 1489, 1491, 1492, 1494 e ss. e 1499, quanto à arbitragem doméstica, todos do CPCF. Jourdan-Marques, «Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales», 159 e ss. Em Portugal, também há uma equiparação e articulação total entre os meios de controlo estadual e respetivos fundamentos (artigos 42.º/7, 46.º/1 e 3, 48.º, 53.º e 56.º/1 da LAP e, na arbitragem doméstica, além daqueles, V. também o artigo 39.º/4), entre outras ordens jurídicas.

[1158] V., entre outros já citados, Braghetta, *Anulação do Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Consequências Internacionais: visão a partir do Brasil*, 182; Landbrecht e Wehowsky, «Transnational Coordination of Setting Aside and Enforcement of Arbitral Awards - A New Treaty and Approach to Reconciling the Choice of Remedies Concept, the Judgement Route, and the Approaches to Enforcing Awards Set Aside?», 679 e ss; Jourdan-Marques, «Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales», 359 e ss.; Loukas Mistelis, «Anulação de sentença arbitral e forum shopping em arbitragem internacional: deslocalização, autonomia das partes e cortes locais na fase de controle pós-sentença arbitral.», *Revista de Arbitragem e Mediação* 60, n. 16 (2019): 273 e ss.

[1159] *Idem*.

[1160] Born, «Chapter 25: Annulment of International Arbitral Awards (Updated January 2023)», 3422 e ss.

reconhecida ou executada, quando estes lugares não coincidem –, e nem sempre há harmonia entre as diferentes decisões. Além disso, conforme concluí[1161], atualmente, se há um consenso quanto ao âmbito máximo de controlo estadual das sentenças arbitrais, com base nos fundamentos consagrados no artigo V da CNI e/ou em regimes mais favoráveis do que aquele[1162], como o da CEAIC ou o regime francês, não existe igual consenso, não obstante a LMU e a aproximação de legislações nacionais daí resultante, no que se refere à ação de anulação e aos respetivos fundamentos, por ser uma zona mais cara à soberania estadual[1163]. Daí que seja nesta sede que persistem as maiores divergências decorrentes das características e ligações a cada ordem jurídica estadual.

Pode colocar-se a questão de saber se a articulação é um objetivo relevante, se há mecanismos consagrados para o efeito e/ou se são suficientes e cumprem o fim visado, a qual não analisarei total e profundamente na tese, por ultrapassar o âmbito definido, mas somente na medida que é útil. Em princípio, ainda que não seja possível, ou até desejável, uma unificação ou mesmo harmonização, total e imediata, dos direitos, e sem prejuízo dos desafios inerentes à criação ou determinação de um único tribunal competente no que toca ao controlo judicial das sentenças arbitrais na arbitragem internacional[1164], há, pelo menos, o interesse em criar um sistema o mais articulado e harmonioso possível a nível internacional de modo a, sobretudo, reduzir a multiplicação de processos judiciais estaduais na fase pós-arbitragem e potenciar, em maior medida, as vantagens deste mecanismo de resolução de litígios: celeridade, previsibilidade, segurança, i.e., a sua eficácia. Isto, naturalmente, salvaguardando a sua qualidade e justiça[1165].

Implicando a conjugação de interesses e direitos de vários intervenientes, desde as

[1161] B.IV.2. pp 179 e ss.
[1162] Artigo VII.
[1163] Craig, «Uses and Abuses of Appeal from Awards», 190.
[1164] Paulsson, «Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding Local Standard Annulments», 13–17; Vicente, «Requirements for the Enforceability of Arbitral Awards: A Comparative Overview.»; Landbrecht e Wehowsky, «Transnational Coordination of Setting Aside and Enforcement of Arbitral Awards - A New Treaty and Approach to Reconciling the Choice of Remedies Concept, the Judgement Route, and the Approaches to Enforcing Awards Set Aside?», 684.
[1165] Prova disso é a discussão e procura persistente dessa articulação, ainda que haja divergências sobre o modo de a alcançar. V, a título exemplificativo, além de todos os que vêm sendo citados sobre o tema, Caramelo, *O reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras*, 69–79; Landbrecht e Wehowsky, «Transnational Coordination of Setting Aside and Enforcement of Arbitral Awards - A New Treaty and Approach to Reconciling the Choice of Remedies Concept, the Judgement Route, and the Approaches to Enforcing Awards Set Aside?»; Krūmiņš, *Arbitration and Human Rights, Approaches to Excluding the Annulment of Arbitral Awards and Their Compatibility with the ECHR*, 127 e ss.

partes, aos Estados e à comunidade internacional, que, por vezes, são atingíveis através de soluções opostas, não há um modelo ideal, sendo este um tema discutido há décadas[1166]. Como ilustra Jan Paulsson, as questões relacionadas com a instituição social da arbitragem não têm uma resposta fechada e certa, sendo uma construção permanente na busca das melhores técnicas, inspirações e compromissos que se vão adquirindo ao longo da evolução dos tempos e das culturas[1167].

De um lado, espera-se que, na arbitragem comercial internacional, as partes possam obter uma sentença arbitral exequível em qualquer país, para o que será necessário que cada Estado reconheça a autonomia da arbitragem e que não tenha de rever o mérito, aplique o princípio da competência-competência do tribunal arbitral e remeta as partes para a arbitragem e que, uma vez obtida uma sentença arbitral, a presuma como válida e a execute e que o credor consiga obter a satisfação do seu crédito em qualquer país, o mais rapidamente possível, i.e., espera-se respeito pela escolha da arbitragem pelas partes e eficácia da mesma[1168]. Do outro lado, importa que haja algum controlo, nomeadamente para evitar excesso de poder ou jurisdição pelos árbitros e garantir que foram cumpridos os direitos fundamentais processuais mínimos, que conferem caráter jurisdicional à arbitragem, permitindo a integridade do processo arbitral e a confiança da comunidade arbitral internacional, i.e., a justiça e credibilidade[1169].

Assim, dependendo, mais uma vez, da representação da arbitragem internacional, quanto à sua natureza ou fundamento jurídicos, há diferentes posições e regimes jurídicos quanto aos efeitos internacionais da anulação da sentença arbitral, nomeadamente no(s)

[1166] Braghetta, *Anulação do Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Consequências Internacionais: visão a partir do Brasil*, 36 e ss.; Jourdan-Marques, «Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales», 160; Landbrecht e Wehowsky, «Transnational Coordination of Setting Aside and Enforcement of Arbitral Awards - A New Treaty and Approach to Reconciling the Choice of Remedies Concept, the Judgement Route, and the Approaches to Enforcing Awards Set Aside?», 685; Park, «Judicial Supervision of Transnational Commercial Arbitration: The English Arbitration Act of 1979», 115 e ss.; Park, «Duty and Discretion in International Arbitration», 32 e ss.; Park, «Why Courts Review Arbitral Awards»; Paulsson, *The Idea of Arbitration*, 291–93; Wald, «Os meios judiciais do controle da sentença arbitral», 64–65.
[1167] Paulsson, *The Idea of Arbitration*, 299–301.
[1168] Abedian, «Judicial Review of Arbitral Awards in International Arbitration – A Case for an Efficient System of Judicial Review»; Braghetta, *Anulação do Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Consequências Internacionais: visão a partir do Brasil*, 26 e ss.36; Park, «Judicial Supervision of Transnational Commercial Arbitration: The English Arbitration Act of 1979»; Park, «Duty and Discretion in International Arbitration», 10 e ss.; Park, «Why Courts Review Arbitral Awards», 596 e ss.
[1169] *Idem*.

Estado(s) em que se pretende o reconhecimento e execução da sentença arbitral[1170]. Para os defensores das teorias territorialistas, os efeitos da anulação da sentença arbitral pelos tribunais do Estado da sede devem ser internacionalmente reconhecidos nos restantes Estados, pretendendo estabelecer um efeito "erga omnes" e a regra de que o reconhecimento e execução de uma sentença anulada devem ser recusados, defendendo que esta arquitetura normativa da arbitragem internacional está consagrada no teor da CNI [artigo V/1/e)][1171]. Seguindo Michael Reisman, estes autores consideram que a CNI estabelece um esquema hierárquico de controlo primário, que é da competência do Estado da sede da arbitragem, à luz da "lex arbitrii", em que se pode anular a sentença arbitral, a qual "deixa de existir", e que tal decisão tem de ser acatada pelas demais jurisdições, nomeadamente nos lugares de reconhecimento e execução, que qualificam como "jurisdições secundárias" de controlo, que não têm competência anulatória, mas apenas a de recusar a execução da sentença estrangeira no seu território, criticando as restantes teorias[1172]. Esta é a teoria tradicional da arbitragem e do papel primordial de controlo atribuído à sede. No entanto, mesmo entre os autores e tribunais estaduais que defendem esta teoria, aceita-se que a anulação da sentença arbitral pode, em casos excecionais, ser desconsiderada pelos tribunais do Estado do reconhecimento

[1170] Gaillard, *Legal theory of international arbitration*; Gaillard, «The Present – Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: International Arbitration as a Transnational System of Justice»; Mistelis, «Anulação de sentença arbitral e forum shopping em arbitragem internacional: deslocalização, autonomia das partes e cortes locais na fase de controle pós-sentença arbitral.»; Park, «Duty and Discretion in International Arbitration», 33 e ss.; Vicente, «Requirements for the Enforceability of Arbitral Awards: A Comparative Overview.», 92–93.

[1171] Albert Jan van den Berg, «Should the Setting Aside of the Arbitral Award Be Abolished?», *ICSID Review* 29, n. 2 (2014): 263–88; Braghetta, *Anulação do Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Consequências Internacionais: visão a partir do Brasil*, 23 e ss.193-202 e 289-294 que, embora considere que a arbitragem internacional deve ter um tratamento específico e autónomo e que já atingiu elevado grau de autonomia, e consequente redução do papel da sede, quanto a vários dos seus elementos (cláusula arbitral em relação ao contrato, processo arbitral, lei aplicável, etc), entende que, no que se refere ao controlo da sentença arbitral ainda não se atingiu essa autonomia para que a sede não tenha importância no controlo primário, devendo, por isso, a anulação no Estado da sede da arbitragem ter efeitos internacionais. Caramelo, *O reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras*, 69–79; Reisman, W Michael, Richardson, Brian, «The Present – Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: Tribunals and Courts: An Interpretation of the Architecture of International Commercial Arbitration»; Sanders, *Quo Vadis Arbitration?*, 74–79 e 414; V. também sobre as várias posições e respetivas críticas, Born, «Chapter 25: Annulment of International Arbitral Awards (Updated January 2023)», 3686–89; Born, «Chapter 26: Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards (Updated September 2022)», 3760–4081, §26.5.8[a]; Darwazeh, «Article V(1)(e)», 326 e ss.; Krūmiņš, *Arbitration and Human Rights, Approaches to Excluding the Annulment of Arbitral Awards and Their Compatibility with the ECHR*, 98–102 e ss.; Vicente, «Requirements for the Enforceability of Arbitral Awards: A Comparative Overview.», 92.

[1172] *Idem*.

e execução, ainda que haja controvérsia quanto ao âmbito dessas exceções[1173]. Assim, admitem-se algumas exceções como a de se estar no âmbito de aplicação da CEAIC, que restringe o efeito internacional da anulação a determinados fundamentos previstos no artigo V/1/a) a d) da CNI, ou do artigo VII da CNI em que as condições nacionais de reconhecimento e execução sejam mais favoráveis, e/ou em casos em que a sentença judicial de anulação viole a ordem pública do Estado em que está a ser controlado o reconhecimento e execução da sentença arbitral anulada[1174].

Por sua vez, para os partidários da teoria pluralista, partindo da interpretação e função de coordenação da CNI, consideram que o efeito da anulação da sentença arbitral pelos tribunais do Estado da sede da arbitragem pode ser considerado e aceite, mas também pode ser ignorado ou negado, pelos tribunais estaduais do local do reconhecimento e execução, tendo estes o poder discricionário para reconhecer e executar a sentença arbitral, ainda que a mesma tenha sido anulada no tribunal de origem[1175]. Para estes autores, tal poder discricionário é permitido e resulta claramente dos termos dos artigos V/1/e), VI e VII da CNI, sublinhando que, nesse caso, o reconhecimento e execução de uma sentença arbitral anulada no tribunal da sede procede com base na convenção internacional ou no direito nacional mais favorável que for aplicável[1176].

A teoria pluralista foi desenvolvida por Jan Paulsson[1177], sendo também designada de "teoria deslocalizada moderada", por se opor à territorialista e decorrer da autonomista ou

[1173] Berg, Albert Jan van den, «The Present - Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: Introduction to the Session», em *Arbitration: The Next Fifty Years*, Albert Jan van den Berg (ed), vol. 16, ICCA Congress Series (ICCA & Kluwer Law International, 2012), 13–16; Berg, «Should the Setting Aside of the Arbitral Award Be Abolished?»; Braghetta, *Anulação do Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Consequências Internacionais: visão a partir do Brasil*, 23 e ss.292; Caramelo, *O reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras*, 71–75 e 180 e ss.; Petrochilos, «Enforcing Awards Annulled in Their State of Origin under the New York Convention».
[1174] *Idem*.
[1175] Brozolo, Luca G. Radicati di, «The Present – Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: The Control System of Arbitral Awards: A Pro-Arbitration Critique of Michael Reisman's "Architecture of International Commercial Arbitration"»; Ferrari, «Plures Leges Faciunt Arbitrum»; Lastenouse, «Why Setting Aside an Arbitral Award is not Enough to Remove it from the International Scene»; Paulsson, «Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding Local Standard Annulments»; Paulsson, *The Idea of Arbitration*, 29–50; Vicente, «Requirements for the Enforceability of Arbitral Awards: A Comparative Overview.», 92–93; Webster, «Evolving Principles in Enforcing Awards Subject to Annulment Proceedings».
[1176] *Idem*.
[1177] Paulsson, «Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding Local Standard Annulments»; Paulsson, *The Idea of Arbitration*.

deslocalizada, numa forma mais mitigada[1178]. Este autor propõe que os tribunais do lugar do reconhecimento e execução de sentença apenas considerem a anulação das sentenças arbitrais pelo tribunal da sede da arbitragem, quando estas se baseiem em fundamentos aceites pela generalidade das ordens jurídicas, que designou de "International Standard Annulments" ou "ILAs", os quais incluem, segundo o autor, os previstos nos artigos V/1/a)-d) da CNI e 36/1/a) da LMU, devendo, pelo contrário, ignorar a anulação assente em fundamentos específicos de alguma(s) ordem(ns) jurídica(s), que não sejam reconhecidos pela maioria das demais, que não justifiquem a anulação e/ou que sejam até ofensivos de valores ou princípios fundamentais. A estes fundamentos chamou "Local Standard Annulments" ou "LSAs", nos quais enquadra os previstos no artigo V/2 da CNI e 36/1/b) da LMU. Embora recusando que a natureza ou fundamento da arbitragem tenha qualquer influência na questão do controlo das sentenças arbitrais no âmbito da arbitragem internacional[1179], Luca Radicati di Brozolo critica o esquema de controlo primário e secundário defendido por Michael Reisman, por não ter correspondência com o texto, objetivos e fins da CNI, e defende uma interpretação e aplicação da mesma num sentido semelhante ao de Jan Paulsson. Considera que cada Estado pode decidir se reconhece ou recusa as sentenças arbitrais não-domésticas e, ao mesmo tempo, as próprias decisões judiciais de anulação proferidas no Estado da sede, reconhecendo o efeito destas somente em casos limitados, fundamentados e numa análise *ad hoc*, nomeadamente quando se basearem em fundamentos internacionalmente reconhecidos, devendo também atender-se ao acordo das partes[1180]. Por sua vez, para Franco Ferrari, se é certo que a arbitragem é regulada por diversas leis para além da lei da sede da arbitragem ("plures leges faciunt arbitrum"), adotando, por isso, uma teoria pluralista, considera que a lei da sede da arbitragem é o ponto de partida, tem papel preponderante em todas as fases da arbitragem e que se verifica a relação, invocada pelos territorialistas como subjacente à CNI, entre controlo primário e

[1178] Braghetta, *Anulação do Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Consequências Internacionais: visão a partir do Brasil*, 170–72; Caramelo, *O reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras*, 198 e ss.; Darwazeh, «Article V(1)(e)», 328.

[1179] Brozolo, Luca G. Radicati di, «The Present – Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: The Control System of Arbitral Awards: A Pro-Arbitration Critique of Michael Reisman's "Architecture of International Commercial Arbitration"», 86.

[1180] Born, «Chapter 26: Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards (Updated September 2022)», 3760–4081, §26.05.8[a]; Brozolo, Luca G. Radicati di, «The Present – Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: The Control System of Arbitral Awards: A Pro-Arbitration Critique of Michael Reisman's "Architecture of International Commercial Arbitration"».

secundários entre os tribunais da sede e os tribunais do reconhecimento ou execução[1181].

Gary Born parece também adotar uma posição pluralista. Partindo de algumas premissas, como a de que o objetivo principal da CNI ser o de reconhecer e cumprir a convenção de arbitragem acordada pelas partes, a de que as sentenças anuladas não "deixam de existir"[1182], e a de que a CNI não impede o reconhecimento das sentenças arbitrais anuladas, mas permite a respetiva recusa com esse fundamento, estabelece alguns critérios para que os tribunais estaduais decidam reconhecer, ou não, uma sentença arbitral anulada[1183]. Segundo este autor, o tribunal estadual do reconhecimento e execução deve conceder efeito internacional à decisão de anulação pelo tribunal da sede de arbitragem, quando a mesma se baseia nos fundamentos previstos nas alíneas a) a d) do artigo V/1 da CNI, cumprindo, desse modo, os objetivos da CNI de facilitar a execução das sentenças arbitrais estrangeiras e, ao mesmo tempo, a alínea e) do mesmo preceito, e deve considerá-la irrelevante nos casos em que se baseia em fundamentos relacionados com ordem pública e/ou regras de inarbitrabilidade locais ou na revisão de mérito das sentenças. Para tal, nos primeiros casos deve verificar se o processo de anulação decorreu nos termos legais e se a anulação operou com base em fundamentos realmente semelhantes aos referidos no artigo V/1/a) a d) da CNI. Nos últimos casos, o tribunal do reconhecimento e execução deve apreciar *de novo* a sentença arbitral ao abrigo dos fundamentos previstos no artigo V da CNI, em particular da ordem pública e arbitrabilidade à luz da lei deste Estado. Em qualquer caso, deve sempre atender ao acordado na convenção de arbitragem, nomeadamente, se houve algum acordo de renúncia[1184].

Finalmente, os seguidores das teorias autonomistas, quer na versão deslocalizada, quer na transnacional, entendem que a anulação da sentença arbitral no Estado da sede da arbitragem deve ser irrelevante, por não dever ser esta ordem jurídica estadual (lei e tribunais estaduais) a, respetivamente, regular ou a ter, respetivamente, a única ou última palavra sobre a validade da sentença, devendo o controlo ser realizado essencialmente pelo(s) Estado(s)

[1181] Ferrari, «Plures Leges Faciunt Arbitrum».
[1182] Tal como o comprovam vários casos jurisprudenciais e decorre do regime francês, bem como do próprio teor do artigo V/1/e), VI e VII da CNI. Born, «Chapter 25: Annulment of International Arbitral Awards (Updated January 2023)», 3686–89; Born, «Chapter 26: Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards (Updated September 2022)», 3760–4081, §26.05.8[b].
[1183] *Idem*.
[1184] *Idem*.

do reconhecimento e execução da sentença arbitral, que tem a ligação mais forte à mesma[1185]. Consequentemente, se não se verificar um fundamento de recusa do reconhecimento e execução previsto na lei do lugar em que este é pedido, então a sentença arbitral deve ser reconhecida e executada, ainda que tenha sido anulada pelo tribunal da sede da arbitragem. Tal é o que sucede no direito francês[1186], que, como explicitei, tanto na jurisprudência, como nas soluções legais adotadas, considera que as sentenças proferidas em arbitragens internacionais não se integram na ordem jurídica estadual em que são proferidas, tendo natureza "internacional" e/ou, nesse sentido, deslocalizada, e não prevê, nem reconhece a anulação da sentença arbitral pelo Estado da sede como um fundamento de recusa de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras e/ou internacionais proferidas em França, quando aplicável[1187]. Nestes casos, prevendo um regime mais favorável à execução das sentenças arbitrais estrangeiras, este prevalece, nos termos do artigo VII da CNI, podendo, por isso, reconhecer e executar sentenças que tenham sido anuladas no Estado da sede da arbitragem, sem sequer terem de apreciar a anulação referida[1188].

Tratando-se de questão controvertida na doutrina e na jurisprudência internacional, há algumas conclusões que posso retirar: independentemente da posição adotada quanto à representação da arbitragem internacional e ao consequente efeito internacional da anulação, a verdade é que a realidade demonstra, e todos aceitam, que há algumas situações em que as convenções internacionais e os direitos nacionais, não só permitem, mas também impõem que se desconsidere a anulação pelo tribunal da sede da arbitragem, daí que esta não tenha o efeito automático de fazer desaparecer internacionalmente a sentença arbitral, de fazer com

[1185] Fouchard, «La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine», 350 e ss.; Gaillard, «L' exécution des sentences annulées dans leur pays d' origine»; V. também Braghetta, *Anulação do Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Consequências Internacionais: visão a partir do Brasil*, 99 e ss.114 e ; Caramelo, *O reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras*, 75 e ss.; Darwazeh, «Article V(1)(e)», 334–37; Mistelis, «Anulação de sentença arbitral e forum shopping em arbitragem internacional: deslocalização, autonomia das partes e cortes locais na fase de controle pós-sentença arbitral.»; «Soc. Pabalk Ticaret Ltd Sirketi v. Soc. anon. Norsolor, Cour de Cassation (1re Ch. Civ.), 3 October 1984»; «Société PT Putrabali Adyamulia v. Société Rena Holding et Société Mnogutia Est Epices, Cour de cassation (1re Ch. Civile), 29 June 2007».

[1186] *Idem*. B.IV.1 e 2.2, pp. 168 e ss. e 193 e ss. (na parte relativa ao direito francês).

[1187] Como explicitarei no próximo capítulo, nos casos em que há renúncia à ação de anulação, por acordo das partes, nos termos dos artigos 1522 e 1524 do CPCF.

[1188] Artigos 1514 e ss., *maxime* 1525, 1524/1.º e 1520 do CPCF. B.IV.2.2, pp. 193 e ss. (na parte relativa ao direito francês).

que esta "deixe de existir"[1189]. Resulta também da letra, do espírito e dos restantes elementos interpretativos da CNI, *maxime* dos artigos V/1/e), VI e VII[1190], que, ao procurar eliminar o duplo *exequatur*, ao redefinir o conceito de autoridade da sentença arbitral ("binding award") sem exigir que se tenha esgotado o prazo para anulação ou que seja reconhecida no Estado da sede da arbitragem, ao atribuir o poder discricionário aos tribunais estaduais de conceder ou recusar o reconhecimento e execução da sentença arbitral, mesmo perante a verificação de um dos fundamentos taxativos do artigo V da CNI, nomeadamente o previsto na alínea e) e, ainda, ao consagrar a prevalência do tratamento mais favorável à execução da sentença arbitral, se quis autonomizar, pelo menos nalguma medida, o juízo sobre o reconhecimento e execução da sentença arbitral do relativo à respetiva anulação no Estado da sede da arbitragem. Como afirma Gary Born[1191], será profundamente danoso para o processo arbitral internacional que qualquer decisão judicial no Estado da sede da arbitragem, incluindo quando este seja também o Estado da execução, tenha o efeito de anular decisões procedimentalmente adequadas com efeito vinculativo internacional. Tal frustrará um dos objetivos fundamentais do processo arbitral, que é o de evitar a complexidade, a demora e imprevisibilidade da litigância nos tribunais nacionais, que resulta das disputas internacionais[1192], para além da própria escolha da arbitragem pelas partes. Terá o resultado inaceitável de vincular todos os Estados Contratantes à decisão de anulação nacional, independentemente da integridade do processo de anulação e dos respetivos fundamentos[1193].

Deste modo, considerando os vários elementos de interpretação da CNI, bem como das CIAIC e CEIAC, incluindo os objetivos de reconhecer a convenção de arbitragem internacional e de facilitar a circulação da sentença arbitral, eliminar o duplo *exequatur* e reduzir o papel da sede da arbitragem, bem como a progressiva harmonização das legislações

[1189] Born, «Chapter 25: Annulment of International Arbitral Awards (Updated January 2023)», 3686–89; Born, «Chapter 26: Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards (Updated September 2022)», 3760–4081, §26.05.8[b]; Fouchard, «La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine», 333 e ss.; Lastenouse, «Why Setting Aside an Arbitral Award is not Enough to Remove it from the International Scene»; Paulsson, «Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding Local Standard Annulments», 19–23; Petrochilos, «Enforcing Awards Annulled in Their State of Origin under the New York Convention».
[1190] B.IV.2.1, pp. 182 e ss.
[1191] Born, «Chapter 26: Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards (Updated September 2022)», 3760–4081, §26.05.8[b].
[1192] *Idem*.
[1193] *Idem*. Paulsson, «Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding Local Standard Annulments», 17 e ss.27.

nacionais, embora ainda diversas quanto ao âmbito de controlo, concordo com as posições que partem da visão pluralista da arbitragem internacional[1194], por esta ser a mais realista e atual[1195], e por defenderem uma tendencial articulação dos meios de controlo das sentenças arbitrais no âmbito internacional (anulação e reconhecimento e execução de sentenças arbitrais), com base nos fundamentos, que sejam internacionalmente reconhecidos, desconsiderando anulações assentes em especificidades locais, nomeadamente relativas à ordem pública e arbitrabilidade particulares de cada Estado, que somente serão eventualmente relevantes em cada Estado, atendendo sempre, em qualquer caso, ao acordado validamente pelas partes.

Igualmente, concluo que, existindo mais do que um meio de controlo das sentenças arbitrais no plano internacional, e com âmbitos, ainda que parcialmente, diversos, pode sempre haver casos em que a sentença é anulada num Estado e reconhecida e executada noutro, i.e., desordens internacionais[1196]. Assim, na fase pós-arbitragem, além da duplicação ou multiplicação dos meios de controlo das sentenças arbitrais, que, em si, é o maior obstáculo à eficácia da arbitragem internacional, pode haver desarmonia de decisões, tais como o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais anuladas na sede e, ao invés, a recusa de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais válidas na sede, tanto por não terem sido objeto de impugnação dentro do prazo, como também por a anulação ter sido

[1194] Born, «Chapter 25: Annulment of International Arbitral Awards (Updated January 2023)», 3686–89; Born, «Chapter 26: Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards (Updated September 2022)», 3760–4081, §26.05.8[b]; Brozolo, Luca G. Radicati di, «The Present – Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: The Control System of Arbitral Awards: A Pro-Arbitration Critique of Michael Reisman's "Architecture of International Commercial Arbitration"»; Paulsson, «Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding Local Standard Annulments»; Vicente, «Requirements for the Enforceability of Arbitral Awards: A Comparative Overview.», 92–93.

[1195] Mais do que a discussão entre posições filosóficas de como deveria ser o sistema internacional, em que todas apresentam vantagens e desvantagens, e sem a perder de vista – já que o sonho da ordem jurídica autónoma é, na minha opinião, um bom sonho, resta saber se concretizável! –, parece-me que o caminho é olhar para o que existe, o que se aproxima mais da teoria pluralista, em que a lei e os tribunais estaduais da sede da arbitragem continuam a ter um papel relevante, pois são o ponto de partida e subsidiário na regulação do processo arbitral, mas em que outras leis e outros tribunais estaduais são também relevantes, nomeadamente os do lugar do reconhecimento e execução que é onde a sentença arbitral tem, ou não, aplicação prática, sendo que a chave do sucesso da arbitragem internacional está em conseguir a articulação entre ambos.

[1196] Brozolo, Luca G. Radicati di, «The Present – Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: The Control System of Arbitral Awards: A Pro-Arbitration Critique of Michael Reisman's "Architecture of International Commercial Arbitration"»; Darwazeh, «Article V(1)(e)», 324 e ss.; Leurent, «Reflections on the International Effectiveness of Arbitration Awards»; Vicente, «Requirements for the Enforceability of Arbitral Awards: A Comparative Overview.», 92 e ss.

julgada improcedente[1197]. Se os pluralistas e os autonomistas sublinham a inevitabilidade – nalguma medida, que, apesar de tudo, julgam ser somente em casos pontuais –, de desarmonias entre decisões a nível internacional[1198], e se os defensores das teorias territorialistas qualificam estas desordens como negativas e atribuem-nas à opção pelas restantes teorias, sem deixarem de reconhecer, porém, que há alguns casos excecionais em que há sentenças anuladas que podem e devem ser reconhecidas e executadas[1199], é unânime que o objetivo é o de procurar a maior eficiência possível da arbitragem internacional, sem descurar o controlo mínimo necessário da integridade da mesma, o que tem sido objeto de diversas propostas de solução[1200].

Como possíveis soluções de articulação, harmonização ou mesmo de unificação dos regimes aplicáveis ao controlo das sentenças arbitrais na arbitragem internacional, têm sido propostas várias opções: umas, de continuidade ou desenvolvimento do sistema existente e, outras, que implicariam uma maior rutura com este ou, pelo menos, a adoção de uma posição sobre a controvérsia existente[1201]. De um lado, tendendo para soluções de continuidade, tem sido proposta uma maior harmonização das legislações nacionais, no seguimento da LMU, através da criação de recomendações (*guidelines*) pela Uncitral quanto à interpretação de diversos aspetos da CNI, ou a adoção de leis nacionais mais benéficas à arbitragem internacional, como já tem vindo a acontecer, continuando esse trabalho progressivo de melhorar o sistema – podendo, inclusive, nalguns casos, conduzir a soluções mais benéficas que a própria CNI, que seriam aplicadas nos termos do artigo VII da mesma, como é o caso

[1197] Born, «Chapter 26: Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards (Updated September 2022)», 3760–4081, §26.05.8[b]; Braghetta, *Anulação do Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Consequências Internacionais: visão a partir do Brasil*, 99 e ss.; Jourdan-Marques, «Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales», 359 e ss.; Gharavi, *The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award.*, 118 e ss.; Landbrecht e Wehowsky, «Transnational Coordination of Setting Aside and Enforcement of Arbitral Awards - A New Treaty and Approach to Reconciling the Choice of Remedies Concept, the Judgement Route, and the Approaches to Enforcing Awards Set Aside?»

[1198] Lastenouse, «Why Setting Aside an Arbitral Award is not Enough to Remove it from the International Scene», 34–36; Paulsson, «Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding Local Standard Annulments», 26 e ss.; Vicente, «Requirements for the Enforceability of Arbitral Awards: A Comparative Overview.»

[1199] B.IV.3., pp. 229 e ss.

[1200] Born, «Chapter 26: Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards (Updated September 2022)», 3760–4081, §26.05.8[b]; Braghetta, *Anulação do Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Consequências Internacionais: visão a partir do Brasil*, 99 e ss.; Jourdan-Marques, «Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales», 359 e ss.; Gharavi, *The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award.*, 118 e ss.

[1201] Gharavi, *The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award.*, 141 e ss.

da CEAIC –, ou ainda a revisão ou alteração da própria CNI, opção que, porém, é afastada pela maioria da doutrina[1202], entre outras vias[1203]. Por outro lado, no sentido de implicar uma mudança maior, já foram lançadas propostas de eliminação do duplo controlo, tanto a eliminação da anulação na sede[1204], como, ao invés, o de estender o mecanismo de controlo da Convenção de Bruxelas e de Lugano às decisões judiciais relativas às sentenças arbitrais, privilegiando o controlo estadual da sede[1205]. Já se propôs, também, a celebração de uma nova convenção internacional, que viesse complementar e resolver as questões em aberto na CNI, nomeadamente regular expressamente o âmbito e fundamentos de anulação e a articulação entre anulação e reconhecimento e execução[1206] e, ainda, o desejo – muitas vezes, referido como o sonho – de criação de um tribunal internacional ou supranacional (que poderia, inclusive, ser uma Secção especializada no Tribunal Internacional de Justiça, dedicada à arbitragem), que regulasse, de forma definitiva, todas as questões relativas à validade das sentenças arbitrais internacionais e respetiva execução[1207].

[1202] Braghetta, *Anulação do Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Consequências Internacionais: visão a partir do Brasil*, 185–86; Fouchard, «Suggestions pour accroître l'efficacité internationale des sentences arbitrales».

[1203] Born, «Chapter 25: Annulment of International Arbitral Awards (Updated January 2023)», 3686 e ss.; Born, «Chapter 26: Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards (Updated September 2022)», 3760–4081, §26.05.8[b]; Braghetta, *Anulação do Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Consequências Internacionais: visão a partir do Brasil*, 185–88; Craig, «Uses and Abuses of Appeal from Awards», 195 e ss.; Fouchard, «La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine», 250–52; Gharavi, *The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award.*, 142 e ss.; Jourdan-Marques, «Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales», 399 e ss.; Paulsson, «Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding Local Standard Annulments».

[1204] Fouchard, «La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine», 350–52.

[1205] J.F. Poudret, «Quelle solution pour en finir avec l' affaire Hilmarton? Réponse à Philippe Fouchard», *Revue de l'Arbitrage* 1 (1998): 7–24.

[1206] Fouchard, «La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine», 350–52; Gharavi, *The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award.*, 157 e ss.; Leurent, «Reflections on the International Effectiveness of Arbitration Awards»; Landbrecht e Wehowsky, «Transnational Coordination of Setting Aside and Enforcement of Arbitral Awards - A New Treaty and Approach to Reconciling the Choice of Remedies Concept, the Judgement Route, and the Approaches to Enforcing Awards Set Aside?», 709–19.

[1207] Fouchard, «La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine», 350–52; Gharavi, *The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award.*, 162 e ss.; H.E. Judge Howard M. Holtzmann, «A Task for the 21st Century: Creating a New International Court for Resolving Disputes on the Enforceability of Arbitral Awards», ed. Martin Hunter, Arthur Marriott, e V.V. Veeder, *The Internationalisation of International Arbitration, The LCIA Centenary Conference*, Arbitration International, 1995, 109–14; H.E. Judge Stephen M. Schwebel, «The Creation and Operation of an International Court of Arbitral Awards», ed. Martin Hunter, Arthur Marriott, e V.V. Veeder, *The Internationalisation of International Arbitration, The LCIA Centenary Conference*, Arbitration International, 1995, 115–23.

Assim, seja(m) qual(is) for(em) o(s) caminho(s) e a(s) solução(ões) a adotar, parece-me que os objetivos do respeito pela escolha da arbitragem pelas partes e do aumento da eficácia das sentenças arbitrais na arbitragem internacional concretizar-se-ão por uma ainda maior articulação entre os meios de controlo existentes das sentenças arbitrais – o que, aliás, na CNI, já se iniciou no sentido da redução do papel da sede da arbitragem –, independentemente e para além da harmonização desejável, e parcialmente atingida pela LMU, no que toca aos fundamentos de anulação, articulados também com os de recusa de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais.

V. A validade da renúncia, por acordo das partes, ao direito a requerer a anulação da decisão arbitral internacional nos diferentes sistemas jurídicos

Considerando o âmbito, a natureza e a função do direito processual à anulação da sentença arbitral, a sua distinção do direito ao reconhecimento e execução, e a sua integração no sistema internacional de controlo das sentenças arbitrais, posso avançar para a análise dos regimes jurídicos vigentes, internacional e nacionalmente, no que se refere à(in)admissibilidade e (in)validade da renúncia, total ou parcial, por acordo das partes, a este direito fundamental processual na arbitragem internacional e, nos casos em que a lei o permite, dos requisitos e dos limites a que a mesma está sujeita (Secção 1). A seguir, em face da diferença de soluções legais vigentes na matéria, procederei à aplicação e ponderação dos critérios identificados na Parte A da tese para aferir, do ponto de vista normativo, da (in)validade da renúncia à luz das diferentes ordens jurídicas, internacional e constitucionais nacionais analisadas, para concluir pela validade desta solução legal (Secção 2). Finalmente, sublinharei de que modo a consagração legal da validade da renúncia, total ou parcial, por acordo das partes, em qualquer momento, ao direito fundamental processual da anulação da sentença arbitral no tribunal estadual da sede da arbitragem, desde que cumpridos os respetivos requisitos de validade, se insere e contribui para uma maior coerência e articulação no sistema internacional de controlo das sentenças arbitrais (Secção 3).

1. A situação vigente (*de jure constituto*)

1.1. No direito internacional geral e regional

Como concluí acima[1208], o direito de acesso ao tribunal e a uma tutela jurisdicional efetiva consagrado no artigo 6.º da CEDH não é absoluto. Os Estados-Contratantes têm margem para o regular, nomeadamente para o limitar, e as partes autonomia contratual na matéria, desde que se cumpram determinados requisitos de validade, respeitando certos limites. Concluí também que tal direito não tem de ser exercido nos tribunais estaduais, podendo as partes recorrer à arbitragem, sendo que a CEDH é-lhe aplicável nos termos analisados[1209].

[1208] A.II.2, pp. 54 e ss. e A.III.5, pp. 151 e ss.
[1209] A.II.1 e 2, pp. 8 e ss. e 54 e ss.

No que se refere ao direito fundamental processual de requerer a anulação da sentença arbitral, o TEDH já se pronunciou, expressamente, sobre a compatibilidade da solução legal suíça com o artigo 6.º da CEDH, permitindo que as partes, por acordo, renunciem a esse direito, desde que estejam verificados os respetivos requisitos de validade[1210]. No caso em análise, houve uma arbitragem entre um empresário (N. Tabbane) e uma empresa francesa (Colgate-Palmolive Services, S.A.), com base num Contrato de Opção celebrado no âmbito de uma parceria entre ambos ("Joint Venture"), em que a cláusula arbitral previa que qualquer disputa seria resolvida por um tribunal arbitral composto por três árbitros nos termos do Regulamento de Arbitragem CCI e que a sede deveria ser determinada pelos árbitros. Além disso, a cláusula estabelecia: "The decision of the Arbitration shall be final and binding and neither party shall have any right to appeal such decision to any court of law". A arbitragem teve sede na Suíça, tendo sido proferida sentença arbitral a favor da empresa francesa. Tabbane tentou requerer a anulação no Tribunal Federal Suíço ("Bundesgericht"), mas o seu pedido foi julgado inadmissível, já que as partes haviam acordado, nos termos permitidos no artigo 192/1 da PILA, renunciar a qualquer recurso para o tribunal judicial da sede. Aquele recorreu para o TEDH, invocando a violação dos artigos 6.º e 13.º da CEDH, por não ter podido requerer a anulação da sentença arbitral e pela alegada incompatibilidade do artigo 192/1 da lei suíça com os mesmos. Invocou, ainda, que a arbitragem tinha sido injusta[1211].

