



INÊS MARIA FERREIRA DA COSTA TORRES VOUGA

**A Arbitragem Transnacional e a Convenção de Viena de
Venda Internacional de Mercadorias**

Dissertação com vista à obtenção do grau
de mestre em Direito, na especialidade de
Direito Forense e Arbitragem

Orientador:

Professor Doutor Luís de Lima Pinheiro, Professor Catedrático da Faculdade de Direito
da Universidade de Lisboa

Co-Orientadora:

Professora Doutora Maria Helena Brito, Professora Catedrática da Faculdade de Direito
da Universidade Nova de Lisboa

Dezembro de 2022



INÊS MARIA FERREIRA DA COSTA TORRES VOUGA

**A Arbitragem Transnacional e a Convenção de Viena de
Venda Internacional de Mercadorias**

Dissertação com vista à obtenção do grau
de mestre em Direito, na especialidade de
Direito Forense e Arbitragem

Orientador:

Professor Doutor Luís de Lima Pinheiro, Professor Catedrático da Faculdade de Direito
da Universidade de Lisboa

Co-Orientadora:

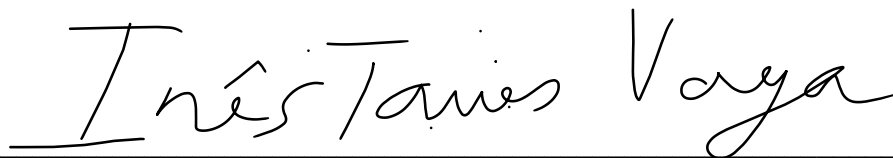
Professora Doutora Maria Helena Brito, Professora Catedrática da Faculdade de Direito
da Universidade Nova de Lisboa

Dezembro de 2022

Declaração de Compromisso Anti Plágio

De acordo com o artigo 22º do regulamento do 2.º Ciclo de Estudos Conducente ao Grau de Mestre em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, declaro por minha honra que o trabalho que apresento é original e que todas as minhas citações estão corretamente identificadas. Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui uma grave falha ética e disciplinar.

Lisboa, Dezembro de 2022

A handwritten signature in black ink, reading 'Inês Maria Ferreira da Costa Torres Vouga'. The signature is written in a cursive style and is positioned above a horizontal line.

(Inês Maria Ferreira da Costa Torres Vouga)

Agradecimentos

A presente dissertação de mestrado envolveu a colaboração de algumas pessoas a quem presto desde já o meu mais sincero e carinhoso agradecimento, e a quem dedico algumas palavras:

Ao Professor Doutor Lima Pinheiro, orientador da dissertação, a quem esta dissertação tanto deve, não só por toda a sua enorme disponibilidade, mas também por toda a sua partilha de conhecimentos e por toda a atenção e dedicação que demonstrou.

À Professora Doutora Maria Helena Brito, co-orientadora da presente dissertação, que não se limitou a desempenhar um simples papel de co-orientadora, mostrando-se sempre disponível para supervisionar, aconselhar e dedicada. Agradeço-lhe também todos os momentos em que tive o gosto de consigo conviver.

À Professora Mariana França Gouveia, a quem devo o meu primeiro contacto com o mundo da Arbitragem, através das suas aulas de Introdução à Arbitragem, que fomentaram o meu desejo e a minha paixão por este ramo do direito.

Ao meu pai, Rui Torres Vouga, que desde o início da minha licenciatura sempre me deu o maior apoio e que, embora não partilhe a minha paixão pelo ramo da Arbitragem, sempre me auxiliou na elaboração da presente dissertação. Espero um dia ter metade dos conhecimentos jurídicos que o meu pai tem.

Por fim, à minha avó, Ana Augusta Ferreira da Costa, por ser o maior exemplo de coragem e perseverança da minha vida.

Epígrafe

“Words are, in my not so humble opinion, our most inexhaustible source of magic, capable of both influencing injury, and remedying it.”

Albus Dumbledore

Modo de Citar e outras Convenções

As referências bibliográficas seguem as normas de estilo das Normas Portuguesas n.ºs ou n.ºs 405-1 e 405-4 do Instituto Português da Qualidade. Cumpre prestar os seguintes esclarecimentos:

– Os elementos bibliográficos consultados serão referidos em nota de rodapé, conforme os números inseridos no texto. Na bibliografia aparecerá uma identificação completa desses elementos, organizados por ordem alfabética e, no caso de obras do mesmo autor, por ordem cronológica do mais antigo ao mais recente;

– No texto, a primeira referência bibliográfica de monografias incluirá APELIDO(S), NOME(S), *Título da Obra*, vol. (se aplicável), local, ano de publicação, p./pp.. As referências subsequentes apresentarão APELIDO(S), NOME(S), *Título da Obra*, *cit.*, p./pp.;

– Caso a referência bibliográfica no texto diga respeito a partes, volumes ou contribuições em monografias, a primeira referência incluirá APELIDO(S), NOME(S), “Título”, in *Título da Obra*, vol./ed. (se aplicável), local, ano de publicação, p./pp.. Nas referências de publicações periódicas aparecerá APELIDO(S), NOME(S), “Título”, *Título da publicação*, local e vol./n.º (se aplicável), ano de publicação, p./pp.. As referências seguintes incluirão APELIDO(S), NOME(S), “Título (abreviado)”, *cit.*, p./pp.;

– Os livros ou artigos eletrónicos seguirão as especificações enunciadas *supra*, consoante o tipo de documento;

– Os recursos eletrónicos incluídos ao longo do texto conterão a ligação da página da internet específica e uma menção à data de consulta. Na bibliografia aparecerá a ligação da página da internet geral e a menção à data da última consulta;

– As referências bibliográficas em nota de rodapé serão apresentadas por ordem cronológica, do mais antigo ao mais recente. Caso duas ou mais referências bibliográficas apresentem a mesma data, será feita uma apresentação por ordem alfabética dessas mesmas referências;

– As citações de obras estrangeiras, realizadas ao longo deste trabalho, serão realizadas na língua original;

– As citações de obras de língua portuguesa serão realizadas de forma integral e sem alterações, mesmo as que são redigidas de acordo com o antigo acordo ortográfico;

– Na redação desta dissertação será utilizado o novo acordo ortográfico, em vigor desde 2009;

– Devido à limitação do número de caracteres, a presente dissertação conta com uma lista de abreviaturas, acrónimos e siglas que serão utilizados ao longo do texto.

O corpo desta dissertação ocupa 197.260 caracteres.

Lista de Abreviaturas, Acrónimos e Siglas

al(s).	álínea
art(s).	artigo
arts.	artigos
cfr.	conferir
CISG	<i>United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods</i>
cit.	citado(a)
ed.	edição, editado(a) por
ICC	<i>International Chamber of Commerce</i>
Ibidem	no mesmo lugar
<i>In</i>	em
<i>Incoterms</i>	<i>International Commercial Terms</i>
LAV	Lei da Arbitragem Voluntária
LUF	Lei Uniforme sobre a Formação dos Contratos de Venda Internacional de Mercadorias
LUVI	Lei Uniforme sobre a Venda Internacional de Mercadorias
nº (s)	número
ONU	Organização Internacional das Nações Unidas
p.	página
pp.	páginas
ss.	seguintes
supra	acima
UE	União Europeia
UNIDROIT	Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado
UNCITRAL	Comissão das Nações Unidas sobre o Direito Comercial Internacional
Vide	ver
Vol.	Volume

Resumo

Os contratos internacionais de compra e venda são o tipo mais comum de contrato internacional, um instrumento jurídico fundamental do comércio internacional e uma força motriz no direito do comércio internacional.

No que concerne aos contratos internacionais, o instrumento internacional mais relevante será, sem dúvida, a *Convenção das Nações Unidas sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias*, ou, em inglês, *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (CISG).

Ora, o número elevado de decisões arbitrais publicadas na base de dados da CISG mostra claramente que os tribunais arbitrais, quando chamados a decidir litígios resultantes de transações/vendas internacionais, aplicam regularmente a CISG ao mérito do litígio. O que demonstra, à partida, o papel essencial que os tribunais arbitrais desempenham na aplicação da CISG na sua prática.

No entanto, não se pode deixar de notar que a articulação entre a arbitragem transnacional e a Convenção tem sido objeto de várias querelas doutrinárias.

Ora, a presente dissertação procura analisar a controvérsia em torno da articulação entre a Convenção de Viena e o universo da Arbitragem Transnacional.

Abstract

International sales contracts are the most common type of international contract, a key legal instrument of international trade and a moving force in international trade law.

As far as international contracts are concerned, the most important international instrument is undoubtedly the *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (CISG).

The high number of arbitral awards published in the CISG database clearly shows that arbitral tribunals, when called upon to decide disputes arising out of international transactions/sales, regularly apply the CISG to the merits of the dispute. This illustrates the essential role that arbitral tribunals play in applying the CISG in practice.

However, one cannot help but to highlight that the interaction between transnational arbitration and the Convention has been the subject of several doctrinal debates.

The present dissertation sets out to review the controversy surrounding the articulation between the Vienna Convention and the universe of Transnational Arbitration.

Introdução

1. Considerações gerais

O objetivo da presente investigação é analisar a aplicação da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Venda Internacional de Mercadorias pelos tribunais arbitrais.

Partindo desta questão principal propomo-nos estudar algumas destas problemáticas relacionadas com a articulação entre estas duas realidades.

De forma a refletir sobre estas questões, o presente trabalho focar-se-á apenas na arbitragem transnacional, ou seja, na arbitragem que tem como objeto situações plurilocalizadas. Excluem-se deste âmbito, as situações puramente internas, onde será aplicável o respetivo Direito da ordem jurídica nacional, por não haver um conflito de leis, sendo dirimidos pelos tribunais arbitrais do respetivo Estado em que se encontrem.

A primeira reflexão incide sobre os preliminares da Convenção, concretamente na sua génese, *i.e.*, na necessidade de uniformização do regime jurídico dos contratos de venda internacionais, bem como dos antecedentes históricos da Convenção.

Proponho-me ainda analisar os pressupostos de aplicação da CISG, particularmente não só o seu âmbito de aplicação, mas também a prerrogativa que as partes dispõem de excluir a aplicação da Convenção e derrogar as suas disposições.

Após este breve contexto dedicado à Convenção de Viena, surge a matéria da Arbitragem Transnacional, incidindo, no seu conceito, na determinação do seu estatuto, através da análise das várias teses que procuram responder a esta querela, seguido de uma delimitação da lei aplicável ao mérito da causa, e terminado com o Direito Transnacional da Arbitragem.

Seguido deste enquadramento, foco-me, finalmente, na questão fulcral a analisar: *de que forma é que os Tribunais Arbitrais têm vindo a aplicar a Convenção de Viena?*

A resposta a esta questão é feita não só através do foco nas diferentes posições doutrinárias de autores nacionais e estrangeiros, mas também através da análise da jurisprudência dos Tribunais nacionais e arbitrais.

Por fim, termino com a análise da possibilidade de aplicação da CISG às convenções de arbitragens.

Capítulo I

A Convenção de Viena sobre a Venda Internacional de Mercadoria

i. Preliminares relativos à Convenção

1. A necessidade de uniformização do regime jurídico das vendas internacionais

A força propulsora do movimento internacional tendente à unificação das regras substantivas aplicáveis ao comércio internacional foi a crescente importância do comércio internacional no princípio do século XIX, como consequência direta da industrialização e do progresso e aumento da celeridade dos meios de transporte, bem como do desenvolvimento das comunicações¹. Embora o direito comercial estivesse em grande parte unificado até ao fim do século XVIII, o século XIX assistiu à “nacionalização” ou domesticação do direito civil e comercial, introduzindo assim um alto nível de desunificação do direito². Todavia, o crescimento do comércio internacional trouxe de volta à agenda a procura da harmonização do direito.

Sendo o contrato de compra e venda de mercadorias considerado o “*contrato mercantil por excelência*” e, por conseguinte, “*o pilar de todo o sistema de relações comerciais*”, desde há muito tempo que estavam em curso esforços para unificar o seu regime jurídico³.

O propósito era elaborar um conjunto de regras internacionalmente uniformes para os casos conexos com uma pluralidade de países, ultrapassando assim as diferenças entre os sistemas jurídicos nacionais, que constituíam um obstáculo às relações económicas entre entidades de diferentes países⁴.

Neste sentido, o principal objetivo deste processo de unificação seria eliminar a incerteza quanto ao regime aplicável aos contratos de compra e venda internacional, proveniente das dificuldades suscitadas pela determinação da lei aplicável⁵.

Além disso, a aplicação das regras de conflitos de leis conduzia, muitas vezes, à aplicação de muitos regimes jurídicos obsoletos, incompletos, fragmentados e inadequados para reger transações internacionais, porque o foco desses regimes estava numa economia pré-industrial e aplicava ao comércio uma perspetiva puramente local. Era, por isso, urgentemente necessário criar um novo regime jurídico adequado ao novo tráfico comercial e económico que estava a emergir⁶.

