

JURA NOVIT CURIA E A ARBITRAGEM INTERNACIONAL



ANTÓNIO PINTO LEITE

Advogado e árbitro.

ÁREA DO DIREITO: Arbitragem; Internacional

RESUMO: O presente estudo tem como objecto a aplicação do princípio *jura novit curia* na arbitragem internacional. Procuo salientar que a aplicação daquele princípio, com respeito pelo princípio do contraditório, é a melhor solução para a arbitragem internacional. Seja porque a arbitragem internacional é uma complexa Torre de Babel jurídica, seja porque os regimes nacionais de aplicação do direito estrangeiro não oferecem resposta suficiente, seja por razões de ética arbitral ou de adequação à presente circunstância histórica, com forte predominância dos direitos e das jurisdições nacionais, seja pelo acolhimento constitucional conferido à arbitragem em diversas ordens jurídicas, o árbitro deve dispor de liberdade de investigação e de determinação do direito aplicável e respectivo conteúdo, bem como sobre a interpretação das normas relevantes e a sua aplicação ao caso sob julgamento. Pela sua relevância, o princípio do contraditório deve merecer um temor reverencial por parte do árbitro, quer pela sinistralidade arbitral a que o seu desrespeito pode dar origem, quer porque confere a melhor segurança para o exercício jurisdicional *ex-officio*.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem internacional – *Jura novit curia* – Princípio do contraditório

ABSTRACT: This study concerns the application of the principle of *jura novit curia* in the context of international arbitration. It is my intention to highlight that the application of such principle, in respect of the contradictory principle, is the best solution for the international arbitration. Shall it be because international arbitration is a complex legal Tower of Babel, because the national regimes of application of foreign law do not offer sufficient answer, because of the arbitration ethics, because of the harmonization with the present historical circumstances, with a strong predominance of the national laws and jurisdictions, or because the constitutional recognition of the arbitration in different legal systems, the arbitrator shall be free to investigate, determine the applicable law and its respective content, as well as to interpret the relevant rules and its application to the case under judgment. Based on its relevance, the contradictory principle shall deserve a reverential fear by the arbitrator, not only because of the arbitral accidents that its disrespect may originate, but also because it confers a greater security in the exercise of the jurisdictional *ex-officio*.

KEYWORDS: International arbitration – *Jura novit curia* – Contradictory principle

SUMÁRIO: 1. A questão – 2. *Jura novit curia* – O conceito – 3. A *Torre de Babel* jurídica – 4. A arbitragem internacional e os regimes nacionais de aplicação do direito estrangeiro pelo juiz – 5. Questões a resolver pelo árbitro – Os trabalhos de Hércules – 6. *Jura novit curia* e ética arbitral – 7. *Jura novit curia* e o realismo quanto à fase histórica da arbitragem internacional – 8. *Tableau de bord* do árbitro internacional – 9. *Jura novit curia* e princípio do contraditório.

1. A QUESTÃO

Na arbitragem internacional¹ não é linear nem consensual qual a margem de intervenção dos árbitros na determinação do direito aplicável, na aquisição de informação sobre o direito aplicável, na determinação do seu conteúdo e, finalmente, na sua aplicação ao caso sob julgamento. Até onde podem os árbitros ir, como devem proceder? Qual o seu papel e o papel das partes, e qual o papel dos árbitros em função da concreta atividade processual das partes (por ação e por omissão)?

No plano do processo civil, a tendência nos países da *common law* (e em alguns sistemas da *civil law*)² é a de seguir o modelo adversarial, com predominância do princípio do dispositivo, nos termos do qual o julgador se deve conter no perímetro das questões de fato e de direito alegadas e provadas pelas partes. Nestas questões se inclui a alegação e prova do chamado fato normativo,³ isto é, do direito aplicável e seu conteúdo.⁴

1. Este artigo é a adaptação da palestra que fiz na VIII Conferência de Arbitragem Internacional do Rio de Janeiro, em 08.05.2012.
2. Na França, a lei estrangeira apenas é aplicada se invocada e provada por uma das partes. Se as partes não alegam nem provam, o tribunal não é obrigado a aplicar direito estrangeiro no caso de direitos disponíveis, apenas sendo obrigado quando estejam em causa “*droits indisponibles*”.
3. O conceito de “fato normativo” aparece atribuído a Salvatore Satta, em artigo publicado na *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1955, conforme refere Diego Corapi. *Jura novit curia nell'arbitrato internazionale*. RARB 30/186. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2011.
4. Nos tribunais judiciais do Reino Unido a aplicação de lei estrangeira tem que ser alegada e provada pelas partes. O juiz deve decidir apenas com base nas alegações e nas provas produzidas pelas partes – Regra 33.7 das *Regras de Processo Civil*; ver DICEY; MORRIS; COLLINS. *The conflict of laws*. 14. ed. Sweet & Maxwell, 2006, n. 9-001. Em contraste, o English Arbitration Act de 1996 confere aos árbitros o poder de determinar o direito aplicável (section 34, (2), g.). Igualmente no Reino Unido, o Regulamento de Arbitragem do LCIA (22.1 c)), confere ao tribunal arbitral amplos

Por sua vez, a tendência nos países da *civil law* (e em alguns países da *common law*)⁵ é marcada pelo princípio *jura novit curia*, nos termos do qual cabe ao tribunal a aplicação do direito aos fatos alegados e provados pelas partes. Neste âmbito, a aplicação de lei estrangeira é tratada como uma questão de direito e não como uma questão de fato.⁶

Como proceder quando o julgador é um árbitro e o contexto uma arbitragem internacional?