O TEDH declarou a reclamação improcedente. Após analisar a relação entre a CEDH e a arbitragem, apreciou tanto a interpretação da cláusula arbitral pelo Tribunal Federal e os requisitos de validade da renúncia nos termos da lei aplicável, como os critérios ou limites de ponderação para a restrição válida do direito fundamental consagrado no artigo 6.º da

[1210] TEDH, Tabbane c. Suíça, n.º 41069/12, 01.03.2016; Bratic, «"The parties hereby waive all recourse... but not that one" Why parties adopt exclusion agreements and why courts hesitate to enforce them», 113 e 120; José Ángel Rueda Garcia e Marco Vedovatti, «The European Court of Human Rights endorses the parties' voluntary waiver of the right to annul and award in the seat of arbitration (apropos Tabbane v. Switzerland)», *Spain Arbitration Review/ Revista del Club Español del Arbitraje*, Wolters Kluwer España, 2016, n. 26: 87–103; Knigge e Ribbers, «Waiver of the Right to Set-Aside Proceedings in Light of Article 6 ECHR: Party-Autonomy on Top?»; Krūmiņš, *Arbitration and Human Rights, Approaches to Excluding the Annulment of Arbitral Awards and Their Compatibility with the ECHR*, 144 e ss.

[1211] *Idem*. Artigo 192 da PILA: "Waiver of annulment: 1. If none of the parties have their domicile, their habitual residence, or a business establishment in Switzerland, they may, by an express statement in the arbitration agreement or by a subsequent written agreement, waive fully the action for annulment or they may limit it to one or several of the grounds listed in Art. 190/2; 2. If the parties have waived fully the action for annulment against the awards and if the awards are to be enforced in Switzerland, the New York Convention of June 10, 1958 on the Recognition and Enforcement of foreign Arbitral Awards applies by analogy".

CEDH pela lei suíça, decidindo pela validade da renúncia antecipada, por acordo, ao direito de requerer a anulação da sentença arbitral[1212].

Assim, o TEDH considerou a renúncia válida por ter sido i) livremente acordada pelas partes – i.e., sem qualquer prova de coação –, ii) lícita nos termos do artigo 192/1 da PILA, iii) inequívoca, baseando-se no texto "any appeal" e na interpretação do Tribunal Federal Suíço, que considerou não ter sido arbitrária, nem desrazoável, e por ter verificado iv) que foram cumpridas certas garantias ou salvaguardas mínimas em função da importância do direito – nomeadamente, Tabbane tinha tido a possibilidade de escolher o seu próprio árbitro, tinha sido ouvido pelo Tribunal Federal e este tinha tido em consideração todos os elementos factuais e jurídicos relevantes para a decisão[1213]. Quanto a estes requisitos de validade da renúncia, a doutrina sublinha que fica por aprofundar a questão de saber se a renúncia se manteria válida se houvesse desequilíbrio negocial entre as partes – já que neste caso não se colocava a questão, por se tratar de dois empresários a atuarem no mesmo meio, mas já houve pronúncia do Tribunal Federal Suíço numa situação na arbitragem do desporto em que se considerou que o atleta não tinha tido escolha[1214] –, bem como quais as garantias mínimas que têm de se verificar, dado que, no presente caso, tal foi apreciado de forma casuística e olhando para as circunstâncias subsequentes à própria arbitragem[1215].

Além disso, o TEDH apreciou a compatibilidade do artigo 192/1 da PILA com o artigo 6.º da CEDH, afirmando que a norma suíça visa prosseguir fins legítimos, como o de aumentar a atração e eficiência da arbitragem internacional na Suíça, evitando o duplo controlo da sentença nos processos de anulação na sede e de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais no Estado da execução, e o de reduzir a litigância no Tribunal Supremo, ao mesmo tempo que permite a escolha das partes ao abrigo da autonomia privada, ou seja,

[1212] TEDH, Tabbane c. Suíça, n.º 41069/12, 01.03.2016.
[1213] TEDH, Tabbane c. Suíça, n.º 41069/12, 01.03.2016 em § 27 e ss.; Bratic, «"The parties hereby waive all recourse... but not that one" Why parties adopt exclusion agreements and why courts hesitate to enforce them», 120; Garcia e Vedovatti, «The European Court of Human Rights endorses the parties' voluntary waiver of the right to annul and award in the seat of arbitration (apropos Tabbane v. Switzerland)», 92–94; Knigge e Ribbers, «Waiver of the Right to Set-Aside Proceedings in Light of Article 6 ECHR: Party-Autonomy on Top?», 778 e ss.; Krūmiņš, *Arbitration and Human Rights, Approaches to Excluding the Annulment of Arbitral Awards and Their Compatibility with the ECHR*, 149–53; Catherine A. Kunz, «Waiver of right to challenge an international arbitral award is not incompatible with ECHR: Tabbane v Switzerland», *European International Arbitration Review* 5, n. 1 (2016): 128–29.
[1214] Tribunal Federal, caso n.º 4P.172/2006, 22.03.2007.
[1215] Knigge e Ribbers, «Waiver of the Right to Set-Aside Proceedings in Light of Article 6 ECHR: Party-Autonomy on Top?», 781 e ss.

não é imposto às partes, existindo ainda possibilidade de controlo dos fundamentos de validade da sentença arbitral no momento da execução, sendo que, caso a sentença arbitral se venha a executar na Suíça, tal processo fica sujeito à CNI por analogia[1216]. À luz destas considerações, o TEDH conclui que a restrição do direito de acesso a um tribunal consagrado no artigo 6.º da CEDH prossegue um fim legítimo, enquanto respeita a autonomia privada e que tal restrição não é desproporcional aos fins que se visam prosseguir. Conclui, por isso, que não afeta a essência do direito fundamental de acesso a um tribunal[1217]. Para alguma doutrina, o TEDH deveria ter aprofundado também outro requisito de validade da renúncia a direito fundamental citado em jurisprudência anterior, i.e., o de que a renúncia não contraria um "interesse público relevante" e, nesse sentido, deveria ter procedido à ponderação dos interesses em oposição, ou seja, por um lado, os que justificam a renúncia e, por outro, os que fundamentam o controlo da arbitragem, considerando, pois, que, apesar de o TEDH ter considerado a solução suíça compatível com o artigo 6.º da CEDH, a apreciação da validade da renúncia terá de ser analisada caso a caso e ainda requer uma maior densificação[1218].

Por sua vez, nos instrumentos internacionais relativos à arbitragem, nada se refere expressamente quanto à (ir)renunciabilidade, quer do direito a requerer a anulação da sentença arbitral, quer do direito à oposição ao reconhecimento e execução de sentença arbitral[1219]. Mais uma vez, ao considerar-se a natureza pluralista da arbitragem internacional e a interpretação da CNI acima adotada, parece-me que, ainda que preveja a possibilidade de coexistirem os dois meios de impugnação, a CNI não impõe que seja assim, nem impede a possibilidade de renúncia, por acordo, à anulação da sentença arbitral. A resposta à questão terá de ser encontrada nas diferentes leis nacionais.

[1216] TEDH, Tabbane c. Suíça, n.º 41069/12, 01.03.2016 em § 32 e ss.; Domitille Baizeau, «Chapter 2, Part II: Commentary on Chapter 12 PILS, Article 192 [Waiver of annulment]», em *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, ed. Manuel Arroyo, 2.ª (Kluwer Law International, 2018), 376–77; Garcia e Vedovatti, «The European Court of Human Rights endorses the parties' voluntary waiver of the right to annul and award in the seat of arbitration (apropos Tabbane v. Switzerland)», 94–95; Knigge e Ribbers, «Waiver of the Right to Set-Aside Proceedings in Light of Article 6 ECHR: Party-Autonomy on Top?», 786 e ss.; Krūmiņš, *Arbitration and Human Rights, Approaches to Excluding the Annulment of Arbitral Awards and Their Compatibility with the ECHR*, 149–53; Kunz, «Waiver of right to challenge an international arbitral award is not incompatible with ECHR: Tabbane v Switzerland», 129 e ss.

[1217] *Idem*.

[1218] V. A.III.3 e 4, pp. 117 e ss. e 123 e ss. Knigge e Ribbers, «Waiver of the Right to Set-Aside Proceedings in Light of Article 6 ECHR: Party-Autonomy on Top?», 786–92.

[1219] Bermann, «Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts», 33 e ss.

1.2. Direito comparado: os casos português, inglês, francês e brasileiro

No que respeita às legislações nacionais, a LMU é silenciosa quanto à possibilidade de as partes acordarem, válida e antecipadamente, renunciar ao direito a requerer a anulação da sentença arbitral na arbitragem internacional, podendo, por isso, variar as soluções adotadas quer nos países que a seguem, quer naqueles que se inspiraram na mesma[1220]. Assim, as legislações nacionais variam nas abordagens ao tema, identificando-se uma visão tradicional mais restritiva seguida em muitos Estados, em que o direito à anulação da sentença arbitral é necessário, imperativo e irrenunciável antecipadamente, em qualquer caso, podendo as partes apenas decidir livremente que não o exercem ou renunciar ao mesmo, aquando da sua constituição e suscetibilidade de exercício, e uma visão mais liberal, que tem vindo a ser adotada nas décadas mais recentes, por vários Estados em que se preveem regras que permitem às partes acordarem, válida e antecipadamente, na convenção de arbitragem ou noutro acordo subsequente, renunciar à anulação da sentença arbitral no tribunal estadual da sede da arbitragem, desde que verificados determinados requisitos[1221]. Há doutrina que distingue, ainda, para além da abordagem mais restritiva e mais liberal, uma "intermédia" para abranger as ordens jurídicas que, permitindo a renúncia antecipada, por acordo das partes, ao direito de requerer a anulação com base nalguns fundamentos, aqueles em que estão apenas em causa direitos e interesses das partes[1222], não o permite, e proíbe até, com base noutros, como, por exemplo, a inarbitrabilidade ou a violação de ordem pública[1223], em que está em questão também a proteção de interesses públicos e/ou de terceiros[1224].

[1220] Além da LMU, V. Born, «Chapter 25: Annulment of International Arbitral Awards (Updated January 2023)», 3660–75, §25.07[A]; Bratic, «"The parties hereby waive all recourse... but not that one" Why parties adopt exclusion agreements and why courts hesitate to enforce them», 113; Petrochilos, *Procedural Law in International Arbitration*, 80.

[1221] Bratic, «"The parties hereby waive all recourse... but not that one" Why parties adopt exclusion agreements and why courts hesitate to enforce them»; Krūmiņš, *Arbitration and Human Rights, Approaches to Excluding the Annulment of Arbitral Awards and Their Compatibility with the ECHR*, 131 e ss.

[1222] Em particular, os correspondentes ao artigo 34/2/a da LMU.

[1223] Em particular, os correspondentes aos previstos no artigo 34/2/b da LMU.

[1224] Como referirei muito sucintamente, é o caso da Suécia. É também dado como exemplo o caso da Alemanha. No entanto, estas ordens jurídicas não são objeto de análise na presente tese. V. neste sentido de abordagem intermédia, Krūmiņš, *Arbitration and Human Rights, Approaches to Excluding the Annulment of Arbitral Awards and Their Compatibility with the ECHR*, 182 e ss.; V. também, sem qualificar como abordagem intermédia, mas como abordagem liberal, assente, porém, em pressupostos diferentes, Born, «Chapter 25: Annulment of International Arbitral Awards (Updated January 2023)», 3660–75, § 25.07[A]; Scherer, «The fate of parties' agreements on judicial review of awards: a comparative and normative analysis of party-autonomy at the post-award stage», 443–44 e 452.

Como passarei a analisar, incluem-se na visão restritiva, as leis portuguesa e inglesa, entre outras, e na abordagem liberal, a lei francesa, também entre outras. Por sua vez, no Brasil, tal como em muitos outros Estados, a lei não regula expressamente o ponto, havendo, por isso, posições em ambos os sentidos, embora ainda pareça prevalecente o entendimento de que as partes não podem renunciar antecipadamente, por acordo, ao direito a requerer a anulação da sentença arbitral[1225].

1.2.1. Sistemas jurídicos que estabelecem expressamente a irrenunciabilidade do direito de requerer a anulação da sentença arbitral internacional: os casos português e inglês

Como introduzido, os sistemas jurídicos português e inglês adotam a visão tradicional mais restritiva, consagrando expressamente que o direito à anulação da sentença arbitral é, em qualquer caso, imperativo e irrenunciável antecipadamente, por acordo das partes, ou seja, antes e até à prolação da sentença arbitral, podendo estas, após a notificação da sentença arbitral, renunciar ou simplesmente decidir não exercer o direito dentro do prazo legalmente previsto[1226]. Por outro lado, em ambos os sistemas jurídicos referidos, inspirados na LMU[1227], a regra da irrenunciabilidade antecipada do direito à anulação é conjugada com a atribuição do valor de "renúncia tácita", "efeito preclusivo" ou "perda do direito de oposição" ao comportamento omisso e/ou silencioso das partes que, tendo conhecimento – cujo regime, neste ponto, varia entre os dois sistemas jurídicos, num exigindo-se conhecimento efetivo, noutro presumido – e podendo fazê-lo, não exerceram o direito de se opor a determinado vício no decurso da arbitragem, imediatamente ou dentro de determinado prazo, precludindo a faculdade de o fazer mais tarde[1228].

[1225] B.V.1.2.3, pp. 259 e ss.
[1226] Artigo 46.º/5 LAP e Secção 4/1 e Anexo 1, secções 67 e 68 LAI. Além das ordens jurídicas portuguesa e inglesa, há outras poucas jurisdições, como Itália (artigo 829 do Código de Processo Civil Italiano – "CPCI") e Egito (artigo 54/1 da Lei n.º 27/1994, cuja tradução do Árabe oficial foi realizada pela Associação dos Árbitros Árabes e Africanos, no Cairo, publicada em google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwj22Lvrl6SFAxUBTqQEHb2dDZQQFnoECCkQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.newyorkconvention.org%2F11165%2Fweb%2Ffiles%2Fdocument%2F1%2F6%2F16274.pdf&usg=AOvVaw2mmk1J67Lj6QAmAli63ZZF&opi=89978449, acesso em 02.04.2024), que preveem que os acordos de renúncia do direito a requerer a anulação da sentença arbitral são inexequíveis, ou seja, em que não é possível a renúncia por acordo das partes. Born, «Chapter 25: Annulment of International Arbitral Awards (Updated January 2023)», 3660–75, §25.07[A].
[1227] Artigo 4.
[1228] Artigo 46.º/4 e 5 LAP e Secções 67, 68 e 73 LAI.

Em Portugal, a irrenunciabilidade antecipada do direito de impugnar uma sentença arbitral já estava consagrada na lei anterior e manteve-se na atual[1229], fundamentando-se, desde logo, na sua equiparação pública à sentença judicial, na consagração constitucional dos tribunais arbitrais e na própria ordem pública, donde decorre que o Estado só pode reconhecer sentenças arbitrais de privados se puder verificar a respetiva validade, que foram cumpridas as garantias de um processo justo e para "corrigir situações de falha extrema"[1230]. Além disso, como explicita Menezes Cordeiro, a irrenunciabilidade antecipada deste direito assenta num traço geral do ordenamento português, que "veda assunções unilaterais e renúncias antecipadas" para proteger o titular de si próprio e o ordenamento, impedindo-o de dispor da tutela jurídica, num momento prévio ao conhecimento de todos os elementos considerados necessários a tomar essa decisão[1231]. Assim, vigorando o critério da aplicação territorial da LAP a todas as arbitragens que têm lugar em Portugal[1232], bem como inexistindo um sistema dualista e um regime específico para a arbitragem internacional[1233], as sentenças arbitrais proferidas em arbitragens internacionais com sede em Portugal estão sujeitas à irrenunciabilidade antecipada ao direito de anulação das mesmas nos tribunais estaduais portugueses.

Como salienta alguma doutrina portuguesa, embora o artigo 46.º/4 e alguns autores[1234] afirmem que há renúncia presumida ou tácita nas situações aí previstas, o teor do mesmo

[1229] V. artigo 28.º/1 da LAP de 1986. Nos termos do artigo 46.º/5 da LAP, "Sem prejuízo do disposto no número anterior, o direito de requerer a anulação da sentença arbitral é irrenunciável". Por sua vez, o número anterior estabelece que "Se uma parte, sabendo que não foi respeitada uma das disposições da presente lei que as partes podem derrogar ou uma qualquer condição enunciada na convenção de arbitragem, prosseguir apesar disso a arbitragem sem deduzir oposição de imediato ou, se houver prazo para este efeito, nesse prazo, considera-se que renunciou ao direito de impugnar, com tal fundamento, a sentença arbitral". Vicente et al., *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 190. Em Acórdão do STJ, já foi julgado que, tendo uma parte iniciado ação de anulação da sentença arbitral, no âmbito da qual se ofereceu para prestar caução, embora não se tenha chegado a concretizar por ter sido contestada nos seus termos, e em seguida tendo procedido ao pagamento da quantia exequenda, no âmbito da ação executiva intentada pela parte contrária para fazer face às penhoras que estavam a afetar o exercício da atividade comercial, tendo-se extinguido a execução, não se pode presumir que aquela parte tenha renunciado ao direito à anulação da sentença, dado que, no final, há que verificar se havia causa legítima para o pagamento ou se não havia e pode pedir a sua restituição, V. STJ, proc. n.º 2394/22.8YRLSB.S1, 31.01.2023.

[1230] Caramelo, *A impugnação da Sentença Arbitral*, 23 e ss.; Cordeiro, *Tratado de direito civil. 1*, 455; Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 295; Monteiro, Silva, e Mirante, *Manual de Arbitragem*, 395 e ss.; Silva, «I. Anulação e Recursos da Decisão Arbitral», 969; Vicente et al., *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 190.

[1231] Cordeiro, *Tratado da arbitragem*, 455 V., a título exemplificativo, o artigo 809.º CC, entre outros citados pelo autor.

[1232] Artigo 61.º.

[1233] B.IV.2.2., pp. 193 e ss. (na parte relativa ao direito português).

[1234] Vicente et al., *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 189.

não implica necessariamente que haja uma renúncia em sentido técnico-jurídico, podendo corresponder a um mero não-exercício do direito e à consequente preclusão ou caducidade do direito a propor uma ação de anulação da sentença com base no(s) fundamento(s) que poderia(m) e deveria(m) ter sido invocado(s) oportunamente pelas partes, sem que o tenham sido[1235]. Por outras palavras, a regulação desta situação não visa prever a autonomia privada e a possibilidade de renúncia, mas assenta numa lógica de impor eficiência e boa-fé na conduta processual das partes e, para tal, perda do direito, se não for exercido tempestivamente. Para tal, têm de se verificar os seguintes requisitos: i) a parte tem de ter conhecimento efetivo de que foi desrespeitada uma disposição legal supletiva ou contratual aplicável à arbitragem e ii) apesar disso, prosseguir o processo arbitral, iii) sem se opor de imediato ou dentro dos prazos legais, contratuais ou fixados pelos árbitros, a tal violação[1236]. Ficam, pois, de fora as violações de normas imperativas que poderão ser sempre invocadas, como, por exemplo, as relativas à arbitrabilidade do litígio, às violações de ordem pública ou as referentes ao artigo 30.º/1 da LAP[1237] e/ou os vícios que apenas ocorrem na sentença, dado que a parte não teve oportunidade de os invocar e o tribunal arbitral esgota nesse momento o seu poder jurisdicional[1238].

No direito inglês, a irrenunciabilidade antecipada do direito de impugnação da sentença arbitral decorre da Secção 4/1 e, *a contrario*, dos números seguintes, bem como da lista do Anexo 1, que inclui as seções 67 e 68, da LAI, que estabelecem que a impugnação prevista nestas seções é obrigatória e não pode ser afastada por acordo das partes, retirando-se daqui que é um limite imperativo à autonomia contratual decorrente da salvaguarda do interesse público[1239]. Já o recurso previsto na Secção 69 é claramente renunciável antecipadamente, por acordo das partes, tal como já tinha sido previsto na lei de arbitragem anterior de 1979[1240]. O acordo de renúncia tem de ser escrito, podendo ser direto e expresso

[1235] A.III.1. e 5. Cordeiro, *Tratado de direito civil. 1*, 456; Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 300 e ss.; Monteiro, Silva, e Mirante, *Manual de Arbitragem*, 396 e ss.
[1236] *Idem*.
[1237] *Idem*.
[1238] Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 301.
[1239] B.IV.2.2. pp. 193 e ss. (na parte relativa ao direito inglês). Puschmann et al., *Butterworthgs Challenges in Arbitration*, 4; Born, «Chapter 25: Annulment of International Arbitral Awards (Updated January 2023)», 3660–75, §25.07[A]; Scherer, «The fate of parties' agreements on judicial review of awards: a comparative and normative analysis of party-autonomy at the post-award stage», 442.
[1240] Secções 69/1 e 4/2 a 5 e, *a contrario*, do Anexo 1, e secção 5 da LAI. Blackaby et al., «10. Challenge of Arbitral Awards», §10.65; Born, «Chapter 25: Annulment of International Arbitral Awards (Updated January

ou indireto e implícito, i.e., através do acordo de dispensa do tribunal arbitral de fundamentar a sentença arbitral ou por remissão para regras de arbitragem institucional (como as da CCI ou da LCIA), que limitam o direito ao recurso nos termos em que a lei o permite[1241].

Por sua vez, a Secção 73 da LAI também prevê e regula um mecanismo, inspirado na LMU, de preclusão do direito de invocar o(s) fundamento(s) de anulação que não for(em) invocado(s) imediatamente ou no prazo previsto para o efeito, para garantir que as partes não o(s) reservam para invocar mais tarde, refletindo um princípio de abertura e conduta adequada entre as partes, que, aliás, consubstancia um dever geral das partes,[1242] e visando a eficácia do processo arbitral[1243]. O mecanismo referido aplica-se aos fundamentos previstos nas secções 66 a 69, não se aplicando ao reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras, mas podendo ser considerado no poder discricionário do tribunal estadual[1244]. Há duas diferenças entre o regime inglês e a LMU, que tornam o obstáculo à possibilidade de requerer a anulação mais forte no direito inglês: primeiro, enquanto a LMU requer que a parte tenha tido conhecimento efetivo, a Secção 73/1 da LAI apenas exige que a parte não tenha conhecido ou não tenha podido conhecer o fundamento de anulação com diligência razoável; segundo, esta disposição coloca o ónus da prova sobre a parte que invoca o fundamento de anulação, ou seja, se uma parte demonstra que a outra continuou a arbitragem sem invocar imediatamente o fundamento de anulação da sentença arbitral, esta outra parte passa a ter de demonstrar que, mesmo tendo agido com a diligência suficiente, não conheceu ou não podia ter conhecido o fundamento de anulação[1245].

2023)», 3632–58, §25.05[A]1[b] e [2]; Dedezade, «Are you in? Are you out? An analysis of section 69 of the English Arbitration Act 1996 - appeals on a question of law», 60; Krūmiņš, *Arbitration and Human Rights, Approaches to Excluding the Annulment of Arbitral Awards and Their Compatibility with the ECHR*, 176; Puschmann et al., *Butterworthgs Challenges in Arbitration*, 274–75. Sobre a possibilidade de "exclusion agreements" no que se referia ao direito ao recurso quanto a questões de direito na LAI de 1979, Berger, «The Modern Trend Towards Exclusion of Recourse Against Tansnational Arbitral Awards: A European Perspective», 627–32; Park, «Judicial Supervision of Transnational Commercial Arbitration: The English Arbitration Act of 1979», 97 e ss.

[1241] *Idem*.

[1242] Secção 40 da LAI.

[1243] A.III.1. e 5. Puschmann et al., *Butterworthgs Challenges in Arbitration*, 56 e ss.; Radisson Hotels APS Danmark c. Hayat Otel Işletmeciliği Turizm Yatırım Ve Ticaret Anonim Şirketi [2023] EWHC 892 (Comm); Rustal Trading Ltd. v. Gill & Duffus S.A. [2000] 1 Lloyd's Rep. 14.

[1244] *Idem*.

[1245] *Idem*.

1.2.2. Sistemas jurídicos que preveem a possibilidade de renúncia ao direito de requerer a anulação da sentença arbitral internacional: o caso francês

Em contraste com a abordagem restritiva, nas últimas décadas, algumas jurisdições têm vindo a permitir acordos de renúncia ao controlo pela ação de anulação da sentença arbitral proferida na arbitragem internacional ("*opt out*" ou "*exclusion agreements*"), quer na convenção de arbitragem, quer em acordo subsequente, desde que se verifiquem determinados requisitos, nem sempre idênticos nas diferentes ordens jurídicas[1246]. Embora tenha havido casos de ordens jurídicas em que a própria lei excluiu a possibilidade de requerer a anulação da sentença arbitral para partes estrangeiras[1247], centrar-me-ei apenas

[1246] Born, «Chapter 25: Annulment of International Arbitral Awards (Updated January 2023)», 3660–75, §25.07[A]; Bratic, «"The parties hereby waive all recourse... but not that one" Why parties adopt exclusion agreements and why courts hesitate to enforce them»; Castellane, «The New French Law on International Arbitration», 379; Garcia e Vedovatti, «The European Court of Human Rights endorses the parties' voluntary waiver of the right to annul and award in the seat of arbitration (apropos Tabbane v. Switzerland)», 97 e ss.; Gharavi, *The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award.*, 23 e ss.; Krūmiņš, *Arbitration and Human Rights, Approaches to Excluding the Annulment of Arbitral Awards and Their Compatibility with the ECHR*, 131 e ss.; Scherer, «The fate of parties' agreements on judicial review of awards: a comparative and normative analysis of party-autonomy at the post-award stage», 439 e ss.; Mourre e Chessa, «The New French Arbitration Law: Innovation & Consolidation», 85; Seraglini e Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 954 e ss.; Jourdan-Marques, «Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales», 495 e ss.

[1247] Como sucedeu na Bélgica, com a lei de 17 de março de 1985, que eliminou a possibilidade de requerer a anulação da sentença arbitral proferida em território belga, quando envolvesse partes que não tivessem a nacionalidade belga (artigo 1717/4 do Código Judiciário Belga). Mais tarde, em 1998, após debate doutrinário sobre vantagens e desvantagens da referida solução belga, também no âmbito da discussão maior em relação à deslocalização da arbitragem internacional quanto à ordem jurídica da sede na fase de anulação, e perante a constatação de que em vez de encorajar as partes a sedearem mais vezes as arbitragens internacionais na Bélgica, estava a ter o efeito oposto, por receio de não terem direito a requerer a anulação, houve nova alteração legal, adotando, neste ponto, a solução que já havia seguido seguida na Suíça, entre outras, ou seja, de permitir apenas a possibilidade de as partes renunciarem, por acordo, a esse direito. Outros exemplos são dados, como a Malásia, que teve um percurso similar à lei belga. Estas soluções de exclusão legal da anulação da sentença arbitral na arbitragem internacional com partes estrangeiras foram temporárias e não são objeto da presente tese, que inclui a renúncia, ou seja, o exercício da autonomia privada pelas partes. V. B.IV.1 pp 168 e B.IV.3 pp. 229 e ss. e Alain Vanderelst, «Increasing the Appeal of Belgium as an International Arbitration Forum? - The Belgian Law of March 27, 1985 Concerning the Annulment of Arbitral Awards», *Journal of International Arbitration; Kluwer Law International* 3, n. 2 (1986): 77–86; Bernard Hanotiau e Guy Block, «The Law of 19 May 1998 Amending Belgian Arbitration Legislation», ed. William W. Park, *Arbitration International*, Oxford University Press, 15, n. 1 (1999): 97–100; Braghetta, *Anulação do Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Consequências Internacionais: visão a partir do Brasil*, 106–10; Bratic, «"The parties hereby waive all recourse... but not that one" Why parties adopt exclusion agreements and why courts hesitate to enforce them», 111; Emmanuel Gaillard, «Belgium: Statute on the Setting Aside of Arbitral Awards [March 27, 1985], Introductory Note», *International Legal Materials* 25, n. 3 (1986): 725–26; Gharavi, *The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award.*, 25 e ss.; Krūmiņš, *Arbitration and Human Rights, Approaches to Excluding the Annulment of Arbitral Awards and Their Compatibility with the ECHR*, 166 e 193 e ss.

nos casos relevantes para a presente tese, em que as leis nacionais permitem a renúncia ao direito referido por acordo das partes, com base na autonomia privada. Embora o objeto do presente ponto da tese se cinja, essencialmente, à análise do direito francês[1248], enunciarei também as soluções legais adotadas noutras ordens jurídicas que seguiram esta abordagem liberal, não só pela relevância e impacto que tiveram no contexto internacional[1249], em que a solução francesa não é a única, nem foi a primeira, como também por assentarem em requisitos diferentes, como ainda por serem relevantes na ponderação sobre a solução a adotar.

Enquanto a lei belga de 1985 ainda vigorava com uma solução mais radical de exclusão legal da anulação para partes estrangeiras, que acabou por vir a ser alterada em 1998[1250], a reforma da lei suíça de 1987[1251] introduziu uma abordagem diferente, em que mantém a consagração da ação de anulação, mas permite às partes, que não tenham domicílio, residência habitual ou estabelecimento comercial na Suíça, por acordo expresso na convenção de arbitragem ou em escrito subsequente (como o dos termos de referência ou outro), renunciar, totalmente à ação de anulação ou, parcialmente, i.e., limitar, a um ou a alguns deles, os fundamentos legais que podem ser invocados[1252]. A questão de saber se as partes renunciaram ao direito referido, em que termos e com que âmbito, tem sido enquadrada, pelo Tribunal Federal Suíço, como de interpretação do acordo das partes em cada caso[1253].

[1248] V. Introdução I.3. pp. 5 e ss.
[1249] V. B.V.1.1. pp. 243 e ss.
[1250] V. nota 1247.
[1251] Como referido, a lei suíça optou por um regime dualista, prevendo um regime específico para a arbitragem internacional, que vem regulado no Capítulo 12 da PILA. Manuel Arroyo, ed., *Arbitration in Switzerland, The Practitioner's Guide*, 2.ª, vol. I, 2 vols. (Kluwer Law International, 2018).
[1252] Artigos 192/1 e 190 da PILA. Arroyo, *Arbitration in Switzerland, The Practitioner's Guide*, I:44; Baizeau, «Chapter 2, Part II: Commentary on Chapter 12 PILS, Article 192 [Waiver of annulment]»; Braghetta, *Anulação do Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Consequências Internacionais: visão a partir do Brasil*, 110–13, *maxime* 111; Bratic, «"The parties hereby waive all recourse... but not that one" Why parties adopt exclusion agreements and why courts hesitate to enforce them», 111.
[1253] A uma fase entre 1987 e 2004, em que o Tribunal Federal considerou as cláusulas de renúncia invocadas pelas partes, gerais, vagas e insuficientes para afastar a ação de anulação, seguiu-se uma fase, desde 2005, em que, pela primeira vez, o Tribunal julgou válida uma cláusula nos termos do artigo 192/1 da PILA, o que tem vindo a suceder noutros casos, em que entendeu que as partes tinham querido renunciar a todos os meios de recurso nos tribunais estaduais, incluindo à ação de anulação. Em qualquer caso, são poucos os casos em que as partes estrangeiras veem rejeitada a admissibilidade de anulação com base no acordo de renúncia prevista no artigo 192/1 da PILA. Baizeau, «Chapter 2, Part II: Commentary on Chapter 12 PILS, Article 192 [Waiver of annulment]», 378 e ss.; Bratic, «"The parties hereby waive all recourse... but not that one" Why parties adopt exclusion agreements and why courts hesitate to enforce them», 111 e ss.; Felix Dasser, «International

O objetivo e efeito visados com esta solução legal são, além dos invocados pelo legislador de maior eficiência da arbitragem internacional e de diminuição da pendência do Tribunal Federal[1254], também os de permitir às partes, que não tenham ligação com a Suíça, escolherem diminuir o controlo pelos tribunais estaduais suíços das respetivas sentenças arbitrais e que estas sejam tratadas como se fossem estrangeiras, ainda que escolham a Suíça como sede[1255]. Com efeito, em caso de renúncia à anulação por acordo das partes, os tribunais estaduais suíços mantêm o controlo da validade das sentenças arbitrais referidas apenas se as partes pretenderem que estas sejam executadas na Suíça, aplicando-se a CNI por analogia[1256]. A solução suíça de permitir a renúncia antecipada, por acordo das partes, ao direito de requerer a anulação da sentença arbitral, foi seguida nalgumas ordens jurídicas, como a própria Bélgica, a Suécia, a Tunísia, o Peru, entre outras, que também a aplicam segundo um critério de ausência de ligação ao país, e ainda em França, embora com requisitos e âmbitos diferentes[1257].

Arbitration and Setting Aside Proceedings in Switzerland: A Statistical Analysis», *ASA Bulletin* 25, n. 3 (2007): 444–72; Felix Dasser e Piotr Wójtowicz, «Challenges of Swiss Arbitral Awards Updated Statistical Data as of 2017», *ASA Bulletin* 36, n. 2 (2018): 278–79; Varun Mansinghka, «Legality and desirability of waiving the right to seek setting aside of arbitral awards», *International Arbitration Law Review* 22, n. 4 (2019): 218–23; Tribunal Federal, caso n.º 4P.236/2004, 04.02.2005; Tribunal Federal, caso n.º 4A_500/2007, 06.03.2008; Tribunal Federal, caso n.º 4A_238/2011, 04.01.2011; Tribunal Federal, caso n.º A_486/2010, 21.03.2011.

[1254] Baizeau, «Chapter 2, Part II: Commentary on Chapter 12 PILS, Article 192 [Waiver of annulment]», 376.

[1255] *Idem*.

[1256] Artigo 192/2 da PILA. V. também artigo 194. Para a doutrina suíça, os fundamentos de recusa de reconhecimento e execução na Suíça, consagrados na CNI, para a qual a lei suíça remete neste caso, devem ser aplicados por analogia e *mutatis mutandis*, na medida em que os fundamentos previstos no artigo 190/2 da PILA dariam lugar à anulação da sentença, sob pena de se acabar por permitir um controlo mais amplo na fase de reconhecimento e execução do que na própria anulação a que as partes renunciaram. Além disso, a doutrina suíça também entende que a limitação do âmbito da previsão da norma do artigo 192/2 à renúncia "total", excluindo a renúncia parcial, se deve a erro de redação, e que a mesma proteção é aplicável em todos os casos de renúncia antecipada, por acordo, também à parcial, a algum(ns) fundamento(s) para a anulação, previstos no artigo 192/2. Baizeau, «Chapter 2, Part II: Commentary on Chapter 12 PILS, Article 192 [Waiver of annulment]», 388–89; Scherer, «The fate of parties' agreements on judicial review of awards: a comparative and normative analysis of party-autonomy at the post-award stage», 442 e ss.

[1257] Artigo 1718 do Código Judiciário Belga, aprovado pela Lei de 24 de junho de 2013, consultado em «Code judiciaire belge, Sixième Partie (Loi du 24 juin 2013)», *Revue de l'Arbitrage; Comité Français de l' Arbitrage* 2013, n. 4 (2013): 1113–30.; Secção 51 da Lei de Arbitragem Sueca, de 1999:116, atualizada por 2018:1954, consultada em Microsoft Word - The Swedish Arbitration Act_1March2019_ENG[2].docx (sccarbitrationinstitute.se); note-se que, na Suécia, a lei distingue entre, por um lado, fundamentos de invalidade da sentença arbitral, que não podem ser excluídos pelas partes, nos quais se incluem a inarbitrabilidade, a incompatibilidade com os princípios básicos do sistema jurídico sueco e o cumprimento dos requisitos formais da sentença, como a forma escrita e a assinatura (Secção 33), e os fundamentos de anulação da sentença, que podem ser excluídos validamente por acordo entre as partes estrangeiras (secções 34 e 51 da Lei de Arbitragem Sueca), havendo, por isso, alguns autores que ainda distinguem, além das restritivas e liberais, abordagens intermédias ao tema da renúncia ao direito a requerer a anulação da sentença arbitral, incluindo nessas o caso da Suécia; Artigo 78/6 do Código de Arbitragem da Tunísia, consultado em

No direito francês, conforme referido[1258], a possibilidade de renúncia antecipada, por acordo das partes, à anulação pelos tribunais estaduais da sentença arbitral proferida em arbitragem internacional sedeada em França foi introduzida com a reforma de 2011, com vista a garantir-lhe uma maior eficácia, assentando num princípio mais global de *favor arbitrandum* especialmente relevante na arbitragem internacional[1259] e consagrando a ideia jurisprudencial francesa de que a sentença arbitral não se deve considerar ligada à ordem nacional do país em que foi elaborada[1260]. Tal faculdade de renúncia surge no artigo 1522 do CPCF, que estabelece que "[p]or meio de convenção especial, as partes podem, a qualquer momento, renunciar expressamente ao recurso de anulação".