¹KRÖLL, STEFAN/MISTELIS, LOUKAS/PERALES VISCASILLAS, *UN Convention on Contracts for International Sale of Goods (CISG): A Commentary*, Bloomsbury Publishing, 2018, p. 2.

² *Ibidem*.

³ FERRARI, FRANCO, *International Sale of Goods: Applicability and Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Martinus NIJHOFF Publishers, Leiden-Boston, 2012, p. 2.

⁴ FERRARI, FRANCO, *International Sale of Goods*, cit., p. 3.

⁵ MOURA VICENTE, DÁRIO, “A Convenção de Viena sobre a compra e venda internacional de mercadorias: Características gerais e âmbito de aplicação”, in *Estudos de Direito Comercial Internacional* (coord. Luís de Lima Pinheiro), Vol. I, Almedina, 2004, p. 273.

⁶ KRÖLL, STEFAN/MISTELIS, LOUKAS/PERALES VISCASILLAS, cit., p. 2.

2. Os antecedentes da Convenção de Viena sobre a Venda Internacional de Mercadorias

2.1 UNIDROIT e as Convenções de Haia (ULIS e ULFC)

Este movimento de unificação das regras jurídicas aplicáveis aos contratos de venda internacional de mercadorias foi impulsionado pelo acadêmico austríaco Ernst Rabel, quando, em 1928, sugeriu ao recém-criado UNIDROIT que tomasse a seu cargo o projeto de unificação do direito internacional sobre vendas⁷. Seguindo esta sugestão, o UNIDROIT decide criar um comitê encarregue de elaborar uma lei uniforme para vendas internacionais. Esse comitê apresentou, em 1934, um esboço preliminar e, após os comentários de diversos Estados-Membros da Liga das Nações, o Conselho de Administração do UNIDROIT adotou, em 1939, uma versão revista do aludido esboço preliminar.

Em 1951, o governo dos Países Baixos convocou uma Conferência Diplomática, na Haia, na qual foi debatido o esboço da Lei Uniforme sobre a compra e venda apresentado em 1935⁸.

Desta Conferência, surgiu uma nova comissão especial de vendas⁹, que produziu dois projetos de lei: um projeto de Lei Uniforme relativa à compra e venda internacional, e um projeto de regulamentação uniforme sobre a formação dos contratos de compra e venda internacional de mercadorias.

Em 1964, numa Conferência Diplomática realizada na Haia, 28 Estados adotaram estes dois projetos submetidos pelo UNIDROIT: duas Convenções que incluíam, em anexo, a LUVI¹⁰ e a LUF¹¹.

Contudo, estas Convenções, que entrarem em vigor em 1972, não atingiram o sucesso esperado: apenas um número muito limitado de Estados as ratificou¹² e, consequentemente, não foram amplamente aplicadas no comércio internacional¹³.

São vários os motivos que têm sido apontados para justificar o insucesso destas Convenções: poderes signatários essenciais em falta (como a França e os Estados Unidos), cuja influência teria sido inestimável para o desenvolvimento destas disposições¹⁴; devido ao reduzido número de Estados representados na conferência diplomática, as regras adotadas estavam mais estreitamente relacionadas com o comércio

⁷ HUBBER, PETER/MULLIS, ALASTAIR, *The CISG: A New Textbook for Students and Practitioners*, European Law Publishers, 2007, p. 2.

⁸ FERRARI, FRANCO, *International Sale of Goods*, cit., pp.4-5.

⁹ HUBBER, PETER/MULLIS, ALASTAIR, cit., p.3.

¹⁰ Cujo texto integral, na sua versão original, está acessível on-line in: <https://www.unidroit.org/instruments/international-sales/ulis-1964/>.

¹¹ Cujo texto integral, na sua versão original, está acessível on-line in: <https://www.unidroit.org/instruments/international-sales/ulfc-1964/>.

¹² Foram ratificadas, pela Bélgica, Gâmbia, República Federal da Alemanha, Israel (apenas ratificou a ULIS), Itália, Luxemburgo, Países Baixos, San Marino e o Reino Unido.

¹³ HUBBER, PETER/MULLIS, ALASTAIR, *The CISG: A New Textbook*, cit., p. 3.

¹⁴ Cfr. SCHLECHTRIEM, PETER/BUTLER, PETRA, *UN Law on International Sales: The UN Convention on the International Sale of Goods*, Springer, 2009, p. 1.

entre países com atitudes similares relativamente ao comércio internacional¹⁵; ausência de objetividade no que diz respeito aos princípios gerais dos contratos; excesso de urgência e pressão na adoção das Convenções¹⁶.

2.2 UNCITRAL e a Convenção de 1980

Em 1966, na pendência do processo de ratificação das aludidas Convenções de Haia, surgiu um novo interveniente na tentativa de harmonizar o direito de vendas internacional: a UNCITRAL.

Depois de consultar os Estados membros da ONU sobre a sua posição a respeito destas Convenções¹⁷, a UNCITRAL criou, em 1968, um grupo de trabalho encarregue de aferir “*que modificações dos textos existentes podem torná-los capazes de uma aceitação mais ampla pelos países de diferentes sistemas jurídicos, sociais e económicos, ou se será necessário elaborar um novo texto para o mesmo objetivo*”¹⁸.

Rapidamente se tornou evidente que uma revisão da LUVI e da LUF só seria bem-sucedida se introduzisse alterações substanciais, pelo que a UNCITRAL pediu ao grupo de trabalho para preparar um novo texto suscetível de receber uma aceitação mais ampla¹⁹.

Em 1978, o grupo de trabalho apresenta um projeto de Convenção (“*The New York Draft*”), que abrangia tanto as regras específicas sobre as vendas, como as regras sobre a formação de contratos de venda. É com base neste projeto, que a Assembleia Geral da ONU decide autorizar a convocação duma Conferência Diplomática²⁰.

Foi nesta Conferência, realizada em Viena entre 10 de março e 11 de abril de 1980, que veio a ser adotada a Convenção da ONU sobre os Contratos para Venda Internacional de Mercadorias de 1980. A Convenção entrou em vigor em 1 de janeiro de 1988, em onze Estados²¹.

¹⁵ Cfr. KRÖLL, STEFAN/MISTELIS, LOUKAS/PERALES VISCASILLAS, *UN Convention on Contracts for International Sale of Goods*, cit., p. 3.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Cfr. NDULO, MUNA, “*The Vienna Sales Convention 1980 and the Hague Uniform Laws on International Sale of Goods 1964: A Comparative Analysis*”, in *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 38, No. 1, Cambridge University Press, 1989, p. 3.

¹⁸ Registos Oficiais da Conferência da ONU sobre Contratos para a Venda Internacional de Mercadorias, document A/CONF.97/6, acessível on-line in:

<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/a-conf-97-19-ocred-eng.pdf>

¹⁹ FERRARI, FRANCO, *International Sale of Goods*, cit., pp. 8-9.

²⁰ SCHLECHTRIEM, PETER/BUTLER, PETRA, *The CISG: A New Textbook*, cit., p. 3.

²¹ A Convenção entrou em vigor em 11 Estados, nomeadamente, Argentina, China, Egito, Estados Unidos da América, França, Hungria, Itália, Lesotho, Jugoslávia, Síria e Zâmbia. Cfr. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09951_e_ebook.pdf e https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09951_e_ebook.pdf

Até 2021, mais de noventa Estados ratificaram a Convenção²², representando, coletivamente, mais de três quartos do comércio mundial total²³.

Este êxito resulta de vários fatores. Em primeiro lugar, destaca-se a linguagem neutra da CISG, baseada num espírito de compromisso²⁴. Também deve ser salientada a sua flexibilidade. Neste sentido, a Segunda Parte da Convenção contempla regras sobre a formação do contrato, e a Terceira Parte prevê o seu regime; contudo, permite-se que os Estados signatários adiram a ambas ou apenas a uma destas partes (art. 92º). Ademais, nos termos do art. 6º, é permitido às partes excluir a aplicação da Convenção ou, com a exceção do art. 12º, derrogar qualquer disposição ou modificar os seus efeitos. Segundo ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, estas disposições constituem uma expressão do princípio da autonomia das partes, um dos grandes princípios da CISG²⁵.

ii. Pressupostos para a aplicação da Convenção

A Convenção não se aplica a todas as vendas internacionais, nem a todas as operações de venda, o que suscita a questão da sua aplicação em razão da matéria e em razão do lugar.

1. Âmbito material

1.1 Conceito de «Contrato de Compra e Venda»

Nos termos do art. 1º/1, a Convenção tem como objeto «os contratos de compra e venda de mercadorias». A aplicação da Convenção pressupõe, portanto, i) a existência dum contrato de compra e venda, que ii) recaia sobre mercadorias.

Desde logo, a CISG não oferece uma definição de contrato de compra e venda²⁶. Contudo, dos arts. 30º e 53º da CISG, que estabelecem, respetivamente, as obrigações a cargo do vendedor e do comprador, extraem-se os elementos caracterizadores do conceito de “compra e venda” à luz da Convenção²⁷.

Assim sendo, constitui um contrato de compra e venda, no sentido da Convenção, o contrato do qual decorre, para uma das partes (o vendedor), a *obrigação de entregar mercadorias, transferir a propriedade sobre estas e, caso seja pertinente, a obrigação de*

²² A lista completa de Estados signatários da Convenção encontra-se disponível em: <https://iicl.law.pace.edu/cisg/page/cisg-list-contracting-states>

²³ Cfr. LOOKOFKY, JOSEPH, *Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG)*, Kluwer Law International, 2020, pp. 4-9.

²⁴ Cfr. SOVERAL MARTINS, ALEXANDRE, *Compra e Venda Internacional de Mercadorias: a CISG*, Edições Almedina, 2021, p. 11.

²⁵ Cfr. SOVERAL MARTINS, ALEXANDRE, *Compra e Venda Internacional*, cit., p. 12.

²⁶ Esta omissão dum definição deve-se ao facto de não se verificarem divergências relevantes entre as noções de contrato de compra e venda nos diferentes sistemas jurídicos. Cfr. FERRARI, FRANCO, *International Sale of Goods*, cit., pp. 97-98.

²⁷ vide SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, *Commentary*, cit., p. 30.

remeter os documentos referentes à mercadoria, e, para a outra parte (o comprador) a obrigação de pagar um preço e a obrigação de aceitar a entrega das mercadorias ²⁸.

De acordo com esta definição, o art. 1/1 abrange a maioria dos tipos de contrato de compra e venda. Aliás, a Convenção faz menção expressa aos casos em que o contrato de compra e venda implique o transporte de mercadorias (arts. 31º/a e 67º), ao contrato de compra e venda sujeito às especificações feitas pelo comprador (art. 65º), à venda sobre amostra ou modelo (art. 35º/2/c), e à venda a prestações (art. 73º) ²⁹.

Apesar de não expressamente referidos, também são abrangidos pela Convenção os contratos de compra e venda *sob condição*³⁰, os contratos que *preveem a entrega das mercadorias vendidas diretamente do fornecedor para o cliente do vendedor, i.e., o comprador*.^{31 32} e os casos em que o vendedor *reserva para si a propriedade dos bens até ao recebimento da totalidade do pagamento do preço* ³³.

O fator essencial para considerar que um contrato se enquadra no âmbito da CISG reside na *relação entre o valor intrínseco do bem e o seu custo financeiro*. Por conseguinte, ou o contrato deve ser orientado para a compra do bem, ou a utilização do bem durante o tempo acordado deve ser tal que o valor utilitário do bem se esgote³⁴.

Quid juris quanto aos chamados “contratos-quadro”?

A maioria da doutrina entende que os contratos de distribuição, de concessão, agência ou franquia estão excluídos do âmbito da CISG. A situação só pode ser diferente se o contrato-quadro já especifica as obrigações de venda das partes e as partes pretendem que essas obrigações constituam a parte principal do contrato. Os pedidos de fornecimento podem ser contratos de compra e venda e podem-se enquadrar no âmbito da CISG, mesmo se o contrato-quadro já contiver termos específicos (por exemplo, para as vendas a serem celebradas mediante encomenda de mercadorias, ou quanto ao preço por unidade, garantias, detalhes de remessa, jurisdição e cláusulas de arbitragem e semelhantes) ^{35 36 37}.

²⁸ Cfr., expressamente neste sentido, FERRARI, FRANCO (in *International Sale of Goods*, cit., p. 100) e KRÖLL, STEFAN/MISTELIS, LOUKAS/PERALES VISCASILLAS (in *UN Convention on Contracts for International Sale of Goods*, cit., p. 28).

²⁹ Cfr. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, *Commentary*, cit., p. 31.