Em síntese, como deve um árbitro, no âmbito de uma arbitragem internacional, proceder nas seguintes situações: (a) determinação do direito nacional (ou outro) aplicável, (b) determinação das normas aplicáveis e sua interpretação (conteúdo do direito aplicável), (c) processo de aquisição da informação sobre o direito aplicável e seu conteúdo, respeitando o princípio do processo equitativo e, por fim, (d) aplicação do direito ao caso concreto?

Neste artigo, irei reflectir sobre a aplicação do princípio *jura novit curia* na arbitragem internacional e procurar salientar como este princípio, com respeito pelo princípio do contraditório, é a melhor solução.⁷

poderes: "(...) Arbitral Tribunal should itself take the initiative in identifying the issues and ascertaining the relevant facts and the law(s) or rules of law applicable to the arbitration (...)".

5. Nos Estados Unidos da América, o art. 44.1 das Regras Federais de Processo Civil estabelece que na determinação e aplicação de lei estrangeira, o tribunal pode considerar qualquer meio ou fonte, incluindo testemunhas, submetidas ou não pelas partes, e que a determinação da lei aplicável "must be treated as a ruling on a question of law".
6. A lei alemã é um exemplo sugestivo. Nos termos do art. 293 do respetivo Código de Processo Civil, a lei aplicável noutra Estado deve ser provada apenas na medida em que não seja do conhecimento do tribunal. Na identificação destas normas legais, o tribunal não está limitado às provas produzidas pelas partes e tem o poder de usar outras fontes de conhecimento e ordenar o que seja necessário para adquirir aquele conhecimento.
7. No Relatório da Conferência Bienal do "Committee on International Arbitration", que teve lugar no Rio de Janeiro, em 2008, a Recomendação 8 vai no sentido de que "arbitrators may question the parties about legal issues the parties have raised and about their submissions and evidence on the contents of the applicable law, may review sources not invoked by the parties relating to those legal issues and may, in a transparent manner, rely on their own knowledge as to the applicable law as it relates to those legal issues", Filip De Ly, Luca Radicati di Brozolo e Mark Friedman. *Ascertaining the contents of the applicable law in international commercial arbitration* (Report for the Biennial Conference in Rio de Janeiro, August 2008). *RArb* 26/166. São Paulo: Ed. RT. iul.-set. 2010.

2. *JURA NOVIT CURIA* – O CONCEITO

O princípio *jura novit curia* significa, em termos literais, o tribunal conhece o direito. De um lado, as partes cuidam dos factos (alegação e prova), do outro lado, o tribunal cuida do direito. Este entendimento tem tradução noutro brocardo latino *da mihi factum, dabo tibi jus* (“dá-me os factos, dar-te-ei o direito”).

Dissecando o princípio, vemos que tem cinco elementos estruturantes.

Primeiro elemento, o tribunal conhece o direito, no sentido de que *aplica* o direito. Isto é, cabe ao tribunal a responsabilidade última de determinar qual o direito aplicável, qual o seu conteúdo e correta interpretação e, por fim, proceder à aplicação do direito aos fatos da causa.

Segundo elemento, o tribunal conhece o direito, no sentido de que *sabe* o direito a aplicar. Não existe a presunção de que o tribunal, necessariamente, *sabe* o direito à partida, mas existe a presunção de que o tribunal *sabe* o direito no momento da decisão. A presunção de que o tribunal *sabe* o direito que vai aplicar é condição do primeiro elemento, isto é, o tribunal apenas dispõe do poder de aplicar o direito com relevante grau de liberdade porque se presume *saber* o direito a aplicar.

Terceiro elemento, condição necessária do elemento anterior, o tribunal não só pode como deve investigar, por sua iniciativa e podendo ir além do princípio do dispositivo, qual o direito aplicável e o respetivo conteúdo, única forma de, concetualmente, se assegurar que à *liberdade* de decisão do tribunal estão associados os instrumentos adequados para o exercício dessa sua (tão grande) *responsabilidade*.

Quarto elemento, consequência lógica do anterior, o direito não carece de ser provado pelas partes, precisamente porque é suposto o tribunal conhecer (no sentido de *saber*) o direito aplicável.

Quinto elemento, na determinação do direito aplicável, na aquisição de informação sobre o mesmo, na sua interpretação e aplicação, o tribunal não está condicionado pela atividade processual das partes, podendo proceder à re-caracterização jurídica dos fatos⁸ e decidir com base em ordenamento legal, norma jurídica ou entendimento diversos daqueles que foram alegados pelas partes.

8. Em alguns casos considerou-se que o tribunal poderia mesmo modificar a causa de pedir, caso o pedido do autor não fosse consequência da causa de pedir alegada, mas fosse consequência de outra causa de pedir que resultasse dos fatos alegados, por exemplo. Supremo Tribunal da Bélgica, 14.04.2005, Jur. Liège, Mons et Bruxelles, 2005, 856.

3. A TORRE DE BABEL JURÍDICA

A aplicação do princípio *jura novit curia* na arbitragem internacional propõe questões de natureza específica.

A questão ganha particular complexidade porque na arbitragem internacional o julgador não só terá de lidar com mais de uma ordem jurídica nacional, como terá, em regra, de aplicar direito diferente do direito aplicável na ordem jurídica do seu país.

Nesse sentido, os árbitros atuam no contexto de uma verdadeira *Torre de Babel* jurídica, não conhecendo, em muitas situações, o direito aplicável.