A disposição francesa tem um âmbito de previsão amplo, não se exigindo qualquer outro requisito como nas outras ordens jurídicas suíça, belga ou sueca, nomeadamente que as partes sejam estrangeiras e/ou não tenham qualquer ligação estável a França[1261]. Daí que, tratando-se de renúncia a um direito e face ao risco que as partes assumem ao optar por essa via, se exija um cumprimento estrito dos requisitos formais, nomeadamente a necessidade de "convenção especial", i.e, escrita, expressa, específica e inequívoca de que as partes pretenderam afastar o recurso de anulação da sentença arbitral internacional proferida em França[1262]. A mera renúncia geral ou remissão para disposição das regras de arbitragem

Jan Paulsson, ed., «Arbitration Code», em *International Handbook on Commercial Arbitration*, Suplemento 56 (Kluwer Law International, 1984), 1–18, https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/Tunisian-International-Arbitration-Law.pdf.; Artigo 63/8 da Lei de Arbitragem Peruana, aprovada pelo Decreto Legislativo 1071 de 27 de junho de 2008, conforme Jose Daniel Amado e Jose Luis Repetto, «Arbitration Guide IBA Arbitration Committee, PERU» (International Bar Association, 2021); Artigo 1522 do CPCF, alterado em 2011; entre outras. V. também B.IV.1.1. e Born, «Chapter 25: Annulment of International Arbitral Awards (Updated January 2023)», 3660–75, §25.07[A]; Bratic, «"The parties hereby waive all recourse... but not that one" Why parties adopt exclusion agreements and why courts hesitate to enforce them», 111 e ss.; Baizeau, «Chapter 2, Part II: Commentary on Chapter 12 PILS, Article 192 [Waiver of annulment]», 376; Scherer, «The fate of parties' agreements on judicial review of awards: a comparative and normative analysis of party-autonomy at the post-award stage», 440.

[1258] B.IV.2.2., pp. 193 e ss (na parte relativa ao direito francês).

[1259] Racine, «Propos sur l' efficacité des sentences arbitrales en droit français après la réforme du 13 janvier 2011».

[1260] Bollée, «Le droit français de l' arbitrage international aprés le décret n.º 2011-48 du 13 janvier 2011», 575–77; Castellane, «The New French Law on International Arbitration», 379; Mourre e Chessa, «The New French Arbitration Law: Innovation & Consolidation», 85; Bratic, «"The parties hereby waive all recourse... but not that one" Why parties adopt exclusion agreements and why courts hesitate to enforce them», 112; Jarrosson e Pellerin, «Le droit français de l'arbitrage aprés le décret du 13 janvier 2011», 70–73; Jourdan-Marques, «Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales», 494 e ss.; Seraglini e Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 954 e ss.

[1261] *Idem*. V. também Scherer, «The fate of parties' agreements on judicial review of awards: a comparative and normative analysis of party-autonomy at the post-award stage», 440–41.

[1262] *Idem*.

institucional são insuficientes para serem consideradas convenção especial de renúncia à anulação da sentença arbitral[1263]. Finalmente, diferentemente da lei suíça e das outras que permitem a renúncia, total ou parcial, por acordo das partes, a lei francesa apenas permite a renúncia total ao direito à anulação, remetendo, nesse caso, como referirei, todo o controlo para a fase da execução e não permitindo o recurso de anulação "à la carte"[1264].

Acresce que, se as partes renunciarem ao direito de requerer a anulação, o mesmo artigo 1522 do CPCF prevê a possibilidade de controlo da validade da sentença arbitral internacional proferida em França, se e quando as partes pretenderem o respetivo reconhecimento e execução no país, caso em que podem apelar da decisão de concessão do *exequatur*, com base num dos fundamentos consagrados no artigo 1520 para a ação de anulação e no prazo de um mês a contar da data da notificação da sentença já passível de execução[1265]. Assim, ainda que haja renúncia antecipada à anulação da sentença arbitral, por acordo das partes, para produzir efeitos e ser executada em França, aí os tribunais estaduais franceses terão oportunidade, como lugar da execução, de controlar a validade da sentença com base nos mesmos fundamentos, que aplicariam na anulação, se existisse, e que aplicam às sentenças arbitrais estrangeiras, tratando-a, na verdade, como "estrangeira"[1266]. Daqui se retira que a renúncia, por acordo das partes, à anulação da sentença arbitral internacional proferida em França não é uma renúncia ao controlo da validade em si, mas apenas ao controlo da validade pelos tribunais da sede, salvaguardando-se o controlo no lugar da

[1263] *Idem*. Por exemplo, a remissão para as Regras de Arbitragem da CCI (artigo 35/6), da LCIA (artigo 26/8) são consideradas pela doutrina como insuficientes para consubstanciarem esta convenção especial expressa requerida para a renúncia ao direito a requerer a anulação da sentença arbitral. Bollée, «Le droit français de l' arbitrage international aprés le décret n.º 2011-48 du 13 janvier 2011», 576; Bratic, «"The parties hereby waive all recourse... but not that one" Why parties adopt exclusion agreements and why courts hesitate to enforce them», 114–15; Racine, «Propos sur l' efficacité des sentences arbitrales en droit français après la réforme du 13 janvier 2011», 439; Scherer, «The fate of parties' agreements on judicial review of awards: a comparative and normative analysis of party-autonomy at the post-award stage», 441.

[1264] Gaillard, «Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international», §118; Scherer, «The fate of parties' agreements on judicial review of awards: a comparative and normative analysis of party-autonomy at the post-award stage», 443.

[1265] Bollée, «Le droit français de l' arbitrage international aprés le décret n.º 2011-48 du 13 janvier 2011», 576–77; Bratic, «"The parties hereby waive all recourse... but not that one" Why parties adopt exclusion agreements and why courts hesitate to enforce them», 112; Castellane, «The New French Law on International Arbitration», 379; Jarrosson e Pellerin, «Le droit français de l'arbitrage aprés le décret du 13 janvier 2011», 72; Mourre e Chessa, «The New French Arbitration Law: Innovation & Consolidation», 85; Racine, «Propos sur l' efficacité des sentences arbitrales en droit français après la réforme du 13 janvier 2011», 439–40.

[1266] Bollée, «Le droit français de l' arbitrage international aprés le décret n.º 2011-48 du 13 janvier 2011», 575; Seraglini e Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 956.

execução (e, assim, é uma renúncia a um duplo controlo)[1267]. Esta é uma política mais liberal, autonomista, coerente com o regime francês, que estabelece um controlo mínimo da validade da sentença arbitral internacional, quer seja proferida em arbitragens com sede em França, quer sedeadas no estrangeiro, mais favorável do que o previsto na CNI, que é conforme aos artigos V/1/e) e VII da referida convenção[1268] e que permite às partes optar apenas pelo controlo da sentença arbitral internacional no lugar da execução[1269].

Tal como na Suíça[1270], esta solução disponível em França tem sido alvo de discussão e de dúvida ou crítica[1271]. Por um lado, questionam-se alguns aspetos quanto à sua aplicação prática e proteção conferida às partes nalgumas situações, que não estão ainda claramente reguladas, nomeadamente no caso de um demandante perdedor, que vê os seus pedidos rejeitados na arbitragem e que pode ficar sem forma de impugnar a sentença arbitral que padeça de algum vício, no caso de a outra parte não requerer a sua execução, e assim também não pode iniciar nova arbitragem, sendo esta a principal crítica apontada[1272]. Apesar de ainda não haver uma resposta clara na doutrina e jurisprudência para esta questão, a doutrina entende que o demandante perdedor na arbitragem tem de ter uma forma de reagir, seja a de poder requerer o *exequatur* a fim de o contestar, já que é o único meio de controlo da sentença existente[1273] ou de o contestar a título incidental, quando a sentença arbitral for invocada em qualquer momento[1274]. Sylvain Bollée defende que num caso desses, se o demandante iniciar nova arbitragem ou processo judicial em França, o tribunal arbitral ou o estadual em causa,

[1267] Bollée, «Le droit français de l' arbitrage international aprés le décret n.º 2011-48 du 13 janvier 2011», 575 e ss.; Scherer, «The fate of parties' agreements on judicial review of awards: a comparative and normative analysis of party-autonomy at the post-award stage», 442.
[1268] Como explicita Sylvain Bollée, no quadro do artigo V/1/e) da CNI, a recusa de *exequatur* no país da sede pesará rigorosamente da mesma forma que uma anulação, já que o texto daquele artigo coloca exatamente no mesmo plano o facto de a sentença ser anulada ou de ainda não se ter tornado obrigatória para as partes.
[1269] Bollée, «Le droit français de l' arbitrage international aprés le décret n.º 2011-48 du 13 janvier 2011», 575–77; Gaillard, «Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international»; Racine, «Propos sur l' efficacité des sentences arbitrales en droit français après la réforme du 13 janvier 2011», 440.
[1270] Baizeau, «Chapter 2, Part II: Commentary on Chapter 12 PILS, Article 192 [Waiver of annulment]», 390 e ss.; Mansinghka, «Legality and desirability of waiving the right to seek setting aside of arbitral awards».
[1271] Bollée, «Le droit français de l' arbitrage international aprés le décret n.º 2011-48 du 13 janvier 2011», 575–76; Braghetta, *Anulação do Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Consequências Internacionais: visão a partir do Brasil*, 288; Bratic, «"The parties hereby waive all recourse... but not that one" Why parties adopt exclusion agreements and why courts hesitate to enforce them», 114; Jarrosson e Pellerin, «Le droit français de l'arbitrage aprés le décret du 13 janvier 2011», 71–73; Scherer, «The fate of parties' agreements on judicial review of awards: a comparative and normative analysis of party-autonomy at the post-award stage», 451; Seraglini e Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 956–58.
[1272] *Idem*.
[1273] Jarrosson e Pellerin, «Le droit français de l'arbitrage aprés le décret du 13 janvier 2011», 72–73.
[1274] Seraglini e Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 956–58.

consoante o caso, deveria controlar ele mesmo, a título incidental, a regularidade da sentença arbitral na primeira arbitragem, assim que a mesma for invocada[1275]. Em qualquer caso, como afirma Maxi Scherer, estas situações serão menos frequentes e podem ser facilmente resolvidas através da introdução de disposições legais específicas[1276].

Por outro lado, a doutrina pondera se a solução em análise será vantajosa para as partes, na medida em que acarreta algum risco, por diminuir o número de meios de impugnação imediata disponíveis e apenas permitir a oposição ao reconhecimento e execução da sentença, razão pela qual também tem tido pouca utilização. No entanto, e como melhor abordarei adiante[1277], importa distinguir a análise da vertente normativa, i.e., sobre a validade constitucional e/ou legal da solução, da apreciação da respetiva aplicação prática, que depende sempre da situação em concreto, das partes, das circunstâncias particulares do contrato, do tipo de litígio, e das necessidades específicas em cada caso[1278].

À semelhança das restantes ordens jurídicas, a reforma da lei francesa em 2011 introduziu também uma regra desenvolvida jurisprudencialmente, que veio a ser consagrada, quer para as arbitragens domésticas, quer para as internacionais[1279], de que as partes têm de invocar qualquer irregularidade no procedimento arbitral, nomeadamente as que constituem fundamento de anulação ou recusa de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais, no momento oportuno do processo arbitral e perante o tribunal arbitral, sob pena de, não o fazendo, sem qualquer motivo legítimo, tal conduta ser interpretada como renúncia a esse direito e perdendo o direito de interpor recurso com base nesse fundamento, mais tarde[1280]. Claro que, se invocarem razão válida ou se provarem que se trata de factos ocorridos posteriormente ou de que somente tiveram conhecimento mais tarde, aí a preclusão não terá operado. Em qualquer caso, tem sido entendido que a regra em questão não se aplica às irregularidades, às quais as partes não podem validamente renunciar, como, por exemplo, as

[1275] Bollée, «Le droit français de l' arbitrage international aprés le décret n.º 2011-48 du 13 janvier 2011», 577.
[1276] Scherer, «The fate of parties' agreements on judicial review of awards: a comparative and normative analysis of party-autonomy at the post-award stage», 451.
[1277] B.V.2. pp. 263 e ss.
[1278] Scherer, «The fate of parties' agreements on judicial review of awards: a comparative and normative analysis of party-autonomy at the post-award stage», 447 e ss.
[1279] Artigo 1466, aplicável *ex vi* 1506/3.
[1280] Jourdan-Marques, «Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales», 103 e ss.; Racine, «Propos sur l' efficacité des sentences arbitrales en droit français après la réforme du 13 janvier 2011», 435–36; Seraglini e Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 967.

que põem em causa a ordem pública de direção[1281]. Mais uma vez, dependendo do conceito de renúncia adotado e do caso concreto[1282], embora esta situação se enquadre num conceito mais amplo de renúncia a direito fundamental processual, pode não consubstanciar uma renúncia no sentido mais restrito, adotado na presente tese, em que a diminuição de proteção do titular do direito se dá por decisão livre e voluntária do próprio. Nesta situação, é a lei que estabelece a consequência jurídica da perda ou caducidade do direito de requerer a anulação com base em certo fundamento por, tendo conhecimento dos elementos necessários e podendo invocá-lo, a parte não o ter exercido oportunamente, o que pode implicar escolha ou não por parte do respetivo titular. Trata-se de uma regra que visa assegurar a boa-fé e lealdade das partes na conduta processual, e não tanto a autonomia privada das partes quanto ao exercício de um direito[1283].

1.2.3. Sistemas jurídicos que não regulam expressamente a matéria: o caso brasileiro

Em várias ordens jurídicas nacionais, a admissibilidade e validade da renúncia antecipada, por acordo das partes, ao direito de requerer a anulação, total ou parcial, não tem uma resposta expressa na lei, nem clara e consensual na doutrina e jurisprudência[1284]. É o caso do Brasil, cuja LAB não regula expressamente a questão, não permitindo nem proibindo a renúncia ao direito referido, nem prevendo quaisquer termos para o efeito[1285]. Perante a

[1281] *Idem*.
[1282] A.III.1. pp. 102 e ss. e A.III.5 pp 151 e ss.
[1283] Scherer, «The fate of parties' agreements on judicial review of awards: a comparative and normative analysis of party-autonomy at the post-award stage», 444.
[1284] Born, «Chapter 25: Annulment of International Arbitral Awards (Updated January 2023)», 3660–75, §25.07[A]; Bratic, «"The parties hereby waive all recourse... but not that one" Why parties adopt exclusion agreements and why courts hesitate to enforce them», 115.
[1285] V. LAB. Também em Espanha (Lei n.º 63/2003, de 23 de dezembro, de arbitragem, designada "LAE"), entre outras ordens jurídicas, as respetivas leis não regulam expressamente o tema, dando lugar a posições divergentes. Born, «Chapter 25: Annulment of International Arbitral Awards (Updated January 2023)», 3660–75, §25.07[A]; Bratic, «"The parties hereby waive all recourse... but not that one" Why parties adopt exclusion agreements and why courts hesitate to enforce them»; Sobre a análise da questão em Espanha, à luz dos artigos 24.º e 119.º da Constituição Espanhola, existindo posições divergentes quanto ao tema da admissibilidade da renúncia antecipada, por acordo, ao direito à anulação da sentença arbitral, V. Bernardo M. Cremades e Alicia Martín Blanco, «El pacto de renuncia o de ampliación de los motivos de la acción de anulación del laudo arbitral internacional en España», *Spain Arbitration Review/ Revista del Club Español del Arbitraje* 2008, n. 3 (2008): 5–12; Jesús Remón Peñalver, «Sobre la anulación del laudo: el marco general y algunos problemas», *InDret, Revista para el Análisis del Derecho* 3 (2017): 2–19; Manuel de Lorenzo, «La renuncia anticipada a la impugnación del laudo», *Spain Arbitration Review/ Revista del Club Español del Arbitraje* 2016, n. 27 (2016): 95–110.

ausência de regra expressa, as posições doutrinárias divergem.

Para Carlos Alberto Carmona, na medida em que legislador brasileiro inverteu a regra anterior quanto ao controlo estadual das sentenças arbitrais através de um processo de homologação para considerar que aquelas, uma vez proferidas, produzem desde logo os mesmos efeitos que as sentenças proferidas pelos tribunais estaduais e ficando sujeitas apenas a um único meio de impugnação capaz de destruir os efeitos da sentença arbitral em determinados casos de violações mais graves, essencialmente processuais, considera que, apesar de a lei não o estabelecer expressamente, o direito à impugnação da sentença arbitral é irrenunciável, antecipadamente, por acordo das partes[1286]. Para o autor citado, entre outros no mesmo sentido, a proibição de renúncia antecipada pelas partes deduz-se do próprio texto constitucional, dado que impedir a análise dos motivos de invalidade significaria retirar ao Poder Judiciário a submissão da lesão de direitos, excluindo qualquer controlo da atividade dos árbitros[1287]. Além disso, a proibição visa apenas a renúncia genérica e anterior ao proferimento da decisão arbitral. Após o proferimento de sentença arbitral, pode a parte sucumbente ou as partes, por acordo, renunciar, expressa ou tacitamente, ao direito de impugnar a mesma[1288]. A renúncia será expressa se for declarada em documento idóneo (sem qualquer forma solene), de forma clara no sentido de que nenhuma das partes requererá ação de anulação da sentença arbitral no prazo previsto na lei, podendo inclusive a renúncia decorrer de troca de correspondência, telegramas ou outras formas de comunicação suscetíveis de fazer prova documental. A renúncia será tácita se, por exemplo, a parte sucumbente deixar passar o prazo legal sem proceder ao início da ação de anulação ou se praticar qualquer ato incompatível com a vontade de anular a sentença arbitral (cumprimento parcial ou total da sentença). Não se pode considerar ato de renúncia o pagamento dos honorários dos árbitros ou de custos com a arbitragem[1289].

[1286] Carmona, Carlos Alberto, *Arbitragem e Processo, um comentário à Lei n.º 9.307/96*, 422–23; V. também, Almeida, «A anulação de sentenças arbitrais e a ordem pública», 269; Bratic, «"The parties hereby waive all recourse... but not that one" Why parties adopt exclusion agreements and why courts hesitate to enforce them», 109; Krūmiņš, *Arbitration and Human Rights, Approaches to Excluding the Annulment of Arbitral Awards and Their Compatibility with the ECHR*, 175; Rogério Carmona Bianco et al., «Arbitration Procedures and Practice in Brazil: Overview» (Thomson Reuters, Practical Law, 2023), 21; Wambier, «A discussão sobre a disponibilidade do controle judicial da sentença arbitral e seus limites», 21 que afirma que «a maioria dos doutrinadores brasileiros sustenta ser inválida a cláusula de renúncia»; Zocal, *Jurisdição do árbitro para a anulação de sentenças arbitrais*, 24–25 e 49, nota 114.
[1287] Carmona, *Arbitragem e processo*, 422–23.
[1288] V. nota 1286.
[1289] *Idem*.

No entanto, em sentido contrário, Adriana Braguetta defende que "as partes podem renunciar à ação de anulação, já que estão no campo da autonomia da vontade, mas não de forma absoluta, respeitando, por óbvio, a ordem pública", defendendo a possibilidade de exclusão e renúncia da ação de anulação total ou parcial, de acordo com determinados parâmetros, que define. A autora mencionada distingue situações em que a sentença arbitral seja executada no território brasileiro, caso em que os tribunais estaduais brasileiros têm de controlar a validade da sentença e a eventual violação de ordem pública, nomeadamente para evitar a existência de fraude, que haja arbitragem sem uma cláusula arbitral válida, a inarbitrabilidade do litígio, que o procedimento tenha extrapolado a convenção de arbitragem ou que tenha sido desrespeitado o direito de defesa; e, por outro lado, situações em que a sentença arbitral não venha a ser executada no Brasil, caso em que se pode considerar válida a renúncia antecipada à ação de anulação[1290]. E acrescenta a autora que, mesmo que a sentença arbitral venha a ser executada no Brasil, há alguns fundamentos, relativamente aos quais as partes podem renunciar validamente a que sejam apreciados em sede de anulação de sentença, tais como determinados requisitos formais da sentença[1291] ou o relativo ao prazo para proferimento da mesma[1292]. Defende, ainda, que a possibilidade de renúncia não tem de ser expressamente prevista na lei, desde que respeitados os limites referidos, por se estar no campo da autonomia privada[1293]. Acresce que, como no direito brasileiro a renúncia deve ser interpretada restritivamente, depende de manifestação expressa das partes, não sendo suficiente a referência implícita ou remissão para regulamento de arbitragem, que preveja uma renúncia genérica aos recursos, à semelhança do que é defendido nas restantes ordens jurídicas que preveem a possibilidade de renúncia antecipada à anulação, por acordo das partes[1294].

No sentido da admissibilidade da renúncia antecipada por acordo das partes ao direito a requerer a anulação da sentença arbitral no Brasil, não obstante a ausência de previsão expressa da lei, se pronuncia também Teresa Wambier, embora distinguindo consoante os fundamentos em questão e sem explicitar claramente de que forma tal renúncia poderia

[1290] Braghetta, *Anulação do Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Consequências Internacionais: visão a partir do Brasil*, 286–87.
[1291] Artigo 32/III da LAB.
[1292] Artigo 32/VII da LAB.
[1293] *Idem*.
[1294] *Idem*.

operar[1295]. Considerando a autora que é fundamental existir algum controlo da arbitragem e do exercício dos poderes limitados pelos árbitros, e que cabe aos sistemas encontrarem o equilíbrio entre um controlo integral, que esvaziaria o sentido da arbitragem, e a ausência total de controlo, que tornaria absoluto o poder dos árbitros, defende que, mesmo sem previsão legal expressa, as partes podem renunciar à anulação com base nalguns fundamentos de invalidade da sentença arbitral, nomeadamente nos que pressupõem direitos disponíveis, excluindo a eficácia da renúncia em relação àqueles que, por prosseguirem interesses públicos, são indisponíveis e não podem ser afastados, designadamente a inarbitrabilidade e a violação de ordem pública[1296].

Finalmente, também no Brasil se prevê uma regra de preclusão, que estabelece que "a parte que pretender arguir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem, regulando o procedimento específico a adotar nesse caso e salvaguardo a invocação da ação de anulação da sentença arbitral, no caso de a arguição da irregularidade em questão não ser acolhida pelo árbitro[1297]. Quanto à regra contida neste artigo, Carlos Alberto Carmona esclarece que, na ausência de imposição de consequência específica no caso de incumprimento desta regra pelas partes, há que distinguir, dentro das várias matérias reguladas, aquelas que são de ordem pública e, por isso, indisponíveis pelas partes e necessariamente impugnáveis em sede de anulação da sentença arbitral, ainda que as partes nada tenham invocado, das que se enquadram na disponibilidade das partes e que, por isso, se não forem imediatamente invocadas, consideram-se sanadas e precludido o direito à respetiva invocação na ação de anulação[1298].

[1295] Wambier, «A discussão sobre a disponibilidade do controle judicial da sentença arbitral e seus limites».
[1296] *Idem*.
[1297] Artigo 20 LAB.
[1298] Carmona, Carlos Alberto, *Arbitragem e Processo, um comentário à Lei n.º 9.307/96*, 283–85. Como exemplos destes casos que se enquadram na disponibilidade das partes, o autor refere algum motivo de suspeição ou impedimento do árbitro ou alguma característica quanto ao perfil do árbitro que as partes tenham acordado na convenção de arbitragem, de que as partes tenham conhecimento na arbitragem, sem que se oponham imediatamente, ficando precludido o direito de o fazerem mais tarde. Por outro lado, insere no âmbito das violações de ordem pública, indisponíveis pelas partes, a nulidade da convenção de arbitragem ou a incompetência do árbitro para conhecer determinada questão, casos em que, mesmo que as partes não as tenham invocado durante a arbitragem, podem fazê-lo mais tarde em sede de ação de anulação.

2. Validade da renúncia, por acordo das partes, ao direito a requerer a anulação da sentença arbitral internacional nos diferentes sistemas jurídicos: posição adotada e apreciação da sua aplicação, *de jure constituendo*, no direito português

Comparando as diferentes abordagens nas várias ordens jurídicas quanto à (in)validade da renúncia ao direito a requerer a anulação da sentença arbitral na arbitragem internacional, concluo que há diferentes opções quanto aos limites da autonomia privada das partes na fase pós-arbitragem relativa ao controlo estadual da sentença arbitral nos vários sistemas jurídicos analisados[1299]. Constato também que as diferentes abordagens ao tema do controlo estadual da arbitragem internacional e, em particular, da renúncia, por acordo das partes, ao direito à anulação da sentença arbitral, decorrem da e relacionam-se com a adoção de representações distintas quanto ao próprio conceito, natureza e/ou fundamento da arbitragem internacional[1300].

Tal não é, porém, suficiente para explicar estas diferenças. Estas decorrem, também e sobretudo, de ponderações distintas entre os interesses, bens ou valores, constitucional e legalmente, protegidos pelos direitos fundamentais em confronto[1301], a saber: de um lado, o direito à tutela jurisdicional efetiva, incluindo o direito à arbitragem e os direitos fundamentais processuais que lhe são aplicáveis, em particular, o direito à impugnação da sentença arbitral através da sua anulação no tribunal estadual e, do outro lado, o direito à autonomia privada e à autodeterminação das partes, que concluí ter um valor constitucional ou fundamental, quer internacionalmente, quer nas diferentes ordens jurídicas[1302], e que poderá justificar a renúncia ao direito fundamental processual em questão, se se respeitarem determinados requisitos[1303]. Com efeito, ao legislar e/ou decidir sobre se as partes podem renunciar, por acordo, ao direito a requerer a anulação da sentença arbitral nos tribunais estaduais da sede, na fase pós-arbitral, cada Estado tem de avaliar os requisitos necessários para a respetiva validade, incluindo os limites que têm de ser respeitados, procedendo à ponderação referida.

[1299] B.V.1, pp. 243 e ss. Além da bibliografia aí citada, V. sobre esta constatação, Bratic, «"The parties hereby waive all recourse... but not that one" Why parties adopt exclusion agreements and why courts hesitate to enforce them», 105 e ss.; Scherer, «The fate of parties' agreements on judicial review of awards: a comparative and normative analysis of party-autonomy at the post-award stage», 447.
[1300] B.IV.1. pp. 168 e ss. e, em parte, B.IV.3. pp. 229 e ss.
[1301] A.III.3, 4 e 5 pp. 117 e ss.
[1302] A.III.2 pp. 110 e ss.
[1303] A.III.3, 4 e 5 pp. 102 e ss. e B.V.1. pp. 243 e ss.

Considerando a conclusão alcançada de que, à luz do direito internacional e dos sistemas jurídicos selecionados, as partes podem renunciar, validamente, na convenção de arbitragem ou noutro acordo subsequente, a direitos processuais fundamentais na arbitragem, desde que se verifiquem determinados requisitos subjetivos e objetivos de validade[1304], importa, agora, analisar se, à luz das mesmas fontes de arbitragem mencionadas, nomeadamente nas que adotam uma abordagem liberal na matéria[1305], estão cumpridos os requisitos subjetivos e objetivos de validade da renúncia, por acordo das partes, ao direito a requerer a anulação da sentença arbitral na arbitragem internacional. Para tal, além da análise dos requisitos de validade subjetivos, procurarei ponderar, à luz dos critérios ou tópicos de argumentação comuns identificados para a renúncia a direitos fundamentais processuais em geral[1306], os interesses e bens constitucionalmente protegidos pelos direitos fundamentais em confronto para concluir se, do ponto de vista normativo, as partes podem renunciar, validamente, ao direito de anular a sentença arbitral na arbitragem internacional.

Com efeito, há que distinguir a questão normativa, i.e., a de saber se as partes podem renunciar, validamente, ao direito fundamental processual em questão ou se, pelo contrário, há limites ou valores constitucionais e/ou legais que o impeçam ou proíbam, e outra questão subsequente e distinta, a da aplicação prática deste direito, i.e., se as partes podem, devem e/ou se é aconselhável que renunciem antecipadamente, por acordo, a este direito processual[1307]. Após responder à questão normativa identificada, nos termos mencionados, focar-me-ei, em especial, na apreciação da validade desta solução legal de renúncia ao direito em questão no direito português, do ponto de vista *de jure constituendo*, já que, do ponto de vista de direito constituído, a lei atual é clara e estabelece expressamente a irrenunciabilidade do direito[1308]. Quanto à segunda questão, abordá-la-ei de forma sucinta, nesta e na Secção seguinte, ao longo da ponderação que faço, já que a resposta dependerá sempre, em última análise, das circunstâncias particulares de cada contrato e das necessidades específicas das partes em cada situação.

[1304] A.III.3, 4 e 5. pp. 117 e ss.
[1305] B.V.1.1. pp. 243 e ss. e 1.2.2. pp. 252 e ss.
[1306] A.III.4. pp. 123 e ss.
[1307] Scherer, «The fate of parties' agreements on judicial review of awards: a comparative and normative analysis of party-autonomy at the post-award stage», 447 e ss.
[1308] B.V.1.2.1. pp. 248 e ss.

2.1. Cumprimento dos requisitos subjetivos de validade da renúncia

Em primeiro lugar, quanto aos requisitos subjetivos de validade da renúncia, ou seja, relacionados com as partes que renunciam ou beneficiam da renúncia[1309], de que haja uma declaração livre, voluntária, informada e inequívoca na convenção de arbitragem ou noutro acordo posterior, sem qualquer coação, tanto a lei francesa[1310], objeto desta análise, como também outras leis que adotam a abordagem liberal nesta matéria, exigem determinadas condições formais especiais para acautelar o cumprimento destes requisitos subjetivos, i.e., de que as partes pretenderam efetivamente renunciar ao direito em questão[1311]. Além disso, tais condições formais especiais permitem a interpretação das declarações contratuais das partes em momentos em que possa haver litígio quanto à mesma.

Conforme referido, e apesar de ainda haver caminho a percorrer nessa matéria[1312], tais requisitos têm vindo a ser densificados pela doutrina e jurisprudência existente, no sentido de ser insuficiente a estipulação geral pelas partes de que a "decisão será final" ou de remissões genéricas para regulamentos de arbitragem institucional, que contêm cláusulas gerais de renúncia, nos termos da lei aplicável, sem especificarem a renúncia ao direito de requerer a anulação da sentença arbitral[1313].

Se a validade do acordo de renúncia for posta em causa e/ou apreciada, e for requerida a anulação da sentença arbitral, será sempre necessário avaliar os elementos e circunstâncias do caso concreto, i.e., o contrato, a convenção de arbitragem, o acordo de renúncia, as partes e a relação que têm entre si, bem como a respetiva posição no âmbito dessa relação (se houve algum desequilíbrio negocial, económico ou de outra natureza), e ainda as circunstâncias de

[1309] A.III.3 e 5, pp. 117 e ss. e 151 e ss.
[1310] Artigo 1522 do CPCF.
[1311] B.V.1.2.2., pp. 252 e ss. Exige-se "convenção especial" e "renúncia expressa" (artigo 1522 do CPCF), "declaração expressa" na convenção de arbitragem ou acordo subsequente escrito (artigo 192 da PILA), "declaração expressa" (artigo 1718 do Código Judiciário Belga, "essas partes podem numa relação comercial através de acordo escrito expresso excluir ou limitar a aplicação de fundamentos de anulação (…)" (Secções 34 e 51 da Lei de Arbitragem Sueca), "podem expressamente acordar excluir, total ou parcialmente, (…)" (artigo 78/6 do Código de Arbitragem da Tunísia) e "podem expressamente renunciar (…)" (artigo 63/8 da Lei de Arbitragem Peruana), entre outras (traduções livres da autora com base nas versões identificadas acima nas notas 1256 e 1257).
[1312] Bratic, «"The parties hereby waive all recourse... but not that one" Why parties adopt exclusion agreements and why courts hesitate to enforce them», 129; Knigge e Ribbers, «Waiver of the Right to Set-Aside Proceedings in Light of Article 6 ECHR: Party-Autonomy on Top?», 781 e ss.
[1313] B.V.1.2.2., pp. 252 e ss. Bratic, «"The parties hereby waive all recourse... but not that one" Why parties adopt exclusion agreements and why courts hesitate to enforce them», 114 e ss.; Scherer, «The fate of parties' agreements on judicial review of awards: a comparative and normative analysis of party-autonomy at the post-award stage», 440–41.

negociação dos elementos da cláusula e do processo arbitral, entre outros, com vista a garantir que a declaração contratual foi livre e voluntária e que não houve qualquer vício que implique a sua invalidade[1314]. Nesse sentido, e incluindo também a análise do próprio decurso do processo arbitral, aponta igualmente o requisito exigido pelo TEDH no âmbito da CEDH de terem sido cumpridas certas garantias ou salvaguardas mínimas em função da importância do direito[1315].

2.2. Cumprimento dos requisitos objetivos de validade da renúncia: limites e critérios a ponderar

Em segundo lugar, no que se refere aos requisitos objetivos de validade da renúncia, em particular à necessária conformidade do exercício da faculdade com os limites constitucionais e legais aplicáveis[1316], ponderarei, por um lado, os bens ou valores constitucionalmente protegidos pelo direito fundamental processual à impugnação da sentença arbitral, através da anulação, considerando os respetivos âmbito, natureza, função e a sua inclusão no direito à tutela jurisdicional efetiva e no sistema internacional de controlo das sentenças arbitrais[1317] e, por outro lado, os subjacentes ao direito à autonomia privada e à autodeterminação das partes, que podem fundamentar a possibilidade de renúncia àquele direito e determinar os respetivos termos[1318]. Sem prejuízo de a apreciação da validade de um acordo de renúncia entre as partes se dever fazer sempre, em última instância, no caso concreto, à luz de todos os elementos fáticos e jurídicos relevantes, aplicarei à ponderação dos direitos fundamentais ora em causa os critérios ou tópicos argumentativos já identificados quanto aos direitos fundamentais processuais em geral[1319], tendo subjacente e remetendo para o tratado nessa sede sempre que não se justifique menção especial quanto ao direito fundamental processual em análise.

Procedendo à ponderação entre o direito fundamental à impugnação da sentença arbitral, nomeadamente à anulação da sentença arbitral, e o direito à autonomia privada e à autodeterminação das partes, designadamente à luz do critério da dignidade da pessoa

[1314] A.III.3 pp. 117 e ss. e A.III.5 pp. 151 e ss.
[1315] A.III.3 pp. 117 e ss. e B.V.1.1. pp. 243 e ss.
[1316] A.III.4 e 5 pp. 123 e ss.
[1317] A.II e B.IV.
[1318] A.III.
[1319] A.III.4 e 5 pp. 123 e ss.

humana, não há nada de específico a acrescentar ao referido anteriormente quanto aos direitos fundamentais processuais em geral[1320]. Sublinho, apenas, a necessidade de garantir que a renúncia ao direito à anulação da sentença arbitral foi acordada no cumprimento dos requisitos subjetivos mencionados, na medida em que os mesmos são aferíveis nas pessoas singulares que negociaram as convenções de arbitragem, seja em nome próprio, seja em representação das pessoas coletivas em causa, bem como a necessidade de averiguar que a renúncia em questão não conduz a qualquer situação de denegação de justiça.

Passando à análise do critério da proporcionalidade, o mesmo implica que a limitação a um direito fundamental seja idónea, necessária e proporcional em sentido estrito para a prossecução de outros fins ou interesses igualmente protegidos[1321]. Assim, importa começar por sumariar, de um lado, os fins ou interesses legítimos protegidos pelo direito à anulação da sentença arbitral, que limitam ou podem impedir a renúncia pelas partes, assente na autonomia contratual e, do outro lado, os fins ou interesses legítimos ditados pela autonomia privada e autodeterminação das partes para a limitação do direito a requerer a anulação da sentença arbitral.

Como analisado, o direito à anulação da sentença arbitral é um dos meios de controlo estadual da sentença arbitral na arbitragem internacional, sendo regulado, de forma expressa, na CEAIC, na LMU e, sobretudo, nas legislações nacionais de cada Estado e, somente de forma indireta e implícita na CNI[1322], que tem lugar, em regra, no Estado da sede da arbitragem. Conforme resulta das convenções internacionais e das legislações nacionais arbitrais analisadas[1323], a consagração do direito à anulação da sentença arbitral pelos Estados visa o controlo da validade da sentença arbitral e, desse modo, proteger interesses ou bens jurídicos, constitucionais e legais, quer das partes, quer dos Estados, estes relativos ao interesse público ou de terceiros[1324]. A distinção entre a proteção de interesses das partes, por um lado, e do interesse público, da comunidade ou de terceiros, por outro lado, não é indiferente, nem artificial, implicando regimes distintos, quer internacionais, quer

[1320] A.III.4.1. pp. 135 e ss. e A.III.5, pp. 151 e ss.
[1321] A.III.4.2 pp. 136 e ss. e A.III.5, pp. 151 e ss.
[1322] B.IV.2.1. pp. 182 e ss.
[1323] B.IV.2. pp. 168 e ss.
[1324] Jourdan-Marques, «Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales», 160; Scherer, «The fate of parties' agreements on judicial review of awards: a comparative and normative analysis of party-autonomy at the post-award stage», 449 e ss.

nacionais[1325].

Como também concluí, o direito à anulação da sentença arbitral visa proteger os interesses referidos, através de um controlo essencialmente formal e que tem vindo a ser cada vez mais limitado pela lei, sendo considerado como necessário para garantir o caráter jurisdicional da arbitragem, a integridade do processo arbitral e a confiança da comunidade arbitral internacional, i.e., a justiça e a credibilidade deste mecanismo de resolução de litígios[1326]. O controlo ou impugnação da sentença arbitral em determinados casos de violações mais sérias é, por estas razões, considerado como essencial e de ordem pública nas diversas jurisdições, como Portugal, França, Inglaterra e Brasil, daí também estas ordens jurídicas (à exceção do Brasil) consagrarem expressamente a regra da irrenunciabilidade do direito de anulação da sentença arbitral nas arbitragens domésticas e, nalguns desses casos (Portugal e Inglaterra), mesmo na arbitragem internacional[1327].

Por sua vez, há que equacionar os fins ou interesses legítimos ditados pela autonomia privada e autodeterminação das partes, que possam levar a que estas pretendam limitar ou renunciar, antecipadamente, ao direito a requerer a anulação da sentença na arbitragem internacional. Desde logo, e para além do referido quanto à possibilidade de renúncia a direitos fundamentais processuais na arbitragem em geral[1328], as partes podem querer beneficiar e reforçar as próprias vantagens proporcionadas pela arbitragem internacional.