³⁰ Cfr. a **Sentença da International Chamber of Commerce de 1994** – 7844/1994, [acessível on-line in: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/947844i1.html>]

³¹ Cfr. KRÖLL, STEFAN/MISTELIS, LOUKAS/PERALES VISCASILLAS, *UN Convention on Contracts for International Sale of Goods*, cit., p. 28. Segundo estes Autores, os contratos em que o vendedor age efetivamente como um intermediário entre o fornecedor e o consumidor – o comprador adquire as mercadorias ao fornecedor e vende-as ao consumidor – são muito comuns na prática comercial. Eles possuem todas as características dos contratos de compra e venda e devem, portanto, ser tratados como tais.

³² Cfr. a **Sentença do Bezirksgericht (Suíça) de 12 de fevereiro 1998**, [acessível on-line in: <https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/switzerland-bg-arbon-bg-bezirksgericht-district-court-0>]

³³ Cfr. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, *Commentary*, cit., p. 31;

SCHLECHTRIEM, PETER/BUTLER, PETRA, *UN Law on International Sales*, cit., p. 23.

³⁵ Cfr. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, *Commentary*, cit., p. 33.

³⁶ Cfr. KRÖLL, STEFAN/MISTELIS, LOUKAS/PERALES VISCASILLAS, *UN Convention on Contracts for International Sale of Goods*, cit., p. 28.

³⁷ Cfr., no sentido de que «a existência de um dever contratual de entrega de mercadorias resultante de um contrato de representação comercial deve ser aferida à luz da Convenção», MOURA VICENTE, DÁRIO, “A

O art. 3º/1 da Convenção contém uma norma especial que alarga, dentro de certos limites, o âmbito de aplicação da CISG aos contratos de fornecimento de mercadorias a fabricar ou a produzir, bem como aos contratos nos quais o vendedor esteja também vinculado a fornecer serviços adicionais, tais como o trabalho. Todavia, se o contraente que encomendou as mercadorias tiver de fornecer *uma parte essencial dos elementos materiais necessários para o fabrico ou produção* ou *se a parte preponderante da obrigação do contraente que fornece as mercadorias consistir num fornecimento de mão-de-obra ou outros serviços*, já não serão aplicáveis as regras da Convenção (cfr. a 2ª parte do nº 1 e o nº 2 deste art. 3º).

O art. 2º exclui expressamente do âmbito de aplicação da Convenção as vendas a consumidores^{38 39}, no segmento em que a sua al. a) estabelece que a Convenção não se aplica em casos de *vendas de mercadorias para uso pessoal, familiar ou doméstico*⁴⁰. Por conseguinte, em princípio, a CISG só se aplica se o comprador adquiriu as mercadorias para uso comercial ou profissional^{41 42}. Ressalvam-se, no entanto, as situações em que o vendedor, *em qualquer momento anterior à conclusão do contrato ou no momento da sua conclusão, desconhecesse nem devesse ter conhecimento que as mercadorias foram adquiridas para esse tipo de fins*^{43 44}.

Estão também expressamente excluídas do âmbito de aplicação da CISG as vendas de mercadorias em leilão^{45 46} (al. b), em processo executivo ou por qualquer

Convenção de Viena sobre a compra e venda internacional de mercadorias”, cit., p. 275. Porém – segundo o mesmo Autor –, «já um contrato pelo qual uma das partes confira à outra o exclusivo da distribuição de bens por si produzidos, que não tenha por objecto bens específicos e que não estipule o preço nem a quantidade dos bens sobre os quais incide não se encontra abrangido pela Convenção, ainda que seja qualificado como compra e venda de mercadorias pelo Direito vigente no Estado do foro».

³⁸ Efetivamente, a Convenção visa fundamentalmente as relações entre empresários, em que, em princípio, não existe a necessidade de proteger a parte mais fraca e em que estão em jogo interesses específicos do comércio internacional: cfr. LIMA PINHEIRO, LUÍS, *Direito Comercial Internacional*, Coimbra: Edições Almedina, 2005, p. 267.

³⁹ Segundo SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, *Commentary*, cit., p. 53, a principal razão para esta exclusão das vendas a consumidores do âmbito material de aplicação da CISG foi o propósito de evitar um conflito com as leis internas de proteção aos consumidores.

⁴⁰ Segundo o entendimento prevalente na doutrina, cabe ao comprador provar a sua intenção de comprar as mercadorias para uso pessoal, para poder funcionar a exceção prevista na 1ª parte da al. a) do art. 2º da CISG: cfr. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, *Commentary*, cit., p. 53.

⁴¹ Cfr. HUBBER, PETER/MULLIS, ALASTAIR, *The CISG: A New Textbook*, cit., p. 49.

⁴² O que é decisivo é o uso pretendido, e não o uso efetivo: cfr. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, *Commentary*, cit., p. 50.

⁴³ Se o vendedor ignorava e não tinha a obrigação de conhecer que as mercadorias foram compradas para uso pessoal do comprador, é irrelevante a intenção do comprador de as adquirir para esse uso. Esta contra-excepção prevista na parte final da al. a) do art. 2º protege a confiança do vendedor na aplicabilidade da CISG. Por isso, a maioria da doutrina entende que a locução «*nem devesse ter conhecimento*» deve ser entendida como exigindo uma negligência grosseira por parte do vendedor: cfr. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, *Commentary*, cit., p. 51.

⁴⁴ O ónus de prova desta contra-excepção prevista na parte final da al. a) do art. 2º pertence ao vendedor: cfr. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, *Commentary*, cit., p. 53.

⁴⁵ Esta exceção prende-se com o facto de, tradicionalmente, os leilões serem realizados num local, e, por conseguinte, serem regidos pela lei desse local, sendo que as partes habitualmente não atribuem qualquer importância ao facto de poderem ter os seus locais de negócios ou de residência habitual noutro país: cfr. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, *Commentary*, cit., p. 245.

⁴⁶ Relativamente aos leilões online, não se aplicam as razões invocadas para justificar a exclusão dos leilões do âmbito da CISG, na medida em que os licitantes podem entrar no leilão em qualquer altura, a partir de

outra via ordenada por uma autoridade judiciária^{47 48} (al. c), de valores mobiliários⁴⁹, títulos de investimento⁵⁰, instrumentos negociáveis^{51 52} ou dinheiro⁵³ (al. d⁵⁴), navios, barcos, aerodeslizadores ou aeronaves^{55 56} (al. e) e de eletricidade⁵⁷ (al. f).

qualquer lugar no mundo. Assim sendo, é razoável para o vendedor admitir a possibilidade de o licitante com lance mais alto estar localizado noutro país. Consequentemente, a aplicação da Convenção não constituiria uma surpresa. Tendo em conta a *ratio* subjacente ao art. 2º, al. b), há, na doutrina, quem defenda que esta disposição deve ser circunscrita às formas tradicionais de leilão, onde todos os licitantes estão presentes num determinado local ou, tratando-se de leilões online, aos casos em que o vendedor restringiu a participação a licitantes localizados no mesmo Estado: cfr. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, *Commentary*, cit., p. 55.

⁴⁷ Os leilões compulsórios não se enquadram, manifestamente, no âmbito de aplicação da CISG. Isto aplica-se tanto aos leilões decorrentes da execução duma sentença como aos que têm lugar no quadro dum processo de insolvência. O mesmo se aplica quando o credor tenha apreendido bens do devedor e esteja autorizado a vendê-los: cfr. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, *Commentary*, cit., p. 56.

⁴⁸ Esta exclusão justifica-se pelo carácter imperativo da regulamentação de que estas vendas são objeto, em virtude do direito local: cfr. HEUZÉ, VINCENT, *La vente internationale de marchandises. Droit uniforme*, 2000, p. 78.

⁴⁹ A expressão francesa «valeurs mobilières» abrange ações e ações cotadas e negociadas no mercado de ações e títulos do tesouro: cfr. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, *Commentary*, cit., p. 56.

⁵⁰ A locução francesa «effets de commerce» inclui ordens e títulos ao portador que incorporam um direito de curto prazo, em particular letras de câmbio e cheques: cfr. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, *Commentary*, cit., p. 56.

⁵¹ A expressão “instrumentos negociáveis” inclui todos os instrumentos que podem ser negociados com ou sem endosso e que, quando adquiridos, protegem, pelo menos até certo ponto, a boa-fé: cfr. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, *Commentary*, cit., p. 56.

⁵² De acordo com as versões francesa e inglesa do texto da CISG, o conceito de «instrumentos negociáveis» não abrange instrumentos não endossáveis. Não são, portanto, excluídas por esta al. d) as hipotecas, as cadernetas de poupança e as suas transferências: cfr. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, *Commentary*, cit., p. 56. Embora não expressamente mencionados, são, no entanto, excluídos do âmbito da CISG os derivados, porque essas vendas são, em substância, vendas de opções e, portanto, estão mais próximas dos direitos do que das mercadorias.

⁵³ Todos os meios de pagamento legais, nacionais e estrangeiros, estão incluídos no conceito de “dinheiro”. Consequentemente, os contratos para transferir ou trocar moedas, *swaps*, etc., não são abrangidos pela CISG. No entanto, esta exceção não contempla as moedas e notas que já foram retiradas de circulação e que sejam comercializados como objetos antigos. E o mesmo se aplica a ações e títulos históricos: cfr. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, *Commentary*, cit., p. 57.

⁵⁴ Esta disposição foi adotada com o objetivo de tentar evitar conflitos com as regras obrigatórias do direito interno.

Esta exceção abrange ações, títulos de investimento, títulos ao portador, letras e cheques, cupões provisórios, e, basicamente, instrumentos financeiros emitidos por encomenda: cfr. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, *Commentary*, cit., p. 56.

⁵⁵ Apenas estão excluídas a venda de embarcações de alto mar e de navegação interior, bem como de *hovercraft* e a venda de aeronaves. Todos os outros meios de transporte são mercadorias na aceção da CISG e o seu comércio é abrangido pela Convenção. Em particular, o comércio de veículos automóveis e de veículos ferroviários não está excluído.

Só com certas embarcações se torna questionável se o seu comércio também está excluído da CISG, como com as embarcações de alto mar ou de navegação interior. Esta questão deve ser afastada, uma vez que apenas as embarcações e não o equipamento desportivo ou os veículos desportivos devem ser excluídos: cfr. SIER, KURT, *Kommentar zum UN-Kaufrecht: Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG)*, Springer, 2010, p. 27.

⁵⁶ A inaplicabilidade da CISG diz respeito apenas aos próprios navios, e não aos materiais e componentes utilizados para a sua construção ou reparação. Serão, portanto, submetidas às regras uniformes da CISG as vendas de motores de aviões ou de instrumentos de navegação aérea ou marítima, etc.: cfr. VINCENT HEUZÉ, *La vente internationale*, cit., p. 79.

⁵⁷ Apenas os contratos de fornecimento de eletricidade estão excluídos, mas não o fornecimento de outras fontes de energia, tais como gás ou petróleo. Não há razão para que a cláusula de exclusão da al. 2(f) deva ser interpretada extensivamente: cfr. SIER, KURT, *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, cit., p. 96.

1.2 Conceito de «Mercadorias»

Como é sabido, a Convenção apenas regula os contratos de compra e venda de *mercadorias*⁵⁸, um conceito que a CISG não define expressamente, apesar da sua importância.

Ainda assim, o termo *mercadorias* deve ser interpretado de acordo com o art.º 7º/1, i.e., deve ser *interpretado autonomamente*, tendo em conta o *carácter internacional da Convenção e a necessidade de promover a uniformidade da sua aplicação* ⁵⁹ ⁶⁰. Dito doutro modo: qualquer definição de “*mercadorias*”, para efeitos da CISG, será feita sem qualquer referência ao mesmo conceito nas leis internas dos Estados contratantes ⁶¹.

De qualquer modo, segundo o entendimento prevalecente na doutrina⁶² e na jurisprudência⁶³, *mercadorias* na aceção da CISG são, tipicamente, *bens "móveis e corpóreos", independentemente de serem sólidos, usados ou novos, inanimados ou vivos*⁶⁴ ⁶⁵. Na jurisprudência, encontramos exemplos de bens de equipamento, de material industrial, de vestuário, de géneros alimentares e até de animais⁶⁶.

Embora nem sempre seja necessário que os bens sejam corpóreos, eles têm de ser móveis no momento da sua entrega⁶⁷.

Como é evidente, não são consideradas *mercadorias*, no sentido do art.º 1º, nº 1, da Convenção, coisas *intangíveis, incorpóreas*, tais como *direitos de propriedade*

⁵⁸ De facto, de acordo com o seu art. 1º, nº 1, o âmbito material da Convenção está circunscrito à compra e venda de “*mercadorias*”.

⁵⁹ Cfr. KRÖLL, STEFAN/MISTELIS, LOUKAS/PERALES VISCASILLAS, *UN Convention on Contracts for International Sale of Goods*, cit., p. 31.