Gabriele Kaufmann-Kohler, uma das personalidades mais distintas e experientes da arbitragem internacional, identificou este ponto de modo incisivo: “Reflecting back on the cases in which I have been involved as an arbitrator, (...) I realized that I have disputes under German, French, English, Polish, Hungarian, Portuguese, Greek, Turkish, Lebanese, Egyptian, Tunisian, Moroccan, Sudanese, Liberian, Korean, Thai, Argentinean, Colombian, Venezuelan, Illinois, New York (...) and Swiss law. Do I know these laws? Except for New York law (...) and Swiss law(...) the answer is clearly no. So how did I apply a law unknown to me? By ignoring it? By focusing on the facts and the equities? How did I become educated in the law? How did counsel teach me?”⁹

Pelo seu lado, as estatísticas da CCI relativas ao ano de 2009 evidenciam que em 817 casos foram aplicados 91 leis nacionais diferentes. Mais ainda, tão pouco existe uma qualquer tendência hegemônica de uma legislação nacional sobre as outras: Reino Unido (14,3%), Suíça (13,1%), França (17,2%), EUA (7,1%), Alemanha (6%) e Brasil (2,6%).¹⁰

4. A ARBITRAGEM INTERNACIONAL E OS REGIMES NACIONAIS DE APLICAÇÃO DO DIREITO ESTRANGEIRO PELO JUIZ

Na *Torre de Babel* jurídica que a arbitragem internacional é, o princípio *jura novit curia* enfrenta uma dificuldade suplementar, uma vez que não é linear a analogia com o papel do juiz. Na verdade, o princípio foi pensado para o caso regra, ou seja, para o juiz que aplica o seu direito nacional, que conhece, enquanto que na arbitragem internacional o árbitro pode não conhecer, e em regra não conhece, o conteúdo do direito aplicável.

9. G. KAUFMANN; KOHLER. The arbitration and the law: does he/she know it? How? And a few more questions. 21 *Arb. Intil*, 2005, 631f.

10. *ICC Bulletin*, vol. 21 (1), 2010, p. 14.

Acresce que, por natureza, na arbitragem internacional não há direito estrangeiro. De fato, o árbitro não deve confundir direito *estranho* (que lhe é estranho) com direito *estrangeiro*.

Esta realidade tem consequências: por um lado, o regime de determinação e aplicação de direito *estrangeiro* pelo juiz estadual não tem transposição direta para aplicação pelo árbitro de direito que lhe é *estranho*; por outro lado, ao procurar apoio no regime aplicável aos juizes, o árbitro confronta-se com o fato de os direitos nacionais terem regras muito variadas sobre aplicação do direito estrangeiro, combinando de modo diverso o papel das partes e a investigação oficiosa do tribunal;¹¹ finalmente, não existindo, por natureza, direito estrangeiro em arbitragem internacional e sendo as regras nacionais sobre aplicação de direito estrangeiro destinadas ao poder judicial, mesmo se tais regras forem tomadas como referência pelo árbitro, poderão ser inadequadas ou mesmo inaplicáveis.

Sem prejuízo de todas estas dificuldades, é prudente que o árbitro, no procedimento de determinação de qual o direito aplicável e seu conteúdo, tome em consideração o regime legal de aplicação do direito estrangeiro pelo juiz, aplicável quer no lugar da arbitragem, quer na jurisdição onde a sentença deverá ser reconhecida ou executada. De fato, em caso de a sentença arbitral vir a ser impugnada, sujeita a processo de reconhecimento ou executada, o enquadramento da questão poderá vir a ser feito pelos tribunais estaduais tomando por referência o regime nacional de aplicação do direito estrangeiro pelo juiz.

O caso português, típico de um sistema da *civil law*, é útil para esta análise. Nas arbitragens em que o direito português apareça como *lex arbitri*, ou seja, *grosso modo*, as arbitragens com sede em Portugal, não são de excluir os riscos de anulação de uma sentença arbitral, em caso de grave falta de diligência do tribunal arbitral na determinação do direito aplicável e respectivo conteúdo, com influência no destino da causa.

Segundo a lei portuguesa, àquele que invocar direito consuetudinário, local ou *estrangeiro*, compete fazer prova da sua existência e do seu conteúdo; mas o tribunal deve procurar, oficiosamente, obter o respectivo conhecimento (art. 348, n. 1, do Código Civil português).

A lei vai mais longe quanto ao dever de diligência do juiz: o conhecimento oficioso incumbe também ao tribunal, sempre que nenhuma das partes o tenha

11. É importante relevar que mesmo no âmbito dos países da *civil law* há diferenças. Os tribunais franceses, por exemplo, são severos no cumprimento do princípio do contraditório e no sentido de evitar decisões que possam surpreender as partes, enquanto os tribunais suíços ou austríacos são mais flexíveis quanto a este ponto.

invocado, ou a parte contrária tenha reconhecido a sua existência e conteúdo ou não haja deduzido oposição (art. 348, n. 2).

Isto é, na ordem jurídica portuguesa o julgador tem o dever de investigar, independentemente do ónus da prova da parte alegante, da falta de oposição da parte contrária, ou mesmo havendo acordo entre as partes.

Este regime deve ser conjugado com a expressa consagração constitucional dos tribunais arbitrais. O art. 209 da Constituição Portuguesa, depois de enunciar, no n. 1, as “categorias de tribunais”, refere, no n. 2, que “podem existir tribunais marítimos, tribunais arbitrais e julgados de paz”.