Concordo com a doutrina que defende que a arbitragem internacional é uma realidade distinta (da doméstica) e com necessidades específicas, que beneficia em ter um tratamento próprio adequado e em função das respetivas características e das particularidades do comércio internacional, de modo a potenciar as suas vantagens e, em especial, a sua eficácia[1329]. Assim, tal como nas restantes fases da arbitragem – antes e durante o processo arbitral –, as partes podem pretender maior celeridade e eficiência na fase pós-arbitragem, já que, quando não há cumprimento voluntário da sentença arbitral, o respetivo controlo e execução podem transformar-se em múltiplos processos nos tribunais estaduais[1330]. As partes podem, então, querer excluir a possibilidade de controlo da validade da sentença

[1325] *Idem*.
[1326] B.IV.3 pp. 229 e ss.
[1327] A.II.1. pp 8 e ss. e A.II.3 pp. 82 e ss.; B.IV.2.2. pp. 193 e ss. e B.V.1.2.1. pp. 248 e ss. e B.V.1.2.3. pp. 259 e ss.
[1328] A.III.5, pp. 151 e ss.
[1329] B.IV.1. pp. 168 e ss.
[1330] B.IV.3. pp. 229 e ss.

arbitral no processo de anulação nos tribunais estaduais da sede da arbitragem, evitando um duplo controlo, e passando diretamente para o reconhecimento e execução da sentença no(s) Estado(s) da execução, cuja vantagem se torna ainda mais evidente quando pretendem executar a sentença noutro Estado diferente daquele em que a arbitragem teve a sua sede e/ou quando a execução total se prevê como possível, e se obtém, num só Estado. Como refere Catherine Bratic, os casos mais óbvios, em que o acordo de renúncia pelas partes ao direito de anulação da sentença nos tribunais da sede da arbitragem é vantajoso por promover maior eficiência na arbitragem, são aqueles em que a sentença é proferida no Estado da sede e as partes pretendem executá-la noutro Estado diferente e/ou nos casos em que a execução da sentença se concentra num só Estado (e não em vários), pois, nesses casos, obter-se-á o controlo e execução da sentença arbitral num só processo num tribunal estadual e as partes não têm de discutir a validade e consequente reconhecimento e execução de sentença nos tribunais estaduais de vários Estados, perdendo, sem grande prejuízo, a vantagem decorrente do efeito potencialmente internacional da anulação da sentença arbitral na sede[1331].

Embora estes casos sejam aqueles em que a vantagem da maior eficiência e celeridade se pode tornar mais óbvia, apenas no caso concreto se podem ponderar as soluções mais adequadas às necessidades específicas. Importa, também, relembrar as divergências e o concluído sobre o efeito da anulação da sentença arbitral, que, embora se pretenda que seja internacional, tal não é imposto na CNI, nem admitido nalgumas jurisdições[1332], bem como na possibilidade de as próprias sentenças estaduais de recusa ou de reconhecimento e execução de sentença arbitral serem, discricionariamente, consideradas nas restantes ordens jurídicas, podendo não ser assim tão diferentes os efeitos entre os mecanismos de controlo existentes, nomeadamente entre a anulação e o reconhecimento e execução da sentença arbitral, como salienta Gary Born[1333]. O que significa que, caso renunciem à anulação da sentença arbitral, as partes perdem, essencialmente, a vantagem de poder invocar o efeito tendencialmente centralizador deste processo, que pode ser reconhecido, em regra, em várias ordens jurídicas, podendo ter de litigar nos vários Estados em que for pedido o

[1331] Bratic, «"The parties hereby waive all recourse... but not that one" Why parties adopt exclusion agreements and why courts hesitate to enforce them», 126 e ss.
[1332] B.IV.3. pp. 229 e ss.
[1333] B.IV.2. pp. 179 e ss. V. também Born, «Chapter 25: Annulment of International Arbitral Awards (Updated January 2023)», 3686–89; Born, «Chapter 26: Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards (Updated September 2022)», 3760–4081, §26.05[C][7] e [8].

reconhecimento e execução de sentença. Contudo, por outro lado, o facto de terem uma sentença de anulação nos tribunais estaduais da sede também não impede que haja esses vários processos nos tribunais estaduais dos Estados da execução, que analisarão a própria sentença arbitral à luz da CNI e das respetivas leis, e não garante que, nas ordens jurídicas que desconsideram o efeito internacional da anulação na sede, como sucede em França, a sentença não venha a ser reconhecida e executada. Daqui se retira que, por exemplo, se o, ou um do(s) país(es), em que se pretende executar a sentença, for a ordem jurídica francesa, as partes também podem ter ganho de eficiência processual em dispensar o controlo da anulação da sede. E, dependendo das particularidades dos casos concretos, pode haver outros casos em que haja ganho de eficiência e celeridade na fase pós-arbitral.

Acresce que o objetivo das partes pode não ser apenas o de reforçar a eficácia ou celeridade na fase pós-arbitral. As partes podem, também, pretender maior flexibilidade processual e adequação ao caso concreto, designadamente se escolheram a sede por ser neutra e queiram excluir todo o controlo na sede ou limitá-lo apenas a alguns dos fundamentos de anulação da sentença arbitral previstos nessa ordem jurídica, nomeadamente àqueles que são reconhecidos internacionalmente[1334], afastando os relativos aos interesses públicos desse Estado, como a ordem pública ou outros específicos daquela lei de arbitragem da sede, que não são e não considerem relevantes para a situação concreta, caso as partes pretendam executar a sentença noutro(s) Estado(s), e que apenas serão relevantes para o Estado da sede e para aquele caso concreto, se se pretender executar a sentença nesse mesmo Estado. Assim, mais do que eliminarem o duplo controlo da anulação na sede e do reconhecimento e execução da sentença arbitral, as partes reforçam a neutralidade da sede e afastam determinados fundamentos que podem estar relacionados com o Estado da sede, mas que não são relevantes no(s) lugar(es) da execução.

Ainda relacionado com a maior flexibilidade processual e adequação ao caso concreto, as partes podem querer renunciar ao controlo da anulação na sede, e escolher, com base na autonomia contratual extensível à fase pós-arbitral, outros meios de controlo da sentença arbitral, tais como o próprio recurso de mérito para um novo tribunal arbitral, como é admitido nos termos das leis nacionais[1335], e/ou a apreciação da validade da sentença arbitral

[1334] Correspondentes aos previstos nos artigos 34/2/a) e 36/1/a) da LMU e V/1/a) a d) da CNI. V. também B.IV.2. e 3. pp. 179 e ss. e 229 e ss.
[1335] B.IV.2.2, pp. 193 e ss.

para efeitos de anulação por um novo tribunal arbitral, como também já foi defendido que é admissível na doutrina de algumas das jurisdições analisadas[1336]. Além disso, a possibilidade de renúncia, por acordo das partes, ao direito a requerer a anulação da sentença arbitral, pode abrir espaço a que, com base na autonomia contratual, as partes possam escolher e preferir o controlo da validade da sentença arbitral, que já é fornecido nalgumas instituições arbitrais, quando existente, ou que venha a ser previsto e desenvolvido como novo serviço a prestar pelas próprias instituições na arbitragem internacional, em particular no que se refere aos fundamentos que estão na disponibilidade das partes e que são reconhecidos internacionalmente, como também é defendido por alguma doutrina[1337].

Acresce que, além dos fins legítimos que as partes possam querer prosseguir através da renúncia, por acordo, ao direito à anulação da sentença arbitral nos tribunais estaduais da sede da arbitragem, podem existir e há que atender também, como o fez o TEDH na jurisprudência sobre o artigo 192 da PILA[1338], aos fins legítimos do Estado em permitir às partes esse modo de exercício do direito. Nesse sentido, identificaram-se como fins legítimos a eliminação do duplo controlo da validade da sentença arbitral, na sede e no lugar da execução e, com isso, o aumento da atratividade e da eficiência da arbitragem internacional naquele Estado para o aumento do número de arbitragens a ter lugar no mesmo e, ainda, o de reduzir a litigância no tribunal estadual que controla a validade da sentença arbitral na ação de anulação[1339].

Deste modo, apurados, por um lado, os fins legítimos que possam ser prosseguidos através da renúncia, por acordo das partes na arbitragem internacional, ao direito a requerer a anulação da sentença arbitral e, por outro lado, os interesses, quer das próprias partes, quer públicos, da comunidade ou de terceiros, que estão subjacentes ao direito de impugnação da sentença arbitral, que se visam proteger, há que ponderá-los com base no critério da

[1336] B.IV.2.2. pp. 193 e ss. V. Silva, «A arbitrabilidade da pretensão anulatória de decisão arbitral: expansão da arbitragem a um domínio improvável?»; Zocal, *Jurisdição do árbitro para a anulação de sentenças arbitrais*.

[1337] V. nota 1334. Jourdan-Marques, «Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales». Atualmente, há instituições arbitrais, que preveem algum controlo do cumprimento dos requisitos de validade da sentença arbitral, como, por exemplo, o exame prévio pela Corte, regulado no artigo 34 do Regulamento de Arbitragem da CCI. O autor referido defende a possibilidade de as instituições arbitrais virem a prever mecanismos de controlo da sentença arbitral, na fase pós-sentença arbitral. V., também, sobre a tendência de descentralização dos Estados e com relevância para o tema, Arroyo, «Denationalising private international law - a law with multiple adjudicators and enforcers».

[1338] B.IV.2.1. pp. 182 e ss. TEDH, Tabbane c. Suíça, n.º 41069/12, 01.03.2016.

[1339] *Idem*.

proporcionalidade. Considerando a prevalência do princípio da concordância prática, bem como os requisitos da proporcionalidade, e sem prejuízo dos princípios gerais a que cheguei na ponderação em geral entre, de um lado, direito à tutela jurisdicional efetiva, incluindo direito à arbitragem e respetivos direitos fundamentais processuais aplicáveis e, do outro lado, direito à autonomia privada e à autodeterminação das partes, há que aferir, em particular, quanto ao direito a requerer a anulação da sentença arbitral, se os interesses, quer das partes, quer públicos, da comunidade e/ou de terceiros, que estão subjacentes à proteção deste direito em concreto, são afetados ou podem ser prosseguidos de forma idónea por outra via, sem pôr em causa os fins ou bens protegidos pelo direito à autonomia privada.

Ora, no debate sobre os modelos possíveis de controlo das sentenças arbitrais na arbitragem internacional, há que apreciar os diferentes meios de controlo estadual – natureza, funções e efeitos –, tais como a anulação da sentença arbitral na sede e o respetivo reconhecimento e execução no lugar em que se pretende executar, com vista a, se possível, articulá-los e a reduzir a sua duplicação ou multiplicação, permitindo uma maior eficácia da arbitragem internacional. Da análise efetuada ao âmbito, função e efeito da anulação da sentença arbitral, à luz quer das convenções internacionais, quer das legislações nacionais, bem como da sua distinção relativamente ao direito ao reconhecimento e execução de sentença e da sua inclusão no sistema internacional de controlo das sentenças arbitrais, concluí que, sem prejuízo das diferenças existentes entre estes dois meios de controlo de validade da sentença arbitral, e de existir maior consenso e harmonização quanto aos fundamentos de reconhecimento e execução de sentença arbitral, através da CNI, do que relativamente aos de anulação, regulados na LMU e nas várias leis nacionais, ambos visam o controlo da validade da sentença arbitral, ainda que com efeitos, nalguma medida, diferentes, e ambos visam proteger um conjunto – que, pelo menos, inclui o que é considerado um mínimo denominador comum, consagrado na CNI, e seguido de perto na LMU[1340] – de requisitos de validade da sentença arbitral, ainda que com divergências, quer no âmbito dos fundamentos de controlo previstos, quer na própria aplicação dos mesmos.

A verdade é que, nas ordens jurídicas que adotaram uma abordagem mais liberal quanto à possibilidade de renúncia, por acordo das partes, ao direito a requerer a anulação da sentença arbitral na arbitragem internacional, prevê-se que haja o controlo através do

[1340] B.IV.2. pp. 179 e ss.

mecanismo do reconhecimento e execução, tanto nas ordens jurídicas em que a sentença vai ser executada, no caso de estas não coincidirem com a da sede, como também na própria ordem jurídica da sede, se as partes pretenderem executar aí a sentença arbitral. Neste caso, as sentenças arbitrais proferidas em arbitragem internacional com sede nestas ordens jurídicas são tratadas como se fossem sentenças internacionais ou estrangeiras e ficam sujeitas ao controlo do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, quer seja o da CNI, quer seja o recurso de apelação contra a sentença estadual que confere o *exequatur*, com os fundamentos previstos para a anulação, como sucede em França[1341].

Daqui resulta que, mesmo que haja renúncia, por acordo das partes, ao direito a requerer a anulação da sentença arbitral, há sempre controlo da validade da sentença arbitral na arbitragem internacional no(s) Estado(s) e no momento dos respetivos reconhecimento e execução. Na medida em que é equiparada a sentença internacional ou estrangeira, a sentença não produz efeitos em nenhuma ordem jurídica até ser pedido o seu reconhecimento e execução, no âmbito dos quais se apreciará a respetiva validade à luz dos fundamentos previstos para este controlo[1342]. Consequentemente, através do controlo realizado no âmbito do processo de reconhecimento e execução de sentença arbitral, prosseguem-se os fins ou interesses legítimos das partes, dos Estados e/ou de terceiros, que se visa proteger na anulação, sem pôr em causa os fins ou bens protegidos pelo direito à autonomia privada, que fundamenta a renúncia.

Por sua vez, no que toca à maior ou menor disponibilidade do direito fundamental processual à impugnação da sentença arbitral, incluindo pela anulação, importa também atender aos diversos interesses que se protegem, ganhando aqui relevância a distinção entre, por um lado, os interesses ou bens protegidos de que as partes são as próprias titulares, em que têm maior disponibilidade sobre eles e, por outro lado, os interesses públicos, da comunidade ou de terceiros protegidos, em que as partes terão menor ou nenhuma disponibilidade. Tanto na CNI[1343], como na LMU[1344], como em várias legislações nacionais,

[1341] Artigos 1522 e 1520 do CPCF; 192/2 PILA, secção 51 da Lei de Arbitragem Sueca, entre outras. B.V.1.2.2. pp. 252 e ss.
[1342] *Idem*.
[1343] Artigo V/1 e 2.
[1344] Artigos 34/2/a) e b) e 36/1/a) e b).

principalmente as que seguem a LMU[1345], distinguem-se os fundamentos que protegem, segundo este critério. Distinguem-se, por um lado, os direitos fundamentais processuais das partes na arbitragem, nomeadamente que não haja excesso de poderes pelos árbitros e que o processo seja legal e devido[1346] e, por outro lado, aqueles que visam garantir, independentemente dos direitos das partes, os interesses dos Estados em controlar o que entendam necessário, sobretudo a suscetibilidade de o litígio ser arbitrável e a conformidade com a ordem pública desse Estado[1347], variando, como concluí, o modo e a medida do controlo em cada Estado[1348]. A diferença da natureza dos interesses protegidos tem, por isso, consequências no regime jurídico que lhes é aplicável: os primeiros têm de ser alegados e provados pelas partes e os segundos podem ser conhecidos oficiosamente pelo tribunal estadual, mesmo que não sejam alegados pelas partes. Assim, os primeiros, por defenderem essencialmente interesses que são das próprias partes, encontram-se na disponibilidade destas, podendo as partes exercê-los no sentido que pretenderem em cada situação particular, incluindo no sentido da renúncia, desde que dentro dos restantes requisitos de validade referidos, afastando-se a necessidade de uma proteção paternalista do Estado. Já os últimos fundamentos referidos ficam reservados à esfera de controlo dos tribunais estaduais de cada Estado, por interferirem com o interesse público, da comunidade em geral ou de terceiros. Por esta razão, ainda que se admita a renúncia, por acordo das partes, ao direito à anulação da sentença arbitral na arbitragem internacional, não se pode renunciar ou afastar o poder de os tribunais estaduais controlarem, pelo menos, os fundamentos que protegem o interesse público, da comunidade ou de terceiros, como os relativos à salvaguarda da ordem pública e à arbitrabilidade do litígio, ainda que as partes não os invoquem como fundamento de recusa de reconhecimento e execução.

Também por força da maior ou menor disponibilidade dos bens protegidos pelo direito

[1345] Artigos 46.º/3/a) e b) e 56.º/17a) e b) da LAP. Embora as leis inglesa, francesa e brasileira não distingam expressamente na lei estas categorias de fundamentos, a distinção da natureza subjacente aos vários fundamentos é referida pela doutrina, sendo que a violação da ordem pública ou outros relacionados como, por exemplo, a fraude ou corrupção, visam, sem dúvida, a proteção de valores fundamentais da sociedade de cada Estado. V. A.III.4.4. pp. 140 e ss. e B.IV.2.2. pp. 193 e ss. A título de exemplo, V. Craig, «Uses and Abuses of Appeal from Awards», 205 e ss.; Park, «Judicial Supervision of Transnational Commercial Arbitration: The English Arbitration Act of 1979», 118 e ss.; Jourdan-Marques, «Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales», 160 e ss.; Wambier, «A discussão sobre a disponibilidade do controle judicial da sentença arbitral e seus limites», 12 e ss.30 e ss.

[1346] Correspondentes aos previstos nos artigos 34/2/a) e 36/1/a) da LMU e V/1/a) a d) da CNI.

[1347] Correspondentes aos previstos nos artigos 34/2/b) e 36/1/b) da LMU e V/2 da CNI.

[1348] B.IV.2. pp. 179 e ss.

fundamental processual à impugnação da sentença arbitral, e considerando o efeito internacional que se pretende atribuir à anulação da sentença arbitral, faz mais sentido e é mais lógico permitir a disponibilidade sobre alguns fundamentos específicos e locais de anulação na sede, que são relevantes para o Estado da sede, e que se vise limitar ou reduzir o âmbito deste controlo àqueles fundamentos que são internacionalmente aceites como tendencialmente comuns aos vários Estados-Partes da CNI, da CIAIC e CEAIC e que seguem a LMU, por serem aqueles que protegem os interesses de qualquer parte na arbitragem internacional e que, por isso, também são aqueles que se incluem no âmbito da autonomia privada das partes, sempre que a sentença não vai ser executada no Estado da sede, desde que se reserve algum mecanismo de controlo dos interesses públicos específicos de cada Estado ao abrigo da soberania nacional, quando as sentenças sejam executadas nesses Estados. Neste caso, tal controlo pode ser realizado através do mecanismo de reconhecimento e execução de sentença arbitral, que, no fundo, procede ao controlo de deixar ou recusar a produção de efeitos da sentença arbitral em cada ordem jurídica estadual. Tal entendimento parece ser o que esteve subjacente quer à CEAIC[1349], quer à solução legal adotada, por exemplo, na Suíça[1350], quando permite, não só a renúncia total, mas também parcial, somente quanto a alguns fundamentos de anulação da sentença arbitral, por acordo das partes. Com efeito, este entendimento está também na base das teorias pluralistas quanto ao controlo da sentença arbitral na arbitragem internacional e é conforme aos artigos V e VII/1 da CNI[1351]. Em França, o legislador não permitiu a renúncia parcial, mas apenas a total ao direito de anulação da sentença arbitral na sede, o que se explica quer pela representação autonomista ou deslocalizada da arbitragem internacional, que adota, quer pela natureza de ordem pública dos meios de impugnação da sentença arbitral[1352].

Determinante na ponderação entre os bens ou valores constitucionalmente protegidos em causa é o limite decorrente da salvaguarda do conteúdo essencial do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, nomeadamente do direito à arbitragem e daqueles direitos fundamentais processuais que o integram. Com efeito, como concluí[1353], nos termos do conteúdo essencial do direito fundamental referido, impõe-se que haja um meio –

[1349] Artigo IX.
[1350] Artigo 192/1 da PILA.
[1351] B.IV.3. pp. 229 e ss.
[1352] *Idem*.
[1353] A.II.3.3. pp. 95 e ss.

independentemente de qual ele seja – de reagir perante sentenças arbitrais em que tenha havido violação, de tal modo séria e grave, dos bens jurídicos permanentes, que se visam proteger no exercício da função jurisdicional, que tem de poder ser impugnada pelas partes e/ou controlada pelos Estados de algum modo. Por outras palavras, o conteúdo essencial do direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva na arbitragem inclui, pelo menos, a existência de um meio de impugnação de uma sentença arbitral que viole, de forma grave, direitos fundamentais processuais e/ou os interesses de ordem pública referidos como conteúdo mínimo exigido, quer internacionalmente, quer nas constituições nacionais, no âmbito do mesmo[1354].

Donde se retira que, embora implique que haja um meio de controlo estadual da validade da sentença arbitral, pelo qual se salvaguarde o conteúdo essencial do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, incluindo o direito à arbitragem e os direitos fundamentais processuais, como o da independência e imparcialidade do tribunal arbitral, o da igualdade e o do contraditório, bem como o da efetividade da tutela, tal meio de impugnação não tem de ser, necessariamente, o da anulação da sentença arbitral[1355]. Essa já é uma opção legislativa da forma como se implementa a garantia constitucional do conteúdo essencial do direito fundamental em questão. Assim, de acordo com este critério da salvaguarda do conteúdo essencial do direito fundamental, a renúncia ao direito à anulação da sentença arbitral na arbitragem internacional é válida, desde que se mantenha a possibilidade de impugnação da sentença arbitral, que viole, de forma grave, direitos fundamentais processuais e/ou os interesses de ordem pública referidos como conteúdo mínimo exigido, quer internacionalmente, quer nas constituições nacionais, no âmbito do mesmo, i.e., desde que não afete a própria existência do direito à tutela jurisdicional efetiva, nomeadamente à arbitragem, conduzindo à inutilidade do mesmo ou, neste caso, a situações de denegação de justiça.

Finalmente, quanto ao critério da ordem pública, conforme concluí acima[1356], e independentemente das divergências de âmbito, função e de efeitos que tal conceito pode ter nas diversas fontes de direito, quer considerando uma interpretação autónoma internacional,

---

[1354] *Idem*.
[1355] Este raciocínio foi também seguido pelo TEDH no caso citado. TEDH, Tabbane c. Suíça, n.º 41069/12, 01.03.2016.
[1356] A.III.4.4. pp. 140 e ss. e A.III.5. pp. 151 e ss.

quer sobretudo ao abrigo do consagrado nas legislações nacionais[1357], a verdade é que, não impedindo a arbitrabilidade do litígio, é um limite a ponderar na renúncia a direitos fundamentais processuais na arbitragem, quer em relação à validade da própria convenção de arbitragem, quer como fundamento autónomo de anulação da sentença arbitral, quer ainda como motivo de recusa do reconhecimento e execução de sentença arbitral estrangeira[1358]. Em particular, a ordem pública consagrada como tal por cada Estado, que inclui também a ordem pública processual[1359], é um limite à renúncia ao direito à impugnação da sentença arbitral, que decorre e coincide, pelo menos, parcialmente (porque o abrange, mas não se esgota nele), com a identificação do conteúdo essencial do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva na arbitragem[1360]. Ainda que seja admissível e válida a renúncia, antecipada ou subsequente no processo, por acordo das partes, ao direito a requerer a anulação da sentença arbitral na sede, e ainda que as partes possam renunciar ao controlo de algum(ns) fundamento(s), em que se protegem apenas interesses das próprias partes e, por isso disponíveis, tem de haver um mecanismo de controlo estadual do limite da ordem pública, pelo menos aquando do reconhecimento e execução da sentença arbitral na ordem jurídica estadual.

Assim, considerando a ponderação entre o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, incluindo à arbitragem e, em particular, ao direito de impugnar a sentença arbitral, pela anulação, e o direito à autonomia privada e à autodeterminação das partes, que fundamenta a possibilidade de renúncia, posso concluir que as soluções legais adotadas nas ordens jurídicas nacionais mais liberais, como França, Suíça, entre outras, respeitam também os requisitos objetivos de validade da renúncia a um direito fundamental. Em particular, quanto a estes, considerando a prevalência da concordância prática entre os direitos fundamentais em questão, e os diversos critérios de ponderação apreciados, a admissibilidade da renúncia, por acordo, ao direito à anulação da sentença arbitral visa aplicar-se na arbitragem internacional, atendendo às respetivas características, necessidades

[1357] *Idem*.
[1358] A.III.4.4 e 5. pp. 140 e ss.
[1359] *Idem*.
[1360] B.V.1.2.2. pp. 252 e ss.

específicas e ao incremento das suas vantagens[1361], sendo que, nalgumas ordens jurídicas[1362], ainda se limita mais o âmbito de aplicação a determinadas partes nas arbitragens internacionais, que não tenham ligação[1363] com o Estado em que se localiza a sede arbitral, por pressupor que, com maior probabilidade, a execução terá lugar noutros Estados e a escolha da sede assente, essencialmente, na busca de neutralidade.

Em qualquer caso, tanto o controlo dos interesses das partes, estes disponíveis e renunciáveis por acordo, bem como o dos interesses públicos, da comunidade ou de terceiros, que já seriam indisponíveis e irrenunciáveis por acordo das partes, estão, ainda assim, assegurados pelo mecanismo de controlo do processo de reconhecimento e execução de sentença arbitral, quer no lugar da execução, quer mesmo na sede, se e quando as partes quiserem reconhecer ou executar naquele Estado[1364]. Consequentemente, a salvaguarda quer da ordem pública consagrada como limite por cada Estado (em regra, internacional), quer do conteúdo essencial do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva na arbitragem, fica também assegurada. Com efeito, concluo que a renúncia admitida nas ordens jurídicas mencionadas é, essencialmente, ao controlo de validade da sentença arbitral no processo de anulação na sede da arbitragem, mantendo o controlo no lugar e no momento do reconhecimento e execução, seja no Estado da sede, seja noutros Estados. A esta, pode acrescer, nas legislações nacionais que o permitem, a renúncia parcial a alguns fundamentos e, nesse caso, terá de se aferir se se trata de renúncia apenas à apreciação desses fundamentos em processo de anulação na sede, mantendo-a no processo de reconhecimento e execução da sentença arbitral, ou se, nos casos em que for também admissível, as partes renunciaram ao controlo daqueles fundamentos em qualquer processo, o que, em caso algum, será admissível em relação aos fundamentos que protegem interesse público, da comunidade ou de terceiros, como os relativos à salvaguarda da ordem pública e à arbitrabilidade do litígio.

Finalmente, perante a diferença relativa entre os efeitos (internacionais) entre a

[1361] Este é o principal, senão único, fim na solução da lei francesa, o de reduzir o controlo da sentença arbitral internacional a um único meio de impugnação, eliminando o duplo controlo, nomeadamente o controlo da anulação na sede e salvaguardando o(s) do(s) lugar(es) da execução, como explicitei. V. B.IV.1. pp. 168 e ss. e B.IV.2.2. pp. 193 e ss. e B.V.1.2.2. pp. 252 e ss.

[1362] Como na Suíça, na Suécia, na Bélgica, no Perú, na Tunísia, entre outros. V. B.V.1.2.2., pp. 252 e ss., notas 1256 e 1257.

[1363] Domicílio, residência habitual ou estabelecimento comercial ou outro, dependendo da lei em causa.

[1364] Bratic, «"The parties hereby waive all recourse... but not that one" Why parties adopt exclusion agreements and why courts hesitate to enforce them»; Scherer, «The fate of parties' agreements on judicial review of awards: a comparative and normative analysis of party-autonomy at the post-award stage».

anulação e a recusa de reconhecimento e execução de sentença arbitral[1365], e tendo concluído que as soluções legais adotadas nas ordens jurídicas em questão apenas são válidas, porque garantem, pelo menos, o controlo do interesse público, da comunidade ou de terceiros, que não são disponíveis ou renunciáveis pelas partes, a salvaguarda do conteúdo essencial do direito fundamental em questão, nomeadamente o direito a impugnar a sentença arbitral em casos de violações sérias ou mais graves dos direitos processuais fundamentais e/ou interesses de ordem pública, que cada Estado considera que tem de assegurar, algumas conclusões adicionais se podem retirar. Em primeiro lugar, mesmo no caso de renúncia, por acordo, ao direito à anulação da sentença arbitral, tem de ser assegurada às partes a possibilidade de requerer o reconhecimento e execução de sentença arbitral para defesa de, pelo menos, aqueles interesses cuja proteção é irrenunciável, seja em processo autónomo e próprio, seja a título incidental, quando uma parte pretenda invocar uma sentença arbitral internacional ou estrangeira que não tenha ainda sido reconhecida na ordem jurídica estadual em causa.

Assim, há que acautelar e responder a algumas situações mais duvidosas, que podem surgir e que têm sido equacionadas pela doutrina como obstáculo à admissibilidade e validade desta solução legal, como é o caso de uma das partes perdedoras na arbitragem, que tenha obtido uma sentença arbitral desfavorável e inválida com base nalgum fundamento que não foi renunciado ou irrenunciável e se vê impedida de requerer o controlo da validade da sentença, já que perdeu a ação e pode não haver interesse legítimo dessa parte para pedir o reconhecimento e execução, nem qualquer pedido da contraparte para o efeito[1366]. Como pode, neste caso, reagir a demandante perdedora numa arbitragem, que queira espoletar o controlo da validade da sentença arbitral, sem que a contraparte requeira o reconhecimento e execução da sentença arbitral? Não faz sentido iniciar um processo de reconhecimento e execução de sentença arbitral apenas para se opor à validade da sentença[1367]. No entanto, dado que, nessa situação, a sentença arbitral ainda não foi reconhecida e executada na ordem jurídica em questão, a parte que perdeu e entende que a sentença arbitral proferida na

[1365] B.IV.3. pp. 229 e ss.
[1366] Braghetta, *Anulação do Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Consequências Internacionais: visão a partir do Brasil*, 288; Bratic, «"The parties hereby waive all recourse... but not that one" Why parties adopt exclusion agreements and why courts hesitate to enforce them», 123; Scherer, «The fate of parties' agreements on judicial review of awards: a comparative and normative analysis of party-autonomy at the post-award stage», 451; Seraglini e Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 957–58.
[1367] *Idem*.

primeira arbitragem é inválida, pode iniciar novo processo, arbitral ou judicial, se o vício da invalidade da sentença arbitral afetar a possibilidade de nova arbitragem, e será no âmbito desse novo tribunal arbitral ou estadual, consoante o caso, que se procederá ao controlo, a título incidental, da sentença arbitral anterior que for invocada pela parte contrária, na parte que não tiver sido renunciada ou que é irrenunciável, devendo prever-se os termos necessários para o efeito.

Em segundo lugar, pode retirar-se outra conclusão que é a de que, mesmo no caso de ter havido renúncia, por acordo das partes, ao direito à anulação, nos termos das legislações nacionais que o permitem, uma sentença arbitral internacional, que não tenha sido reconhecida ou considerada exequível na ordem jurídica nos termos da CNI ou da lei nacional aplicável, consoante a lei da ordem jurídica em causa, embora possa ser final e ter autoridade de caso julgado, ainda não produz efeitos na ordem jurídica referida e, portanto, não pode ser oponível entre as partes, sem passar por esse procedimento. Tal conclusão apresenta-se em conformidade quer com a CNI, que prevê como fundamentos possíveis de recusa de reconhecimento e execução de sentença arbitral, em pé de igualdade, tanto o facto de ainda não se ter tornado obrigatória para as partes, como o de ter sido anulada ou suspensa por uma autoridade competente no Estado da sede[1368], quer com as Recomendações em matéria de *res judicata* e arbitragem[1369], que, nomeadamente na Recomendação 3.1, exige, como requisitos do efeito de *res judicata* ou de "efeitos conclusivos e preclusivos das sentenças arbitrais internacionais em processos arbitrais posteriores", que a sentença seja final e vinculativa no Estado de origem e que não haja impedimento de reconhecimento no Estado do lugar da subsequente arbitragem. Embora nestas recomendações não se esteja a pensar no caso concreto sob análise, a verdade é que faz sentido aplicar-se o mesmo raciocínio e requisitos, na medida em que as leis nacionais que permitem a renúncia ao direito a requerer a anulação da sentença arbitral, tratam-nas como se fossem internacionais ou estrangeiras, em qualquer caso, como se não fossem proferidas na ordem jurídica em questão.

Deste modo, concluo que, de acordo com as fontes de direito da arbitragem analisadas,

[1368] Artigo V/1/e).
[1369] Adotadas pela Resolução n.º 1/2006, Anexo 2, da ILA, disponíveis em International Law Association Resolution No. 1/2006, Annex 2: Recommendations on res judicata and Arbitration | Trans-Lex.org (acesso em 16.04.2024).

quer internacionais, quer nacionais, a resposta normativa à questão de saber se as partes podem, validamente, renunciar ao direito de requerer a anulação da sentença arbitral na arbitragem internacional, varia consoante as leis nacionais aplicáveis. Além disso, posso afirmar que, de acordo com a ponderação efetuada entre os direitos fundamentais em confronto na arbitragem[1370] e, em especial, quanto ao direito a requerer a anulação da sentença arbitral na arbitragem internacional[1371], nomeadamente considerando as soluções consagradas nos sistemas jurídicos nacionais que seguem uma abordagem mais liberal na matéria[1372], a renúncia àquele direito referido, nos termos em que é permitida nessas ordens jurídicas, respeita os requisitos de validade subjetivos e objetivos identificados como necessários, à luz das mesmas fontes de direito.

Finalmente, quanto à questão de saber se, do ponto de vista prático, é aconselhável às partes exercerem este direito fundamental de renúncia à anulação no Estado da sede, e com base nas hipóteses já equacionadas na ponderação realizada, posso concluir que, sem prejuízo de depender da ponderação das características e particularidades de cada caso concreto, e embora a renúncia total e antecipada quanto a algum(ns) fundamento(s) de anulação, ainda que sejam disponíveis pelas partes, seja mais arriscada e deva ser, muito cautelosamente, analisada pelas partes em cada caso, há situações e determinados contextos contratuais e negociais, em que a solução de renúncia total ou parcial à anulação da sentença arbitral na sede, mantendo o controlo no lugar da execução pode fazer sentido, ser aconselhável e permitir acentuar as vantagens da arbitragem internacional. Posso adiantar que a questão colocar-se-á, naturalmente, e será mais recomendável, perante partes em arbitragens comerciais internacionais, com elevados níveis de conhecimento, sofisticação e/ou aconselhamento jurídico profissional na matéria, que estejam em posições contratuais e negociais de igualdade, em áreas de negócios ou contratos que, por diversos fatores[1373], justifiquem e requeiram dar prioridade a mecanismos de resolução de litígios internacionais mais céleres e eficazes. Pode também ser útil e aconselhável em arbitragens internacionais com várias partes de diversas nacionalidades, que estejam ligadas a um determinado projeto

[1370] A.III.5. pp. 151 e ss.
[1371] B.V.2. pp. 263 e ss.
[1372] B.V.1.2.2. pp. 252 e ss.
[1373] Como, por exemplo, por já se antecipar a existência de múltiplos litígios ou divergências entre as partes, e/ou por serem contratos de duração continuada e se pretender privilegiar a manutenção e continuidade da relação e da execução contratual entre as partes, e/ou por já se saber o local de execução das sentenças em caso de incumprimento voluntário e se poder acautelar detalhadamente a fase pós-sentença arbitral, entre outros.

contratual, que, como referido, pretendam escolher uma sede de arbitragem neutra em relação às partes ou ao projeto, que já se sabe que à partida não vai ser o lugar da execução, e reforçar, ainda mais, esta neutralidade da sede na fase pós-sentença arbitral, entre outros exemplos que poderão surgir na prática.

2.3. O caso português: posição *de jure constituendo*

Concentrando-me no caso português, e apesar de a lei atual vigente consagrar expressamente a irrenunciabilidade do direito a requerer a sentença arbitral na arbitragem, inclusive internacional[1374], equacionarei a questão de saber se a adoção de uma solução legal no sentido da validade da renúncia, por acordo das partes, a esse direito, *de jure constituendo*, seria, constitucional e legalmente, admissível. Afigura-se-me que sim, desde que se cumprissem os requisitos de validade subjetivos e objetivos da renúncia a um direito fundamental processual na arbitragem.

Considerando o âmbito do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva na arbitragem e os direitos fundamentais processuais nele incluídos, nomeadamente o direito à impugnação da sentença arbitral[1375], e os requisitos de validade subjetivos e objetivos da renúncia a direitos fundamentais identificados[1376], a previsão, *de jure constituendo* em Portugal, da possibilidade de renúncia, por acordo das partes, em qualquer momento, ao direito a requerer a anulação da sentença arbitral na arbitragem internacional seria, constitucional e legalmente, válida, desde que a lei previsse e regulasse os seguintes requisitos: primeiro, requisitos formais especiais para acautelar, quer a celebração do acordo entre as partes, quer a devida interpretação e aplicação do mesmo; segundo, que, nesse caso, e à semelhança dos lugares paralelos analisados[1377], as sentenças arbitrais proferidas em arbitragem internacional com sede em Portugal, passassem a ser tratadas como estrangeiras, ficando sujeitas à necessidade de reconhecimento e execução, nos termos da CNI e/ou da LAP[1378], sempre que as partes pretendessem que a sentença arbitral fosse eficaz, ainda que a título incidental, ou executada em Portugal; terceiro, e para não haver dúvidas, prever e

[1374] B.V.1.2.1. pp. 248 e ss.
[1375] A.II.1.2. pp. 24 e ss., A.II.2.2. pp. 66 e ss., A.II.3.2 e 3, pp. 90 e ss. e B.IV.2.2 pp. 193 e ss. (em todos, nas partes relativas ao direito português).
[1376] A.III.3, 4 e 5. pp. 117 e ss.
[1377] A.V.1.2.2. pp. 252 e ss.
[1378] Artigos V e VII da CNI e 55.º e 56.º da LAP.

regular expressamente a necessidade de reconhecimento da sentença arbitral para ser invocada, mesmo que a título incidental, e do respetivo procedimento a adotar nesse caso para controlo da validade da sentença arbitral, pelo menos, e dependendo do âmbito do acordo de renúncia, em relação aos fundamentos a que as partes não podem renunciar, antes da produção de efeitos e execução, de modo a abranger qualquer caso e qualquer parte da arbitragem em questão e evitar hipóteses de denegação de justiça. Além disso, adotando uma teoria pluralista e atendendo à ponderação entre os direitos fundamentais em questão acima explicitada, seria válida também a previsão da possibilidade de renúncia parcial aos fundamentos de anulação, permitindo às partes, não só excluir, como também apenas limitar o controlo, pela via da anulação, nos tribunais estaduais portugueses quanto a alguns fundamentos, desde que, mais uma vez, ficasse assegurado o controlo pelos tribunais estaduais portugueses da validade da sentença arbitral, pelo menos quanto aos fundamentos que as partes não podem afastar, se e aquando do reconhecimento e execução da sentença arbitral em Portugal, quer a título principal num processo autónomo, quer a título incidental, quando a sentença fosse invocada noutro processo. Noutras palavras, o controlo da validade da sentença arbitral seria, nesse caso, assegurado pelos tribunais estaduais portugueses apenas se e nos casos em que as partes pretendessem que a sentença arbitral produzisse algum efeito ou fosse executada em Portugal.