⁶⁰ Cfr. a **Sentença do Tribunale di Padova (Itália) de 25 de fevereiro 2004**, [acessível on-line in: <http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/urteile/819.pdf>]

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² Cfr. FERRARI, FRANCO, *International Sale of Goods*, cit., 2012, pp. 122-123; LOOKOFSKY, JOSEPH, *Convention on Contracts*, cit., pp. 57-58; KRÖLL, STEFAN/MISTELIS, LOUKAS/PERALES VISCASILLAS, *UN Convention on Contracts for International Sale of Goods*, cit., pp. 31-32; SCHLECHTRIEM, PETER/BUTLER, PETRA, *UN Law on International Sales*, cit., pp. 27-28; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, *Commentary*, cit., pp. 220-221; SIER, KURT, *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, cit., p. 23.

⁶³ Cfr. a **Sentença do Oberlandesgericht Köln (Alemanha) de 26 de agosto 1994**, [acessível on-line in: <http://www.unilex.info/cisg/case/66>]; a **Sentença do Tribunale di Forlì (Itália) de 16 de fevereiro 2009**, [acessível on-line in: <http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/urteile/2585.pdf>]; a **Sentença do Oberster Gerichtshof (Austria) de 10 de novembro 1994**, [acessível on-line in: <http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/urteile/117.pdf>].

⁶⁴ Todavia, na jurisprudência, já se entendeu que o conceito de *mercadorias* deve ser interpretado extensivamente, chegando à (muito contestada) conclusão de que a CISG pode aplicar-se também a bens incorpóreos: cfr. a **Sentença do Oberlandesgericht Koblenz (Alemanha) de 17 september 1993**, [acessível on-line in: https://www.uncitral.org/docs/clout/DEU/DEU_170993_FT_01.pdf#]

⁶⁵ Mesmo que se trate de bens fora do comércio ou cujo comércio é legalmente restringido, eles não deixam de ser *mercadorias*, no sentido do art. 1º, nº 1, da CISG. Isso inclui gado, órgãos humanos, membros artificiais, objetos culturais e de arte e produtos farmacêuticos, com a ressalva de que o direito interno pode impor restrições quanto à venda desses bens ou quanto à validade desses contratos: cfr. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, *Commentary*, cit., p. 34.

⁶⁶ Cfr. SCHLECHTRIEM, PETER/ WITZ, CLAUDE, *Convention de Vienne sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises*, Paris, 2008, pp. 42-43.

⁶⁷ Cfr. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, *Commentary*, cit., p. 34. É, porém, suficiente que eles se tornem móveis como resultado da venda ou que, embora destinados pelo comprador para serem posteriormente anexados a bens imóveis, eles sejam, no entanto, móveis na data de entrega.

industrial, participações em sociedades de responsabilidade limitada, uma dívida cedida a outrem ou créditos^{68 69 70}.

FRANCO FERRARI sustenta que o “*know-how*” também se deve considerar excluído da esfera de aplicação da Convenção^{71 72}.

Os tribunais e os autores divergem entre si quanto à questão de saber se a venda de programas informáticos standardizados (*software*) se enquadra no campo de aplicação da CISG.

Embora a venda de *hardware* informático esteja claramente compreendida no âmbito material da CISG (visto se tratar, inequivocamente, de *mercadorias*), a aplicação da Convenção já é questionada quando se trata de *software*.

Na jurisprudência, tem prevalecido a orientação segundo a qual apenas o *software* padrão (e.g. disco rígido, microchip ou CD) deve ser considerado como “mercadoria” ao abrigo da Convenção⁷³, embora haja Tribunais que concluíram que *qualquer tipo de software*, incluindo programas disponibilizados eletronicamente e *taylor-made software*⁷⁴, devem ser considerados *mercadorias*⁷⁵.

A maioria da doutrina perfilha a tese da abrangência do *software* pelo conceito de “mercadoria” adoptado pela CISG, pelo menos quando se trata de programas standardizados⁷⁶ incorporados num suporte material⁷⁷, tais como um disco duro, uma disquete ou uma pen^{78 79 80}; entre nós, o Professor DÁRIO MOURA VICENTE entende que *o fornecimento de programas informáticos, quando feito por via electrónica, maxime*

⁶⁸ Cfr. FERRARI, FRANCO, *International Sale of Goods*, cit., p. 124-125.

⁶⁹ Cfr. KRÖLL, STEFAN/MISTELIS, LOUKAS/PERALES VISCASILLAS, *UN Convention on Contracts for International Sale of Goods*, cit., pp. 31-32.

⁷⁰ O mesmo se aplica a um estudo de pesquisa de mercado ou a produtos intelectuais similares que dificilmente poderiam ser qualificados como *mercadorias*: cfr. KRÖLL, STEFAN/MISTELIS, LOUKAS/PERALES VISCASILLAS, *UN Convention on Contracts for International Sale of Goods*, cit., p. 32.

⁷¹ Cfr. FERRARI, FRANCO, *International Sale of Goods*, cit., p. 125.

⁷² Cfr. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, *Commentary*, cit., p. 35.

⁷³ Cfr. a **Sentença do Oberlandesgericht Köln (Alemanha) de 26 de agosto 1994**, [acessível on-line in: <http://www.unilex.info/cisg/case/66>];

a **Sentença do Landgericht München (Alemanha) de 8 de fevereiro 1995**, [acessível on-line in: https://www.uncitral.org/docs/clout/DEU/DEU_080295_FT_01.pdf#];

⁷⁴ Por *taylor-made software* entende-se o software que foi pelo menos parcialmente escrito do zero por uma empresa ou equipa de desenvolvimento contratada.

⁷⁵ Cfr. a **Sentença do Oberlandesgericht Koblenz (Alemanha) de 17 de setembro 1993**, [acessível on-line in: https://www.uncitral.org/docs/clout/DEU/DEU_170993_FT_01.pdf#];

⁷⁶ Cfr., todavia, no sentido de que «É irrelevante se o software é um software padrão, software ajustado às necessidades do cliente, ou software totalmente personalizado, desde o Artigo 3 (1) deixa claro que esta distinção não importa na determinação da esfera de aplicação da Convenção», SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, *Commentary*, cit., p. 34.

⁷⁷ Cfr., porém, no sentido de que «O modo em que o software é entregue é irrelevante», SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, *Commentary*, cit., p. 35.

⁷⁸ Cfr. SCHLECHTRIEM, PETER/ WITZ, CLAUDE, *Convention de Vienne sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises* cit., p. 48.

⁷⁹ Cfr. FERRARI, FRANCO, *International Sale of Goods*, cit., p. 126.

⁸⁰ Segundo SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (*Commentary*, cit., p. 34), «Se o software for transferido permanentemente para a outra parte em todos os aspetos, exceto quanto a direitos autorais e restrições ao seu uso por terceiros e se tornar propriedade da outra parte – ao contrário do que acontece nos simples acordos sobre uso temporário contra o pagamento de royalties –, o contrato é um contrato de compra e venda para os fins da CISG».

*através da Internet, também deve ser incluído no domínio de aplicação da Convenção, porquanto a circunstância de a fixação do programa ser feita num ficheiro informático e de este ser distribuído pela Internet não parece justificar, por si só, que se afaste a sua qualificação como produto ou mercadoria*⁸¹.

A CISG também rege a *venda sobre documentos*, isto é, os contratos que obrigam o vendedor a despachar as mercadorias vendidas, embora o objeto do contrato seja um documento representativo de mercadorias (conhecimento de embarque, recibo de armazém). Nestes casos, os bens em si são comprados como representados pelo documento de título ou qualquer outro documento deste tipo^{82 83}.

2. Âmbito espacial

No que diz respeito ao âmbito espacial de aplicação da Convenção, o art. 1º/1 exige, para além da internacionalidade do contrato, que *os diferentes Estados nos quais as partes envolvidas têm os seus estabelecimentos sejam Estados Contratantes aquando da conclusão do contrato* (art.º 1º/1/a)), ou que *as regras de Direito Internacional Privado vigentes no Estado do foro conduzam à aplicação da lei de um Estado Contratante* (art. 1º/1/b))⁸⁴.

A verificação de qualquer uma destas situações é suficiente para que a CISG seja aplicável, desde que todos os outros requisitos sejam cumpridos.

2.1 Carácter internacional do contrato

A Convenção aplica-se aos contratos de compra e venda, mas apenas nas situações *internacionais*. Para que a Convenção se aplique, exige-se que o contrato tenha *carácter internacional*. Nos termos do art.1º/1, o contrato terá carácter internacional se *as partes tiverem o seu estabelecimento em Estados diferentes*.

O elemento-chave para conferir *internacionalidade* ao contrato é, portanto, o estabelecimento dos contratantes e não a nacionalidade das partes, a qual é, para efeitos de aplicação da Convenção, totalmente irrelevante, como determina o nº 3 do art.º 1º. A

⁸¹ DÁRIO MOURA VICENTE, “A Convenção de Viena sobre a compra e venda internacional de mercadorias”, *cit.*, p. 274.

⁸² Cfr. KRÖLL, STEFAN/MISTELIS, LOUKAS/PERALES VISCASILLAS, *UN Convention on Contracts for International Sale of Goods*, *cit.*, p. 33.

⁸³ Cfr., no mesmo sentido, SCHLECHTRIEM, PETER/ WITZ, CLAUDE, *Convention de Vienne sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises* *cit.*, p. 33. Segundo estes autores este tipo de documentos incorpora o crédito de entrega das mercadorias. Todavia, na medida em que a distinção jurídica entre a venda de mercadorias no sentido próprio do termo, acompanhada de documentos, e a venda que recai sobre documentos nem sempre surge como aparente aos olhos dos operadores, parece adequado aplicar a Convenção a estes dois tipos de vendas.

⁸⁴ Consequentemente, «a Convenção não se aplica (...) a todos os contratos de compra e venda de bens móveis corpóreos com carácter internacional que sejam submetidos à apreciação dos tribunais dos respetivos Estados contratantes. É ainda necessário que tais contratos possuam um nexo relevante com um desses Estados: aquele que é postulado pela regra de conflitos unilateral constante da al. a) do nº 1 do art.º 1º ou pelas regras de conflitos comuns do Estado do foro, a que alude a al. b) do mesmo preceito» (MOURA VICENTE, DÁRIO, “A Convenção de Viena sobre a compra e venda internacional de mercadorias”, *cit.*, p. 279).

aplicação da Convenção também não depende do carácter civil ou comercial das partes ou do contrato, como resulta expressamente do mesmo preceito.

Este requisito não é cumprido se os estabelecimentos dos contraentes estão situados no território de um mesmo Estado, ainda que o comprador e o vendedor tenham nacionalidades diferentes. Também não é preenchido, se o contrato foi celebrado num Estado por partes localizadas neste Estado, ainda que tenha de ser executado em outro estado⁸⁵. Consequentemente, o facto de o local da celebração do contrato estar situado num Estado diferente daquele em que o contrato terá de ser executado não é suficiente para tornar o contrato «internacional»⁸⁶. Também é irrelevante se as mercadorias terão de atravessar fronteiras ou não⁸⁷.

No entanto, a Convenção não define o conceito de “estabelecimento”, apenas se ocupando da questão de saber *qual o estabelecimento que deve ser tomado em consideração para determinar a internacionalidade se uma parte tiver mais do que um estabelecimento* (art. 10º/a)).

Na ausência de uma definição de “estabelecimento”, no texto da CISG, o assunto foi abordado pela jurisprudência, que tem entendido que o estabelecimento corresponde ao “*local a partir do qual uma atividade empresarial é de facto desenvolvida (...); isto requer uma certa duração e estabilidade, bem como uma certa autonomia.*”⁸⁸. Consequentemente, «um simples escritório de ligação e de informações» não foi considerado como um *estabelecimento*, no sentido da Convenção⁸⁹.

Um estabelecimento com personalidade jurídica independente (por exemplo, uma empresa subsidiária) não é relevante para efeitos do art. 10.º; se a empresa subsidiária é ela própria uma parte do contrato, o seu próprio estabelecimento é que é decisivo. Por outro lado, o simples facto de uma empresa ter obrigações para com a sua *holding* não altera o facto de que o contrato deve ser atribuído exclusivamente à pessoa jurídica que o celebrou. Consequentemente, os contratos celebrados entre as empresas mãe e as suas subsidiárias são abrangidas pela CISG, desde que aquelas e estas tenham os seus estabelecimentos em diferentes estados⁹⁰.

Quid juris, no caso de o contrato de compra e venda de mercadorias ser celebrado através dum intermediário ou dum agente? Nestes casos, para determinar se o contrato é *internacional*, é essencial estabelecer quem são as partes no contrato. Como a CISG não resolve diretamente a questão de saber quem é a parte contratante num contrato de compra e venda de mercadorias, especialmente nos casos em que a identidade das partes não

⁸⁵ Cfr. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, *Commentary, cit.*, p. 37.