Por outro lado, no art. 203, a Constituição preceitua que “os tribunais apenas estão sujeitos à lei”. Desta norma se tem retirado, quer a imposição constitucional de independência e imparcialidade dos árbitros,¹² quer o princípio constitucional da legalidade do conteúdo das decisões jurisdicionais.¹³

A patologia de uma sentença arbitral proferida sem respeito à legalidade do seu conteúdo, não por erro de julgamento, mas com origem em passividade do tribunal na determinação do direito aplicável e respetivo conteúdo, poderia encontrar enquadramento, desde logo, na violação do direito fundamental à tutela jurisdicional efectiva e na violação do princípio da legalidade. Igualmente se pode conceber a violação do direito ao processo equitativo – direito também consagrado na Constituição Portuguesa, art. 20, n. 4 –, uma vez que o *due process* pressupõe a existência de um tribunal que, ao decidir, *sabe* o direito, condição necessária para poder assegurar o fim último da função jurisdicional, tal como constitucionalmente concebida.

É certo que o tribunal judicial de anulação (ou do reconhecimento) não poderia conhecer do mérito ou de eventuais erros de julgamento; todavia, coisa diferente seria sindicar a atividade do tribunal arbitral e aferir o grau de diligência com que o tribunal procurou identificar o direito aplicável e o seu conteúdo.

Serve este exemplo de uma jurisdição da *civil law* para sublinhar a importância do princípio *jura novit curia* na arbitragem internacional e de como a condução de um procedimento arbitral segundo um modelo meramente ad-

12. Miguel Galvão Teles ensina que “a independência e imparcialidade do órgão transpõem-se para os árbitros, convolvando-se em deveres com âmbito alargado” (Processo equitativo e imposição constitucional da independência e imparcialidade dos árbitros em Portugal. *RArb* 24/127. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2010).

13. José Lebre de Freitas. *Código do Processo Civil anotado*. São Paulo: Almedina, 2001. vol. 2, p. 658.

versarial, com plena hegemonia do princípio do dispositivo e passividade do tribunal em matéria de investigação do “fato normativo”, pode conduzir a situações de sinistralidade arbitral, designadamente em ordens jurídicas em que há fundamento, incluindo constitucional, para aproximação dos deveres do árbitro aos deveres do juiz.

5. QUESTÕES A RESOLVER PELO ÁRBITRO – OS TRABALHOS DE HÉRCULES

Para se aferir a importância do princípio *jura novit curia*, é relevante compreender a complexidade do contexto de actuação do árbitro no âmbito de uma arbitragem internacional. Chamei ao rol imenso e sofisticado de questões que o árbitro tem para resolver de os trabalhos de Hércules, tal o grau de exigência que sobre ele impende.

Em arbitragem internacional, o árbitro tem *questões macro* e *questões micro* para resolver.

No plano das *questões macro*, o árbitro tem de decidir qual a lei aplicável às diversas questões relativas à arbitragem.

Em primeiro lugar, qual a lei aplicável à existência, validade, âmbito e efeitos da convenção de arbitragem.

Em segundo lugar, qual a lei aplicável à capacidade das partes e à arbitrabilidade do litígio.

Em terceiro lugar, qual a lei aplicável ao procedimento arbitral.

Em quarto lugar, qual a lei aplicável ao mérito, podendo ter de vir a decidir sobre *conflict of law rules*.

Em quinto lugar, o árbitro deve conhecer e conduzir o procedimento tendo também em consideração as leis nacionais do reconhecimento e execução da sentença arbitral, de modo a assegurar a sua validade nessas outras jurisdições.

Finalmente, o árbitro deve ter presente, em crescente número de casos, regimes de direito não nacionais, como a *lex mercatoria*, princípios transnacionais, princípios Unidroit relativos aos contratos comerciais internacionais, usos e costumes locais.

Encontrado o direito aplicável, seguem-se as *questões micro* a resolver pelo árbitro: é preciso determinar o conteúdo desse mesmo direito.

O árbitro que busque, conscienciosamente, a legalidade do conteúdo da sua decisão tem aqui uma tarefa de enorme exigência, quando é certo que na maioria dos casos estará decidindo segundo um direito para si desconhecido.

Não bastará ao árbitro o texto da lei, mas a sua interpretação, a sua adequada aplicação ao caso concreto, os precedentes jurisprudenciais e o conhecimento da doutrina relevante.

Considerando a diversidade cultural e jurídica, quer das partes, quer dos próprios árbitros, a tensão entre o princípio do dispositivo e o princípio do inquisitório aflorará de modo inevitável, devendo o árbitro gerir esta tensão com a prudência necessária à protecção da validade da sentença arbitral, nas diversas ordens jurídicas envolvidas, e, ao mesmo tempo, respeitando o seu dever de assegurar a legalidade do conteúdo da sua decisão.

6. *JURA NOVIT CURIA* E ÉTICA ARBITRAL

A par dos deveres que para o árbitro resultam da lei ou da *soft law*, e das obrigações que resultam do contrato celebrado com as partes litigantes para dirimir o litígio que as opõe, o árbitro deve reportar a princípios éticos no exercício da sua função.

Ora, há várias dimensões éticas que concorrem a favor do princípio *jura novit curia* na arbitragem internacional, temperado pelo princípio do contraditório.

Desde logo, importa reter as considerações de Julian Lew: “The expectations is that a tribunal will correctly apply the substantive rules to issues presented in each case. The need to ascertain the content of the applicable law is an essential task of the international arbitral tribunal”.¹⁴ Isto é, o árbitro deve ter presente o patamar de exigência em que a arbitragem internacional o coloca: tendo de decidir segundo um direito que lhe é estranho, é esperado, na hora de decidir, que o árbitro se sinta, em consciência, preparado para decidir, no caso concreto, como se estivesse decidindo segundo o direito da ordem jurídica do país a que pertence. Este patamar exige uma liberdade de investigação por parte do árbitro, que o princípio *jura novit curia* assegura.