Considerando que a presente solução é especialmente vantajosa no caso de as partes na arbitragem internacional não pretenderem executar a sentença em Portugal, poder-se-ia, em nome do princípio da proporcionalidade, e atendendo ao amplo conceito de arbitragem internacional vigente na LAP[1379], limitar o âmbito da aplicação da presente solução às partes que não tenham ligação a Portugal, de modo semelhante ao que sucede, por exemplo, na Suíça, entre outros casos[1380]. Assim, limitar-se-ia a aplicação desta solução aos casos em que, muito provavelmente a execução ocorrerá noutro país e em que as partes pretendem uma sede neutra e reforçar esta característica na fase pós-sentença arbitral, permitindo o Estado Português que o controlo da validade da sentença seja efetuado no lugar da execução e somente procedendo a esse controlo, pelo menos quanto aos fundamentos que protegem interesses estaduais públicos, da comunidade ou de terceiros, se as partes pretenderem que a

[1379] Artigo 49.º da LAP.
[1380] B.V.1.2.2, pp. 252 e ss.

sentença seja reconhecida e executada em Portugal.

É de notar, aliás, que, quanto aos fundamentos que visam proteger interesses estaduais, público ou de terceiros, como são os da arbitrabilidade e da salvaguarda da ordem pública internacional do Estado português, ainda que se admitisse a renúncia em arbitragens internacionais, por acordo das partes, que não têm ligação a Portugal, ao direito a requerer a ação de anulação da sentença arbitral com esses fundamentos, os mesmos seriam sempre objeto de controlo no âmbito do reconhecimento e execução de sentença arbitral e, em qualquer caso, a lei portuguesa já consagra expressamente que são de conhecimento oficioso do tribunal estadual[1381]. A solução insere-se, assim, de forma lógica e coerente, no sistema jurídico português, assinalando traços expressos e mais fortes de uma teoria pluralista da arbitragem internacional.

3. Contributo da solução adotada para uma maior coerência do sistema de controlo das sentenças arbitrais na arbitragem internacional

Chegada a este momento, tendo respondido afirmativamente à questão de saber se, em termos constitucionais e normativos da arbitragem internacional, a renúncia, por acordo das partes, em qualquer momento – i.e. na convenção de arbitragem ou noutro acordo subsequente –, total ou parcialmente, ao direito de anulação da sentença arbitral na arbitragem internacional é válida, e tendo concluído não só que as soluções legais adotadas noutras ordens jurídicas, como a francesa, são válidas e, inclusive, defendido a possibilidade de se aplicar igualmente em Portugal, *de jure constituendo*, resta-me verificar se e em que medida tal solução contribui para uma maior coerência do sistema de controlo das sentenças arbitrais na arbitragem internacional[1382]. Posso, desde já, adiantar que sim, essencialmente, por quatro razões que se relacionam entre si e que passo a sistematizar.

3.1. Reforço da autonomia privada, fundamento da arbitragem internacional, também na fase pós-sentença arbitral

Em primeiro lugar, esta solução legal coaduna-se com e reforça a autonomia privada, que é fundamento da arbitragem internacional, também na fase pós-sentença arbitral. Tendo

[1381] Artigos 48.º/3 e 56.º/1/b) da LAP.
[1382] B.IV.1 e 3. pp. 168 e ss.

adotado quanto à natureza, fundamento jurídico e modelo de governo da arbitragem internacional, uma posição híbrida, pluralista ou pluralista-constitucional[1383], e também autónoma no sentido de que o caminho tem sido e será o de cada vez maior autonomização[1384], a solução legal sob análise, conforme explicitado[1385], permite uma maior autonomia e consequente eficácia da arbitragem internacional, sem perder o equilíbrio com os poderes de controlo estadual[1386]. Após um caminho de consagração de soluções legais no sentido de uma cada vez maior autonomia da arbitragem internacional, quanto a questões concretas emergentes e na relação entre tribunais arbitrais e tribunais estaduais, quer na fase pré-arbitral, quer durante o processo arbitral, tanto em relação ao direito material aplicável, como à lei processual, entre outros aspetos[1387], a solução legal em análise consagra e reforça a autonomia privada das partes na arbitragem internacional, agora na fase pós-sentença arbitral, i.e., de controlo da mesma.

No contexto do sistema internacional de controlo das sentenças arbitrais[1388], pela consagração legal da renúncia, por acordo das partes, total ou parcial, ao direito à anulação nos tribunais estaduais da sede, desde que se cumpram determinados requisitos, permite-se às partes que escolham ou moldem também, com base na autonomia privada e dentro dos limites constitucionais e legais aplicáveis, o sistema de controlo internacional das sentenças internacionais. Em particular, permite-se que as partes escolham eliminar o duplo controlo, na sede e no lugar da execução, da validade da sentença arbitral, nos termos explicitados[1389]. Como também concluí, esta solução legal permite às partes renunciarem ao controlo da anulação na sede e acordarem noutros tipos de meios de controlo em novo tribunal arbitral e/ou em instituições arbitrais internacionais ou, ainda, eventualmente, ao controlo de algum(ns) fundamento(s) que seja disponível de acordo com a lei aplicável[1390].

Consequentemente, a consagração de tal autonomia privada das partes nesta fase pós-sentença arbitral reforça também a escolha do controlo pela anulação no Estado da sede, nos

[1383] B.IV.1, pp. 168 e ss.
[1384] *Idem*.
[1385] B.V.2. pp. 263 e ss.
[1386] *Idem*. V., também, B.V.3.2. pp. 285.
[1387] B.IV.1. pp. 168 e ss. e B.IV.2.2., pp. 193 e ss. aquando da referência ao caminho de autonomia das soluções legais arbitrais no direito francês, e que, quanto a este caminho, ainda que possa haver algumas nuances, é aplicável também nos restantes sistemas jurídicos nacionais analisados.
[1388] B.IV.3. pp. 229 e ss.
[1389] B.V.2.
[1390] *Idem*.

termos previstos na lei aplicável, quando as partes, tendo a possibilidade de renunciarem ao mesmo nos termos legais, não o fizerem, o que deve ser tido em conta nos respetivos momentos de controlo estadual ao abrigo das diversas fontes aplicáveis. Mesmo que a escolha das partes neste caso, agora reforçada, continue a não ser aceite por todos os Estados, nomeadamente pela França, que não reconhece qualquer efeito à anulação da sentença pelo Estado da sede[1391], sai fortalecida entre defensores das teorias territorialistas e pluralistas[1392].

3.2. Garantia do controlo pelos Estados do conteúdo essencial do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva na arbitragem, em particular, dos interesses públicos, indisponíveis pelas partes, no momento do reconhecimento e execução

Em segundo lugar, e como abordei[1393], a solução legal sob análise permite a cada Estado garantir, em qualquer caso, o controlo estadual do conteúdo essencial do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva na arbitragem, e quanto aos direitos fundamentais processuais que o compõem, nomeadamente o direito à impugnação da sentença arbitral, em caso de violação séria de direitos fundamentais processuais e/ou de interesses de ordem pública, considerados como tal por cada Estado, se e quando for pedido o reconhecimento e execução da sentença arbitral nesse Estado. Por outras palavras, a manutenção do controlo da validade da sentença arbitral aquando do reconhecimento e execução de sentença arbitral nestes casos de renúncia, por acordo das partes, à anulação na sede, antes de conceder ou recusar eficácia e força executiva à sentença arbitral, permite aos Estados concederem maior eficácia à arbitragem internacional e, ao mesmo tempo, preservarem a integridade do processo arbitral e os interesses públicos estaduais, indisponíveis pelas partes, i.e., a justiça e a credibilidade da arbitragem. Acresce que o controlo estadual destes interesses públicos é realizado no meio de impugnação e no momento mais adequado para o mesmo[1394].

[1391] B.IV.1, 2.2, e 3, pp. 168 e ss. (nas partes relativas ao direito francês).
[1392] B.IV.1 e 3 e B.V.1.2.2 e B.V.2.
[1393] B.V.1.2.2. e 2.
[1394] B.V.2., pp. 263 e ss.

3.3. Maior articulação entre os meios de impugnação da sentença arbitral, e respetivos efeitos, no sistema internacional de controlo das sentenças arbitrais

Em terceiro lugar, considerando o âmbito e contexto do sistema internacional de controlo das sentenças arbitrais, regulado quer pelas convenções internacionais aplicáveis, como a CNI, a CIAIC, a CEAIC, entre outras, quer pelas legislações nacionais que forem aplicáveis, bem como ainda pelas regras escolhidas pelas partes, incluindo regulamentos de arbitragem em caso de arbitragem institucional[1395], e com base nas premissas descritas nos dois pontos anteriores[1396], a solução legal analisada também permite e promove uma maior articulação entre os meios de impugnação da sentença arbitral, e respetivos efeitos, no sistema internacional de controlo das sentenças arbitrais – i.e., entre a anulação e o reconhecimento e execução – através da escolha das partes. Com fundamento na autonomia privada das partes em determinados casos, e sempre dentro dos limites constitucionais e legais imperativos, as partes podem escolher o sistema, e a respetiva articulação internacional, do controlo das sentenças arbitrais.

A solução legal em análise permite às partes, em determinados casos e respeitando certos requisitos, escolherem se pretendem eliminar o duplo controlo da validade da sentença arbitral na sede e no lugar do reconhecimento e execução, optando pelo controlo apenas no lugar da execução; ou, se quiserem, as partes podem manter esses dois meios de controlo, mas reduzir o âmbito do da anulação na sede a apenas alguns fundamentos, deixando clara a intenção de apenas poderem ser invocados alguns e quais, por exemplo aqueles que são aceites internacionalmente nos termos da CNI, da CIAIC, da CEAIC, da LMU, entre outras; e/ou, se pretenderem, e embora mais arriscado, podem mesmo reduzir o âmbito do controlo quanto a alguns fundamentos que estejam na disponibilidade das partes, quer na sede, quer na execução; e/ou podem as partes decidir se mantêm, sem qualquer alteração, os dois meios de impugnação da sentença arbitral referidos, de acordo com as respetivas fontes de direito, as quais têm de ser interpretadas e aplicadas no caso concreto e nos termos gerais explanados[1397].

[1395] A.II.1 pp. 8 e ss. e A.II.2. pp. 82 e ss., B.IV.2 e 3, pp. 179 e ss. e B.V.3. pp. 284 e ss.
[1396] B. IV.3. pp. 229 e ss. e B.V.3. pp. 284 e ss.
[1397] B.IV.2 e 3. pp. 179 e ss.

3.4. Compatibilidade e abertura a outras soluções de controlo da sentença arbitral, quer as já existentes, quer as que venham a ser implementadas no futuro

Finalmente, e conforme desenvolvido[1398], ao reforçar a autonomia privada das partes e a autonomia da arbitragem internacional também na fase pós-sentença arbitral, dentro dos limites constitucionais e legais traçados[1399], esta solução legal da possibilidade de renúncia, por acordo das partes, ao direito a requerer a anulação da sentença arbitral na arbitragem internacional abre caminho a e é compatível com novas soluções de controlo das sentenças arbitrais a nível internacional, e/ou da sua maior articulação. Permite a sua conjugação, por acordo das partes em cada caso concreto, tanto com opções já existentes, seja o recurso para um novo tribunal arbitral[1400], seja a apreciação da anulação da sentença arbitral em nova arbitragem, já considerada arbitrável nalgumas ordens jurídicas[1401], seja a escolha de um regulamento de arbitragem institucional que ofereça esse controlo[1402], como outras que venham a ser criadas e implementadas no sentido de alcançar maior eficácia deste mecanismo de resolução de litígios, sem perder e sem deixar de salvaguardar a justiça e a credibilidade da arbitragem internacional[1403].

[1398] B.V.2. pp. 263 e ss.
[1399] *Idem*.
[1400] B.IV.2. pp. 179 e ss.
[1401] A.II.1. pp. 24 e ss. e B.IV.2.2. pp. 193 e ss. (nas partes relativas ao Brasil).
[1402] A.II. e B.IV. 2.2. pp. 193 e ss.
[1403] B.IV.3. pp. 229 e ss.

VI. Conclusões, recomendações e questões para o futuro

Na presente dissertação, pretendi responder, de forma fundamentada, à questão geral de saber se as partes podem acordar renunciar, validamente, parcial ou totalmente, a direitos fundamentais processuais na arbitragem e, se sim, com que requisitos e limites (Parte A) e, em particular, ao direito de requerer a anulação da sentença arbitral proferida numa arbitragem internacional (Parte B), quer à luz do direito internacional, quer do das ordens jurídicas nacionais selecionadas. A resposta à primeira questão é afirmativa, desde que cumpridos determinados requisitos de validade, incluindo certos limites, que identifiquei. Quanto à segunda questão, embora *de jure constituto* varie consoante as ordens jurídicas nacionais, do ponto de vista normativo, é afirmativa, desde que respeitados os requisitos e limites mencionados, razão pela qual se considera que, *de jure constituendo*, seria uma solução legal válida, em termos constitucionais, em Portugal.

Na **Parte A**, para aferir da (in)validade da renúncia, por acordo das partes, a direitos fundamentais processuais na arbitragem, comecei por identificar a natureza, o objeto, o âmbito e o regime do direito fundamental das partes à tutela jurisdicional efetiva, no qual se incluem os direitos em questão e relativamente ao qual se coloca a questão da renúncia[1404]. Resulta das diversas ordens jurídicas constitucionais, quer internacionais[1405], quer nacionais[1406], que o direito à tutela jurisdicional efetiva é um direito fundamental constitucional, que inclui, além do i) acesso aos tribunais, estaduais e/ou arbitrais, para a resolução de um litígio, ii) um conjunto de vários direitos processuais fundamentais que assegurem um processo justo e equitativo, tais como a independência e a imparcialidade dos

[1404] A.II.1. pp. 8 e ss.
[1405] Artigos 8.º e 10.º da DUDH, 14.º/1PIDCP, 6.º e 13.º da CEDH, 47.º da CDFUE, 6.º e 19.º do TUE, 8.º/1 e 25.º da CADH, bem como a jurisprudência do TEDH, do TIDH e do TJUE e a doutrina citadas e desenvolvidas em A.II.1.1.
[1406] A.II.1.2. pp. 24 e ss. Em Portugal, artigo 20.º da CRP, bem como doutrina e jurisprudência constitucional e do STJ aí citadas; em Inglaterra, através da lei e do *common law* dos tribunais ingleses, destacando-se uma decisão do Supremo Tribunal, R (Unison) c. Lord Chancellor [2017] UKSC 51§§ 64-85 e 105-117, que esclarece que é um direito "profundamente embutido no nosso direito constitucional", e pelas convenções internacionais de direitos humanos, de que o Estado é parte e responsável por implementar legalmente, nomeadamente a Secção 1 da LDH, que incorporou o artigo 6.º da CEDH, bem como pela doutrina e jurisprudência aí citadas; em França, embora não haja consagração expressa na Constituição, os direitos de acesso ao tribunal e à tutela jurisdicional efetiva são reconhecidos quer constitucionalmente, sobretudo pela jurisprudência do Conselho Constitucional e do Conselho de Estado, quer por interpretação atualista do artigo 16.º da DDHC de 1789, quer pelo direito internacional, dado que as convenções internacionais vigoram diretamente na ordem jurídica francesa, por aplicação dos artigos 6.º e 13.º da CEDH e 47.º da CDFUE, quer ainda pela doutrina e jurisprudência dos tribunais franceses aí citadas; no Brasil, artigo 5.º, inciso XXXV e também LIV, da CFB, bem como a doutrina e jurisprudência aí citadas.

tribunais, a igualdade das partes e o contraditório, a publicidade, o prazo razoável para a decisão, a fundamentação das decisões, entre outros comummente exigidos e aí melhor explicitados e, ainda, iii) a *efetividade* da tutela jurisdicional dos direitos, ou seja, que a decisão final que venha a ser proferida tenha efeito de caso julgado e seja exequível, incluindo também o controlo e impugnação daquela em determinados casos.

Como também resulta da análise referida e é corroborado na Parte B no que se refere especificamente ao direito a requerer a anulação da sentença arbitral[1407], é igualmente claro que, ao abrigo das fontes de direito referidas, o direito à tutela jurisdicional efetiva inclui outros mecanismos de resolução de litígios, nomeadamente a arbitragem, de natureza privada e jurisdicional, que pode ser escolhida pelas partes, com base na autonomia contratual e à qual se aplicam os direitos fundamentais processuais mencionados. Como referi, a doutrina e a jurisprudência, quer internacional, quer nacionais[1408], e ainda que com algumas divergências quanto à imposição constitucional ou meramente legal[1409], incluem o direito à impugnação das sentenças arbitrais no direito à tutela jurisdicional efetiva, mesmo que em termos limitados, como elemento inerente à natureza privada e jurisdicional da arbitragem[1410]. Com efeito, e como desenvolvi ao longo da tese[1411], a arbitragem implica, por força da sua natureza, não só adaptações às suas especificidades e fins no sentido da autonomia privada e adequação aos casos concretos, mas também a assistência dos tribunais estaduais quando for necessário o uso de poder coercivo ("*ius imperii*"), em particular, e se não for antes, aquando da fase de execução. Inerente e consequentemente, sempre que for(em) necessário(s), e para a concessão do reconhecimento e/ou execução da sentença arbitral, os Estados e os tribunais estaduais têm a possibilidade e exigem o controlo, ainda que em termos limitados, de determinados requisitos de validade da sentença arbitral, cujo reconhecimento e/ou execução é(são) requerido(s). Requisitos de validade esses que são definidos tanto internacional, como nacionalmente, como referirei adiante.

Como elementos do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, e independentemente de algumas diferenças entre as ordens jurídicas quanto à relação entre

[1407] A.II.1. pp. 8 e ss. e B.IV. pp. 168 e ss.
[1408] A.II.1.1. pp. 10 e ss. e A.II.1.2. pp 24 e ss.
[1409] *Idem*, em particular, pp. 24 e ss. (na parte relativa ao direito brasileiro).
[1410] A.II.1. e 3. e B.IV.
[1411] A.II.1 e 2. e B.IV e V.2.1 e 2.2.

direitos internacional e nacional[1412], quanto à eficácia horizontal direta ou indireta das normas consagradoras dos direitos fundamentais[1413], quanto à forma de consagração e respetivo regime jurídico[1414], os direitos à arbitragem, ao processo equitativo, e às suas componentes, à execução e à impugnação da sentença arbitral gozam do regime específico consagrado para os direitos fundamentais, seja internacional, seja decorrente das constituições nacionais, ainda que com mais particularidades no direito inglês, por não ter constituição escrita e pelas características do respetivo sistema de fontes[1415]. Em especial, sem prejuízo de poder variar o grau de disponibilidade dos direitos fundamentais e de haver direitos inderrogáveis, à luz das diversas fontes de direito referidas[1416], os direitos fundamentais não são absolutos e podem ser limitados e/ou renunciados pelas partes, desde que cumpridos determinados requisitos de validade, subjetivos e objetivos, incluindo o

[1412] A.II.2.2. pp. 66 e ss. Sistemas monistas em França, Portugal e Brasil, ainda que haja divergência doutrinária sobre o tema e o lugar ocupado pelo direito internacional na hierarquia das normas na ordem jurídica brasileira, e sistema dualista em Inglaterra.

[1413] A.II.2. pp. 54 e ss. Sendo hoje pacífico que o direito internacional de direitos humanos, como, por exemplo, a CEDH, tem eficácia horizontal, pelo menos indireta, nas ordens jurídicas nacionais e nas relações entre particulares, notam-se algumas diferenças entre as ordens jurídicas nacionais, em que, por exemplo, aceita-se a aplicabilidade direta e o efeito horizontal direto em França, já não sendo aceite em Inglaterra, onde o tema é debatido e é tendencialmente apenas aceite o efeito horizontal indireto, e sendo um tema objeto de discussão doutrinária em Portugal e no Brasil, conforme aí explanado.

[1414] A.II.2.1. pp. 55 e ss. No direito internacional, para além dos artigos 4.º e 5.º do PIDCP, 15.º e 17.º da CEDH, 27. da CADH e 52.º/1 da CDFUE, o regime específico dos direitos fundamentais tem sido desenvolvido na jurisprudência dos órgãos que aplicam as convenções internacionais e pela doutrina aí citadas. A.II.2.2. pp. 66 e ss. Quanto aos sistemas jurídicos nacionais analisados, enquanto que os artigos 17.º e 18.º da CRP regulam de forma expressa e mais detalhada o regime jurídico especial dos direitos fundamentais, nomeadamente dos direitos, liberdades e garantias, e o artigo 5.º §§ 3 a 5, em articulação com os artigos 60 § 4, IV e 4.º, II da CFB consagram expressamente, embora não tão detalhadamente, o regime jurídico específico diferenciado dos direitos fundamentais, a consagração e regulação constitucional dos direitos fundamentais ocorre em França, quer por via jurisprudencial, quer por via da aplicação direta das convenções internacionais e do reconhecimento indireto das outras fontes de direito internacional (artigos 52.º a 55.º da Constituição e Preâmbulo da Constituição de 27 de outubro de 1946) e, finalmente, no direito inglês, quer através do *common law*, quer pela LDH que incorporou os direitos da CEDH, quer ainda pela jurisprudência inglesa que, desde então, passou a seguir e aplicar a jurisprudência do TEDH em matéria de direitos fundamentais e respetivas limitações.

[1415] A.II.2. pp. 54 e ss.

[1416] Por exemplo, artigos 4.º/2 do PIDCP, 15.º/2 da CEDH e 27./2 da CADH, que incluem o direito à vida, a proibição da escravidão, tortura e servidão, o princípio da legalidade e da não retroatividade da lei, estes comuns a todos os instrumentos referidos, e outros como o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, o direito à liberdade, o direito à proteção da família, os direitos políticos, entre outros, sendo que, mesmo em relação a alguns destes direitos, já se considerou que não são absolutos. Nas ordens jurídicas nacionais, quer por aplicação do direito internacional, quer por interpretação e aplicação das normas constitucionais nacionais, há também doutrina que entende que há direitos fundamentais, que não podem ser renunciados ou, pelo menos como um todo e/ou por tempo indeterminado, como o direito à vida, o direito a não ser submetido a escravatura, a liberdade de expressão, os direitos políticos, conforme referi. V. A.II.3.1., 3.2. e 3.3 pp. 83 e ss. e A.III.1, 4 e 5. pp. 102 e ss. e 123 e ss., entre outros.

respeito por determinados limites[1417].

Um desses limites à restrição ou à renúncia a direitos fundamentais que tem sido desenvolvido e aplicado, quer internacionalmente, quer nas diferentes constituições nacionais, tanto expressa, como implicitamente[1418], é o da salvaguarda do conteúdo essencial, da essência ou da substância do direito fundamental[1419]. Embora a definição de conteúdo essencial de direito fundamental e a determinação do método mais adequado para o efeito ainda estejam em aberto e em construção, sendo que inclusive varia no tempo e no espaço e consoante cada direito ou categoria de direitos fundamentais[1420], concordo com aqueles que entendem que é um limite autónomo, tendencialmente absoluto, pois, além de ser exigido autonomamente nalguns textos internacionais e nacionais, há um mínimo, permanente e central que não pode desaparecer ou ser aniquilado, sob pena de deixar de existir totalmente o direito[1421].

Seguindo e inspirando-me em autores que adotam teorias mistas[1422], procedi à análise da questão de saber se o direito a impugnar a sentença arbitral e, em particular, o direito à anulação, integram o conteúdo essencial intangível do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, através de três passos, propostos por aqueles autores: primeiro, identificar e delimitar o conteúdo e o âmbito efetivamente protegido do direito fundamental em causa, incluindo o(s) bem(ns) jurídico(s) que se visa(m) garantir constitucionalmente, neste caso do direito à tutela jurisdicional efetiva; segundo, apreciar dentro desse âmbito, aqueles direitos ou princípios que correspondem a características permanentes, centrais e essenciais dos bens jurídicos protegidos, sem os quais o direito perde utilidade prática ou deixa de existir, e aqueles que são periféricos ou acessórios, que podem ser retirados ou

[1417] A.II.3.3. pp. 95 e ss. e A.III.3, 4 e 5. pp. 117 e ss.
[1418] No direito internacional, mesmo sem estar expressamente previsto, o conceito de conteúdo essencial do direito tem sido deduzido e fundamentado nos artigos 4.º e 5.º do PIDCP, 27.º da CADH e 15.º (também em articulação com o 17.º) da CEDH, contendo o n.º 2 das disposições referidas listas de direitos humanos não-derrogáveis, que não podem ser suspensos, sendo controverso se as mesmas são ou não exaustivas, e está expressamente previsto no artigo 52.º/1 da CDFUE. Nas ordens jurídicas nacionais analisadas, embora o limite referido somente esteja expressamente consagrado na CRP (artigo 18.º/3), é reconhecido e aplicado na jurisprudência inglesa (quer no *common law*, quer por necessidade de compatibilização com a CEDH e seguimento da jurisprudência do TEDH), na jurisprudência constitucional e doutrina francesas, bem como decorre implicitamente da CFB, segundo a doutrina e a jurisprudência brasileiras, conforme desenvolvi em A.II.3.
[1419] A.II.3.pp. 82 e ss.
[1420] A.II.3.1 e 3.2. pp. 83 e ss.
[1421] A.II.3.3. pp. 95 e ss.
[1422] *Idem*. Miranda e Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I:401; Tridimas e Gentile, «The Essence of Rights», 803 e ss.

alterados, sem que o direito perca utilidade, função ou existência; e, terceiro, ponderar, em concreto, o direito fundamental em causa com os outros bens ou princípios constitucionais igualmente protegidos, de modo a identificar aquilo que, se for restringido, retira utilidade ou função ao direito fundamental em questão[1423]. Dado que o primeiro passo de interpretação e densificação do conteúdo essencial do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva já tinha sido cumprido[1424], e que o terceiro passo de ponderação entre direitos fundamentais em concreto foi cumprido em geral no final da Parte A, quanto ao direito à tutela jurisdicional efetiva e aos direitos fundamentais processuais nele incluídos[1425] e, em particular, na Parte B, quanto ao direito a requerer a anulação da sentença arbitral[1426], em ponderação com o direito à autonomia privada e à autodeterminação individual, foquei-me, então, no segundo passo, tendo em vista, sobretudo, o direito a requerer a anulação da sentença arbitral e a sua relação com o direito à tutela jurisdicional efetiva[1427]. Deste modo, concluí que o conteúdo essencial do direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva inclui a existência de um meio de impugnação ou controlo de sentença arbitral, que viole, de forma grave, direitos fundamentais processuais e/ou interesses de ordem pública de cada Estado, que não estão na disponibilidade das partes, nos casos e termos necessários a garantir os bens jurídicos permanentes e centrais que integram o referido conteúdo essencial (como o acesso ao tribunal e a arbitrabilidade do litígio, a garantia dos direitos fundamentais processuais essenciais à função jurisdicional e a efetividade da tutela, impedindo a denegação de justiça e violações graves de interesses de ordem pública, que não estão na disponibilidade das partes, em cada Estado)[1428]. No entanto, não requer que seja por via da anulação, do recurso, de oposição ao reconhecimento ou execução da sentença arbitral ou de outro meio legal específico, deixando liberdade ao legislador para adotar o regime que se coadune com a proteção constitucional dos bens jurídicos em questão, dentro dos requisitos e limites consagrados[1429].

Identificados o âmbito e conteúdo do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, que inclui o direito à arbitragem e aos direitos processuais identificados, nomeadamente o

[1423] A.II.3.3. pp. 95 e ss.
[1424] A.II.1 e 2. pp. 8 e ss.
[1425] A.III.5. pp. 151 e ss.
[1426] B.V.2.1 e 2.2. pp. 265 e ss.
[1427] A.II.3.3. pp. 95 e ss.
[1428] *Idem*.
[1429] *Idem*.

direito a impugnar a sentença arbitral, bem como o regime específico consagrado para os direitos fundamentais e concluído, em particular, que o direito à impugnação da sentença arbitral integra o conteúdo essencial daquele direito fundamental em determinados casos, mas que o direito à anulação da sentença arbitral, e os respetivos termos, já são mera opção do legislador na concretização legal daquele direito[1430], procedi à análise do conceito, fundamento, requisitos validade e respetivos limites, da renúncia a direitos fundamentais para, subsequentemente, aplicar aos direitos fundamentais processuais na arbitragem[1431].

Conforme referido, um dos aspetos abrangidos pelo regime específico dos direitos fundamentais é exatamente a (in)suscetibilidade de serem restringidos e/ou renunciados. Quanto ao conceito de renúncia a direitos fundamentais, e independentemente das diferentes perspetivas existentes e da multiplicidade de situações que podem ocorrer, também dependendo do direito fundamental em causa, e na busca de um denominador comum, adotei a noção já proposta na doutrina, com um breve aditamento resultante da análise da mesma nas várias fontes de direito consideradas, nos seguintes termos: "poder individual de dispor das posições jurídicas próprias, tuteladas por normas de direitos fundamentais, de cujo exercício resulta, como consequência jurídica, uma diminuição da proteção do indivíduo"[1432], dentro dos limites decorrentes das normas que os tutelam[1433]. Desta definição ressaltam a dupla dimensão da renúncia, por constituir, simultaneamente, exercício do direito e afetação negativa ou limitação do mesmo, e o caráter tendencialmente limitado do conceito, também sublinhado nas várias fontes de direito analisadas[1434]. No que se refere ao fundamento da renúncia a direitos fundamentais, e independentemente da fonte e da forma de consagração, expressa ou implícita, direta ou indireta, e sem prejuízo de existirem diferentes teorias sobre a matéria, que variam também consoante o sistema jurídico[1435],

[1430] A.II. pp. 8 e ss.
[1431] A.III. pp. 102 e ss.
[1432] Mac Crorie, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, 26; Novais, «Renúncia a Direitos Fundamentais», 271.
[1433] A.III.1, 4 e 5. pp. 102 e ss. e 123 e ss.
[1434] *Idem*.
[1435] A.III.2. pp. 110 e ss. No direito internacional, embora não esteja consagrado expressamente nos instrumentos internacionais, o direito à autonomia privada e à autodeterminação de cada pessoa tem sido considerado como direito fundamental protegido ao abrigo dos artigos 8.º da CEDH, que protege o direito ao respeito pela vida privada e familiar e/ou 1.º do Protocolo 1, que protege o direito à propriedade, bem como dos artigos 7., 11., 17. e 21. da CIDH, que garantem, respetivamente, os direitos à liberdade pessoal, à proteção da honra e da dignidade, à proteção da família e da propriedade privada, também em termos semelhantes e seguindo a jurisprudência europeia. Em Portugal, e sem prejuízo de não ser posição unânime, além de se inferir

concluí que assenta na autonomia privada e na autodeterminação de cada pessoa para decidir sobre si e a gestão da sua vida, e exercer e dispor dos seus direitos livremente, sem interferência estatal indevida e, naturalmente, dentro dos limites constitucionais e legais[1436].

Com base na análise do regime jurídico especial dos direitos fundamentais nas diferentes fontes de direito, quer internacional, quer nacionais[1437], procedi à determinação dos requisitos de validade da renúncia a direitos fundamentais, adotando a distinção entre requisitos subjetivos – ligados às partes, i.e., a quem renuncia e a quem beneficia da renúncia – e objetivos – i.e. relativos ao direito fundamental em questão –, tanto de forma, como de conteúdo. Quanto aos requisitos subjetivos, ao abrigo das fontes referidas, é requisito essencial de validade da renúncia a existência de declaração voluntária do seu titular, ou seja, livre e informada, de que pretende dispor da posição protegida por um direito fundamental, pois somente, desse modo, o respetivo titular estará a exercer o direito à autodeterminação e à autonomia privada, tendo analisado os requisitos e procedimentos a seguir para a sua verificação[1438]. Relativamente aos requisitos objetivos de validade da renúncia a direitos fundamentais, tanto à luz do direito internacional, como dos sistemas jurídicos nacionais, sendo unânime a constatação da inevitabilidade de limites, decorrente da sua dupla dimensão de exercício do direito e, ao mesmo tempo, afetação negativa ou enfraquecimento do direito, a renúncia será válida se for conforme aos princípios e regras constitucionais aplicáveis, mormente os relativos à restrição aos direitos fundamentais, com vista a impedir que o ato de disposição em causa vá para além do que é constitucionalmente admissível[1439]. Sendo

---

de outros preceitos e princípios constitucionais (artigos 13.º, 27.º/1, 61.º e 62.º da CRP), a autonomia privada, incluindo a liberdade contratual, tem sido entendida como dimensão do direito fundamental estabelecido no artigo 26.º da CRP. Em França, embora não tenha sido sempre assim, a doutrina e jurisprudência consideram que a autonomia privada e a liberdade contratual estão tuteladas constitucionalmente. No Brasil, sendo também apontados diversos fundamentos (artigos 1.º/III, 1.º IV, 5.º, 5.º/XIII, entre outros da CFB), que se complementam e não se contradizem, a doutrina entende que a autonomia privada é um direito fundamental tutelado constitucionalmente. Diferentemente, em Inglaterra, dada a ausência de constituição escrita e a existência de uma lógica distinta da dos sistemas jurídicos de *civil law*, que assenta no precedente jurisprudencial e na resolução do caso concreto, ainda assim, por vias diferentes, a autonomia privada e a autodeterminação de cada individuo, sem intervenção indevida do Estado, gozam de proteção fundamental: quer como princípio fundamental reconhecido pelo *common law* no direito dos contratos, concretizada na liberdade contratual, quer por via das *residual liberties* em que os indivíduos podiam fazer tudo, desde que não violassem a lei substantiva ou infringissem os direitos dos outros, quer, ainda, pela incorporação, aplicação e controlo dos direitos da CEDH, nomeadamente do previsto no artigo 8.º, relativo ao direito ao respeito pela vida privada e familiar.

[1436] A.III.2. pp. 110 e ss.

[1437] V. notas 1414 e 1418.

[1438] A.III.3 pp. 117 e ss.

[1439] *Idem*. V. notas 1414 e 1418.

igualmente consensual que tais limites se aferem por um processo racional de ponderação concreta entre os direitos fundamentais em confronto na situação de renúncia a um direito fundamental[1440], de acordo com o princípio da concordância prática, e sem prejuízo de os critérios de ponderação ou tópicos de argumentação serem múltiplos e poderem variar consoante os direitos fundamentais em causa, as especificidades de cada caso, bem como consoante os sistemas jurídicos e mesmo dentro de cada um deles[1441], procedi à identificação de um núcleo comum daqueles critérios ou tópicos nas fontes de direito analisadas para a renúncia a direitos fundamentais em geral, com vista à aplicação à renúncia, por acordo das partes, a direitos fundamentais processuais na arbitragem[1442] e, depois, em particular, ao direito a requerer a anulação da sentença arbitral na arbitragem internacional[1443].

Assim, partindo dos requisitos de validade subjetivos e objetivos da renúncia a direitos fundamentais, concluí que, quando a lei aplicável não proibir, as partes podem, validamente, renunciar a direitos fundamentais processuais na convenção de arbitragem ou em acordo autónomo posterior, durante ou após o processo arbitral, que terá natureza análoga àquela, desde que se verifiquem aqueles requisitos. Desde logo, impõe-se a existência de declarações livres, voluntárias e informadas das partes, sem vícios que afetem a sua validade, nomeadamente sem qualquer tipo de coação, que atingirá diretamente o fundamento da renúncia, a liberdade, bem como de regras de validade e interpretação que permitam assegurar este requisito. A declaração de renúncia pode ser escrita, como sucede na maioria dos casos, ou tácita, mas, em qualquer caso, tem de ser inequívoca e fica sujeita às regras de interpretação e validade da lei aplicável, sendo relevante aferir das especificidades do caso concreto, incluindo a posição relativa das partes em causa, o momento, circunstâncias e fases e a forma como decorreu o processo negocial e a celebração do acordo, se foram assistidos por advogados, entre outros fatores relevantes para afastar a possibilidade de terem ocorrido vícios[1444].

No que se refere aos requisitos objetivos, há que proceder, no âmbito da lei que for aplicável, à ponderação entre os bens ou interesses consagrados constitucionalmente

[1440] Entre o direito fundamental a que se pretende renunciar e o direito fundamental à autonomia privada e à autodeterminação de cada pessoa.
[1441] A.III.4., pp. 123 e ss.
[1442] A.III.5. pp. 151 e ss.
[1443] B.V.
[1444] A.III.3. pp. 117 e ss. e A.III.5. pp. 151 e ss.

subjacentes aos direitos fundamentais em confronto. Neste caso, procedi à ponderação entre, por um lado, os bens jurídicos constitucionalmente protegidos pelo direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, que inclui os direitos à arbitragem e outros que o compõem (o acesso à justiça, a imparcialidade e independência do órgão julgador, a igualdade das partes e o contraditório, a efetividade da tutela, que pode variar consoante o direito fundamental em questão) e, por outro lado, os subjacentes à autonomia privada e à autodeterminação (a liberdade de as partes decidirem não exercer ou limitar o exercício do(s) seu(s) direito(s) com vista a obter outros fins, como a celeridade, eficiência processual, entre outros possíveis). É neste equilíbrio entre os direitos fundamentais referidos que, desde logo o legislador pode restringir ou modelar licitamente os direitos fundamentais processuais na arbitragem, assim como, com algumas adaptações na aplicação às relações entre particulares, as partes podem renunciar, validamente, aos direitos referidos, desde que com respeito pelos limites constitucionais e legais definidos[1445].