⁸⁶ Cfr. KRÖLL, STEFAN/MISTELIS, LOUKAS/PERALES VISCASILLAS, *UN Convention on Contracts for International Sale of Goods, cit.*, p. 34.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ Cfr. a **Sentença do Oberlandesgericht Hamm (Alemanha) de 2 de abril 2009**, [acessível on-line in: <http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/urteile/1978.pdf>]; a **Sentença do Tribunale di Rimini (Itália) de 26 de novembro 2002**, [acessível on-line in: https://www.uncitral.org/docs/clout/ITA/ITA_261102_FT.pdf#]; a **Sentença do Oberster Gerichtshof (Austria) de 10 de novembro 1994**, [acessível on-line in: <http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/urteile/117.pdf>].

⁸⁹ Cfr. a **Sentença do Cour d'appel de Paris, 15ème chambre section A, 22 avril 1992** [acessível on-line in, em francês, : <http://www.cisg.fr/decision.html?lang=fr>]

⁹⁰ Cfr. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, *Commentary, cit.*, p. 37.

decorre diretamente com clareza da formação do contrato (por exemplo, quando ambas as partes se servem de agentes para a negociação e celebração do contrato), torna-se necessário consultar a lei aplicável às questões da representação, através do funcionamento das regras de direito internacional privado^{91 92}.

No caso de uma das partes ter mais do que um estabelecimento, será tomado em consideração *o que apresentar a conexão mais estreita com o contrato e a sua execução, atendendo às circunstâncias conhecidas ou previstas pelas partes em qualquer momento anterior à conclusão do contrato ou no momento da sua conclusão* (art.10º/a). Não é, portanto, o estabelecimento principal que será decisivo, mas aquele que tiver uma relação mais estreita com o contrato e a sua execução.

O art. 10º/a cria um novo problema: *como determinar a conexão mais estreita com o contrato e a sua execução?*

A fim de facilitar esta tarefa, o art. 10º/a) refere-se expressamente a alguns elementos a utilizar: *atendendo às circunstâncias conhecidas ou previstas pelas partes em qualquer momento anterior à conclusão do contrato ou no momento da sua conclusão*. Consequentemente, não é permitido ter em consideração *as circunstâncias que só se tornaram evidentes após a celebração do contrato*. Assim, não importa que a localização do estabelecimento mude após a conclusão do contrato⁹³.

No entanto, por vezes, as circunstâncias são insuficientes para determinar inequivocamente qual o estabelecimento relevante⁹⁴.

Nestas situações, FRANCO FERRARI sugere que *o carácter internacional de um contrato deve ser determinado recorrendo aos estabelecimentos envolvidos na celebração do contrato, uma vez que estes estabelecimentos serão sempre conhecidos por ambas as partes*⁹⁵.

Contudo, se ambas as partes sabem que o contrato é executado num estabelecimento diferente daquele que esteve envolvido na celebração do contrato, o texto do art. 10º/a) CISG sugere que o estabelecimento relevante é aquele onde a execução tem lugar⁹⁶.

⁹¹ Cfr. KRÖLL, STEFAN/MISTELIS, LOUKAS/PERALES VISCASILLAS, *UN Convention on Contracts for International Sale of Goods*, cit., p. 34.

⁹² Se a legislação nacional aplicável às questões de representação só vincula o mandante no caso de o agente revelar que está a agir em nome do principal (*agency*), o estabelecimento deste último será apenas decisivo se o agente assim o fizer. Se a legislação nacional aplicável reconhecer o contrato de “*disclosed agency*”, ou seja, se o agente não precisa de revelar que está a agir em nome do principal para que este fique vinculado ao contrato, então é também o estabelecimento deste último que é decisivo (*disclosed principal*): cfr. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, *Commentary*, cit., p. 37.

⁹³ Cfr. FERRARI, FRANCO, *International Sale of Goods*, cit., pp. 53.

⁹⁴ A situação pode tornar-se ambígua se, por ex., um estabelecimento estiver mais intimamente relacionado com a formação do contrato, mas um segundo estabelecimento estiver mais intimamente relacionado com a execução duma parte das suas obrigações contratuais.

⁹⁵ Cfr. FERRARI, FRANCO, *International Sale of Goods*, cit., p. 54.

⁹⁶ Cfr. FERRARI, FRANCO, *International Sale of Goods*, cit., p. 54.

Se uma das partes não tiver estabelecimento, estabelece o art.10º/b) que o critério a atender será o da *residência habitual* ⁹⁷.

Porém, para a aplicabilidade da CISG não basta que as partes tenham os seus estabelecimentos em diferentes Estados. Ainda que não seja necessário que as partes estejam conscientes da aplicabilidade ou existência da CISG, o art. 1º/2 exige *que a internacionalidade do contrato seja aparente para ambas as partes*, ou seja, que o contrato não pareça, aos olhos dos contraentes, ser um contrato meramente doméstico.

Para determinar se este requisito da *aparente internacionalidade do contrato* se verifica, devem ser tidos em conta os seguintes critérios objetivos, exaustivamente listados no art. 1º/2 da própria Convenção: *o próprio contrato, as negociações entre as partes, ou as informações divulgadas pelas partes antes ou no momento da conclusão do contrato* ⁹⁸.

O ónus da prova da ignorância, por uma das partes, do local onde a contraparte tem o seu estabelecimento incumbe à parte que pretende prevalecer-se da inaplicabilidade da Convenção: é a essa parte que incumbe provar que o outro contraente nunca o informou, nem mesmo verbalmente, do local onde se situa o seu estabelecimento ⁹⁹.

Embora este requisito da *aparente internacionalidade* limite incontestavelmente a esfera de aplicação da CISG, ele é fundamental, uma vez que protege a confiança aquando da realização de uma transação de venda a nível nacional ¹⁰⁰.

Daqui decorre que a Convenção não será aplicável "[...] *se o contrato tiver sido concluído com um agente estabelecido no mesmo país que a contraparte, o qual atuou sem revelar a identidade ou o local de estabelecimento da pessoa que representava*" ¹⁰¹.

2.2 A aplicação "direta" da Convenção segundo o artigo 1º/1/a)

De acordo com o critério estabelecido no art. 1(1)(a), a Convenção é *diretamente* ou *autonomamente* aplicável quando as partes têm os seus estabelecimentos em diferentes Estados Contratantes, independentemente de as partes estarem cientes desse facto ¹⁰².

Para os tribunais dos Estados Contratantes, o objetivo da al. a) do art.1º/1 é suprimir a necessidade de passar por uma análise das regras de conflitos de leis, uma vez que, nestas condições (isto é, situando-se os estabelecimentos das partes, no momento da celebração do contrato, em Estados Contratantes distintos), as regras do direito internacional privado são irrelevantes para decidir se a Convenção se aplica: quando os Estados nos quais as partes têm os seus estabelecimentos relevantes são Estados

⁹⁷ Há quem considere que esta alternativa prevista na al. b) do art. 10º da CISG só se pode aplicar no caso das pessoas singulares: cfr. FERRARI, FRANCO, *International Sale of Goods*, cit., p. 54, nota 258.

⁹⁸ Cfr. SIER, KURT, *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, cit., 2010, p. 19.

⁹⁹ Cfr. SCHLECHTRIEM, PETER/ WITZ, CLAUDE, *Convention de Vienne sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises*, cit., p. 15 e VINCENT HEUZÉ, *La vente internationale de marchandises. Droit uniforme*, cit., p. 97.

¹⁰⁰ Cfr. FERRARI, FRANCO, *International Sale of Goods*, cit., pp. 55-56.

¹⁰¹ MOURA VICENTE, DÁRIO, "A Convenção de Viena sobre a compra e venda internacional de mercadorias", cit., p. 276.

¹⁰² Cfr. FERRARI, FRANCO, *International Sale of Goods*, cit., pp. 60-61.

Contratantes, a aplicação da Convenção é “automática”, “autónoma” ou “direta”, sem qualquer necessidade de recorrer às regras de direito internacional privado¹⁰³.

2.2.1. Noção de Estado Contratante

Para este efeito, um *Estado Contratante* será qualquer Estado que tenha implementado a CISG por ratificação ou adesão nos termos do art. 91º/2 e 3 e no qual ela tenha entrado em vigor nos termos dos arts. 99º/2 e 91º/4.

O conceito de *Estado Contratante* é, contudo, modificado nos casos especiais abrangidos pelos arts. 92º/2 e 93º/3:

- i) se um Estado Contratante declarar que a Parte II ou Parte III da Convenção não o vinculam, não é, nessa medida, considerado um Estado Contratante, na aceção do nº 1 do art. 1.º da Convenção;
- ii) se um Estado Contratante declarar que a Convenção não se aplica a algumas das suas unidades territoriais, os estabelecimentos das partes situados nessas unidades territoriais não serão considerados situados num Estado Contratante.

O art.º 94º contém uma limitação substancialmente semelhante, mas não elimina a característica de um Estado como *Estado Contratante*. Em vez disso, o art.º 94º prevê que os Estados com legislação igual ou semelhante em matéria de venda de mercadorias podem excluir a aplicação da Convenção entre si¹⁰⁴.

2.3 A aplicação "indireta" da Convenção segundo o artigo 1º/1/b)

A CISG também pode ser aplicada nos termos do art.1º/1/b), em situações em que apenas uma, ou nenhuma das partes, tem o seu estabelecimento num Estado Contratante, *se as regras do direito internacional privado do Estado do foro conduzirem à aplicação da lei de um Estado Contratante*. Neste caso, a Convenção aplicar-se-á enquanto direito dum Estado Contratante designado pelas regras de conflitos de leis do Estado do foro, sempre que as partes ou pelo menos uma delas não tiverem estabelecimento em Estados contratantes. O Estado do foro pode ser ele próprio um Estado Contratante, desde que as regras de conflitos de leis designem a lei deste Estado. Mas pode tratar-se igualmente dum Estado não Contratante cujas regras de conflitos de leis designam o direito dum Estado contratante, devido à localização do estabelecimento duma das partes neste último Estado.¹⁰⁵

Nem sempre é claro que regras de direito internacional privado serão pertinentes, mas será razoável considerar que serão as do foro, pelo menos no contexto do litígio. Em consequência, dependerá das regras internas de direito internacional privado em vigor no

¹⁰³ Cfr. KRÖLL, STEFAN/MISTELIS, LOUKAS/PERALES VISCASILLAS, *UN Convention on Contracts for International Sale of Goods*, cit., p. 35.

¹⁰⁴ Cfr. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, *Commentary*, cit., p. 223

¹⁰⁵ Cfr. SCHLECHTRIEM, PETER/ WITZ, CLAUDE, *Convention de Vienne sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises*, cit., p. 19.

Estado do foro se as partes estão autorizadas a escolher a lei aplicável, se é permitido o reenvio, e assim por diante¹⁰⁶.

As regras de conflitos de leis do foro podem ser regras estritamente internas ou regras unificadas, estabelecidas nos termos de convenções internacionais, *e.g.* a Convenção de Haia de 1955 sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Venda Internacional de Mercadorias, a Convenção de Roma de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais ou (atualmente) o Regulamento Roma I¹⁰⁷.

Se o Estado do foro é ele próprio um Estado não contratante, a CISG pode ser aplicável em virtude do art. 1º (1) (b) se a lei para a qual o tribunal judicial ou um tribunal arbitral é remetido é a de um Estado Contratante da CISG¹⁰⁸.

O art. 1º/1/b) alarga, assim, significativamente a aplicabilidade da CISG, o que, durante a sua elaboração, evocou preocupações de uma "reivindicação imperialista". Isto provocou a introdução do art. 95º, admitindo uma reserva que permite a um Estado declarar que "*não estará vinculado pelo art. 1º/1/b)*"^{109 110}.

Nos países que formulam essa reserva, os respetivos tribunais não estão vinculados a aplicar a Convenção nas situações em que uma ou ambas as partes tiverem os respetivos estabelecimentos situados em Estados não contratantes. Portanto, se as regras de conflitos vigentes nesses países remeterem para a *lex fori*, os tribunais locais podem aplicar o Direito de fonte interna, desaplicando assim a Convenção¹¹¹.

Segundo FRANCO FERRARI, uma declaração nos termos do art. 95º restringe a aplicabilidade da Convenção e alarga a aplicabilidade do direito interno do Estado declarante, quando a CISG não se aplica em virtude do art. 1º/1/a): entende este autor que a reserva do art. 95º tem impacto na aplicação da CISG quando *a exclui nos casos em que o foro se situa num Estado de reserva cujas regras de direito internacional privado conduzem à aplicação do direito interno do Estado do foro*. Neste caso, a CISG não pode ser aplicada, uma vez que isso violaria a lógica que subjaz à reserva do art.º 95º¹¹².

O Professor DÁRIO MOURA VICENTE também se mostra crítico da reserva prevista no art. 95º, considerando que esta *prejudica a harmonia de julgados visada pela Convenção* e, simultaneamente, favorece o *forum shopping*¹¹³.