Por outro lado, o árbitro tem um dever ético que não deve esmorecer perante a enorme margem de poder que lhe é conferida pelas partes: o dever de assegurar, ou de tudo fazer para assegurar, que a sentença arbitral seja válida perante as leis nacionais relevantes no caso concreto. Ora, tendo presente a complexidade contextual descrita no ponto anterior, este dever ético não é compatível com a limitação da faculdade do árbitro de diligenciar, para lá das

14. Julian D. M. Lew QC. *Jura novit curia* and due process. *Legal Studies Research Paper* 72/2. Queen Mary University of London, School of Law, 2010.

alegações e provas produzidas pelas partes, sobre o direito aplicável e o seu conteúdo.

Igualmente, cabe nos deveres éticos de um árbitro contribuir para a *confiança na justiça arbitral*. Recuperando o princípio da legalidade do conteúdo das decisões jurisdicionais, em que se acolhe o sentido último da Justiça, a confiança na justiça arbitral ficaria em crise se esta pudesse ser percebida como um sistema geneticamente apto a tomar decisões de conteúdo não legal, ou a seguir procedimentos erráticos de aplicação da lei.

Num terceiro patamar de consideração ética, está o *profissionalismo* do árbitro internacional.

Se o contrato para arbitrar celebrado com as partes já impõe a sua execução pelo árbitro dentro dos ditames da boa fé, com particular incidência no dever de zelo no cumprimento da obrigação de proferir decisão de conteúdo legal, acresce a isso uma dimensão de responsabilidade ética.

Adotando a metáfora de W. Goldschmidt,¹⁵ o árbitro internacional, escolhido entre uma escassa elite de personalidades a nível internacional, não pode bastar-se com a função de um *fotógrafo* do processo, limitando o seu olhar ao que as partes alegam, mas antes deve assumir uma função de *arquitecto* do processo, intervindo na sua construção com a responsabilidade própria de um profissional de quem é exigível a prestação de um serviço de excelência. Neste caso, a excelência do serviço inclui a legalidade do conteúdo da sentença e, para tal, o árbitro não pode ficar condicionado pelas partes quanto à determinação do direito aplicável e do seu conteúdo, nem quanto à aplicação do próprio direito aos fatos.

A diligência do árbitro é, assim, uma decorrência ética e tal diligência em nada interfere com os limites próprios da actuação do árbitro, seja porque não poderá decidir para além do que foi pedido, seja porque a sua diligência não deve produzir uma desigualdade de armas entre as partes, seja porque não deverá decidir surpreendendo as partes ou sem as ouvir sobre os pontos que possam influir no destino da causa.

Num outro plano ético, a diligência do árbitro internacional impõe-se, em muitas situações, como a melhor forma de garantir o *equilíbrio interno do próprio tribunal arbitral*. Na arbitragem internacional, é comum haver apenas um árbitro familiarizado com a lei aplicável, em regra um dos árbitros nomeado

15. *Die Philosophischen Grundlagen des Internationalen Privatrechts, Festschrift für Martin Wolff, Tübingen, 1952, 217*, citado no artigo de coautoria de Filip De Ly, Luca Radicati di Brozolo e Mark Friedman. Op. cit., p. 139.

por uma das partes. Só actuando com diligência, os árbitros, com especial responsabilidade para o árbitro presidente, poderão assegurar o equilíbrio interno do próprio tribunal. É eticamente exigível a cada árbitro internacional que se coloque no mesmo plano de conhecimento jurídico do que os demais árbitros, de modo a ser *par entre pares* na decisão do caso.

Finalmente, note-se, o cumprimento destes deveres éticos está atualmente bastante facilitado, considerando a tendencial harmonização do direito aplicável aos contratos comerciais internacionais e o desenvolvimento exponencial do Direito Comparado, com divulgação intensa de instrumentos do seu conhecimento.

Em conclusão, a ética arbitral reclama o princípio *jura novit curia* na arbitragem internacional.

7. *JURA NOVIT CURIA* E O REALISMO QUANTO À FASE HISTÓRICA DA ARBITRAGEM INTERNACIONAL

Há uma discussão fascinante pela frente em torno da concepção da arbitragem internacional como uma ordem jurídica transnacional e o nosso espírito deve manter prudente abertura à dinâmica do debate em curso.¹⁶

Sem prejuízo do que possa vir a ser o futuro da arbitragem internacional, o princípio *jura novit curia* é o que melhor se adequa à atual fase histórica.

16. Rodrigo Octávio Broglia Mendes aborda a questão na sua tese de doutoramento, defendida em 2008. Em artigo publicado na *Revista de Arbitragem e Mediação*, Regras Imperativas e arbitragem internacional: por um direito transnacional privado? (RArb 19/31. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2008), elaborado com base naquela tese de doutoramento, escreve: “saber se o árbitro deve ou não aplicar regras imperativas dependerá das regras desenvolvidas pela própria ordem jurídica transnacional da arbitragem internacional, argumento que pode se coadunar com uma perspectiva “autónoma” da arbitragem. Isto é, tendo a arbitragem elementos próprios que levam a discussão para além das perspectivas contratualistas, jurisdicionalistas ou híbridas, é preciso se cogitar de um “direito transnacional privado” em contraposição ao direito internacional privado dos Estados, vale dizer, regras de conflito desenvolvidas no âmbito dessa ordem jurídica transnacional que permitiriam decidir sobre a aplicação ou não da regra imperativa, como se faz com a nova *lex mercatória*, no sentido de regras de direito material desenvolvidas a partir de uma normatividade imanente do comércio internacional, e de um direito da arbitragem internacional, com regras processuais derivadas de acordos e tratados internacionais, leis modelos e regras elaboradas pelas entidades privadas que administram procedimentos arbitrais. Esse argumento implica uma modificação do foco, na semântica dogmática, do conflito de vontades para um genuíno conflito entre ordens jurídicas”.