Sem prejuízo de dever ser realizada em concreto e de acordo com as especificidades de cada caso, procedi à ponderação entre os direitos fundamentais referidos (direitos fundamentais processuais incluídos no direito à tutela jurisdicional efetiva e direitos à autonomia privada e à autodeterminação), à luz do núcleo comum de critérios ou tópicos de argumentação identificados, nomeadamente, e para além do limite tendencialmente absoluto da intangibilidade do conteúdo essencial do direito fundamental[1446], o da salvaguarda da dignidade da pessoa humana[1447], o da proporcionalidade entre os meios adotados e os fins a atingir[1448], o da maior ou menor disponibilidade do direito fundamental e o da ordem pública[1449]. Desta ponderação, aplicando o princípio da concordância prática e recorrendo aos critérios comuns referidos, há alguns princípios ou orientações gerais que se podem concluir[1450]:

[1445] A.III.5. pp. 151 e ss.
[1446] A.II.3. pp. 82 e ss.
[1447] Em particular, da limitação do direito fundamental apenas dever existir para proteção de outros direitos, bens jurídicos ou valores constitucionalmente protegidos de terceiros ou da comunidade, igualmente dignos de proteção, e quanto ao próprio titular, apenas dos que são inerentes ao próprio fundamento de renúncia, ou seja, em casos de incapacidade de exercício de direitos e/ou nos casos em que a renúncia possa pôr em causa, de forma permanente e irreversível, a capacidade de autodeterminação futura.
[1448] Nos seus três vetores geralmente aceites da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido restrito, os quais exigem, naturalmente, adaptações na aplicação nas relações entre particulares.
[1449] A.III.3 e 4.1 a 4.4. pp. 117 e ss. e 135 e ss.
[1450] A.III.5. pp. 151 e ss.

- Desde logo, quando a lei aplicável o permite e as partes escolhem a arbitragem como mecanismo de resolução de litígios, estão a renunciar validamente a que o litígio seja dirimido no tribunal estadual e podem querer renunciar a e/ou limitar alguns dos direitos fundamentais processuais aplicados nesses tribunais estaduais para melhor servir a resolução do litígio por arbitragem e as especificidades do caso;
- Quanto à salvaguarda da dignidade da pessoa humana, mesmo tratando-se de arbitragem comercial e envolvendo, mais comummente, relações entre pessoas coletivas, na medida em que a personalidade coletiva é instrumental à realização humana e que os direitos fundamentais processuais são instrumentais ao exercício de qualquer direito, há que aferir se, no acordo de renúncia a qualquer direito fundamental processual, estão a ser cumpridas as regras de validade estabelecidas, i.e. se as mesmas estão a agir livre e voluntariamente, de modo informado, sem qualquer tipo de coação e sem requerer ou violar qualquer tipo de proteção legal especial (como, por exemplo, requerem as partes que estejam em posição negocial "mais fraca");
- De acordo com o critério da proporcionalidade, retira-se que é mais difícil e exige maiores cautelas a renúncia, antecipada e total, a direitos fundamentais processuais numa convenção de arbitragem do que num compromisso arbitral e/ou, por maioria de razão, do que num acordo após a violação do mesmo ter ocorrido, já que o grau de conhecimento da violação e das consequências da renúncia vai aumentando, e ainda que aquela é mais difícil do que renúncias parciais dirigidas, por exemplo, a algumas faculdades incluídas nos direitos, como, aliás, é mais habitual[1451]. Entre a permissão da renúncia, antecipada e total, a direitos fundamentais processuais que, no limite, poderia conduzir à violação de outro limite, a denegação de justiça, e a proibição total de renúncia, há vários cenários possíveis de ponderação entre estes direitos fundamentais, que serão válidos[1452];
- Determinante é o limite da intangibilidade do conteúdo essencial do direito

[1451] Por exemplo, limites quanto a momentos e meios de prova, limites de fases ou faculdades processuais, dispensa de algumas obrigações de tradução para a língua do processo, dispensa ou facilitação nas formalidades, nos meios de comunicação, na realização de audiência por meio eletrónico, entre muitos outros.
[1452] Como, por exemplo, a possibilidade de renúncia parcial, a distinção dos casos em que apenas se protege interesses das próprias partes daqueles em que também se protegem interesses públicos ou de terceiros e/ou nos casos em que há meios alternativos de prosseguir os mesmos interesses e em que não faz sentido proibir a renúncia, entre outros.

fundamental que, no caso do direito à tutela jurisdicional efetiva, já foi traçado[1453], na medida em que aqueles direitos ou elementos, que o integram, não podem ser suprimidos ou limitados de modo a afetar a própria existência do direito;

- Segundo a maior ou menor disponibilidade do direito fundamental, tendo concluído que os direitos fundamentais processuais são mais disponíveis do que outros direitos[1454], e sendo possível distinguir aqueles que visam proteger apenas interesses processuais das partes daqueles que visam também assegurar interesses públicos dos Estados e das respetivas comunidades, os primeiros são renunciáveis por acordo das partes, enquanto os segundos poderão não o ser;
- Finalmente, considerando o critério da ordem pública, se é hoje aceite que não impede a arbitrabilidade do litígio e que os árbitros têm igual capacidade e dever de aplicar as normas que a protegem, é também aceite que a violação grave de interesses de ordem pública dos Estados pode e, na maioria dos sistemas jurídicos, deve ser controlada a final pelos tribunais estaduais, funcionando como exceção à regra da inexistência de controlo de eventuais erros dos árbitros e como limite à validade da sentença arbitral.

Uma vez identificados os requisitos de validade subjetivos e objetivos da renúncia, por acordo das partes, a direitos fundamentais processuais na arbitragem, incluindo os limites e critérios a considerar, procedi, na **Parte B**, à aplicação daqueles ao caso particular do direito à anulação da sentença arbitral na arbitragem internacional para responder à questão de saber se as partes, podem, validamente, por acordo, renunciar a esse direito.

Em primeiro lugar, após definir e analisar o conceito de arbitragem comercial internacional, e embora a abordagem e regime do mesmo varie consoante as legislações nacionais[1455], concluí pela relevância, pertinência e preferência pela sua distinção em relação à arbitragem doméstica, por consubstanciarem realidades diferentes e a arbitragem internacional requerer, beneficiar e potenciar as suas vantagens, se tiver um tratamento

[1453] A.II.3. pp. 82 e ss., *maxime*, pp. 95 e ss.
[1454] Como, por exemplo, os pessoais ou os políticos.
[1455] Enquanto há algumas legislações nacionais que têm um regime dualista e prevejam regimes distintos para a arbitragem doméstica e internacional, como sucede em França e, por exemplo, também na Suíça, há outros que adotam o mesmo regime para ambos os tipos de arbitragem (regime monista), como acontece no Brasil, ou que aplicam o mesmo regime, com apenas algumas normas específicas para a arbitragem internacional, como são os casos das leis portuguesa, inglesa e espanhola, entre outros.

específico e adequado às características e necessidades particulares do comércio internacional, nomeadamente quanto ao controlo estadual das sentenças arbitrais[1456]. Seguidamente, após explicitar as diferentes representações da arbitragem internacional, em função de diversos critérios utilizados pela doutrina e jurisprudência internacionais e/ou nacionais na matéria[1457], aderi às teorias pluralistas, que defendem que a natureza, o fundamento jurídico e o modelo de judicialização, governo e legitimidade da arbitragem internacional são, respetivamente, híbrida, pluralista na versão revista de Jan Paulsson e pluralista-constitucional. Constatei também que a arbitragem é autónoma, no sentido de que o caminho tem sido e será o de cada vez maior autonomização para ser mais adequada às especificidades do comércio internacional e eficiente na prossecução dos seus fins, sem prejuízo das relações indispensáveis com outros sistemas jurídicos internacionais e/ou nacionais estaduais e/ou não-estaduais, nomeadamente nos meios de controlo necessários das sentenças arbitrais e na respetiva execução nas ordens jurídicas estaduais[1458].

Em segundo lugar, foquei-me na identificação do âmbito, natureza e função do direito à anulação da sentença arbitral na arbitragem internacional, quer à luz das convenções internacionais que, implícita[1459] ou diretamente[1460], regulam esta matéria, quer ao abrigo dos sistemas jurídicos selecionados[1461]. Além disso, distingui a anulação da sentença arbitral do outro meio de controlo das sentenças arbitrais, o direito ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais e, ainda, procedi à sua inclusão e análise, quanto ao respetivo efeito, no sistema internacional de controlo das sentenças arbitrais.

Como aprofundado[1462], sem prejuízo de outros meios de impugnação extraordinários e/ou para o Tribunal, Corte ou Conselho Constitucional, quando existentes, e que não são

[1456] B.IV.1, pp. 168 e ss.
[1457] *Idem*. Quanto à natureza da arbitragem, distinguem-se quatro teorias: jurisdicional, contratual, mista ou hibrida e autónoma ou autonomista. Como concluí, atualmente, as teorias que prevalecem são as mistas e/ou as autónomas. Considerando o fundamento da arbitragem e/ou a(s) fonte(s) de validade e legitimidade do processo e da sentença arbitrais, a doutrina tem distinguido, essencialmente, três grandes diferentes representações da arbitragem internacional: a territorialista, a pluralista e a transnacional ou autonomista, no âmbito das quais há algumas variações, como também concluí. Sob o prisma da judicialização, governo e legitimidade da arbitragem, há três modelos de administração ou governo arbitral para analisar a judicialização da arbitragem: o contratual, o judicial e o pluralista-constitucional.
[1458] *Idem*.
[1459] Artigos V/1/e) e VI da CNI e V/1/e) e 6.º da CIAIC.
[1460] CEAIC.
[1461] Artigos 46.º, 54.º da LAP, Secções 67 e 68 da LAI, 1518 e ss. do CPCF e 32 e 33 da LAB.
[1462] A.II.1. pp. 8 e ss. e B.IV.2. pp. 179 e ss.

objeto da presente tese[1463], os meios mais comuns de garantir o controlo estadual e a impugnação da sentença arbitral são o pedido de anulação e/ou oposição à execução e a oposição ao reconhecimento e execução de decisões arbitrais, quer nacionais (*exequatur*), quando exigido, quer estrangeiras[1464]. Em regra, estes meios de impugnação são admissíveis nas situações legalmente previstas, tendencialmente taxativas e de âmbito restrito, vigorando a regra da irrecorribilidade da sentença arbitral, sendo o recurso de mérito apenas possível em casos excecionais, por acordo das partes na convenção de arbitragem e, mesmo nas poucas jurisdições que o admitem, como a inglesa, somente em termos muito limitados[1465].

Quanto ao âmbito do controlo estadual das sentenças arbitrais, concluí que, embora se parta de uma lógica e de algumas regras comuns no sentido de ser limitado, essencialmente formal, para impedir violações sérias de excesso de jurisdição e/ou poderes dos árbitros e violação de processo justo e devido ("due process"), somente podendo assentar num critério de natureza substantiva em casos limitados, como o da violação da ordem pública, o âmbito do controlo referido varia, em graus, consoante os Estados, mesmo entre os que são partes da CNI[1466]. Assim, de um lado, há Estados, como França e Suíça, que consagram um controlo mínimo das sentenças arbitrais internacionais, em que França, além de prever exatamente os mesmos fundamentos para o recurso de anulação e para o recurso contra a sentença judicial que concedeu o *exequatur* à sentença arbitral, articula-os totalmente a nível interno e consagra um controlo ainda mais limitado e mais favorável do que a própria CNI, daí aplicando sempre a lei interna nesta matéria[1467]. Numa zona intermédia, há uma quantidade maior de Estados que adotam, no todo ou em parte, o sistema de controlo das sentenças arbitrais da LMU, que segue os mesmos fundamentos consagrados na CNI, quer para a anulação, com algumas adaptações[1468], quer para o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais[1469], como são os casos de Portugal e do Brasil, embora a lei brasileira preveja alguns fundamentos adicionais de anulação em relação à LMU e, nessa medida, consagrando um âmbito de controlo estadual das sentenças arbitrais mais amplo que a LMU e a generalidade

[1463] B.IV.2. pp. 179 e ss.
[1464] Artigos 34.º da LMU, 46.º, 54.º e 55.º a 57.º da LAP, Secções 67 e 68 da LAI, 1514 e ss. e 1518 e ss. do CPCF e 32 e 33, 34 a 40 da LAB.
[1465] Secção 69 da LAI.
[1466] B.IV.2. pp. 179 e ss.
[1467] B.IV.2.2., pp. 193 e ss.
[1468] Artigo 34.º.
[1469] Artigo 36.º.

das leis que a seguem[1470]. Do lado oposto, situam-se países que preveem um âmbito mais amplo de controlo estadual das sentenças arbitrais internacionais do que a generalidade dos países e em relação à LMU, como Inglaterra, que além de prever mecanismos de impugnação da competência material e de sérias irregularidades processuais, permite também, em termos limitados, o recurso para o tribunal estadual em questões de direito inglês[1471].

No que se refere à anulação das sentenças arbitrais, independentemente da natureza que lhe seja atribuída, que pode variar consoante a ordem jurídica em questão (como recurso extraordinário ou ação declarativa constitutiva), a sua função é a de controlar a validade da sentença arbitral à luz dos fundamentos consagrados na ordem jurídica estadual aplicável[1472]. A anulação pode produzir efeitos jurídicos diversos, que também variam consoante a ordem jurídica referida, tais como a confirmação da sentença, nova remissão para o tribunal arbitral para reconsideração, a alteração da decisão ou, no limite, a destruição, total ou parcial, dos efeitos jurídicos, pelo menos, na ordem jurídica interna e a possibilidade de ter uma nova arbitragem (se o vício da invalidade não afetar a própria convenção de arbitragem)[1473].

Por seu turno, a função do reconhecimento e execução de sentença arbitral é a de os Estados decidirem aceitar – ou recusar – o resultado de um método de resolução de litígios, que não é puramente nacional – i.e., que é internacional (por exemplo, no caso francês) ou que teve lugar fora da jurisdição estadual (sentença estrangeira) –, para tal confirmando se a sentença apresenta determinados requisitos mínimos de validade que justificam o uso dos poderes soberanos coercivos para a executar na respetiva ordem jurídica, recusando-a quando tal não se verifique[1474]. Quanto aos efeitos, a decisão de reconhecimento e execução – ou da sua recusa – apenas os produz na ordem jurídica do Estado em que é proferida. A recusa de reconhecimento e execução de sentença arbitral não tem qualquer efeito em relação à sentença em si, que continua a ser vinculativa para as partes e pode ser objeto de processos idênticos noutros Estados em que o devedor tenha património[1475]. No entanto, concluí também que, dependendo do fundamento invocado para a recusa de reconhecimento e execução da sentença arbitral, em particular se estiver em causa algum dos fundamentos

[1470] B.IV.2.2., pp. 193 e ss. (nas partes relativas aos direitos português e brasileiro). Artigos 46.º da LAP e 32. Da LAB.
[1471] *Idem* (na parte relativa ao direito inglês).
[1472] B.IV.2.2. pp. 193 e ss.
[1473] *Idem*.
[1474] *Idem*.
[1475] *Idem*.

previstos no artigo V/1, sobretudo nas alíneas a) a d), e já não do artigo V/2 da CNI, que são mais dependentes das especificidades locais de cada Estado, tal recusa de reconhecimento e execução poderá vir a ocorrer também noutros Estados-Contratantes.

Na medida em que os fundamentos da anulação e do reconhecimento e execução de sentença se têm vindo a aproximar, ainda que mantendo as diferenças acima assinaladas[1476], a função-base dos dois meios de impugnação da sentença arbitral referidos é semelhante, a de controlar a validade da sentença arbitral à luz dos fundamentos previstos na lei aplicável, seja internacional, seja nacional. Por sua vez, em relação aos efeitos internacionais destes dois meios de impugnação, os mesmos são diferentes, apesar de que, como sublinha Gary Born, essas diferenças serem exageradamente acentuadas pela doutrina.

Quanto ao efeito internacional da anulação da sentença arbitral, e perante a ausência de regras claras na CNI e nos outros instrumentos internacionais, há divergências na doutrina e na jurisprudência entre Estados, conforme abordei[1477]. Independentemente da teoria adotada, concluí que não se pode afirmar que tenha efeito internacional absoluto ou que a sentença arbitral deixe de existir. Pelo contrário, os artigos V/1/e) e VII da CNI, bem como os lugares paralelos dos restantes instrumentos internacionais (CIAIC, CEAIC e LMU) apontam para o sentido contrário ao preverem o poder discricionário dos tribunais estaduais que apreciam o reconhecimento e execução de os deferirem ou recusarem, mesmo no caso de a sentença ter sido anulada[1478]. Adotando uma teoria pluralista, considerando que há um poder discricionário dos tribunais estaduais do reconhecimento e execução para considerar e aceitar ou recusar o efeito da anulação, consoante os fundamentos e o processo de anulação nos tribunais estaduais da sede, e atendendo ainda a que a recusa de reconhecimento e execução nos tribunais de uma jurisdição também pode ser ponderada nos tribunais de outro Estado, de acordo com a sua própria lei aplicável, pude concluir, então, que as diferenças entre os efeitos dos dois mecanismos de controlo da validade da sentença arbitral, apesar de existirem, não são assim tão acentuadas[1479].

Finalmente, no último capítulo da tese, identificados o âmbito, a natureza e a função, bem como os respetivos efeitos, do direito à anulação da sentença arbitral, e realizada a

[1476] B.IV.2.2. pp. 193 e ss.
[1477] B.IV.3., pp. 229 e ss.
[1478] *Idem*.
[1479] *Idem*.

distinção deste do direito ao reconhecimento e execução e a inclusão do primeiro no sistema internacional de controlo das sentenças arbitrais, bem como detetadas as semelhanças e diferenças entre os vários regimes jurídicos nacionais vigentes, pude, subsequentemente, apreciar, de um ponto de vista normativo, a admissibilidade e validade da renúncia, por acordo das partes, ao direito à anulação da sentença arbitral[1480]. A análise referida foi feita, quer internacionalmente, quer ao abrigo dos sistemas jurídicos nacionais selecionados na tese, e à luz dos requisitos subjetivos e objetivos de validade da renúncia a direitos fundamentais, que havia identificado na Parte A da tese[1481].

Antes de mais, concluí que, quanto ao direito atualmente vigente, distinguem-se os sistemas jurídicos que adotam uma abordagem restritiva, como os português e inglês, que expressamente proíbem o acordo de renúncia, total ou parcial, deste direito, aqueles que adotam uma abordagem liberal, admitindo e regulando expressamente essa possibilidade, como os regimes francês e suíço, entre outros que são também referidos, e aqueles que nada consagram expressamente nas respetivas legislações quanto ao tema e que, por isso, dão azo a posições divergentes na doutrina, como o Brasil[1482]. Além disso, estou de acordo com a ideia de que as diferentes abordagens referidas ao tema do controlo estadual da arbitragem internacional e, em particular, da (in)admissibilidade de renúncia, por acordo das partes, ao direito à anulação decorrem, antes de mais, da adoção de diferentes posições quanto ao próprio conceito e representação de arbitragem internacional[1483]. Mas as diferenças não se explicam só com base nesse fator.

Considerando a análise das diferentes abordagens ao tema pelas jurisdições nacionais referidas, em especial a liberal, e as regras concretas que preveem e regulam o direito de as partes, por acordo específico expresso, renunciarem, na convenção da arbitragem ou noutro acordo subsequente, ao direito à anulação da sentença arbitral, procedi, então, à resposta à

[1480] B.V.1 e 2. pp. 243 e ss. e 263 e ss.
[1481] A.III.4 e 5. pp. 123 e ss.
[1482] B.V.1.2.1. pp. 248 e ss. Artigo 46.º/5 LAP e Secção 4/1 e Anexo 1, secções 67 e 68 LAI, entre outras poucas jurisdições, que não consideram exequíveis os referidos acordos de renúncia, como, por exemplo, Itália (artigo 829 do Código de Processo Civil Italiano – "CPCI") e Egito (artigo 54/1 da Lei n.º 27/1994). B.V.1.2.2. pp. 252 e ss. Artigo 1522 do CPCF, entre outras legislações nacionais que também adotam a abordagem liberal, como se pode ver nos artigos 192/2 e 194 da PILA, 1718 do Código Judiciário Belga, Secção 51 da Lei de Arbitragem Sueca, artigos 78/6 do Código de Arbitragem da Tunísia e 63/8 da Lei de Arbitragem Peruana. B.V.1.2.3. pp. 259 e ss. No Brasil, não há qualquer norma expressa na LAB sobre (in)admissibilidade da renúncia ao direito a requerer a anulação, tal como sucede também, por exemplo, em Espanha.
[1483] B.IV.1. pp. 168 e ss. e B.V.1. e 2. pp. 243 e ss. e 263 e ss.

questão normativa de saber se tal renúncia é válida à luz dos requisitos subjetivos e objetivos para a renúncia a direitos fundamentais processuais, identificados na Parte A, e à questão subsequente de saber se as partes podem fazê-lo na prática, se é útil ou aconselhável[1484]. Por último, respondi, ainda, à questão de saber se tal solução contribui para uma maior coerência e articulação do sistema internacional de controlo das sentenças arbitrais[1485].

Assim, em primeiro lugar, concluí que a resposta à questão normativa é positiva e que as partes podem, validamente, renunciar ao direito em questão, desde que se cumpram determinados requisitos subjetivos e objetivos para a renúncia válida a direitos fundamentais, os quais são respeitados nas ordens jurídicas analisadas que adotam, atualmente, a abordagem mais liberal, com especial enfoque na francesa[1486]. Para além de estas ordens jurídicas exigirem requisitos formais especiais para assegurar que as declarações de renúncia das partes foram proferidas de modo livre, voluntário e informado, sem violação da autonomia privada e autodeterminação das partes, e dando, desse modo, também cumprimento ao critério da dignidade da pessoa humana, garantem igualmente o respeito pelos restantes limites constitucionais à renúncia válida. Em particular, da ponderação entre o direito à tutela jurisdicional efetiva na arbitragem, nomeadamente o direito à impugnação da sentença arbitral, através da anulação, e o direito à autonomia privada e à autodeterminação das partes, à luz dos critérios identificados e com base nos princípios e orientações alcançados na Parte A acima identificados, resulta que a renúncia, por acordo das partes, ao direito de requerer a anulação da sentença arbitral na arbitragem internacional é válida, dado que os limites da proporcionalidade, da proteção dos interesses indisponíveis pelas partes, da intangibilidade do conteúdo essencial do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e da salvaguarda da ordem pública de cada Estado são garantidos através do controlo realizado no âmbito do processo de reconhecimento e execução de sentença arbitral, quer seja noutro(s) Estado(s) do(s) lugar(es) da execução, quer seja no Estado da sede. Nestes casos, as sentenças são tratadas como internacionais (no caso francês) ou estrangeiras e terão sempre de passar pelo processo de reconhecimento e execução para serem eficazes e executadas no Estado da sede. Sublinho que, inclusive, no caso do direito francês, nem sequer se admite a renúncia à anulação na sede, de modo parcial, quanto a

[1484] B.V.2. pp. 263 e ss.
[1485] B.V.3. pp. 283 e ss.
[1486] B.V.2. pp. 263 e ss.

alguns fundamentos, mas somente no seu todo, conforme acima explicitado[1487].

Além disso, concluí que, do ponto de vista normativo, existindo fins legítimos das partes e dos Estados para admitir a renúncia ao direito a requerer a anulação da sentença arbitral na arbitragem internacional (nalgumas jurisdições limitada apenas a partes que não tenham ligação ao Estado da sede), esta é válida, desde que haja um meio de impugnação e de controlo da validade da sentença arbitral, pelo menos, e dependendo do âmbito da renúncia, quanto aos fundamentos que não podem ser afastados pelas partes (indisponíveis), que protegem – e na medida necessária a fazê-lo – o conteúdo essencial do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e/ou interesses de ordem pública de cada Estado. Daí que, quer nos instrumentos internacionais, quer nas legislações nacionais, pelo menos estes fundamentos sejam considerados de conhecimento oficioso, correspondendo, em regra, à (in)arbitrabilidade do litígio e a violações de ordem pública[1488].

Em segundo lugar, a resposta à questão distinta e subsequente sobre se as partes podem e/ou é aconselhável ou benéfico que o façam na prática é a de que, sem prejuízo da resposta correta e segura depender sempre da análise das características e circunstâncias particulares de cada caso concreto, há algumas situações na prática que podem justificar e em que pode ser benéfico um acordo expresso de renúncia, total ou parcial, dependendo da lei aplicável, ao direito de requerer a anulação da sentença arbitral na arbitragem internacional, conforme identifiquei[1489].

Defendi, ainda, que, embora o direito português constituído consagre a irrenunciabilidade do direito à anulação da sentença arbitral na arbitragem internacional, a solução legal assente na renúncia, por acordo das partes, àquele direito seria, *de jure constituendo*, válida, constitucional e legalmente, em Portugal, desde que verificados determinados requisitos. Acresce que concluí que tal solução legal mais liberal se coaduna e contribui para uma maior coerência e articulação do sistema internacional de controlo das sentenças arbitrais, através do reforço da escolha das partes e da autonomia privada, sem deixar de salvaguardar os valores e interesses públicos, que os Estados têm de garantir.

Em qualquer caso, se a lei portuguesa vier a ser alterada ou se se estiver no âmbito de legislação nacional que adote a abordagem mais liberal, e se, neste sentido de reforço da

[1487] V. B.1.2.2., pp. 252 e ss.
[1488] V. B.V.2.2, notas 1345 a 1347.
[1489] B.V.2. pp. 263 e ss.

autonomia privada das partes e da possibilidade de preverem o modo de exercício dos direitos mais adequado às circunstâncias de cada caso, as partes pretenderem acordar a renúncia a qualquer direito fundamental processual, em particular ao direito a requerer a anulação da sentença arbitral nos termos legais permitidos, além de se impor uma ponderada análise de antecipação de possíveis ou prováveis cenários, é muito recomendável que tal acordo seja expressa e claramente redigido, sendo essencial delimitar exatamente o âmbito e os termos da renúncia. Em particular, um texto-padrão da previsão facultativa desse acordo de renúncia, ainda que com possibilidade de adaptação a cada caso concreto e a possíveis cenários diferentes, pode, inclusive, ser um aspeto a considerar pelas instituições arbitrais no sentido de se aditar essa possibilidade às cláusulas arbitrais recomendadas para a escolha da arbitragem institucional para a resolução dos litígios.

Para concluir, tal como fui antecipando, há várias questões que requerem aprofundamento no futuro e que podem contribuir para uma maior eficácia, adequação aos interesses das partes e autonomia da arbitragem, incluindo internacional, sem prejuízo da salvaguarda do controlo estadual necessário. Desde logo, pode equacionar-se a suscetibilidade e limites de renúncia, por acordo das partes, a outros direitos fundamentais, que não foram objeto da presente análise, tais como o direito à fundamentação das sentenças arbitrais, o direito à prova, entre outros. Além disso, uma das questões mais relevantes identificadas, é a do alcance da maior articulação possível entre meios de impugnação da sentença arbitral a nível internacional de modo a, mantendo-se o pluralismo das legislações nacionais, para além da harmonização e uniformização existentes e independentemente de estas virem a aumentar, evitar a duplicação e multiplicação de processos estaduais de controlo na fase pós-sentença arbitral. Não obstante a solução legal de uma abordagem mais liberal quanto à renúncia, por acordo das partes, ao direito a requerer a anulação da sentença arbitral na arbitragem internacional, ora em análise, se coadunar e contribuir para uma maior articulação e coerência do sistema internacional de controlo de sentenças arbitrais, sendo um passo nesse sentido, há ainda caminho a trilhar no alcance do objetivo referido. Se, como referi, a criação de um tribunal internacional supranacional, que julgue, única e exclusivamente, os casos relativos à validade das sentenças arbitrais na arbitragem internacional, cuja solução fosse aceite nas várias ordens jurídicas nacionais é um "sonho", ou mesmo uma "quimera", outros caminhos podem ser aprofundados como o reforço da autonomia contratual nessa matéria e/ou a conjugação com outros mecanismos de controlo

das sentenças arbitrais, quer já existentes, quer novos, que venham a ser criados, como, por exemplo, nas próprias instituições arbitrais, pelo menos quanto aos fundamentos que estão na disponibilidade das partes, cujo resultado, vindo de instituições credíveis e escolhidas pelas partes, seja aceite aquando do reconhecimento e/ou execução das sentenças arbitrais.

Bibliografia

Fontes Secundárias e outras

Abedian, Hossein. «Judicial Review of Arbitral Awards in International Arbitration – A Case for an Efficient System of Judicial Review». *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, 28, n. 6 (2011): 553–90.

Adamy, Pedro Augustin. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2011.

Agência dos Direitos Fundamentais da UE e CE, TEDH e CE. «Manual de legislação europeia sobre o acesso à justiça», 2016.

Aleixo, Pedro Scherer de Mello. «O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva na ordem jurídica brasileira - A caminho de um "devido processo proporcional"». Em *Direitos Fundamentais e Direito Privado - uma perspetiva de direito comparado*, editado por António Pinto Monteiro, Jörg Neuner e Ingo Wolfgang Sarlet. Almedina, 2007.

Alexy, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais, tradução da 5.ª edição alemã de Virgílio Afonso da Silva*. Malheiros Editores, 2008.

Alix, Noé, Célia Agostini, Cyprien Gamet, e Gianluca Gaspari. «L'existence d'un ordre public corporel». *La Revue des droits de l'homme, Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux,* 8 (2015).

Almeida, Carlos Ferreira de. «Convenção de Arbitragem: Conteúdo e Efeitos.» Em *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria*, 81–95. Coimbra: Almedina, 2008.

———. *Contratos IV. Funções, Circunstâncias. Interpretação.* 2.ª. Almedina, 2018.

———. *Contratos II. Conteúdo. Contratos de Troca.* 5.ª. Almedina, 2021.

Almeida, Carlos Ferreira de, e Jorge Morais Carvalho. *Introdução ao Direito Comparado*. 3.ª, Reimpressão 2019. Almedina, 2017.

Almeida, Ricardo Ramalho. «A anulação de sentenças arbitrais e a ordem pública». Editado por Arnoldo Wald. *Revista de Arbitragem e Mediação* Ano 3, n. 9 (2006): 262–76.

Alves, Danielly Alexandre, e Stefânia Fraga Mendes. «A colisão dos direitos fundamentais: direitos da personalidade x liberdade de expressão». Em *Direitos humanos e direitos fundamentais: uma análise multidisciplinar e crítica das garantias individuais*, por

Paulo Eduardo Elias Bernacchi, António Leonardo Amorim, Anderson Rocha Rodrigues, e Stefânia Fraga Mendes, 22–35, 1.ª. Quipá Editora, 2022.

Amado, José Daniel, e José Luis Repetto. «Arbitration Guide IBA Arbitration Committee, PERU». International Bar Association, 2021.

Andrade, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 6.ª. Coimbra: Almedina, 2019.

Andrade, José Robin de. «Balanço de Um Ano de Vigência da Nova Lei da Arbitragem Voluntária». Em *VII Congresso de Arbitragem Comercial, Intervenções*, 147 e ss. Centro de Arbitragem Comercial da CCIP. Almedina, 2014.

Andrade, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. Reimpressão. Coimbra Editora, 2004.

Andreu-Guzmán, Federico, Thomas Antkowiak, Guilherme Arruda Pereira Silva, Carlos M. Ayala Corao, Mary Beloff, Eduardo Bertoni, José Luis Caballero Ochoa, et al. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Comentário*. Editado por Christian Steiner e Marie-Christine Fuchs. 2.ª. Konrad Adenauer Stiftung, Tirant lo Blanch, 2020.

Andrews, Neil. *Arbitration and Contract Law*. Vol. 54. Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice. Cham: Springer International Publishing, 2016.

Aprigliano, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. Coleção Atlas de arbitragem/ coordenação, Carlos Alberto Carmona. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

———. *Normas Processuais Aplicáveis à Arbitragem, parâmetros para a aplicação das normas processuais gerais ao processo arbitral*. São Paulo: USP, 2022.

Arroyo, Diego P. Fernández. «Denationalising private international law - a law with multiple adjudicators and enforcers». Editado por Andrea Bonomi e Gian Paolo Romano. *Yearbook of Private International Law (2018/2019) Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt* 20, 2020: 31-46, Microsoft Word - FernandezArroyo_AB_SL-OK.docx (diegofernandezarroyo.net) (acesso em 25.06.2024).

Arroyo, Julie. *La renonciation aux droits fondamentaux: étude de droit français*. Publications de l'Institut international des droits de l'homme, no. 29. Paris: Éditions A. Pedone: Fondation René Cassin, 2016.

Arroyo, Manuel, ed. *Arbitration in Switzerland, The Practitioner's Guide*. 2.ª. Vol. I. 2 vols. Kluwer Law International, 2018.

Asouzu, Amazu A. «A Threat to Arbitral Integrity». *Journal of International Arbitration* 12, n. 4 (1995): 145–61.

Atiyah, P. S. *The rise and fall of freedom of contract*. Oxford [Oxfordshire]: New York: Clarendon Press; Oxford University Press, 1985.

Baizeau, Domitille. «Chapter 2, Part II: Commentary on Chapter 12 PILS, Article 192 [Waiver of annulment]». Em *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, editado por Manuel Arroyo, 2.ª, 376–91. Kluwer Law International, 2018.

Barak, Aharon. *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

Barrocas, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*. Almedina, 2010.

Barroso, Luís Roberto. «Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do código Civil e da Lei de Imprensa.» *Revista de Direito Administrativo*, n. 235 (2004): 1–36.

———. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 11.ª. Saraiva Jur, 2023.

Benedettelli, Massimo V. «Human Rights as a Litigation Tool in International Arbitration: Reflecting on the ECHR Experience». *Arbitration International*, 31 (2015): 631-659.

Benvenisti, Eyal, e Alon Harel. «Embracing the Tension between National and International Human Rights Law: The Case for Discordant Parity». *International Journal of Constitutional Law* 15, n. 1 (2017): 36–59.

Berg, Albert Jan van den. *The New York Arbitration Convention of 1958, Towards a Uniform Judicial Interpretation*. Kluwer Law International, 1981.

———. «The New York Convention 1958 and Panama Convention 1975: Redundancy or Compatibility?» *Arbitration International* 5, n. 3 (1989).

———. «The Present - Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: Introduction to the Session». Em *Arbitration: The Next Fifty Years*, Albert Jan van den Berg (ed)., 16:13–16. ICCA Congress Series. ICCA & Kluwer Law International, 2012.

———. «Should the Setting Aside of the Arbitral Award Be Abolished?» *ICSID Review* 29, n. 2 (2014): 263–88.

Berger, Klaus Peter. «The Modern Trend Towards Exclusion of Recourse Against Tansnational Arbitral Awards: A European Perspective». *Fordham International Law*

Journal 12, n. 4 (1988): 605–57.

Bermann, George A. «Navigating EU Law and the Law of International Arbitration». *Arbitration International*, LCIA, 28, n. 3 (2012): 397–445.

———. «Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts». Em *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts*, editado por George A. Bermann, 1–78. Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law, volume 23. Cham: Springer International Publishing, 2017.

Besson, Sébastien. *Arbitration and Human Rights*. Vol. 24. ASA Bulletin 3, 2006.

Bianco, Rogério Carmona, Fábio Floriano Melo Martins, Guilherme Montebugnoli Zilio e Matheus e Mello Adães. «Arbitration Procedures and Practice in Brazil: Overview». Thomson Reuters, Practical Law, 2023.

Bingham, Tom. *The Rule of Law*. Penguin Books, 2011.

Bioy, Xavier. «Les limites du "renoncement" aux droits fondamentaux». Editado por Nathalie Jacquinot. *Le renoncement en droit publique*, Actes de colloques de l'IFR | 45, 2021, 147–74.

Blackaby, Nigel, Constantine Partasides, Alan Redfern, e Martin Hunter. *Redfern and Hunter on international arbitration*. 7.ª; New York; Oxford, University Press: Oxford University Press, 2023.

———. «10. Challenge of Arbitral Awards». Em *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Seventh edition. Kluwer Law International; Oxford University Press, 2023.

———. «11. Recognition and Enforcement of Arbitral Awards». Em *Redfern and hunter on International Arbitration*, Seventh Edition., 1–40. Kluwer Law International; Oxford University Press, 2023.

Blackstone, William. «Blackstone's Commentaries on the Laws of England». Lonang Institute, 1769 de 1765. https://lonang.com/library/reference/blackstone-commentaries-law-england/ (acesso em 21.06.2024).

Blake, Susan H. *A practical approach to effective litigation*. 8.ª. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2015.

Bollée, Sylvain. «Le droit français de l' arbitrage international aprés le décret n.º 2011-48 du 13 janvier 2011». *Revue critique de droit international privé* 100, n. 3 (2011): 553–

79.

Bonomi, Andrea. «Chapter 13: The Concept of Public Policy under the 1958 New York Convention: An Autonomous Interpretation?» Em *Autonomous Versus Domestic Concepts under the New York Convention*, editado por Franco Ferrari e Friedrich Jakob Rosenfeld, 61:315–48. Kluwer Law International, 2021.

Born, Gary. «Chapter 1: Overview of International Commercial Arbitration (updated November 2023)». Em *International Commercial Arbitration*, 3.ª, 1–95. Kluwer Law international; Kluwer Law International, 2021.

———. «Chapter 2: Legal Framework for International Arbitration Agreements (Updated November 2023)». Em *International Commercial Arbitration*, 3.ª, 255–374. Kluwer Law international; Kluwer Law International, 2021.

———. «Chapter 6: Nonarbitrability and International Arbitration Agreements (Updated April 2024)». Em *International Commercial Arbitration*, 3.ª, 1028-1137, Kluwer Law international; Kluwer Law International, 2021.