¹⁰⁶ Cfr. KRÖLL, STEFAN/MISTELIS, LOUKAS/PERALES VISCASILLAS, *UN Convention on Contracts for International Sale of Goods*, cit., p. 37.

¹⁰⁷ In SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, *Commentary*, cit., p. 40.

¹⁰⁸ Em sentido diferente vide LIMA PINHEIRO, LUÍS, "A adesão de Portugal à Convenção de Viena sobre a venda internacional de mercadorias", in *Revista da Ordem dos Advogados*, a.81 n.3-4, julho-dezembro 2021, pp. 742 e ss.

¹⁰⁹ Cfr. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, *Commentary*, cit., 2016, p. 41.

¹¹⁰ Até ao momento, apenas os seguintes Estados declararam uma reserva ao abrigo do art.º 95º: China, República Checa, Singapura, Eslováquia, São Vicente e Granadinas, e os Estados Unidos.

¹¹¹ MOURA VICENTE, DÁRIO, "A Convenção de Viena sobre a compra e venda internacional de mercadorias", cit., p. 281.

¹¹² Cfr. FERRARI, FRANCO, *International Sale of Goods*, cit., pp. 87-92.

¹¹³ MOURA VICENTE, DÁRIO, "A Convenção de Viena sobre a compra e venda internacional de mercadorias", cit., p. 281.

3. Âmbito temporal

O art. 100º estabelece o âmbito temporal, *i.e.*, visa delimitar temporalmente a esfera de aplicação da CISG¹¹⁴.

Prevê, então, esta norma que *a Convenção não se aplica retroativamente*: não se aplica a contratos celebrados antes da sua entrada em vigor, nem se aplica à formação de um contrato, se a oferta tiver sido feita antes da entrada em vigor da Convenção.

As partes podem, no entanto, concordar na aplicação da Convenção, mesmo que os requisitos relativos ao âmbito de aplicação temporal da Convenção não sejam cumpridos, escolhendo a Convenção como lei aplicável¹¹⁵.

4. Exclusão da aplicação da Convenção e derrogação das suas disposições com base no artigo 6º

Segundo o art. 6º da Convenção, as partes podem excluir a aplicação da CISG ou, nos termos previstos no art. 12º, derrogar ou variar o efeito de qualquer das suas disposições. Daqui resulta, então, que o regime da Convenção é supletivo¹¹⁶.

A possibilidade de exclusão da aplicação da CISG constitui a corporização de um dos princípios gerais já consagrados nas Convenções de Haia de 1964, *i.e.*, o princípio segundo o qual a principal fonte das regras que regem os contratos de vendas internacionais é a autonomia das partes¹¹⁷.

Ora, segundo o vertido no art. 6º, esta autonomia das partes atua em dois planos:

O primeiro plano é o dos conflitos de leis, que diz respeito aos casos em que as partes optam por não aplicar a lei de um Estado (incluindo as suas disposições obrigatórias) ou optam pela lei de um Estado (incluindo as suas disposições obrigatórias). As cláusulas de escolha de lei que vigoram neste primeiro plano devem ser encaradas sob uma dupla abordagem, *i.e.*, por um lado, podem consagrar, mesmo que implicitamente, uma cláusula de exclusão de aplicação da CISG, e por outro lado, podem estipular a lei que será aplicada no seu lugar¹¹⁸.

O segundo plano situa-se ao nível do direito substantivo. Contrariamente ao que acontece nas cláusulas de escolha de lei, que operam no caso de conflitos de leis, as disposições imperativas da lei estadual aplicável supletivamente não podem ser derrogadas. Ou seja, apesar de as partes poderem renunciar à aplicação das disposições da Convenção, o mesmo não pode suceder quanto a determinadas normas da lei nacional que regula o contrato. Neste sentido, as disposições designadas pelas partes, em substituição da Convenção, farão parte do contrato celebrado¹¹⁹.

¹¹⁴ Vide BENTO SOARES, MARIA ÂNGELA, MOURA RAMOS, RUI MANUEL, *Contratos Internacionais: compra e venda, cláusulas penais, arbitragem*, Edições Almedina, 1986, pp. 271-272.

¹¹⁵ Cfr. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, *Commentary*, cit., p. 163.

¹¹⁶ Cfr. FERRARI, FRANCO, *International Sale of Goods*, cit., p. 154.

¹¹⁷ Cfr. FERRARI, FRANCO, *International Sale of Goods*, cit., p. 153.

¹¹⁸ Expressamente neste sentido, cfr. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, *Commentary*, cit., p. 307.

¹¹⁹ *Ibidem*.

A primeira opção indicada no art. 6º da CISG opera a nível do direito internacional privado, na medida em que as partes podem excluir inteiramente a aplicação da CISG¹²⁰. Significa isto que, nos casos em que os pressupostos de aplicação da Convenção se encontrem verificados, a Convenção aplica-se, salvo se as partes manifestarem a sua intenção de derrogar a sua aplicação¹²¹. Diz-se então que a Convenção aceita uma opção de exclusão (*opting-out*)¹²².

Consequentemente, a fim de determinar se a CISG é aplicável, há que analisar também se ela foi excluída pelas partes¹²³, uma vez que esta exclusão ou derrogação de algumas provisões da CISG está obviamente dependente de um acordo entre as partes - uma derrogação unilateral da Convenção não é possível.¹²⁴ FRANCO FERRARI considera então que *a ausência de uma exclusão da CISG pode ser considerada como um requisito de aplicabilidade (negativa)*¹²⁵.

Segundo a *CISG Advisory Council Opinion n.º 16*¹²⁶, a intenção de derrogar a aplicação da Convenção é expressada quando: (i) existe uma derrogação expressa da Convenção; (ii) as partes elegem a lei de um Estado que não é parte da Convenção; (iii) as partes elegem especificamente uma lei estadual, que não seria aplicável em virtude do primado da Convenção.

Já não são considerados como manifestações claras de uma vontade de derrogar a aplicação da Convenção os casos em que: (i) as partes elegem uma lei interna de um Estado signatário da Convenção; (ii) as partes elegem a lei de uma parcela territorial de um Estado signatário da Convenção.

O entendimento dominante é o de que a convenção pelas partes da exclusão ou derrogação da CISG pode ser expressa ou tácita¹²⁷.

No que concerne à exclusão tácita da Convenção, questão largamente debatida na doutrina e jurisprudência, tem-se admitido esta possibilidade desde que a intenção das partes de excluir a Convenção seja clara e corresponda à vontade real das partes¹²⁸.

¹²⁰ Cfr. HUBBER, PETER/MULLIS, ALASTAIR, *The CISG: A New Textbook*, cit., p. 60.

¹²¹ Cfr. a **Sentença do Corte de Apelaciones de Punta Arenas (Chile)– Proc. No. 173-2006, 9 janeiro de 2017** [acessível on-line in: <http://www.cisgspanish.com/wp-content/uploads/2013/10/C.A.-Punta-Arenas-12.pdf>].

¹²² Vide SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, *Commentary*, cit., p. 306.

¹²³ Cfr. a **Sentença do Oberlandesgericht Hamm (Alemanha) de 23 de junho 1998**, [acessível on-line in: https://www.uncitral.org/docs/clout/DEU/DEU_230698_FT_01.pdf#].

¹²⁴ Cfr. expressamente neste sentido, SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, *Commentary*, cit., p. 308.

¹²⁵ Cfr. FERRARI, FRANCO, *International Sale of Goods*, cit., p. 151-152; No mesmo sentido SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, *Commentary*, cit., p. 307-308.

¹²⁶ Cfr. CISG Advisory Council Opinion No. 16: Exclusion of the CISG under Article 6, [cujo texto está acessível on-line in: <https://iicl.law.pace.edu/cisg/scholarly-writings/cisg-advisory-council-opinion-no-16-exclusion-cisg-under-article-6>].

¹²⁷ Cfr. CARNEIRO DA FRADA, ANTÓNIO, “A autonomia privada e a Convenção de Viena de 1980 sobre o contrato de compra e venda internacional”, in *Juris et de Jure – Nos 20 anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Porto*, Coimbra Editora, 1998, p. 249.

¹²⁸ Cfr. FRANÇA GOUVEIA, MARIANA/ COIMBRA TRIGO, ANA/ JAQUES, BETYNA/ CARRERA, IÑAKI (Eds.), *Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias – Anotações PLMJ*, Edições Almedina, 2022, p. 61; Cfr. a **Sentença do Oberlandesgericht Linz (Áustria) de 23 de janeiro 2006**

Em sentido oposto, existe jurisprudência minoritária que tem entendido que a *CISG não pode ser excluída ou derogada implicitamente*, sustentando para tanto que a Convenção não prevê essa possibilidade expressamente¹²⁹.

A formação e interpretação do acordo de exclusão da CISG estão sujeitas às regras da Convenção, uma vez que a CISG determina o seu âmbito de aplicação de forma autónoma, nomeadamente segundo o disposto no art. 8º¹³⁰. Neste sentido, o acordo de exclusão está subordinado às regras sobre a formação e a modificação do contrato que constam dos arts. 11º, 14º a 24º e 29º da Convenção.

Já a intenção de exclusão é interpretada segundo os critérios elencados no art. 8º da Convenção: deve tratar-se de uma intenção clara e inequívoca, quer seja manifestada aquando da celebração do contrato, quer em momento posterior, ou mesmo após o surgimento de um litígio do qual é objeto o contrato¹³¹.

Mas esta possibilidade de derrogação de certas normas da CISG consagrada no art. 6º também conhece os seus limites. As partes não podem derogar normas da Convenção a seu bel-prazer. Neste sentido, as disposições contidas na Parte IV da CISG e as normas contidas no art. 12º, constituem, incontestavelmente, exceções à regra geral de derrogação de certas normas da Convenção¹³².

[acessível on-line in: <https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/austria-oberlandesgericht-wien-appellate-court-austrian-case-citations-do-not-generally-5>]; Cfr. a **Sentença do Tribunal Cantonal (Suíça) de 3 de novembro 2004** [está acessível on-line in: <https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/switzerland-november-3-2004-tribunal-cantonal-appellate-court-translation-available>].

¹²⁹ Cfr. a **Sentença do United States Court of Appeals, Third Circuit (New Jersey) de 7 de outubro 2008** [acessível on-line in: <https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/united-states-state-minnesota-county-hennepin-district-court-fourth-judicial-district-11>]; Cfr. a **Sentença do International Commercial Arbitration Court at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry (Rússia) de 24 de janeiro 2000** [acessível on-line in: <https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/russian-federation-january-24-2000-translation-available>].

¹³⁰ Cfr. FRANÇA GOUVEIA, MARIANA/ COIMBRA TRIGO, ANA/ JAQUES, BETYNA/ CARRERA, IÑAKI (Eds.), *Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias*, cit., p. 60.

¹³¹ Cfr. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, *Commentary*, cit., p. 308.

¹³² Expressamente neste sentido, cfr. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, *Commentary*, cit., p. 308.

Capítulo II

A Arbitragem Transnacional

i. Conceito de Arbitragem Transnacional

1. Arbitragem Transnacional em sentido lato

A arbitragem constitui um meio de resolução de litígios, assumindo um carácter alternativo face à jurisdição estadual. Neste sentido, está em causa um sistema privado de julgamento, em que as partes decidem resolver as suas disputas fora de qualquer sistema judicial¹³³.

É certo que a jurisdição estadual desempenha um papel primordial tanto nos litígios internos como nos litígios que emanem de relações transnacionais fora do âmbito do comércio internacional; mas não é o que sucede no domínio do comércio internacional, onde a arbitragem transnacional (frequentemente denominada como «*arbitragem comercial internacional*») é considerada o meio preferencial de resolução de diferendos¹³⁴.

FERRER CORREIA entende que este sucesso da arbitragem transnacional se deve a vários fatores¹³⁵. Em primeiro lugar, destaca a *garantia de neutralidade*, uma vez que os árbitros não agem em nome do Estado, mas sim da Convenção de Arbitragem. Ademais, refere o fator *especialização*, na medida em que é possível designar como árbitros pessoas dotadas de habilitações científicas, económicas ou jurídicas especiais relevantes para a matéria controvertida. Para além disto, menciona i) uma *maior simplicidade do processo arbitral*, ii) uma *maior liberdade na determinação da lei aplicável ao fundo da causa* e iii) uma *maior celeridade e confidencialidade*.

Para além destes motivos, o Professor LIMA PINHEIRO aponta também os *critérios de decisão mais flexíveis da arbitragem*, que originam uma *solução mais individualizada*, uma *maior previsibilidade dos resultados* (devido à inserção dos árbitros nos círculos comerciais) e a *facilidade no reconhecimento internacional das sentenças arbitrais* por virtude do elevado número de Estados vinculados à *Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras* de 1958^{136 137}.

Os Professores DÁRIO MOURA VICENTE e FERRER CORREIA consideram que a *internacionalidade*, ou *transnacionalidade*, da arbitragem deriva da própria

¹³³ Cfr. MOSES, MARGARET L., *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge University Press, 2008, p. 1.