Na atualidade, os Estados têm um papel decisivo para a existência e sustentabilidade da arbitragem internacional, quer através dos instrumentos legais internos, quer através da sua adesão a instrumentos de direito internacional. Igualmente no plano dos Estados, é crucial a função dos respetivos judiciários, quer em sede de ação de anulação,¹⁷ quer em sede de ação de reconhecimento de sentença arbitral estrangeira, quer em sede de execução de sentença arbitral, quer ainda em sede de assistência aos tribunais arbitrais (v.g. providências cautelares, produção de prova). Finalmente, os princípios de ordem pública internacional de cada Estado constituem um reduto incontornável para a arbitragem internacional.

Neste quadro, marcado pela complexidade, pela interconexão e pela sofisticação, a prevalência de um princípio de diligência por parte do árbitro na aplicação do direito é o que melhor se adequa à realidade e é aquele que melhor previne a sinistralidade arbitral.

Por outro lado, não é realista ignorar o fundamento constitucional da arbitragem e as suas consequências, designadamente em jurisdições de matriz romano-germânica.

De novo o caso português pode ser útil. O Acórdão do Tribunal Constitucional n. 181/2007, tirado pelo Conselheiro Paulo Mota Pinto, afirma que “os tribunais arbitrais (necessários e voluntários) são também “tribunais”, com o poder e o dever de verificar a conformidade constitucional de normas aplicáveis no decurso de um processo e de recusar a aplicação das que consideram inconstitucionais”.

Mais, este mesmo Acórdão reconhece expressamente a *admissibilidade de recurso direto para o Tribunal Constitucional da decisão do tribunal arbitral voluntário*.¹⁸

Neste contexto, uma vez mais o princípio *jura novit curia* impõe-se como consequência metodológica natural do paradigma constitucional que, em muitas jurisdições, a arbitragem alcançou.

17. A tese maximalista de que deve ser possível submeter a tribunal arbitral questões com “cap jurídico”, parece-me de rejeitar. Por exemplo, a possibilidade de pedir a um tribunal arbitral que decida sobre um contrato nulo, sem considerar essa mesma nulidade, seria, provavelmente, rejeitada na ordem jurídica portuguesa.

18. “Pode recorrer-se para o Tribunal Constitucional de decisões de tribunais que pertençam à ordem jurídica portuguesa ou nela se situem” – Miguel Galvão Teles. Recurso para o Tribunal Constitucional das Decisões dos Tribunais Arbitrais. *III Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara do Comércio e Indústria*, p. 212.

Finalmente, há um lugar paralelo significativo nos tribunais internacionais, os quais adotam como regra o *jura novit curia*. Assim é com o Tribunal Internacional de Justiça, com o “Appellate Body” da Organização Mundial do Comércio (WTO), com o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem ou com o Tribunal Inter-Americano dos Direitos do Homem.

Também os Princípios Unidroit do Processo Civil Transnacional concorrem no mesmo sentido: “O Tribunal é responsável por considerar todos os factos relevantes e por determinar a base legal correcta para as suas decisões, incluindo de matérias a decidir por lei estrangeira” (22.1).

8. TABLEAU DE BORD DO ÁRBITRO INTERNACIONAL

A aplicação do princípio *jura novit curia* a cada caso concreto oferece dificuldades. Sem ter, naturalmente, a pretensão de ser exaustivo, podemos refletir em algumas orientações para o modo de agir do árbitro internacional.

A primeira orientação consiste, como resulta do exposto, em que a melhor solução para a arbitragem internacional é, fora do quadro de decisões segundo a equidade, a aplicação do princípio *jura novit curia* com respeito pelo princípio do contraditório.

Dois argumentos, desde logo, impõem esta orientação.

Primeiro, o árbitro, tal como o juiz, tem sempre que fazer uma avaliação própria, num quadro de entendimentos diversos. Este processo exige, por definição, uma margem de manobra para o árbitro.

Segundo, quando não se faz prova do direito estrangeiro aplicável e seu conteúdo, o juiz tem, em regra, o direito nacional como direito subsidiário aplicável. Ora, na arbitragem internacional tal regra não existe, pelo que se não se fizesse prova do direito aplicável e seu conteúdo a consequência seria o não reconhecimento dos direitos invocados.

A segunda orientação é a de que a investigação sobre o direito a aplicar – a “base legal correta” – é um dever e não uma mera faculdade do árbitro.

Desde logo, a violação daquele dever pode constituir o árbitro em responsabilidade perante as partes. Na verdade, o “laissez faire” arbitral pode constituir o árbitro em responsabilidade civil quer por violação de obrigações contratuais, quer por violação de deveres jurisdicionais.

Por outro lado, a eventual não aplicação do direito que seria o direito aplicável ao litígio, mesmo não tendo sido alegado pelas partes, pode determinar a anulação ou a recusa do reconhecimento da sentença arbitral, se a não aplicação da “base legal correta” tiver sido consequência de grave falta de diligência

dos árbitros na investigação do direito aplicável e respectivo conteúdo, e não apenas um erro de julgamento.¹⁹

Uma terceira orientação, é a de que na aquisição de informação o tribunal deve seguir, na medida do possível, orientações internacionalmente reconhecidas (e.g. Uncitral Notes on Organizing Arbitration Proceedings, IBA Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration), para assegurar ao máximo o valor da segurança e da certeza jurídicas, bem como a transparência, a objectividade e a “fairness” do processo de aquisição de informação.