———. «Chapter 25: Annulment of International Arbitral Awards (Updated January 2023)». Em *International Commercial Arbitration*, 3.ª, 3421–3690. Kluwer Law international; Kluwer Law International, 2021.

———. «Chapter 26: Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards (Updated September 2022)». Em *International Commercial Arbitration*, 3.ª, 3691–4097. Kluwer Law international; Kluwer Law International, 2021.

Boulois, Xavier Dupré de. *Droit des libertés fondamentales*. 2e mise à jour. Thémis. Paris: PUF, 2020.

———. «Les droits fondamentaux des personnes morales». Em *La personnalité juridique*, 203–19. Toulouse: Presses de l' Université Toulouse Capitole, 2013.

Braghetta, Adriana. *Anulação do Laudo Arbitral na Sede da Arbitragem e Consequências Internacionais: visão a partir do Brasil*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008. https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-13042010-082514/publico/TEXTO_DA_TESE_versao_completa_USP_impressao_proart_3.pdf (acesso em 21.06.2024).

Bratic, Catherine. «"The parties hereby waive all recourse... but not that one" Why parties adopt exclusion agreements and why courts hesitate to enforce them». *Dispute*

Resolution International 12, n. 2 (2018): 105–30.

Brekoulakis, Stavros. «Public Policy Rules in English and International Arbitration Law». *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management; Chartered Institute of Arbitrators (CIArb)* 84, n. 3 (2018): 205–20.

Briner, Robert, e Fabian Von Schlabrendorff. «Article 6 of the European Convention on Human Rights and its Bearing upon International Arbitration». Editado por Robert Briner, L. Yves Fortier, Klaus Peter Berger e Jens Bredow. *Law of international Business and Dispute Settlement in the 21st Century*, 2001, 89–109.

Brito, Miguel Nogueira de. «O princípio do Juiz Natural e a Nova Organização Judiciária». *Julgar*, n. 20 (2013): 19–37.

Brkan, Maja. «The Concept of Essence of fundamental Rights in the EU Legal order: peeling the Onion to its Core». *EuConst* 14 (2018): 332–68.

Brozolo, Luca G. Radicati di. «The Present – Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: The Control System of Arbitral Awards: A Pro-Arbitration Critique of Michael Reisman's "Architecture of International Commercial Arbitration"». Em *Arbitration: The Next Fifty Years*, Albert Jan van den Berg., 16:74–102. ICCA Congress Series. ICCA & Kluwer Law International, 2012.

Brüggemeier, Gert, Aurelia Colombi Ciacchi, e Giovanni Comandé, eds. *Fundamental Rights and Private Law in the European Union. I: A Comparative Overview*. 1. publ. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2010.

Bueno, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 9.ª. SaraivaJur, 2023.

Cabral, António do Passo e Ronaldo Cramer, eds. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2.ª revista, Atualizada e Ampliada. Editora Forense, 2016.

Canotilho, J. J. Gomes. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4.ª revista. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

Canotilho, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ª, Reimpressão 2021. Coimbra: Almedina, 2018.

Cappelletti, Mauro e Bryant Garth. *Acesso à Justiça*. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Sérgio António Fabris Editor. Brasil, 1988.

Caramelo, António Sampaio. «A Reforma da lei de arbitragem voluntária». *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, 2009, 7–56.

———. *Temas de direito da arbitragem*. 1.ª. Coimbra: Coimbra Editorial, 2013.

———. *O reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras: perante a convenção de Nova Iorque e a Lei de Arbitragem Voluntária*. Coimbra: Almedina, 2016.

———. «Obrigatoriedade da convenção de arbitragem e direito de acesso à justiça». Editado por António Menezes Cordeiro. *Revista de Direito Civil, CIDPI, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, n. 1 (2016): 65–116.

———. *A impugnação da Sentença Arbitral*. 4.ª. Coimbra: Almedina, 2023.

Carmona, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo, um comentário à Lei n.º 9.307/96*. 3.ª Revista, Atualizada e Ampliada. São Paulo: Editora Atlas, SA, 2009.

———. «Das boas relações entre os juízes e os árbitros». *Revista do Advogado, Associação dos Advogados de São Paulo*, n. 51 (1997): 17–24.

Carvalho, Américo Taipa de Carvalho. *Direito Penal. Parte Geral.* Vol. II. Universidade Católica, 2004.

Carvalho, Jorge Morais. «Os princípios da autonomia privada e da liberdade contratual». Em *Para Jorge Leite, Escritos Jurídicos*, por João Reis, Leal Amado, Liberal Fernandes, e Regina Redinha, Vol. II. Coimbra Editora, 2014.

Castellane, Beatrice. «The New French Law on International Arbitration». *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, 28, n. 4 (2011): 371–80.

Ceia, Eleonora Mesquita. «A Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Desenvolvimento da Proteção dos Direitos Humanos no Brasil». *R. EMERJ, Rio de Janeiro* 16, n. 61 (2013): 113–52.

Celik, Devrim Deniz. «Judicial review under the UK and US Arbitration Acts: Is arbitration a better substitute for litigation?» *IALS Student LAw Review* 1, n. 1 (2013): 13–25.

Chainais, Cécile. «Exigences du procès équitable et arbitrage: existence et essence du droit à un procès arbitral équitable». Em *Convention européenne des droits de l'homme et droit de l'entreprise*, Laure Milano., 265–322. Droit & justice 113. Nemesis/ Anthemis, 2016.

Chantebout, Vincent. «Étendue du contrôle du juge sur les violations de l' ordre public par l' arbitre: enfin le revirement espéré». *Dalloz Actualité, Éditions Dalloz 2024*, 2022.

Cherednychenko, Olha. «The constitutionalization of contract law: something new under the sun?» *Eletronic Journal of Comparative Law* 8.1 (2004).

«Chromalloy Aeroservices v. République arabe d'Egypte, Tribunal de District des

États-Unis pour le District de Columbia, 31 July 1996». *Revue de l'Arbitrage, Comité Français de l' Arbitrage* 1997, n. 3 (1997): 439–49.

Ciacchi, Aurelia Colombi. «Party Autonomy as a Fundamental Right in the European Union». *European Review of Contract Law* 6, n. 3 (2010).

Clay, Thomas. «L' arbitre, juge de l' économie mondiale». Em *À qui profite la mondialisation?*, 21:141–52. Regards Croisés sur L' Économie 2017/2. La Découverte, 2017.

———. «La Cour européenne des droits de l'homme, nouveau juge de l'arbitrage?» Em *Arbitrage et procès équitable*, por Jérémy Jourdan-Marques e Marie Nicolas-Gréciano, 19–36. Colletion «Colloques & Essais». Institut Francophone pour la Justice et la Démocracie, 2023.

«Code judiciaire belge, Sixième Partie (Loi du 24 juin 2013)». *Revue de l'Arbitrage; Comité Français de l' Arbitrage* 2013, n. 4 (2013): 1113–30.

Coelho, Francisco M. de Brito Pereira. *A Renúncia Abdicativa no Direito Civil (algumas notas tendentes à definição do seu regime)*. Boletim da Faculdade de Direito, Stvdia Ivridica 8. Coimbra Editora, 1995.

Cole, Tony, e Pietro Ortolani. *Understanding international arbitration*. Abingdon, Oxon; New York, NY: Routledge, an imprint of the Taylor & Francis Group, 2020.

Conselho Europeu, Tribunal Europeu de Direitos Humanos. «Guide on Article 13 of the Convention – Right to an effective remedy», 2022. https://ks.echr.coe.int/ (acesso em 21.06.2024).

———. «Key Theme - Article 6 Arbitration». Conselho Europeu, 2023. https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/arbitration (acesso em 21.06.2024).

Cordeiro, António Menezes. ed. *Tratado de direito civil. 1: Introdução, fontes do direito, interpretação da lei, aplicação das leis no tempo, doutrina geral*. 4.ª, Reformulada e Actualizada. Coimbra: Almedina, 2012.

———. *Tratado da arbitragem: em comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2016.

Cordero-Moss, Giuditta. «Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration». *Oslo Law Review*, n. 1 (2014): 47–66.

Correia, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*. Almedina, 1987.

Craig, Paul. «Proportionality, Rationality and Review». *Articles by Maurer Faculty* 2455 (2010).

Craig, William Laurence. «Uses and Abuses of Appeal from Awards». *Arbitration International* 4, n. 3 (1988): 174–227.

Cremades, Bernardo M., e Alicia Martín Blanco. «El pacto de renuncia o de ampliación de los motivos de la acción de anulación del laudo arbitral internacional en España». *Spain Arbitration Review/ Revista del Club Español del Arbitraje* 2008, n. 3 (2008): 5–12.

Cunha, Leonardo Carneiro da. «Normas fundamentais no novo CPC Brasileiro». Em *Processo Civil Comparado - análise entre Brasil e Portugal*, por Leonardo Carneiro da Cunha e Maria José Capelo, 89–138, 1.ª ed. Forense, 2017.

Dantas, Miguel Calmon. «Direito Fundamental à Processualização». Em *Constituição e Processo*, 367–435. Edições Podivm, 2007.

Darwazeh, Nadia. «Article V(1)(e)». Em *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, editado por Herbert Kronke e Patrícia Nacimiento, 301–44. Kluwer Law International, 2010.

Dasser, Felix. «International Arbitration and Setting Aside Proceedings in Switzerland: A Statistical Analysis». *ASA Bulletin* 25, n. 3 (2007): 444–72.

Dasser, Felix, e Piotr Wójtowicz. «Challenges of Swiss Arbitral Awards Updated Statistical Data as of 2017». *ASA Bulletin* 36, n. 2 (2018): 276–94.

Dawson, Mark, Orla Lynskey, e Elise Muir. «What Is the Added Value of the Concept of the "Essence" of EU Fundamental Rights?» *German Law Journal* 20, n. 6 (2019): 763–78.

Dedezade, Taner. «Are you in? Are you out? An analysis of section 69 of the English Arbitration Act 1996 - appeals on a question of law». *International Arbitration Law Review* 9, n. 2 (2006): 56–67.

Dickson, Anne E. *Judicial Control of Arbitration - Great Britain*. Institute of Comparative Law, Faculty of Law, McGill University, 1993.

Didier Jr, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil - Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 17.ª. Vol. 1. Podivm, 2015.

Dupuy, Pierre-Marie, Francesco Francioni e Ernst-Ulrich Petersmann, eds. *Human rights in international investment law and arbitration*. International economic law series.

Oxford; New York: Oxford University Press, 2009.

Duque, Marcelo Schenk. «O significado da expressão eficácia horizontal dos direitos fundamentais». *Novos Estudos Jurídicos* 26, n. 1 (2021): 250–71.

Dworkin, Ronald. *Law's Empire*. Fontana Press, An Inprint of Harper Collins Publishers, 1991.

———. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Elliot, Mark, e Kirsty Hughes. «1. The Nature and Role of Common Law Constitutional Rights». Em *Common Law Constitutional Rights*, editado por Elliot Mark e Kirsty Hughes, 1–23. Bloomsbury Collections. Oxford: Hart Publishing, 2020.

Faria, Rita Lynce de. *A Tutela Cautelar Antecipatória no Processo Civil Português, Um difícil equilíbrio entre a Urgência e a Irreversibilidade*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016.

Farias, Cleide Márcia de, e João Paulo Allain Teixeira. «Renúncia a direitos fundamentais: modalidades e efeitos a partir da teoria constitucional contemporânea». *Revista Pensamento Jurídico - São Paulo* 9, n. 1 (2016): 290–319.

Favoreu, Louis, Patrick Gaïa, Richard Ghevontian, Jean-Louis Mestre, Otto Pfersmann, André Roux, e Guy Scoffoni. *Droit constitutionnel*. 20ª. Dalloz, 2018.

Feldman, David. *Civil liberties and human rights in England and Wales*. 2nd ed. Oxford; New York: Oxford University Press, 2002.

Fernandes, Cristiana Belon, Renato Maluf, Gabriella Tuna Garamvölgyi e Silva Mamede, e Karolina Joanna Ziembla Vieira. *Constitutional law in Brazil*. Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Frederick, MD: Wolters Kluwer Law & Business, Kluwer Law International; Sold and distributed in North, Central, and South America by Aspen Publishers, Inc, 2012.

Fernández-Armesto, Juan. «A Arbitragem Internacional na Lei de Arbitragem Espanhola após a Reforma de 2011». Em *IV Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Centro de Arbitragem Comercial)*, 212–54. Almedina, 2011.

Ferrari, Franco. «Plures Leges Faciunt Arbitrum». *Arbitration International* 37, n. 3 (2021): 579–97.

Ferrari, Franco, e Friedrich Rosenfeld. «Límites a la autonomía de las partes en arbitraje internacional». *Arbitraje, Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones* X, n. 2

(2017): 335–86.

Fouchard, Philippe. *L'Arbitrage Commercial International*. Vol. II. Bibliothèque de droit international privé. Librairie Dalloz, 1965.

———. «La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine». *Revue de l'Arbitrage, Comité Français de l 'Arbitrage* 1997, n. 3 (1997): 329–52.

———. «Suggestions pour accroître l'efficacité internationale des sentences arbitrales». *Revue de l'Arbitrage, Comité Français de l' Arbitrage* 1998, n. 4 (1998): 653–72.

Frada, Manuel Carneiro da. «A ordem pública no Direito dos Contratos». *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 2007, 287–300.

Freitas, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil, Conceito e Princípios Gerais à luz do CPC de 2013*. 5.ª. Gestlegal, 2023.

Freitas, José Lebre de, Isabel Alexandre, e Armindo Ribeiro Mendes. *Código de Processo Civil*. 3.ª. Vol. 3.º. Coimbra: Almedina, 2022.

Frumer, Philippe. *La Renonciation aux droits et libertés - La convention européenne des droits de l' homme à l'épreuve de la volonté individuelle*. Collection de droit international 47. Editions Bruylant, Editions de l' Université de Bruxelles, 2001.

Gaillard, Emmanuel. «Belgium: Statute on the Setting Aside of Arbitral Awards [March 27, 1985], Introductory Note». *International Legal Materials* 25, n. 3 (1986): 725–26.

———. «L' exécution des sentences annulées dans leur pays d' origine». Journal du Droit *international, 125 année*, Editions du Juris-Classeur, n. 3-Juillet-Août-Septembre (1998): 645–74.

———. «The Relationship of the New York Convention with Other Treaties and With Domestic Law». Em *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards - The New York Convention in Practice*, editado por Emmanuel Gaillard and Domenico Di Pietro, 69–87. CMP Publishing Ltd., 2009.

———. *Legal theory of international arbitration*. Leiden; Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010.

———. «Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international». *Recueil Dalloz*, 2011, 175.

———. «The Present – Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: International Arbitration as a Transnational System of Justice». Em *Arbitration: The Next Fifty Years*, Albert Jan van den Berg (ed)., 16:66–73. ICCA Congress Series. ICCA & Kluwer Law International, 2012.

Galvão Teles, Miguel. «Constituições dos Estados e Eficácia Interna do Direito da União e das Comunidades Europeias - em Particular sobre o Artigo 8.º, n.º 4, da Constituição Portuguesa». Em *Escritos Jurídicos*, I:371–411. Coimbra: Almedina, 2013.

———. «Recurso para Tribunal Constitucional das Decisões dos Tribunais Arbitrais». Em *Escritos Jurídicos*, I:579–603. Coimbra: Almedina, 2013.

Garcia, Emerson. «Jus Cogens e Proteção Internacional dos Direitos Humanos». *Revista do Ministério Público do rio de Janeiro*, n. 64 (2017): 95–104.

Garcia, José Ángel Rueda, e Marco Vedovatti. «The European Court of Human Rights endorses the parties' voluntary waiver of the right to annul and award in the seat of arbitration (apropos Tabbane v. Switzerland)». *Spain Arbitration Review/ Revista del Club Español del Arbitraje*, Wolters Kluwer España, 2016, n. 26 (sem data): 87–103.

Geraldes, António Santos Abrantes. *Recursos em Processo Civil*. 6.ª Atualizada. Almedina, 2020.

———. «Em torno da aferição da competência do tribunal arbitral e da ação de anulação de sentença arbitral». *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação* XVII (2022): 157–71.

Gharavi, Hamid G. *The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award.* Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law International, 2002.

Gouveia, Jorge Bacelar. «Regulação e limites dos direitos fundamentais». Em *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, por José Pedro Fernandes, 450–71. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2001.

———. «Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976». *Revista Direito UFMS* Direitos Humanos e Fundamentais, n. Ano 2015: 35–85.

Gouveia, Mariana França. *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*. 3.ª. Coimbra: Almedina, 2020.

Guinchard, Serge, ed. *Droit processuel: droits fondamentaux du procès*. 12e. Précis Dalloz (Droit privé/Droit public). Paris: Dalloz, 2023.

Gutman, Kathleen. «Article 47: The Right to an Effective Remedy and to a Fair Trial». Em *The EU Charter of Fundamental Rights in the Member States*, editado por Michal Bobek e Jeremias Adams-Prassl, 371–84. Oxford: Hart Publishing, 2020.

Hacking, Lord David. «The "Stated Case" Abolished: The United Kingdom Arbitration Act of 1979». *International Lawyer*, 1980, 95–102.

Hanotiau, Bernard, e Guy Block. «The Law of 19 May 1998 Amending Belgian Arbitration Legislation». Editado por William W. Park. *Arbitration International*, Oxford University Press, 15, n. 1 (1999): 97–100.

Herrmann, Gerold. «UNCITRAL's Work Towards a Model Law on International Commercial Arbitration». *Pace L. Review* 4, n. 3 (1984): 537580.

Holtzmann, H.E. Judge Howard M. «A Task for the 21st Century: Creating a New International Court for Resolving Disputes on the Enforceability of Arbitral Awards». Editado por Martin Hunter, Arthur Marriott e V.V. Veeder. *The Internationalisation of International Arbitration, The LCIA Centenary Conference*, Arbitration International, 1995, 109–14.

Hossain, Kamrul. «The Concept of Jus Cogens and the Obligation Under The U.N. Charter». *Santa Clara Journal of International Law* 3, n. 1 (2005): 72–98.

Jakšić, Aleksandar. *Arbitration and human rights*. Studien zum vergleichenden und internationalen Recht, Comparative and international law studies, Bd. 59 =. Frankfurt am Main; New York: P. Lang, 2002.

Jarrosson, Charles. «L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l' homme». *Revue de l' arbitrage* 4 (1989): 573–607.

Jarrosson, Charles, e Jacques Pellerin. «Le droit français de l'arbitrage aprés le décret du 13 janvier 2011». *Revue de l'Arbitrage; Comité Français de l' Arbitrage* 2011, n. 1 (2011): 5–86.

Jeauneau, Adeline. *L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne: essai de systématisation.* Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2015.

Jourdan-Marques, Jérémy. «Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales». Bibliothèque de droit privé, tome 575. LGDJ, 2017.

———. «Os impecuniosos diante da Lei de Arbitragem Francesa: Finalmente um pouco de ar!» *Revista Brasileira de Arbitragem*, Kluwer Law International, XX, n. 78 (2023): 214–24.

Jourdan-Marques, Jérémy, e Marie Nicolas-Gréciano. *Arbitrage et procès équitable*. Colletion «Colloques & Essais». Institut Francophone pour la Justice et la Démocracie, 2023.

Kiteri, Garcia. «Les droits fondamentaux des personnes morales». Em *Droits fondamentaux, ordre public et libertés économiques: actes du colloque organisé à l'UFR pluridisciplinaire de Bayonne le 17 février 2012 par le Centre de documentation et de recherches européennes (CDRE) et le programme ERC Lascaux en droit de la sécurité alimentaire mondiale (Université de Nantes)*, editado por François Collart Dutilleul e Fabrice Riem, 77–88. Collection Colloques & Essais 5. Institut Universitaire Varenne, 2013.

Kleinheisterkamp, Jan. *International Commercial Arbitration in Latin America: Regulation and Practice in the MERCOSUR and the Associated Countries*. Dobbs Ferry, NY: Oceana Publ, 2005.

———. «The Myth of Transnational Public Policy in International Arbitration». *The American Journal of Comparative Law* 71, n. 1 (2023): 98–141.

Knigge, Marte, e Pauline Ribbers. «Waiver of the Right to Set-Aside Proceedings in Light of Article 6 ECHR: Party-Autonomy on Top?» *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International BV, the Netherlands, 34, n. 5 (2017): 775–94.

Koki, Kouamé Hubert. *Les droits fondamentaux des personnes morales dans la convention européenne des droits de l' homme.* Université de La Rochelle, 2011.

Kopelmanas, Lazare. «La Place de la Convention Européenne sur L'Arbitrage Commercial International du 21 avril 1961 dans L' Évolution du Droit International de L' Arbitrage». *Annuaire Français de Droit International* 7 (1961).

Kretz, Andrietta. *Autonomia da Vontade e Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais*. Florianópolis: Momento atual, 2005.

Krūmiņš, Toms. *Arbitration and Human Rights, Approaches to Excluding the Annulment of Arbitral Awards and Their Compatibility with the ECHR*. Latvia: Springer, 2020.

Kunz, Catherine A. «Waiver of right to challenge an international arbitral award is not incompatible with ECHR: Tabbane v Switzerland». *European International Arbitration Review* 5, n. 1 (2016): 125–31.

Landbrecht, Johannes, e Andreas R. Wehowsky. «Transnational Coordination of Setting Aside and Enforcement of Arbitral Awards - A New Treaty and Approach to

Reconciling the Choice of Remedies Concept, the Judgement Route, and the Approaches to Enforcing Awards Set Aside?» *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International BV, the Netherlands, 37, n. 6 (2020): 679–720.

Landrove, Juan Carlos. «European Convention on Human Rights' Impact on Consensual Arbitration – An État Des Lieux of Strasbourg Case-Law and of a Problematic Swiss Law Feature». Em *Human Rights at the Center*, editado por Besson, Hottelier, e Werro, 73–101. Basileia, Genebra, Zurique, Schulthess, 2006.

Lastenouse, Pierre. «Why Setting Aside an Arbitral Award is not Enough to Remove it from the International Scene». *Journal of International Arbitration* 16, n. 2 (1999): 25–48.

Lavive, Pierre. «Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international». *Revue de l'Arbitrage*, n. 3 (1986): 329–74.

Law Commission. «Review of the Arbitration Act 1996: Final Report and Bill», 2023. https://lawcom.gov.uk/project/review-of-the-arbitration-act-1996/ (acesso em 21.06.2024).

Lee, João Bosco. *Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul*. Biblioteca de direito internacional 4. Curitiba: Juruá Ed, 2002.

Lenaerts, Koen. «Limits on Limitations: The Essence of Fundamental Rights in the EU». *German Law Journal, Cambridge University Press* 20 (2019): 779–93.

Leurent, Bruno. «Reflections on the International Effectiveness of Arbitration Awards». *Arbitration International*, LCIA, 12, n. 3 (1996): 269–85.

Lew, Julian D. M. «Achieving the Dream: Autonomous Arbitration». Editado por William W. Park. *Arbitration international*, Oxford University Press, 22, n. 2 (2006): 179–203.

Lew, Julian D. M., Loukas A. Mistelis, e Stefan M. Kröll. «Chapter 5 Juridical Nature of Arbitration». Em *Comparative International Commercial Arbitration*, 71–97. Kluwer Law International, 2003.

Leyland, Peter. *The constitution of the United Kingdom: a contextual analysis*. Fourth edition. Constitutional systems of the world. Gordonsville: Hart Publishing, an imprint of Bloomsbury Publishing, 2021.

Lima, Jairo Néia. «Colisão e renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares». Editado por Unibrasil. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia* 5 (2009): 1–15.

Littman, Mark. «England Reconsiders the State Case». *International Lawyer* 13, n. 2 (1979): 253–59.

Lorenzo, Manuel de. «La renuncia anticipada a la impugnación del laudo». *Spain Arbitration Review/ Revista del Club Español del Arbitraje* 2016, n. 27 (2016): 95–110.

Lucy, William. «The Normative Standing of Access to Justice: An Argument from Non-Domination"». Em *Windsor Yearbook of Access to Justice*, 33:234–39. 231, 2016.

Mac Crorie, Benedita. *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*. Coimbra: Almedina, 2013.

———. *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2017.

Machado, Jónatas Eduardo Mendes. *Direito internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*. 5.ª. Gestlegal, 2019.

Machado, José Carlos Soares, e Rita Lynce de Faria. «A definitividade das decisões arbitrais que apliquem normas cuja inconstitucionalidade tenha sido suscitada pelas partes». Em *Arbitragem Comercial, Estudos Comemorativos dos 30 anos do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, 583–604. Coimbra: Almedina, 2019.

Mainguy, Daniel. «La nouvelle conception française de l' ordre public international en matière d'arbitrage international». *La Semaine Juridique, Entreprise et Affaires*, Lexis Nexis SA, n. 10 (2023): 25–31.

Mak, Chantal. *Fundamental rights in European contract law: a comparison of the impact of fundamental rights on contractual relationships in Germany, the Netherlands, Italy, and England*. Private law in European context series, v. 12. Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Frederick, MD: Kluwer Law International; Sold and distributed in North, Central, and South America by Aspen, 2008.

Maldon, Burnett, Lord Chief Justice. «The hidden value of the Rule of Law and English Law Blackstone Lecture 2022, Pembroke College, Oxford», 2022. https://www.judiciary.uk/speech-by-the-lord-chief-justice-blackstone-lecture-2022/ (acesso em 21.06.2024).

Mansinghka, Varun. «Legality and desirability of waiving the right to seek setting aside of arbitral awards». *International Arbitration Law Review* 22, n. 4 (2019): 218–23.

Mantilla-Serrano, Fernando. «Towards a Transnational Procedural Public Policy». Em

Arbitration International, editado por William W. Park, 20, 4:333–53. Oxford University Press, 2004.

Marinoni, Luiz Guilherme. «O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspetiva da teoria dos direitos fundamentais». 2004, *Jus.com.Br*. https://jus.com.br/artigos/5281 (acesso em 21.06.2024).

———. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. Lisboa: AAFDL Editora, 2020.

Marinoni, Luiz Guilherme, Sérgio Cruz Arenhart, e Daniel Mitidiero. *Código de Processo Civil Comentado*. 3.ª Revista, Atualizada e Ampliada. Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2017.

Marques, João Paulo Remédio. «A (densidade da) falta de fundamentação da matéria de facto enquanto causa de anulação da decisão arbitral». Em *Arbitragem Comercial, Estudos Comemorativos dos 30 anos do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, 485–524. Almedina, 2019.

Martinez, Pedro Romano. «Relações entre o direito internacional e o direito interno». *Direito e Justiça. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa* IV (1990 de 1989): 163–81.

Martins, André Chateaubriand. «Os Diferentes Níveis de Ordem Pública sob uma Perspetiva da Jurisprudência Brasileira em Arbitragens Doméstica e Internacional». *Revista Brasileira de Arbitragem; Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB* X, n. 37 (2013): 50–67.

Masterman, Roger. «The United Kingdom's Human Rights Act as a Catalyst of Constitutional Migration: Patterns and Limitations of Rights Importation by Design». *European Constitutional Law Review* 19, n. 1 (2023): 88–100.

Mayer, Pierre. «Chapter 2: Effect of International Public Policy in International Arbitration». Em *Pervasive Problems in International Arbitration*, por Loukas A. Mistelis and Julian D. M. Lew, 61–69. Kluwer Law International, 2006.

Mélin-Soucramanien, Ferdinand, e Nicolas Zinamsgvarov. *Libertés fondamentales*. 3e ed. Les mémentos Dalloz. Paris: Dalloz, 2018.

Mendes, Armindo Ribeiro. *Recursos em Processo Civil*. 2.ª. Lex, 1994.

———. «A nova lei de arbitragem voluntária e as formas de impugnação das decisões arbitrais (algumas notas)». Em *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Lebre de Freitas*, II:703–57. Coimbra Editora, 2013.

———. «A Arbitragem na Jurisprudência do Tribunal Constitucional». *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação* VII, Número Especial: Arbitragem e Direito Público (2014): 123–60.

Meulemeester, Dirk De, e Paul Lefebvre. «The New York Convention: An Autopsy of Its Structure and Modus Operandi». Editado por Maxi Scherer. *Journal of International Arbitration* 35, n. 4 (2018): 413–38.

Mills, Alex. *Party Autonomy in Private International Law*. Cambridge, GB New York: Cambridge university press, 2018.

Mimoso, Maria João. *Arbitragem do comércio internacional: medidas provisórias e cautelares*. Lisboa: Quid Juris, 2009.

Miranda, Jorge. *Direitos Fundamentais*. 3.ª. Almedina, 2020.

Miranda, Jorge, e Rui Medeiros. *Constituição Portuguesa Anotada*. 2.ª revista, Atualizada e Ampliada. Vol. Tomo I. Wolters Kluwer e Almedina, 2010.

Mirante, Daniela Filipa Calado. *O consentimento na arbitragem: para a compreensão na arbitragem desportiva*. FD Teses de doutoramento, 2021.

Mistelis, Loukas. «Anulação de sentença arbitral e forum shopping em arbitragem internacional: deslocalização, autonomia das partes e cortes locais na fase de controle pós-sentença arbitral.» *Revista de Arbitragem e Mediação* 60, n. 16 (2019): 259–81.

Mitidiero, Daniel. *Processo Civil*. Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2021.

Monteiro, André Luis, José António Fichtner e Sergio Nelson Mannheimer. «Is Brazil an Arbitration-Friendly Jurisdiction?» *Kluwer Arbitration Blog* (blog), 2019.

Monteiro, António Pedro Pinto. «Do recurso de decisões arbitrais para o Tribunal Constitucional». *Themis-Revista da Faculdade de Direito da UNL*, Almedina, ano IX, n. 16 (2009): 185–223.

———. «Da Ordem Pública no Processo Arbitral». Em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, 589–673. Coimbra Editora, 2013.

———. *O princípio da igualdade e a pluralidade de partes na arbitragem: os problemas na constituição do tribunal arbitral*. Coimbra [Portugal]: Almedina, 2018.

Monteiro, António Pedro Pinto, Artur Flamínio da Silva, e Daniela Mirante. *Manual de Arbitragem*. Almedina, 2019.

Moreira, Vital. «Tribunais arbitrais e direito de acesso à justiça: Uma perspetiva constitucional». *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação* 9 (2016): 123–49.

Moses, Margaret. «Public Policy: National, International and Transnational». *Kluwer Arbitration Blog* (blog), 2022.

Moses, Margaret L. «Chapter 11: Public Policy under the New York Convention: National, International and Transnational». Em *60 Years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges*, editado por Katia Fach Gomez e Ana M. Lopez-Rodriguez, 169–84. Kluwer Law International, 2019.

Mourre, Alexis, e Valentine Chessa. «The New French Arbitration Law: Innovation & Consolidation». *Dispute Resolution Journal* Maio/Julho (2011): 80–87.

Nápoles, Pedro Metello de, e Carla Góis Coelho. «A arbitragem e os tribunais estaduais - alguns aspectos práticos». *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n. Ano V (2012): 195–219.

Neto, Miguel Kfouri, José Laurindo de Souza Netto e Adriane Garcel. «O Direito de Acesso a Tribunal, à Mediação e à Arbitragem na Convenção Americana de Direitos Humanos - Contribuições do STJ». *Revista Gralha Azul: Periódico Científico da Escola Judicial do Paraná - EJUD* 1, n. 1 (2020): 70–79.

Nogueira, Pedro Henrique Pedrosa. «Sobre o Direito Fundamental à Jurisdição». Em *Constituição e Processo*, 547–71. Editora Podivm, 2007.

Novais, Jorge Reis. «Renúncia a Direitos Fundamentais». Em *Perspetivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*, por Jorge Miranda, Vol. I. Coimbra Editora, 1996.

———. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra, 2003.

———. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra Editora, 2004.

———. *Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares – do dever de proteção à proibição do défice*. Coimbra: Almedina, 2019.

Oliveira, Guilherme Peres de. *Negócio Jurídico processual, a amplitude da cláusula geral de negociação no processo civil*. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

Oliveira, Leonardo V. P. «Chapter 1: To What Degree Should Access to Justice Be Secured in Arbitration?» Em *Access to Justice in Arbitration Concept, Context and Practice*, editado por Oliveira, Leonardo V. P. e Hourani, Sara. Wolters Kluwer, Kluwer Law

international, 2020.

Oliveira, Leonardo V. P. de, e Sara Hourani, eds. *Access to justice in arbitration: concept, context and practice*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2020.

Oliveira, Nuno Manuel Pinto de, e Benedita Mac Crorie. «O princípio da igualdade no direito europeu dos contratos: as Diretivas 2000/43/CE e 2004/113/CE». Em *O Direito*, V:1085–1100. Ano 138, 2006.

Opinião consultiva OC-22/16, 26.02.2016, solicitada pela república do Panamá sobre "Titularidade de direitos das pessoas jurídicas no sistema interamericano de direitos humanos (interpretação e alcance do artigo 1.2, com relação aos artigos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 e 62.3 da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, bem como do artigo 8.1.A e B do Protocolo de San Salvador).

Otero, Paulo. «Disponibilidade do próprio corpo e dignidade da pessoa humana». Em *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, por António Menezes Cordeiro, Pedro Pais de Vasconcelos, e Paula Costa e Silva, 107–38. Almedina, 2008.

Park, William W. «Judicial Supervision of Transnational Commercial Arbitration: The English Arbitration Act of 1979». *Harvard International Journal* 21 (1980): 87–127.

———. «Duty and Discretion in International Arbitration». *93 American Journal of International Law* 805 (1999).

———. «Why Courts Review Arbitral Awards». Em *Recht der Internationalen Wirtschaft und Streiterledigung im 21. Jahrhundert: Liber Amicorum Karl-Heinz Boeckstiegel 595*, editado por Robert Briner, L. Yves Fortier, Klaus Peter Berger & Jens Bredow ed. Carl Heymanns Verlag KG, 2001.

Paulsson, Jan, ed. «Arbitration Code». Em *International Handbook on Commercial Arbitration*, 1–18. Suplemento 56. Kluwer Law International, 1984. https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/Tunisian-International-Arbitration-Law.pdf.

———. «Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding Local Standard Annulments». *Asian Pacific Law Review* 6, n. 2 (1998): 1–28.

———. *The Idea of Arbitration*. Oxford University Press, 2013.

Paulsson, Marike R. P. «Chapter 6: Resisting Enforcement of Awards». Em *The 1958 New York Convention in Action*, 157–216. Kluwer Law International, 2016.

Peñalver, Jesús Remón. «Sobre la anulación del laudo: el marco general y algunos

problemas». *InDret, Revista para el Análisis del Derecho* 3 (2017): 2–19.

Petrochilos, Georgios C. «Enforcing Awards Annulled in Their State of Origin under the New York Convention». *The International and Comparative Law Quaterly* 48, n. 4 (1999): 856–88.

———. *Procedural Law in International Arbitration*. Oxford University Press., 2004.

Petsche, Markus A. *The Growing Autonomy of International Commercial Arbitration*. Beiträge Zum Internationalen Wirtschaftsrecht 3. München: Sellier, Europ. Law Publ. [u.a.], 2005.

Picheral, Caroline. *L'ordre public européen: droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*. Monde européen et international. [Aix-en-Provence] : Paris: CERIC, Centre d'études et de recherches internationales et communautaires, Université d'Aix-Marseille III ; Documentation française, 2001.

———. «Ordre public européen». Em *Dictionnaire des droits de l'homme*, por J. Andriantzimbazovina, H. Gaudin, J.-P. Marguénaud, S. Rials, e F. Sudre, 719–22. coll. Quadrige. Paris: Presses Universitaires de France, 2008.

Pinheiro, Luís de Lima. *Arbitragem Transnacional - A Determinação do Estatuto da Arbitragem*. Almedina, 2005.

Pinto, Paulo Mota. «Autonomia privada e discriminação - Algumas notas». Em *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Vol. II. Coimbra Editora, 2005.

Pinto, Rui. *Manual do Recurso Civil*. Vol. I. AAFDL Editora, 2020.

Pinto-Ferreira, João Pedro Ramos de Almeida. *Adequação formal e garantias processuais na ação declarativa*. Coimbra: Almedina, 2022.

Piovesan, Flávia, e Antônio Augusto Cançado Trindade. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 19.ª, Revista e Atualizada. São Paulo: Saraiva Jur, 2021.

Poudret, Jean-François, Sebastian Besson, Stephen Berti, e Annette Ponti. *Comparative Law of International Arbitration*. 2nd updated and Reviewed. London: Sweet & Maxwell, 2007.

Poudret, J.F. «Quelle solution pour en finir avec l' affaire Hilmarton? Réponse à Philippe Fouchard». *Revue de l'Arbitrage* 1 (1998): 7–24.

Practical Law Arbitration. «The Role of the English Courts in Arbitration». Thomson Reuters, 2023. https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/3-204-

0031?transitionType=Default&contextData=(sc.Default) (acesso em 21.06.2024).

Prata, Ana. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Almedina, 2017.

Puschmann, Hendrik, Kate Allass, Steven Barret, Alistair Calvert, Niamh Cleary, Philip Clifford, Barry Fletcher, et al. *Butterworths Challenges in Arbitration: Challenges against Arbitrators, Awards and Enforcement in England and Wales*. London: Lexis Nexis UK, 2019.

Racine, Jean-Baptiste. «Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international (II.- L'arbitrage, Deuxième Séance)». *Revue de l'Arbitrage, Comité Français de l' Arbitrage* 2005, n. 2: 305–60.

———. «Propos sur l' efficacité des sentences arbitrales en droit français après la réforme du 13 janvier 2011». Em *L' arbitre et le juge étatique, Études de droit compará à la mémoire de Giuseppe Tarzia*, editado por Achille Saletti, Jacques Van Compernolle, e Jean-François Van Drooghenbroeck, 433–45. Bruylant, 2014.

———. «Le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international: un état des lieux». *Revue de l'Arbitrage, Comité Français de l' Arbitrage* 2022, n. 1 (2022): 179–226.