¹³⁴ Cfr. LIMA PINHEIRO, LUÍS, *Arbitragem Transnacional - A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Edições Almedina, 2005, p. 23.

¹³⁵ Cfr. FERRER CORREIA, ANTÓNIO, “Da Arbitragem Comercial Internacional”, in *Temas de Direito Comercial: Arbitragem Comercial Internacional, Reconhecimento de Sentenças Estrangeiras, Conflitos de Leis*, Editora Almedina, 1989, pp.174-175.

¹³⁶ Cfr. LIMA PINHEIRO, LUÍS, *Arbitragem Transnacional - A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Edições Almedina, 2005, pp. 24-26.

¹³⁷ Cfr. a Lista de Estados Contratantes acessível online in: <https://www.newyorkconvention.org/list-of-contracting-states>.

internacionalidade do litígio em causa¹³⁸. Ora, segundo esta orientação, o traço distintivo da arbitragem transnacional será a internacionalidade do litígio.

Por seu turno, o Professor LIMA PINHEIRO entende que a expressão “*arbitragem transnacional*”¹³⁹ será empregue para designar *arbitragens onde se coloca um problema de determinação do Estatuto da arbitragem*¹⁴⁰. Ora, isto acontece quando a relação que origina o litígio constitui uma *relação transnacional*, i.e., onde se suscitam problemas de determinação da lei aplicável à luz do Direito Internacional Privado¹⁴¹, uma vez que estão presentes contactos significativos com mais do que um Estado¹⁴².

Na esteira do Professor LIMA PINHEIRO, o *estatuto da arbitragem* traduz-se no *conjunto das normas e princípios preliminarmente aplicáveis pelo tribunal arbitral*. Estas normas e princípios compreendem tanto disposições processuais e substantivas, como materiais e conflituais¹⁴³. Este estatuto abrange «*todos os aspectos, quer processuais quer substantivos, do processo arbitral, designadamente a validade da própria convenção de arbitragem, a constituição, competência e funcionamento do tribunal arbitral, a determinação do Direito aplicável ao mérito da causa e os requisitos da decisão arbitral*»¹⁴⁴.

É claro que, ao nível dos tribunais de arbitragem interna, não se levantam quaisquer problemas de determinação do seu estatuto: estes tribunais inserem-se exclusivamente na esfera social de um Estado e, como tal, serão submetidos ao sistema de Direito desse mesmo Estado¹⁴⁵. Assim, por exemplo, em Portugal, o estatuto duma arbitragem interna é definido pela ordem jurídica portuguesa, sem prejuízo da relevância que possam ter determinadas fontes autónomas infraestaduais¹⁴⁶.

O mesmo não se verifica nos tribunais de arbitragem transnacionais, uma vez que, tendo as relações que os mesmos têm por objeto contactos significativos com mais do que um Estado, não serão submetidos exclusivamente ao Direito de um só Estado.

¹³⁸ Cfr. MOURA VICENTE, DÁRIO, *Da arbitragem comercial internacional. Direito aplicável ao mérito da causa*, Coimbra Editora, 1990, p. 41; FERRER CORREIA, ANTÓNIO, “*Da Arbitragem Comercial Internacional*”, *cit.*, pp. 186-187.

¹³⁹ Também referida como “*arbitragem comercial internacional*”, embora “*arbitragem transnacional*” evite a imprecisão da expressão “*arbitragem internacional*” que designa também arbitragens de Direito Internacional Público, cfr. LIMA PINHEIRO, LUÍS, *Arbitragem Transnacional - A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, *cit.*, p. 28.

¹⁴⁰ Cfr. LIMA PINHEIRO, LUÍS, *Arbitragem Transnacional - A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, *cit.*, p. 28; e, do mesmo Autor, *Direito Aplicável ao Mérito da Causa na Arbitragem Transnacional*, pp. 7-52 [p. 8] incluído em *Estudos de Direito da Arbitragem*, AAFDL, 2022.

¹⁴¹ Cfr. LIMA PINHEIRO, LUÍS, *Direito Internacional Privado*, Vol. I, Edições Almedina, 2014, pp. 24-26.

¹⁴² O Professor DÁRIO MOURA VICENTE utiliza a expressão «*relações plurilocalizadas*» referindo-se a relações jurídicas que entram em contacto, através de algum dos seus elementos estruturais, com diferentes sistemas de direito, cfr. MOURA VICENTE, DÁRIO, *Da arbitragem comercial internacional*, *cit.*, pp. 38-39.

¹⁴³ Cfr. LIMA PINHEIRO, LUÍS, *Arbitragem Transnacional*, *cit.*, p. 27.

¹⁴⁴ Cfr. LIMA PINHEIRO, LUÍS in *Direito Aplicável ao Mérito da Causa na Arbitragem Transnacional* *cit.*, p. 8; e, do mesmo Autor, *A Determinação do Estatuto da Arbitragem Transnacional pelos Árbitros* (in *Estudos de Direito da Arbitragem*, *cit.*, pp. 241-261 [p. 241]).

¹⁴⁵ Cfr. LIMA PINHEIRO, LUÍS, *Arbitragem Transnacional*, *cit.*, p. 29.

¹⁴⁶ Cfr. LIMA PINHEIRO, LUÍS in *Direito Aplicável ao Mérito da Causa na Arbitragem Transnacional* *cit.*, *ibidem*.

Consequentemente, a arbitragem transnacional será regulada pela lei de mais do que um Estado.

Ao contrário dos juízes, os árbitros numa arbitragem transnacional não têm uma *lex fori* que contenha em si regras de conflitos particulares, pelo que se pode dizer, *a priori*, que os tribunais arbitrais não estão vinculados pelas regras de conflito de um determinado sistema jurídico¹⁴⁷. No entanto, se e quando as partes ou os árbitros se referirem a determinadas regras processuais ou regras substantivas, fazem-no sempre no âmbito de certas regras de conflitos, previamente determinadas pelo tribunal arbitral.

No sistema português, a arbitragem transnacional é regulada pela LAV¹⁴⁸ (Lei nº 63/2011, de 14 de dezembro), que inclui um regime próprio dedicado à Arbitragem Internacional¹⁴⁹.

Para efeitos de aplicação da LAV, o art. 49º/1 define *arbitragem internacional* como “a que põe em jogo interesses do comércio internacional”. Segundo esta definição, o critério a atender será o objeto do litígio, compreendendo-se não só as arbitragens sobre litígios cujas partes estejam estabelecidas em Estados distintos, mas também aquelas que, embora apresentem conexões com um só Estado, incidam sobre disputas decorrentes de operações económicas que compreendam a circulação de bens, serviços ou capitais através das fronteiras¹⁵⁰.

O art. 61º da LAV, consagrando o princípio da territorialidade, determina a aplicação da lei portuguesa às *arbitragens que tenham lugar em território português, quer tenham carácter interno, quer sejam internacionais*¹⁵¹. Neste sentido, à luz da ordem jurídica portuguesa, o critério a atender na procura de uma *lex fori*, que determine o Estatuto da Arbitragem Transnacional, será o local da arbitragem.

2. Arbitragem Transnacional em sentido estrito

Em sentido estrito, a *arbitragem transnacional* reporta-se à arbitragem que põe em jogo interesses do comércio internacional¹⁵².

Estão em causa litígios que derivam de relações entre empresas ou sujeitos semelhantes, em que o princípio da autonomia privada assume uma dimensão maior¹⁵³.

Estas relações comerciais internacionais podem perfeitamente ser regidas por um conjunto de regras específicas, nas quais se incluem os costumes tradicionais, os

¹⁴⁷ Cfr. MOURA VICENTE, DÁRIO, *Da arbitragem comercial internacional*, cit., p. 71; MOURA RAMOS, RUI/BENTO SOARES, MARIA ÂNGELA, *Contratos Internacionais*, cit., p. 384.

¹⁴⁸ Cujo texto integral, na sua versão original, está acessível on-line in: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/63-2011-145578>

¹⁴⁹ Cfr. BRITO, MARIA HELENA, “Arbitragem Internacional. A propósito da Nova Lei da Arbitragem Voluntária” in *Themis - Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Vol. 22/23, pp. 104-195.

¹⁵⁰ Cfr. MOURA VICENTE, DÁRIO, “Anotação ao artigo 49.º” in *Lei da Arbitragem anotada*, Edições Almedina, 2019, pp. 180-181.

¹⁵¹ Cfr. MOURA VICENTE, DÁRIO, “Anotação ao artigo 61.º” in *Lei da Arbitragem anotada*, cit., pp. 206-207.

¹⁵² Cfr. LIMA PINHEIRO, LUÍS, *Arbitragem Transnacional*, cit., p. 33.

¹⁵³ Cfr. LIMA PINHEIRO, LUÍS, *Arbitragem Transnacional*, cit., p. 34.

princípios gerais de direito e a jurisprudência arbitral¹⁵⁴. Exemplo disto será a *lex mercatoria*, um dos desenvolvimentos mais importantes no domínio do Direito Transnacional. Esta versão moderna de um "direito mercantil" é considerada como sendo composta por regras e práticas que têm evoluído no seio das comunidades empresariais internacionais¹⁵⁵.

Em consideração a esta particularidade, algumas convenções internacionais e legislações nacionais determinam um regime específico para a "*arbitragem comercial internacional*".

A *Convenção Europeia Sobre Arbitragem Comercial Internacional* ^{156 157}, celebrada em Genebra em 21 de Abril de 1961 e entrada em vigor a 7 de Janeiro de 1964, foi o primeiro instrumento internacional a considerar a arbitragem comercial internacional como um todo, e consequentemente, a instituir regras que regem diretamente todas as suas diferentes etapas¹⁵⁸. Para o efeito, o art. 1º desta Convenção define a natureza *internacional* da arbitragem por referência a litígios em termos económicos, combinado com o critério jurídico da sede ou residência das partes ¹⁵⁹. Este é o método mais apropriado para fornecer a arbitragem internacional com regras específicas adaptadas às suas necessidades¹⁶⁰.

Tal como foi *supra* assinalado, o art. 49º/1 LAV define *arbitragem internacional* situada em território português como “a que põe em jogo interesses do comércio internacional”, prevendo-se um regime especial para esta categoria de arbitragens (no que concerne à determinação do direito aplicável, à recorribilidade e à composição amigável)¹⁶¹. Esta formulação é inspirada no direito francês da arbitragem, mais concretamente no art. 1504º/1 do Código de Processo Civil¹⁶².

Ora, segundo esta definição, a *arbitragem internacional* abrange tanto as arbitragens sobre litígios cujas partes se encontram estabelecidas em países diferentes, como as que, embora apresentem conexões com um só país, tenham como objeto litígios

¹⁵⁴ Vide GOLDMAN, BERTHOLD, “La lex mercatoria dans les contrats d’arbitrage internationaux: Réalité et perspectives,” in *Journal du droit international*, 1980, pp. 225-226.

¹⁵⁵ Cfr. ALAN, REDFERN/HUTER, MARTIN, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 2015, p. 210.

¹⁵⁶ Cujo texto integral, em inglês, está acessível on-line in: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-2&chapter=22&clang=en.

¹⁵⁷ Esta Convenção vincula 31 Estados, dos quais 17 são Estados-Membros da UE: Áustria, Alemanha, Bélgica, Bulgária, Croácia, Dinamarca, Alemanha, Eslováquia, Eslovénia, Espanha, França, Hungria, Itália, Letónia, Luxemburgo, Polónia e República Checa (informação acessível on-line in: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-2&chapter=22&clang=en).

¹⁵⁸ Cfr. FOUCHARD, PHILIPPE/GAILLARD, EMMANUEL/GOLDMAN, BERTHOLD, *Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration*, Kluwer Law International, 1999, p. 140.

¹⁵⁹ A doutrina entende que o conceito de «comércio internacional», para efeitos deste art. 1º da Convenção Europeia sobre Arbitragem Comercial Internacional, não deve ser confinado por uma noção estrita de comércio. O «comércio internacional» é definido como “um movimento de bens, serviços e moedas através das fronteiras”, noção esta tomada de empréstimo a uma sentença arbitral «ad hoc»: cfr. FOUCHARD, PHILIPPE/GAILLARD, EMMANUEL/GOLDMAN, BERTHOLD, *Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration*, cit., p. 140.

¹⁶⁰ Cfr. FOUCHARD, PHILIPPE/GAILLARD, EMMANUEL/GOLDMAN, BERTHOLD, *Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration*, cit., *ibidem*.

¹⁶¹ Capítulo IX LAV

¹⁶² «Est international l’arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international.»

emergentes do exercício de atividades económicas que envolvam a transferência de bens, serviços ou capitais através de fronteiras¹⁶³.

É habitual afirmar-se que a menção ao *comércio internacional* abrange o tráfico internacional de bens, serviços ou capitais.