Uma quarta orientação é a de que o processo de aquisição de informação e do próprio processo de aplicação do direito deve ter presente a *aparência de independência e de não favoritismo do tribunal arbitral*.

Esta preocupação torna aconselhável, em determinadas ocasiões, o recurso a peritos legais independentes (*independent legal experts*). É conhecida a resistência ou mesmo rejeição desta metodologia por parte de alguma elite arbitral internacional, considerando-a desnecessária, mas situações há em que o valor da aparência de independência do tribunal deve ser actuante no *modus faciendi* do tribunal, em ordem a defender a sentença arbitral em sede de impugnação ou de reconhecimento.

Numa situação em que os árbitros desconhecem, à partida, o direito que vão aplicar e apenas uma das partes requer o depoimento ou junta parecer de um perito legal, ou numa situação em que só um dos árbitros, indicado por uma das partes, conhece o direito aplicável, pode ser, para além de útil, prudente incluir no processo de tomada de decisão um perito legal independente.

Uma quinta orientação é a de que o princípio do dispositivo é limitado pelo *jura novit curia* e este, por sua vez, é conformado pelo princípio da igualdade de armas.

Esta orientação é, por exemplo, relevante perante situações de “adverse inference”, em que uma das partes adota uma conduta de inação ou de defesa negligente quanto às questões legais em discussão. Nestas situações, o árbitro deve, em regra, diligenciar a aquisição da informação, mas deverá ter a cautela de verificar se em alguma das jurisdições conetadas com o litígio a sentença arbitral poderá ser anulada ou recusado o seu reconhecimento por violação do princípio da igualdade de armas.

Uma sexta orientação é a de que o tribunal arbitral pode investigar *ex-officio* mas deve decidir no âmbito do que foi pedido pelas partes.

19. “Failure to apply applicable legal rules (mandatory or permissive) that were not raised by the parties may also open the way for challenge” – Julian Lew, *op. cit.*, p. 12.

Como exemplo, no conhecido caso “Dreyfus vs. Tusculum”, o Tribunal Superior do Quebec anulou, em Dezembro de 2008, uma sentença arbitral que havia declarado nulo um contrato de *joint-venture*, com fundamento em “frustration”, quando as partes haviam colocado o litígio pedindo a aplicação de uma “Valuation and Buyout remedy clause” com fundamento num alegado impasse na *joint-venture*.

Uma oitava orientação: em princípio, os árbitros não devem introduzir questões jurídicas importantes (*legal issues*) – proposições de direito que possam ter influência determinante na decisão da causa – que as partes não tenham levantado.

No entanto, em litígios que envolvam regras de ordem pública ou outras normas que as partes não possam derrogar, pode justificar-se que os árbitros tomem medidas apropriadas para determinar a aplicabilidade e o conteúdo de tais regras, inclusive fazer investigação independente das mesmas, suscitar perante as partes novas questões (de direito ou de facto) e emitir instruções ou ordenar medidas apropriadas, desde que considerem que isso é necessário para dar cumprimento a tais regras ou para prevenir a possível impugnação/anulação da sua sentença.

Finalmente, a orientação mais influente para um bom resultado arbitral: o árbitro deve ter um *temor reverencial pelo princípio do contraditório*. Esta orientação merece uma reflexão autónoma.

9. *JURA NOVIT CURIA* E PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

O princípio do contraditório tem uma dupla função na aplicação do princípio *jura novit curia*: de um lado, limita-o, do outro, é a segurança para o exercício jurisdicional *ex-officio*.²⁰

O árbitro deve ter presente que o princípio do contraditório, se não respeitado, tem o poder de destruir as sentenças arbitrais, estando consagrado nas ordens jurídicas nacionais com estatuto de princípio de ordem pública internacional dos Estados.²¹

20. Vários Regulamentos de arbitragem reflectem este equilíbrio entre o poder dos árbitros e as regras que devem adoptar: LCIA Rules (14, (2)), Regulamento do Centro de Arbitragem Internacional de Singapura de 2010 (art. 16.1), Regulamento de Arbitragem Uncitral (art. 15.1), Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio de Estocolmo (art. 19).

21. Admitindo a divisão entre ordem pública interna e ordem pública internacional, sugere Ricardo Ramalho de Almeida: “Se se admitir essa distinção, a ordem pública

Assim, o árbitro deve accionar sempre o princípio do contraditório em caso de dúvida ou de situações de fronteira.

O árbitro deve, igualmente, tomar conhecimento detalhado de qual o estatuto preciso que é concedido ao princípio do contraditório em cada uma das ordens jurídicas que estão em conexão com o litígio, pois há diferenças que podem ser relevantes.

A título de exemplo, a ordem jurídica portuguesa é uma das que confere um estatuto mais intenso ao princípio do contraditório: o juiz deve observar o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, *salvo caso de manifesta desnecessidade*, decidir questões de facto ou de direito, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham também tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem (CPC, art 3.º, 3). Ou seja, ao princípio do contraditório está associada uma cultura jurídica nacional própria, que o tribunal arbitral deve tomar em conta.

Alguns exemplos ilustram a tensão entre o princípio *jura novit curia* e o princípio do contraditório e deles podem os árbitros colher bons ensinamentos.

Um primeiro caso que merece atenção é a decisão do Tribunal Federal Suíço, de 9 de Fevereiro de 2009, que anulou um acórdão arbitral por *aplicação de regra de direito não alegada pelas partes e sem audição destas*.