Rangel, Vicente Marotta. «Os conflitos entre o direito interno e os tratados internacionais.» *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo* 62, n. 2 (1966): 81–134.

Rawls, John. *A Theory of Justice: Original Edition*. Harvard University Press, 1971.

Reichelt, Luís Alberto, Camila Victorazzi Martta, e Alan Jece Baltazar. «Direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e limites em termos de competência de instituições do sistema de justiça civil». *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*, ano 16, 23, n. 1 (2022): 852–71.

Reisman, W. Michael. «Law, International Public Policy (So-Called) and Arbitral Choice in International Commercial Arbitration». Editado por Albert Jan van den Berg. *ICCA Congress Series No. 13 (Montreal 2006): International Arbitration 2006: Back to Basics?*, ICCA & Kluwer Law International, 13 (2007): 849–56.

Reisman, W Michael, Richardson, Brian. «The Present – Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: Tribunals and Courts: An Interpretation of the Architecture of International Commercial Arbitration». Em *Arbitration: The Next Fifty Years*, Albert Jan Van Den Berg (ed)., 16:17–65. ICCA Congress Series. ICCA & Kluwer Law International,

2012.

«Report of the International Law Commission Seventy-fourth session (24 April–2 June and 3 July–4 August 2023) - A/78/10». https://legal.un.org/docs/?symbol=A/78/10 (acesso em 21.06.2024).

«République Arabe d'Egypte v. Société Chromalloy Aero Services, Cour d'appel de Paris (1Ch. C), 14 January 1997». *Revue de l'Arbitrage, Comité Français de l 'Arbitrage* 1997, n. 3 (1997): 395–98.

Ribeiro, Joaquim de Sousa. *O Problema do Contrato, As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999.

«Right to a Fair Trial Is Not Infringed by Exclusion of Right to Appeal in an Arbitration Agreement». *Practical Law UK Legal Update Case Report 6-242-0954*, 2007.

Rocha, Fernando Luiz Ximenes. «A Reforma do Judiciário e os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos». *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos* 7, n. 7 (2007 de 2006): 109–22.

Rodrigues, Luís Manuel Barbosa. *Unidade Curricular: Direitos Fundamentais e Direitos Humanos*. Universidade Lusíada, Faculdade de Direito, 2020.

Rodrigues, Stéphano Sant' Ana. *A aplicabilidade dos direitos humanos às pessoas coletivas*. Repositório da Universidade de Lisboa, 2019. https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/44539/1/ulfd144230_tese.pdf.

Samuel, Adam. «Arbitration, Alternative Dispute Resolution Generally and the European Convention on Human Rights, An Anglo-Centric View». *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, 21, n. 5 (2004): 413–38.

Sanders, Pieter. *Quo Vadis Arbitration? Sixty Years of Arbitration Practice a Comparative Study*. The Hague: Kluwer law international, 1999.

Scarman, Leslie. *English Law - The New Dimension*. The Hamlyn Lectures - Twenty-Sixth Series. Stevens, 1975.

Scherer, Maxi. «The fate of parties' agreements on judicial review of awards: a comparative and normative analysis of party-autonomy at the post-award stage». *Arbitration International* 2016, n. 32 (2016): 437–57.

Schutter, Olivier De, e Julie Ringelheim. «La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition du soi et le règne de l'échange.» *Cellule de recherche interdisciplinaire en droits de l'homme (CRIDHO)*, 1, 2005.

Schwebel, H.E. Judge Stephen M. «The Creation and Operation of an International Court of Arbitral Awards». Editado por Martin Hunter, Arthur Marriott, e V.V. Veeder. *The Internationalisation of International Arbitration, The LCIA Centenary Conference*, Arbitration International, 1995, 115–23.

Seraglini, Christophe, e Jérôme Ortscheidt. *Droit de l'arbitrage interne et international*. 2e ed. Précis Domat droit privé. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2019.

Silva, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 44.ª. São Paulo, SP: JusPodivm, 2022.

Silva, Paula Costa e. «Os meios de impugnação de decisões proferidas em arbitragem voluntária no direito interno português». *Revista da Ordem dos Advogados*, 1996, 179–207.

———. «A arbitrabilidade da pretensão anulatória de decisão arbitral: expansão da arbitragem a um domínio improvável?» *Revista de Arbitragem e Mediação* 12, n. 47 (2015): 233–44.

———. «Constitucionalidade e Arbitragem. Controlo de constitucionalidade por tribunais arbitrais e controlo de constitucionalidade de decisões arbitrais.» Em *Estudos de Arbitragem*, I:87–105. Almedina, 2022.

———. «I. Anulação e Recursos da Decisão Arbitral». Em *Estudos de Arbitragem*, II:469–574. Almedina, 2022.

———. «II. Os Meios de Impugnação de Decisões Proferidas em Arbitragem Voluntária no Direito Interno Português». Em *Estudos de Arbitragem*, II:441–67. Almedina, 2022.

Silva, Virgílio Afonso da. «O proporcional e o razoável». *Revista dos Tribunais* 798 (2002): 23–50.

———. «Direitos Fundamentais e Relações entre Particulares». *Revista Direito GV* 1, n. 1 (2005): 173–80.

———. «O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais». *Revista de Direito do Estado*, n. 4 (2006): 23–51.

Silveira, João Tiago Valente Almeida da. *Mecanismos de agilização processual e princípio da tutela jurisdicional efetiva no contencioso administrativo*. Lisboa: FD - teses de doutoramento, 2017. http://hdl.handle.net/10451/27575.

«Soc. Pabalk Ticaret Ltd Sirketi v. Soc. anon. Norsolor, Cour de Cassation (1re Ch. Civ.), 3 October 1984». *Journal of International Arbitration* 2, n. 2 (1985): 67–76.

«Société OTV v. Société Hilmarton, Cour de Cassation (1Ch. civ.), 10 June 1997». *Revue de l'Arbitrage, Comité Français de l'Arbitrage* 1997, n. 3 (1997): 376–376.

«Société PT Putrabali Adyamulia v. Société Rena Holding et Société Mnogutia Est Epices, Cour de cassation (1re Ch. Civile), 29 June 2007». *Revue de l'Arbitrage, Comité Français de l' Arbitrage* 2007, n. 3 (2007): 507–15.

Sombra, Thiago Luís. «A constitucionalidade da arbitragem e sua disciplina no Anteprojeto de CPC». *Revista de informação Legislativa* ano 48, n. 190 (2011): 263–77.

Sousa, Adriano Corrêa de, e Juanita Miluska Buendía Muñoz. «A Opinião Consultiva n. 22/2016: a titularidade dos direitos humanos das pessoas jurídicas e indígenas no sistema interamericano». *Casoteca do NIDH - UFRJ*. https://nidh.com.br/oc22/ (acesso em 13.11.2023).

Steff, Antoine. «La protection de l' accès au juge judiciaire par les normes fondamentales». *Les annales de droit* 11 (2017): 233–53.

Steinmetz, Wilson António. «Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais». Em *Interpretação Constitucional*, por Virgílio Afonso da Silva, 1.ª. são Paulo: Malheiros, 2007.

Steyn, Johan. «Arbitration and the Courts: Arbitration Systems in England and Wales». *The Arbitration Journal* 35, n. 4 (1980): 9–15.

STF. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos [recurso eletrônico]: anotada com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos/Supremo Tribunal Federal*. 2.ª. Brasília: STF, 2022. https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaInternacional/anexo/STF_ConvencaoAmericanaSobreDireitosHumanos_SegundaEdicao.pdf (acesso em 22.06.2024).

Stone Sweet, Alec, e Florian Grisel. *The evolution of international arbitration: judicialization, governance, legitimacy*. First edition. New York, NY: Oxford University Press, 2017.

Teles, Joana Galvão. «Podem as partes renunciar validamente à tutela cautelar na convenção de arbitragem ou noutro acordo subsequente no processo arbitral?» Em *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, XVII:237–333. Lisboa: Almedina, 2022.

Thielbörger, Pierre. «The "Essence" of International Human Rights». *German Law Journal* 20, n. 6 (2019): 924–39.

Tridimas, Takis, e Giulia Gentile. «The Essence of Rights: An Unreliable Boundary?»

German Law Journal 20, n. 6 (2019): 794–816.

Van Drooghenbroeck, Sébastien, e Cecilia Rizcallah. «The ECHR and the Essence of Fundamental Rights: Searching for Sugar in Hot Milk?» *German Law Journal* 20, n. 6 (2019): 904–23.

Vanderelst, Alain. «Increasing the Appeal of Belgium as an International Arbitration Forum? - The Belgian Law of March 27, 1985 Concerning the Annulment of Arbitral Awards». *Journal of International Arbitration; Kluwer Law International* 3, n. 2 (1986): 77–86.

Varela, João de Matos Antunes. «O Direito de Ação e a sua natureza jurídica». *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 125.º e 126.º, n. 3814–3825 e 3826-3837; (93; 1993-94 de 1992): 325–31, 356–61, 12–17, 36–41, 70–75, 103–7 e 166–70.

Vaughn, Gustavo Favero. *Arbitragem Comercial e Controle de Constitucionalidade*. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, Faculdade de direito, 2021.

———. «Princípios constitucionais do processo arbitral». *Revista de Processo: RePro* 47, n. 327 (2022): 453–90.

Vicente, Dário Moura. *Da arbitragem comercial internacional: direito aplicável ao mérito da causa*. Lisboa: Coimbra Editora, 1990.

———. «Impugnação da Sentença Arbitral e Ordem Pública». Em *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, editado por Jorge Miranda, J. J. Gomes Canotilho, José de Sousa Brito, Miguel Nogueira de Brito, Margarida Lima Rego, e Pedro Múrias, II:327–38. Almedina, 2012.

———. *Direito Comparado*. 4.ª, Revista e Atualizada. Vol. I. Almedina, 2020.

———. «Requirements for the Enforceability of Arbitral Awards: A Comparative Overview.» *The Cambridge Handbook of Judicial Control of Arbitral Awards*, Cambridge University Press, 2020, 84–96.

Vicente, Dário Moura, André Navarro de Noronha, Armindo Ribeiro Mendes, Filipe Vaz Pinto, Joaquim Sherman de Macedo Macedo, José Miguel Júdice, José Robin de Andrade, et al. *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*. 5.ª revista e atualizada. Almedina, 2021.

Wald, Arnoldo. «Os meios judiciais do controle da sentença arbitral». *Revista de Arbitragem e Mediação* Ano 1, n. 1 (2004): 40–65.

Wambier, Teresa Arruda Alvim. «A discussão sobre a disponibilidade do controle

judicial da sentença arbitral e seus limites». *Revista Brasileira de Arbitragem*, Kluwer Law International, XIII, n. 50 (2016): 7–32.

Webster, Thomas H. «Evolving Principles in Enforcing Awards Subject to Annulment Proceedings». *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, 23, n. 3 (2006): 201–26.

Weissbrodt, David S. *The Right to a Fair Trial under the Universal Convention of Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights*. The Universal Declaration of Human Rights 1. The Hague Boston London: M. Nijhoff, 2001.

Wheatle, Se-Shauna. «3. Access to Justice: From Judicial Empowerment to Public Empowerment». Em *Common Law Constitutional Rights*, editado por Mark Elliot e Kirsty Hughes, 49–70. Bloomsbury Collections. Oxford: Hart Publishing, 2020.

Yarshell, Flávio Luiz. «Ação anulatória de julgamento arbitral e ação rescisória». Editado por Arnoldo Wald. *Revista de Arbitragem e Mediação* Ano 2, n. 5 (2005): 95–99.

———. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2005.

Young, Alison L. «10. Fundamental Common Law Rights and Legislation». Em *Common Law Constitutional Rights*, editado por Mark Elliot e Kirsty Hughes, 223–49. Oxford: Hart Publishing, 2020.

Zocal, Raul Longo. *Jurisdição do árbitro para a anulação de sentenças arbitrais*. São Paulo: USP, 2021.

Jurisprudência

Internacional, incluindo europeia e interamericana

CE, Áustria c. Itália, proc. n.º 788/60, de 11.01.1961.

CE, X c. República Federal Alemã, proc. n.º 1197/61, de 05.03.1962.

CE, R. c. Suíça, proc. n.º 10881/84, de 04.03.1987.

CE, Axelsson e outros c. Suécia, proc. n.º 11960/86, de 13.07.1990.

CE, Lundgren c. Suécia, proc. n.º 22506/93, de 17.05.1995.

TIDH, Baena-Ricardo et al. c. Panamá, EPFRC, 02.02.2001.

TIDH, Michael Domingues c. Estados-Unidos, n.º 12.285, 22.10.2002, relatório n.º 62/02.

TIDH, Cantos c. Argentina, 28.11.2002.

TIDH, Ximenes Lopes c. Brasil, n.º 149, 04.07.2006.

TIDH, Goiburú, et al. c. Paraguai, n.º 153, 22.09.2006.

TIDH, Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez c. Equador, EPFRC, 21.11.2007.

TIDH, Escher et al. c. Brasil, EPFRC, 06.07.2009.

TIDH, González et al. («cotton Field») c. México, EPFRC, 16.11.2009.

TIDH, Atala Riffo e crianças c. Chile, EPFRC, 24.02.2012.

TIDH, Artavia Murillo et al. ("Fecundación in Vitro") c. Costa Rica, EPFRC, 28.11.2012.

TJUE, Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV, processo C-126/97, 01.06.1999.

TJUE, Regeringsrätten c. Kjell Karlsson e outros, C-292/97, 13.04.2000.

TJUE, Mostaza Claro c. Centro Móvil Milenium, C-168/05, 26.10.2006.

TJUE, Asturcom Telecomunicaciones SL c. Rodriguez Nogueira, C-40/08, 6.10.2009.

TJUE, DEB Deutsche Energiehandels-und Beratungsgesellschaft mbH c. Bundesrepublik Deutschland, proc. n.º C-279/09, 22.12.2010.

TJUE, Digital Rights Ireland Ltd. c. Ministro das Comunicações, Marinha e Recursos Naturais e outros, C-293/12 e C-594/12, 8.04.2014.

TJUE, Schrems c. Data Protection Commissioner, C-362/14, 06.10.2015.

TJUE, Tele 2 Sverige, C-203/15, 21.12.2016.

TJUE, Puškár c. Finančné riaditeľstvo Slovenskej republiky e Kriminálny úrad finančnej správy, C-73/16, de 27.09.2017.

TJUE, Slowakische Republik c. Achmea BV, C-284/16, 06.03.2018.

TJUE, A.G. c. Lietuvos respublikos generalinė prokuratūra, C-162/22, 07.09.2023.

TEDH, «Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium» v. Belgium (merits), n.º 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, 23.07.1968.

TEDH, Golder c. Reino Unido, n.º 4451/70, 21.02.1975.

TEDH, Deweer c. Bélgica, proc. n.º 6903/75, de 27.02.1980.

TEDH, Young, James & Webster c. Reino Unido, n.º 7601/76, 7806/77, 13.08.1981.

TEDH Colozza c. Itália, proc. n.º 9024/80, de 12.02.1985.

TEDH, Ashingdane c. Reino Unido, n.º 8225/78, 28.05.1985.

TEDH Rees c. Reino Unido, n.º 9532/81, 17.10.1986.

TEDH Barberà, Messegué e Jabardo c. Espanha, proc. n.º 10590, de 06.12.1988.

TEDH, Soering c. Reino Unido, proc. n.º 15038/88, de 07.07.1989.

TEDH, Autronic AG c. Suíça, n.º 12726/87, 22.05.1990.

TEDH Oberschlick c. Áustria, proc. n.º 11662/85, 23.05.1991.

TEDH, Philis c. Grécia, n.º 12750/87, 13780/88 e 14003/88, 27.08.1991.

TEDH Pfeiffer and Plankl c. Áustria, proc. n.º 10802/84, de 25.02.1992.

TEDH, X. c. França, n.º 18020/91, 31.03.1992.

TEDH, Drozd & Janousek c. França & Espanha, n.º 12747/87, 26.06.1992.

TEDH, De Geouffre de la Pradelle c. França, n.º 12964/87, 16.12.1992.

TEDH Schuler-Zgraggen c. Suíça, proc. n.º 14518/89, de 24.06.1993.

TEDH, Fayed c. Reino Unido, n.º 17101/90, 21.09.1994.

TEDH, Stran Greek Refineries e Stratis Andreadis c. Grécia, n.º 13427/87, 09.12.1994.

TEDH, Loizidou c. Turkey, n.º 15318/89, 23.03.1995.

TEDH, Tolstoy Miloslavsky c. Reino Unido, proc. n.º 18139/91, 13.07.1995.

TEDH, Vermeulen c. Bélgica, n.º 19075/91, 20.02.1996.

TEDH, Hornsby c. Grécia, n.º 18357/91, 19.03.1997.

TEDH, Tinnelly & Sons Ltd e outros e McElduff e outros c. Reino Unido, n.º 62/1997/846/1052-1053, 10.07.1998.

TEDH, Calvez c. França, n.º 73//1997/1066, 29.07.1998.

TEDH, Suovaniemi e outros c. Finlândia, n.º 31737/96, 23.02.1999.

TEDH, Comingersoll S.A. c. Portugal, n.º 25282/97, 06.04.2000.

TEDH, Transado Transportes Fluviais do Sado, SA c. Portugal, n.º 25943/02, de 16.12.2003.

TEDH, Sejdovic c. Itália, n.º 56581/00, 01.03.2006.

TEDH, Jussila c. Filândia, n.º 73053/01, 23.11.2006.

TEDH, Markovic e outros c. Itália, proc. n.º 1398/03, de 14.12.2006.

TEDH, Regent Company c. Ukraine, n.º 773/03, de 03.04.2008.

TEDH, Simaldone c. Itália, n.º 22644/03, 30.06.2009.

TEDH, Eiffage, S.A. e outros c. Suíça, n.º 1742/05, 15.09.2009.

TEDH, Vanjak c. Croácia, n.º 29889/04, 14.01.2010.

TEDH, Kennedy c. Reino Unido, n.º 26839/05, 18.08.2010.

TEDH, Romanczyk c. França, n.º 7618/05, 18.11.2010.

TEDH, Stanev c. Bulgária, n.º 36760/06, 17.01.2012.

TEDH, Boulois c. Luxemburgo, n.º 37575/04, 03.04.2012.

TEDH, Tabbane c. Suíça, n.º 41069/12, 01.03.2016.

TEDH, Liga Portuguesa de Futebol Profissional c. Portugal, n.º 4687/11, 17.05.2016.

TEDH, Baka c. Hungria, n.º 20261/12, 23.06.2016.

TEDH, Lupeni Greek Catholic Parish e outros c. România, n.º 76943/11, 29.11.2016.

TEDH, Kuzmenko c. Ucrânia, n.º 49526/07, 9.03.2017.

TEDH, Regner c. The Czech Republic, n.º 35289/11, 19.09.2017.

TEDH, Mazzeo c. Itália n.º 32269/09, 05.10.2017.

TEDH, Naït-Liman c. Suíça, n.º 51357/07, 10.03.2018.

TEDH, Garoube c. França, n.º 58986/13, 10.04.2018.

TEDH, O'Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd. c. Irlanda, n.º 44460/16, 07.06.2018.

TEDH, G.I.E.M., S.r.l. e outros c. Itália, n.º 1828/06, 28.06.2018.

TEDH, Kamenova c. Bulgária, n.º 62784/09, 12.07.2018.

TEDH Mutu and Pechstein c. Suíça, proc. n.º 40575/10 e 67474/10, de 02.10.2018.

TEDH, Mont Banc Trading Ltd e Antares Titanium Trading LTD c. Ukraine, n.º 11161/08, 31.05.2021.

TEDH, Beg S.P.A. c. Italy, n.º 5312/11, 20.08.2021.

TEDH, Xavier Lucas c. França, n.º 15567/20, 09.09.2022.

TEDH, BTS Holding, A.S. c. Slovakia, n.º 55617/17, 30.09.2022.

TEDH, Iliria S.R.L. c. Albânia, n.º 31011/09, 05.03.2024.

Portugal

TC n.º 230/86, proc. n.º 178/84, 12.09.

TC n.º 287/90, proc. n.º 309/88, 30.10.

TC n.º 52/92, proc. n.º 10/89, 05.02.

TC n.º 489/95, proc. n.º 279/94, 27.09.

TC n.º 250/96, proc. n.º 194/92, 29.02.

TC n.º 377/96, proc. n.º 648/92, 06.03.

TC n.º 506/96, proc. n.º 137/93, 21.03.

TC n.º 490/97, proc. n.º 696/96, 02.07.

TC n.º 638/98, proc. n.º 860/96, 04.11.

TC n.º 279/2009, proc. n.º 15/09, 27.05.

TC n.º 256/2012, proc. n.º 97/11, 23.05.
TC n.º 657/2013, proc. n.º 272/12, 08.10.
TC n.º 42/2014, proc. n.º 564/12, 11.02.
TC n.º 281/2014, proc. n.º 204/14, 25.03.
TC n.º 253/18, proc. n.º 699/2017, 17.05.
TC n.º 242/2018, proc. n.º 598/17, 08.05.
TC n.º 264/18, decisão sumária n.º 356/2018, 05.06.
TC n.º 135/2020, proc. n.º 740/18, 03.03.
TC n.º 174/2020, proc. n.º 564/2018, 11.03.
TC n.º 740/2020, proc. n.º 661/19, 10.12.
STJ, proc. n.º 99A1015, 18.01.2000.
STJ, proc. n.º 8111/16.4T8PRT-B.P1.S1, 08.10.2020.
STJ proc. n.º 1916/18.3T8STS.P1.S1, 12.07.2022.
STJ, proc. n.º 2394/22.8YRLSB.S1, 31.01.2023.

Inglaterra

Carlill v Carbolic Smoke Ball Company [1893] 1 QB 256.
Associated Provincial Picture Houses, Limited c. Wednesbury Corporation, [1948] 1 KB 223, [1947] EWCA.
Gibson v Manchester City Council [1979] 1 WLR 294.
Raymond c. Honey [1983] 1 Ac 1; R C. Secretary of State for Home Department, Ex P Anderson [1984] Qb 778.
R. c. Secretary of State for the Home Department, Ex p Leech [1994] QB 198.
R c. Lord Chancellor, Ex p Witham [1998] QB 575.
R c. Lord Chancellor, ex parte Witham [1998] QB 575.
R c. Secretary for the Home Department, Ex p Simms [2000] 2 AC 115.
Rustal Trading Ltd. v. Gill & Duffus S.A. [2000] 1 Lloyd's Rep. 14.
Douglas c. Hello! Ltd [2001] QB 867 [137].
R (Daly) c. Secretary of State for the Home Department [2001] UKHL 26; [2001] 2 AC 532.
North Range Shipping Ltd. c. Seatrans Shipping Corporation [2002] EWCA Civ 405.
BLCT (13096) Ltd. c. J Sainsbury plc, [2003] EWCA Civ 884.

Wilson c. First County Trust Ltd (no. 2) [2003] UKHL 40; [2001] EWCA Civ. 633; [2001] 3 WLR.

Lesotho Highlands Development Authority c. Impregilo SpA [2005] UKHL 43.

R (Hillingdon London Borough Council) c. Lord Chancellor (Law Society intervening) [2008] EWHC 2683 (Admin); [2009] 1 FLR 39.

Home Office (Appellant) c. Tariq (Respondent) e Home Office (Respondent) c. Tariq (Appellant) [2011] UKSC 35, [2010] EWCA Civ 462.

Jivraj (Respondent) c. Hashwani (Appellant) [2011] UKSC 40.

Terna Bahrain Holding Company WLL c. Al Shamsi & ors [2012] EWHC 3283 (Comm) [2013].

Patel (Respondent) c. Mirza (Appellant) [2016] UKSC 42.

R (Unison) c. Lord Chancellor [2017] UKSC 51.

Reliance Industries Limited and another c. Union of India [2018] EWHC 822 (Comm) [2018].

SCM Financial Overseas Ltd c. Raga Establishment Ldt [2018] EWHC 1008 (Comm).

Obrascon Huarte Lain SA c. Qatar Foundation for Education, Science & Community Development [2019] EWHC 2539 (Comm) [2019].

Halliburton Company (Appellant) c. Chubb Bermuda Insurance Ltd (formerly known as Ace Bermuda Insurance Ltd) (First Respondent) [2020] UKSC 48.

R (on the application of Elan-Cane) (Appellant) c. Secretary of State for the Home Department (Respondent) [2021] UKSC 56.

Radisson Hotels APS Danmark c. Hayat Otel Işletmeciliği Turizm Yatırım Ve Ticaret Anonim Şirketi [2023] EWHC 892 (Comm).

Republic of Kosovo c. Contourglobal Kosovo LLC [2024] EWHC 877 (Comm).

França

C. App Paris n.º 2002/19606, 18.11.2004.

C. App Paris, n.º 09/24158, 17.11.2011.

C. App Paris, n.º 17/18900, 02.06.2020.

C. App Paris, RG 19/02245, 08.06.2021.

C. App Paris, n.º 21/02568, 30.06.2021.

C. App Paris, n.º 18/01254, 19.10.2021.

C. App Paris n.º RG 19/19201, 11.01.2022.

C. App Paris, n° 21/10727, 14.02.2023.

C. App Paris, n.º 79/2023, 24.10.2023.

C. App Paris, n.º 86/2023, 05.12.2023.

C. Cass., civ 1, n.º 89-14.382, 05.02.1991.

C. Cass., civ 1, n.º 92-15.137, 23.03.1994.

C. cass., civ 1, n.º R 95-18.403, 10.06.1997.

C. Cass., civ 1, n.º 01-13.742, 02-15.237, 01.02.2005.

C. Cass, civ 1, n.º 04-10.970, 13.03.2007.

C. Cass., civ 1, n.º 06-15.320, 04.06.2008.

C. Cass., civ 1, n° 06-18.746, 11.02.2009.

C. Cass. civ 1, 11-27.770, 28.03.2013.

C. Cass., civ 1, n.º 17-21.019, 06.02.2019.

C. Cass., civ 1, n.º 17-17.981, 23.03.2022.

C. Const. n.º 79-105 DC, 25.07.79.

C. Const. n.º 90-283, 08.01.1991.

C. Const. n.º 93-335, 21.01.1994.

C. Const. n.º 98-403 DC, 29.07.1998.

C. Const. n.º 2000-437 DC, 19.12.2000.

C. Const. n.º 2001-451 DC, 27.11.2001.

C. Const. n.º 2001-455 DC, 12.01.2002.

C. Const. n.º 2004-491 DC, 12.02.2004.

C. Const. n.º 2018-761 QPC, 01.02.2019.

C. Const n.º 2021-972 QPC 18.02.2022.

C. Const. n.º 2023-848 DC, 09.03.2023.

CEASS:1995:136727, 27.10.1995, Commune de Morsang-sur-Orge.

CEASS:1995:143578, 27.10.1995.

CEORD: 2020: 447063, 24.12.2020.

Suíça

Tribunal Federal, caso n.º 4P.236/2004, 04.02.2005.

Tribunal Federal, caso n.º 4P.172/2006, 22.03.2007.

Tribunal Federal, caso n.º 4A_500/2007, 06.03.2008.

Tribunal Federal, caso n.º 4A_238/2011, 04.01.2011.

Tribunal Federal, caso n.º A_486/2010, 21.03.2011.

Brasil

STF Pleno RE: 80004 SE, DJ 01.06.1977.

STF 2.ª T. RE 158.215-4 RS, 07.06.1996.

STF RHC: 79785 RJ, Rel. Min., DJ 15.08.2000.

STF Pleno, HC 72.131-1, DJ 01.08.2003.

STF Pleno SE-5.206-AgR, DJ 20.04.2004.

STF 2.ª T. RE 201.819/RJ, 11.10.2005, DJ 27.10.2006.

STF Plenário RE 878.694/MG, 10.05.2017.

STF Plenário ADI 2425/DF, 14.03.2018.

STF Plenário ADI 5371/DF, 02.03.2022.

STF RE n.º 1292275, AgR /, RJ, DJ 03.05.2023.

STF Plenário MS 39378 MC-REF/DF, 02.10.2023.

Outros

Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc., 473 U.S. 614 (1985).

Instrumentos normativos

Internacionais, incluindo europeus e interamericanos, e instrumentos de *soft law*

Protocolo de Genebra de 1923 relativo às Cláusulas de Arbitragem

Convenção de Genebra de 1927 relativa à Execução das Sentenças Arbitrais Estrangeiras

Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça, de 1945

Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948

Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, comummente conhecida por Convenção Europeia dos Direitos Humanos, de 1950

Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 1958

Convenção Europeia sobre Arbitragem Comercial Internacional, de 1961

Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966

Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969

Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969

Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional ou "Convenção do Panamá", de 1975

Lei-Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional, de 1985, com as alterações introduzidas em 2006

Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2016

Regulamentos de Arbitragem, adotados pela Comissão das Nações Unidas sobre Direito Comercial Internacional (CNUDCI) em 1976, alterados e revistos em 2010, em 2013 (em que foi incluído o Regulamento sobre Transparência na Arbitragem entre Investidores e Estados Baseada em Tratados) e em 2021 (em que foi aprovado o Regulamento de Arbitragem Expedita), disponíveis em Regulamento Uncitral pages.pdf (justica.gov.pt) (acesso em 22.06.2024)

Regulamento de Arbitragem da LCIA, de 2020, disponíveis em LCIA Arbitration Rules 2020 (acesso em 22.06.2024)

Regulamento de Arbitragem da CCI, de 2021, disponível em icc-2021-arbitration-rules-2014-mediation-rules-portuguese-version.pdf (iccwbo.org) (acesso em 22.06.2024)

Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, de 2021, disponível em Legislação e Jurisprudência - CAC - Centro de Arbitragem Comercial (acesso em 22.06.2024)

Portugal

Código Civil Português, aprovado pelo Decreto n.º 47344/66, de 25.11, com todas as alterações entretanto introduzidas até à mais recente pelo Decreto-Lei n.º 10/2024, de 08.01

Constituição da República Portuguesa, de 1976, na redação atual (última alteração: Lei Constitucional n.º 1/2004, de 24.07)

Lei n.º 31/86, de 29.08

Lei n.º 29/78

Lei do Tribunal Constitucional, aprovada pela Lei n.º 28/82, com todas as respetivas alterações

Decreto do Presidente da República n.º 21/2002

Lei de Arbitragem Portuguesa, aprovada pela Lei n.º 63/2011, de 14/12

Código de Processo Civil português, aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26.06, com as alterações entretanto introduzidas até à mais recente Lei n.º 3/2023, de 16.01

Inglaterra

English Arbitration Act, correspondente a Lei de Arbitragem Inglesa, de 1950

English Arbitration Act, correspondente a Lei de Arbitragem Inglesa, de 1979

English Arbitration Act, correspondente a Lei de Arbitragem Inglesa, de 1996

Human Rights Act, correspondente a Lei dos Direitos Humanos, de 1998

França

Código Civil Francês, de 1804

Constituição Francesa de 1958, incluindo a Carta Ambiental de 2004, o Preâmbulo da Constituição de 1946 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789

Decreto n.º 58-1067 de 7.11.1958, relativa à Lei Orgânica do Conselho Constitucional

Código de Processo Civil Francês, aprovado pelo Decreto n.º 75/1123 de 05.12.1975, com as alterações entretanto introduzidas

Decreto n.º 2011-48, de 13.01.2011, que reformou a Lei de Arbitragem Francesa, incluída no CPCF

Brasil

Constituição Federal Brasileira, de 1988

Código de Processo Civil Brasileiro, aprovado pela Lei n.º 13.105, de 16.03.2015, com as alterações entretanto introduzidas

Lei de Arbitragem Brasileira, aprovada pela Lei n.º 9.307, de 23.09.1996, com as alterações entretanto introduzidas pela Lei n.º 13.129, de 26.05.2015

Outros

Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787, ratificada em 1788

Constituição da República Italiana, de 1947, com as alterações entretanto introduzidas

Constituição ou Lei fundamental da República Federal da Alemanha, de 1949, com as alterações entretanto introduzidas

Constituição da República de Moçambique, de 1975, com a revisão de 2018

Constituição Espanhola, de 1978

Lei Federal Suíça de Direito Internacional Privado, de 1987

Lei n.º 27/1994, cuja tradução do Árabe oficial foi realizada pela Associação dos Árbitros Árabes e Africanos, no Cairo, publicada em google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwj22Lvrl6SFAxUBTqQEHb2dDZQQFnoECCkQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.newyorkconvention.org%2F11165%2Fweb%2Ffiles%2Fdocument%2F1%2F6%2F16274.pdf&usg=AOvVaw2mmk1J67Lj6QAmAli63ZZF&opi=89978449 (acesso em 02.04.2024)

Lei de Arbitragem Sueca, de 1999

Lei de Arbitragem Espanhola, aprovada pela Lei 60/2003, de 23.12, com as reformas entretanto introduzidas

Lei de Arbitragem Peruana, aprovada pelo Decreto Legislativo 1071 de 2008

Código de Arbitragem da Tunísia, de 2008

Constituição da República de Angola, de 2010

Código Judiciário Belga, aprovado pela Lei de 24 de junho de 2013

Código de Processo Civil Italiano, de 2023

Índice

Declaração antiplágio i

Agradecimentos iii

Modo de citar e outras convenções v

Lista de abreviaturas vii

Resumo xiii

Abstract xiv

I. Introdução: objeto, método e razão de ordem 1

1. Objeto: breve colocação do problema e questões a responder 1

2. Método 4

3. Razão de Ordem 5

PARTE A: Renúncia a direitos fundamentais processuais, por acordo das partes, na arbitragem – Validade e Limites 7

II. O direito fundamental das partes à tutela jurisdicional efetiva e, em particular, a inclusão do direito a impugnar a sentença arbitral 8

1. Natureza, âmbito e conteúdo do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e, em particular, a inclusão do direito a impugnar a sentença arbitral 8

1.1. No direito internacional geral e regional 10

1.2. No direito comparado: os casos português, inglês, francês e brasileiro 24

2. O regime jurídico do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva 54

2.1. No direito internacional geral e regional 55

2.2. No direito comparado: os casos português, inglês, francês e brasileiro 66

3. O conteúdo essencial do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e a relação com o direito a impugnar a sentença arbitral 82

3.1. Direito internacional geral e regional 83

3.2. No direito comparado: os casos português, inglês, francês e brasileiro 90

3.3. Posição adotada: o direito à tutela jurisdicional efetiva integra, no seu conteúdo essencial, o direito a impugnar a sentença arbitral nos casos e termos necessários à garantia desse mesmo conteúdo essencial e independentemente do meio legal consagrado para o efeito 95

III. Renúncia, por acordo das partes, a direitos fundamentais, em especial, processuais na arbitragem 102

1. O conceito de renúncia a direito fundamental: delimitação do âmbito e referência a direitos fundamentais processuais 102

2. Fundamento da renúncia 110

3. Requisitos de validade da renúncia 117

4. Requisitos de validade da renúncia: limites e critérios a ponderar 123

4.1. Dignidade da pessoa humana 135

4.2. Proporcionalidade 136

4.3. Maior ou menor disponibilidade do direito 139

4.4. Ordem pública 140

5. Admissibilidade, requisitos de validade, incluindo limites, da renúncia por acordo das partes, a direitos fundamentais processuais na arbitragem 151

PARTE B: Podem as partes, por acordo, renunciar validamente ao direito à anulação da sentença arbitral na arbitragem comercial internacional? 167

IV. O direito à anulação da sentença arbitral na arbitragem comercial internacional e a sua inclusão no sistema internacional de controlo das sentenças arbitrais 168

1. Arbitragem Comercial Internacional: diferentes perspetivas sobre a sua conceção 168

2. Âmbito, natureza e função do direito à anulação das sentenças arbitrais na arbitragem internacional e distinção do direito ao respetivo reconhecimento e execução 179

2.1. No direito internacional geral e regional 182

2.2. No direito comparado: a LMU e os casos português, inglês, francês e brasileiro 193

3. Enquadramento do direito à anulação no sistema internacional de controlo das sentenças arbitrais: diferentes perspetivas quanto ao seu efeito, consequências práticas e soluções propostas 229

V. A validade da renúncia, por acordo das partes, ao direito a requerer a anulação da decisão arbitral internacional nos diferentes sistemas jurídicos..... 243

1. A situação vigente (*de jure constituto*) 243

1.1. No direito internacional geral e regional 243

1.2. Direito comparado: os casos português, inglês, francês e brasileiro 247

1.2.1. Sistemas jurídicos que estabelecem expressamente a irrenunciabilidade do direito de requerer a anulação da sentença arbitral internacional: os casos português e inglês 248

1.2.2. Sistemas jurídicos que preveem a possibilidade de renúncia ao direito de requerer a anulação da sentença arbitral internacional: o caso francês..... 252

1.2.3. Sistemas jurídicos que não regulam expressamente a matéria: o caso brasileiro..... 259

2. Validade da renúncia, por acordo das partes, ao direito a requerer a anulação da sentença arbitral internacional nos diferentes sistemas jurídicos: posição adotada e apreciação da sua aplicação, *de jure constituendo*, no direito português..... 263

2.1. Cumprimento dos requisitos subjetivos de validade da renúncia..... 265

2.2. Cumprimento dos requisitos objetivos de validade da renúncia: limites e critérios a ponderar 266

2.3. O caso português: posição *de jure constituendo*..... 282

3. Contributo da solução adotada para uma maior coerência do sistema de controlo das sentenças arbitrais na arbitragem internacional 284

3.1. Reforço da autonomia privada, fundamento da arbitragem internacional, também na fase pós-sentença arbitral 284

3.2. Garantia do controlo pelos Estados do conteúdo essencial do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva na arbitragem, em particular, dos interesses públicos, indisponíveis pelas partes, no momento do reconhecimento e execução 286

3.3. Maior articulação entre os meios de impugnação da sentença arbitral, e respetivos efeitos, no sistema internacional de controlo das sentenças arbitrais 287

3.4. Compatibilidade e abertura a outras soluções de controlo da sentença arbitral, quer as já existentes, quer as que venham a ser implementadas no futuro 288

VI. Conclusões, recomendações e questões para o futuro 289

Bibliografia 309

Índice 346