O caso merece atenção por se tratar de uma das jurisdições do mundo mais “friendly” para a arbitragem. O Tribunal Federal Suíço anulou uma sentença do Tribunal Arbitral do Desporto, por este ter aplicado uma norma que não era aplicável ao caso, sem ouvir as partes. O que chocou o tribunal judicial foi a consequência resultante do não exercício do contraditório no caso concreto. Na verdade, a norma aplicada pelos árbitros não era aplicável à questão dos autos e teve impacto decisivo na sentença.²² O Tribunal Federal Suíço considerou que a aplicação de norma não alegada pelas partes, não aplicável ao caso *sub*

interna e a ordem pública internacional seriam graficamente representadas por dois círculos concêntricos. Ainda que possa parecer estranho, o círculo *maior*, externo, seria o da ordem pública interna, ao passo que o círculo *menor*, contido no *maior*, seria o da ordem pública internacional. Tratar-se-ia, essa última, para usar uma expressão da doutrina belga (Jean-François Romain, “L’ordre publique (notion generale) et les droits de l’homme”, 1995, p.26), do “núcleo duro” da ordem pública, só esse interessando aos árbitros internacionais (...)” – *Arbitragem Comercial Internacional e Ordem Pública*, 2005, p. 25.

22. *ASA Bulletin*, 2002, p. 493.

judice e sem audição das partes, consubstanciava uma situação intolerável que determinava a anulação da sentença arbitral.

Outro tipo de situação surge quando o tribunal tem *interpretação diferente da norma* que foi discutida, com influência decisiva na causa.

O mesmo Tribunal Federal Suíço, no caso *N.V. Belgium CMB vs. N.V. Distriges* decidiu, em 09.12.2001, contra a anulação da sentença arbitral: “Une partie n’a pas, en principe, le droit de se prononcer sur l’appréciation juridique des faits ni, plus généralement, sur l’argumentation juridique a retenir”. E esclareceu: “Le juge ne viole pas non plus le principe ‘ne ultra petite partium’ s’il donne à une demande une autre qualification juridique que celle qui a été présentée par le demandeurs”.²³

Embora acompanhe o entendimento do tribunal supremo suíço, diria que o árbitro, em situações semelhantes deve agir com a maior cautela, indagando, sobretudo, qual o regime tendencialmente adotado nas jurisdições de anulação e de reconhecimento da sentença arbitral. A jurisdição suíça é muito favorável à arbitragem, pelo que, embora seja muito atraente para a comunidade arbitral, não é necessariamente paradigmática relativamente à generalidade das jurisdições nacionais.

Um outro tipo de situação ocorre quando o tribunal arbitral procede à *re-caraterização jurídica dos fatos*.

No caso *Werfen Austria vs. Pilar Electro*, o Supremo Tribunal da Finlândia revogou, em julho de 2007, duas decisões dos tribunais inferiores que haviam anulado uma sentença arbitral que tinha declarado nulo um contrato de distribuição, com fundamento em iniquidade e abusividade, sendo que tal não havia sido discutido no processo. O supremo tribunal finlandês considerou que as partes tinham sido ouvidas sobre os fatos e que não tinham que ser ouvidas sobre a qualificação jurídica dos fatos.

Este exemplo demonstra bem o risco corrido pelos árbitros (duas decisões anulatórias de dois tribunais inferiores), o que deve ser evitado. Trata-se de uma típica situação de fronteira, em que é recomendável o exercício do contraditório pelo tribunal arbitral.

Termino esta reflexão sobre o *temor reverencial* que os árbitros devem ao princípio do contraditório, com duas questões finais.

Primeira questão, em que momento deve o tribunal arbitral comunicar às partes uma questão relevante relativa à identificação ou investigação do direito

23. O tribunal aplicou a um desportista brasileiro não residente na Suíça, uma norma legal que apenas se aplicava a residentes.

aplicável, ou uma situação nova para o processo relativa ao conteúdo do direito aplicável?

As situações concretas poderão ser de mais variada natureza, mas a regra deve ser comunicada às partes o mais cedo possível.

O princípio da boa fé e os deveres de cooperação não se aplicam apenas às partes entre si e às partes na sua relação com o tribunal. O tribunal arbitral, até por força da sua fonte contratual originária, também está sujeito a esse princípio. A experiência arbitral demonstra como é importante para as partes, nomeadamente para a definição da sua estratégia processual e para a avaliação do custo benefício dessa mesma estratégia, conhecerem, logo que possível, as situações que possam ter impacto nessa mesma estratégia.

Segunda questão, deve o tribunal arbitral privilegiar as ordens processuais ou, antes, a celebração de acordos intraprocessuais? A resposta parece-me bastante evidente: o tribunal arbitral deve procurar criar condições para que todo o processo arbitral, nomeadamente nos seus pontos críticos, seja objeto de acordos intraprocessuais. O acordo das partes, entre si e com o tribunal, sobre os aspectos mais sensíveis do processo arbitral, constitui um elemento importante de pacificação processual, bem como de mitigação do risco futuro de sinistralidade arbitral. Diga-se, em todo o caso, que um acordo celebrado no processo que impedisse ou limitasse decisivamente o poder de investigação do tribunal arbitral na determinação da “base legal correta”, poderia, em tese, vir a ser desconsiderado pelo Judiciário, designadamente de países da *civil law*.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Anulação de sentença arbitral: vinculação de parte não signatária à cláusula compromissória e aplicação do princípio *iura novit curia* à arbitragem. Comentários à Sentença 583.00.2010.214068-4 da 8.ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo, de Vera Cecília Monteiro de Barros – *RARB* 32/309; e
- O caso julgado na arbitragem internacional que tem lugar em território português, de José Lebre de Freitas – *RePro* 159/77.