Certos autores entendem que este conceito de *comercialidade internacional*, encontrado em certos países, está desatualizado e tem cada vez menos relevância¹⁶⁴. Ora, neste contexto, o *comércio internacional* abrange outras situações para além das contempladas nesta definição restrita e técnica, tais como, *relações entre empresas que tenham contactos juridicamente relevantes com mais de um Estado; relações que, relativamente ao exercício de atividades económicas, um Estado ou entidade pública autónoma crie com uma empresa de outro Estado; relações criadas no exercício de atividades económicas entre organizações internacionais e empresas de outro Estado; ou relações entre profissionais independentes que exercem a atividade comercial fora da sua profissão*¹⁶⁵.

Já não se incluem neste âmbito as relações de consumo¹⁶⁶, nem os contratos de arrendamento urbano, uma vez que neste tipo de relações existe a necessidade de proteger a parte mais fraca, algo que não será conciliável com o destaque atribuído ao princípio da autonomia privada no contexto da arbitragem comercial internacional¹⁶⁷.

Em consideração à lei portuguesa, o Professor LIMA PINHEIRO entende que o *fundamento para determinar a internacionalidade do litígio não deve ser a verificação de uma transferência internacional de bens, serviços ou capitais, atendendo ao facto de este critério ter sido otimizado para estabelecer a internacionalidade do contrato*¹⁶⁸, algo a que o Professor também se mostra crítico.

Ora, segundo este entendimento, adotado pela jurisprudência francesa, a relação que dá origem ao litígio será considerada *internacional* por meio de um critério económico, *i.e.*, para se determinar a internacionalidade há que atender-se à operação económica prevista no contrato celebrado entre as partes¹⁶⁹.

Por seu turno, a Professora ISABEL MAGALHÃES COLLAÇO, propõe um método semelhante, segundo o qual o *contrato será considerado internacional caso implique uma transferência de valores entre Estados, de uma perspetiva económica*¹⁷⁰.

O Professor LIMA PINHEIRO propõe antes que tanto a qualificação da arbitragem como internacional, como a determinação da internacionalidade do contrato, derivem das

¹⁶³ Cfr. MOURA VICENTE, DÁRIO, “Anotação ao artigo 49.º” in *Lei da Arbitragem anotada* (coord. Dário Moura Vicente), Edições Almedina, 2019, pp. 180-181.

¹⁶⁴ Cfr. FOUCARD, PHILIPPE/GAILLARD, EMMANUEL/GOLDMAN, *Fouchard, Gaillard, Goldman, cit.*, p. 35; Cfr. LIMA PINHEIRO, LUÍS, *Arbitragem Transnacional, cit.*, p. 36.

¹⁶⁵ Cfr. LIMA PINHEIRO, LUÍS, *Arbitragem Transnacional, cit.*, p. 36.

¹⁶⁶ Em sentido diverso vide Brito, Maria Helena, *Direito do Comércio Internacional*, Edições Almedina, 2004, p. 146.

¹⁶⁷ Cfr. LIMA PINHEIRO, LUÍS, *Arbitragem Transnacional, cit.*, p. 37.

¹⁶⁸ Cfr. LIMA PINHEIRO, LUÍS, *Arbitragem Transnacional, cit.*, p. 38.

¹⁶⁹ Cfr. MOURA VICENTE, DÁRIO, *Da arbitragem comercial internacional, cit.*, p. 39.

¹⁷⁰ Cfr. MAGALHÃES COLLAÇO, ISABEL, *Da compra e venda em Direito Internacional Privado. Aspectos Fundamentais*, Vol. I, Dissertação de Doutoramento, 1954, p. 85-86.

*circunstâncias do caso, considerando os diferentes critérios de internacionalidade e a sua combinação, os interesses das partes, outros fins subjacentes às normas em causa e os princípios jurídicos que as inspiram, tendo em conta as crescentes adversidades para estabelecer critérios precisos devido ao propenso desenvolvimento da formação de grupos empresariais, à transnacionalização das empresas e à deformação da riqueza material e o aumento da sua circulação*¹⁷¹.

Já na avaliação dos “interesses do comércio internacional” no âmbito da arbitragem, entende que *devem ser apreciados os laços objetivos que se verificam entre os elementos da relação que origina o litígio e a vida económica de Estados diferentes*¹⁷².

ii. Estatuto da Arbitragem Transnacional

No contexto de uma arbitragem transnacional, é fulcral determinar qual o direito aplicável para reger aspetos como a lei aplicável ao mérito da causa, ou problemáticas relacionadas com a convenção de arbitragem, como, por exemplo, a sua validade e eficácia.

Ora, quando não existem regras ou princípios que respondam diretamente a estas questões, e não se tratando de uma convenção de arbitragem interna, será necessário apurar qual o direito aplicável para dar resposta a estas questões. Mas esta busca só pode ser alcançada com recurso às regras de conflito e aos princípios conflituais. Será através destas regras e princípios que alcançaremos as soluções de direito para estes problemas.

Esta prévia determinação das regras de conflito a que se tem de recorrer para o apuramento do direito material aplicável consubstancia um *problema de determinação do estatuto da arbitragem*¹⁷³.

Na esteira do Professor LIMA PINHEIRO, a questão da determinação do estatuto da arbitragem não pode ser confundida com a determinação do direito aplicável ao mérito da causa ou com o direito aplicável à convenção de arbitragem¹⁷⁴.

Tal como observa este Professor, esta confusão entre estas duas questões *só não procederia caso se entendesse que os árbitros não estão vinculados a quaisquer regras de conflitos ou princípios conflituais na escolha do Direito material aplicável*. Porém, tal como foi *supra* salientado, não é este o entendimento da doutrina dominante.

O problema da determinação do estatuto da arbitragem não se divide entre i) a questão de fundo de que é objeto o litígio e ii) as questões relativas à convenção de

¹⁷¹ Cfr. LIMA PINHEIRO, LUÍS, *Arbitragem Transnacional*, cit., p. 39.

¹⁷² *Ibidem*.

¹⁷³ Como vimos *supra*, a expressão “estatuto da arbitragem” abrange as normas aplicáveis a todos os aspetos, quer processuais quer substantivos, do processo arbitral, nomeadamente a convenção de arbitragem, a constituição, competência e funcionamento do tribunal arbitral, a determinação do Direito aplicável ao mérito da causa e os requisitos da decisão arbitral.

¹⁷⁴ Cfr. LIMA PINHEIRO, LUÍS, *Direito Aplicável ao Mérito da Causa na Arbitragem Transnacional (in Estudos de Direito da Arbitragem)*, cit., p. 243-244).

arbitragem. Todas estas questões devem ser alvo de um *tratamento unitário*, sendo que os parâmetros empregues para encontrar uma solução serão os mesmos¹⁷⁵.

Neste sentido, a determinação do estatuto da arbitragem deve ser encarada através de orientações emitidas pelos Estados que serão competentes para regular a arbitragem.

Contudo, no âmbito de uma *arbitragem transnacional*, a questão densifica-se: não existe apenas um Estado competente e, conseqüentemente, a determinação do *estatuto da arbitragem* pode ser perspectivada por cada uma das ordens jurídicas estaduais com as quais a arbitragem tem uma conexão significativa, e ainda, pelo próprio tribunal arbitral¹⁷⁶.

Enquanto os tribunais intervenientes na arbitragem interna, apesar de não serem criados pelo Direito do Estado em que funcionam, nem serem geralmente considerados como órgão estaduais, não deixam de se inserir exclusivamente na esfera social desse Estado – o que faz com que estejam submetidos exclusivamente ao Direito deste Estado –, os tribunais da arbitragem transnacional, diversamente, além de não serem criados pelo Direito de um Estado nem integrarem uma organização estadual, têm contactos juridicamente relevantes com mais de um Estado e, por tal motivo, nenhum Estado é exclusivamente competente para definir o seu *estatuto*¹⁷⁷. Daí que estes tribunais não possuam uma *lex fori* comparável à dos tribunais estaduais e não estejam submetidos a um particular sistema nacional de Direito Internacional Privado^{178 179}.

Torna-se, por isso, necessário analisar esta problemática sob o olhar de cada uma das ordens jurídicas que têm uma conexão relevante com a arbitragem, sob o olhar do Direito Transnacional da Arbitragem e sob o olhar do tribunal arbitral.

1. As Teses Tradicionais

1.1 A tese da sede da arbitragem

Segundo as apelidadas *teses tradicionais*, o *estatuto da arbitragem* seria definido por uma ordem jurídica estadual. Isto significa que, através de uma certa norma de conflitos, o *estatuto da arbitragem* seria concebido pela lei estatal que regula a arbitragem¹⁸⁰.

Este entendimento é pacífico junto das teses tradicionais. Mas já não será pacífica a identificação desta ordem jurídica estadual que irá designar as normas que darão corpo ao *estatuto da arbitragem*.

¹⁷⁵ Cfr. LIMA PINHEIRO, LUÍS, *Estudos de Direito da Arbitragem*, cit., p. 245.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

¹⁷⁷ Cfr. LIMA PINHEIRO, LUÍS, *A Determinação do Estatuto da Arbitragem Transnacional pelos Árbitros* (in *Estudos de Direito da Arbitragem*, cit., pp. 241-261 [p. 242]).

¹⁷⁸ Cfr. LIMA PINHEIRO, LUÍS, *ibidem*.

¹⁷⁹ Esta doutrina foi expressamente consagrada pela cit. *Convenção Europeia Sobre Arbitragem Comercial Internacional* de 21 de Abril de 1961 (art. VII/1), pela Lei-Modelo da CNUDCI (art. 28º/2) e pelos Regulamento de Arbitragem da CNUDCI (arts. 17º/1 e 35º/1), da CCI (arts. 19º e 21º/1) da AAA (arts. 16º/1 e 28º/1 das *International Arbitration Rules*) e da LCIA (arts. 14º, 22º.3º e 22º.3º).

¹⁸⁰ Cfr. LIMA PINHEIRO, LUÍS, *Arbitragem Transnacional*, cit., p. 477.

Segundo a tese dominante, a ordem jurídica estadual em causa será a da *sede da arbitragem*¹⁸¹, uma vez que será em virtude do Direito da sede da arbitragem que os árbitros assumem um papel jurisdicional e, nesse sentido, a arbitragem será obrigatoriamente submetida ao Direito da sede da arbitragem.

Segundo a conceção de F.A. MANN - um dos principais defensores desta tese -, pode afirmar-se que cada arbitragem é uma arbitragem "nacional", uma vez que deve ser realizada num determinado local e, por conseguinte, está sujeita à lei nacional daquele local¹⁸². Mais defende o autor que *a arbitragem só existe se a sede de a arbitragem o permite - Lex facit arbitrum*¹⁸³. Postula, assim, a autoridade completa e efetiva do país da sede da arbitragem sobre o tribunal arbitral, sendo o único capaz de criar *lex arbitri*¹⁸⁴.

Ora, no entender de F.A. MANN, e de GEORGES SAUSER-HALL, a indicação de um local geográfico como sede da arbitragem não limita as partes a um único local para a condução do processo de arbitragem. A *sede da arbitragem* é meramente considerada como o centro de gravidade da arbitragem. Isto não obriga a que todos os procedimentos de arbitragem sejam ali conduzidos, mesmo que isso seja preferível. Embora a indicação da sede se refira a um local geográfico, tal não significa que as partes se tenham restringido a esse local¹⁸⁵.

Muitos autores divergem destas considerações, sustentando que a arbitragem é uma atividade privada, que certamente não precisa de ser habilitada *ex ante* por nenhum Estado¹⁸⁶. Os tribunais arbitrais não exercem funções públicas, nem poderes públicos de um Estado. Neste sentido, se o tribunal da sede anula a sentença, isto não significa que esta não possa vir a ser reconhecida noutra ordem jurídica.

Uma segunda crítica dirige-se à competência exclusiva para regular e controlar a arbitragem defendida por F.A. MANN: nenhum Estado exerce uma competência exclusiva sobre uma arbitragem transnacional; esta competência é concorrente com a de os outros Estados. Não existe uma prevalência do direito do Estado onde se desenrola o processo arbitral¹⁸⁷.

Outra observação discordante desta tese sugere que *a escolha da sede é frequentemente uma questão de mera conveniência*. Ao contrário do que escreveu F.A. MANN há mais de 50 anos¹⁸⁸, atualmente tem sido entendido que, diversamente do que

¹⁸¹ Foi a tese dominante até ao final dos anos cinquenta, tendo sido consagrada nos arts.º 1º, 2º, 8º, 9º, 11º e 12º da Resolução do Instituto de Direito Internacional sobre Arbitragem em Direito Internacional Privado, cfr. LIMA PINHEIRO, LUÍS, *Arbitragem Transnacional*, cit., p. 479.

¹⁸² Cfr. MANN, FREDERICK A., “*Lex Facit Arbitrum*,” in *International Arbitration: Liber Amicorum for Martin Domke*, The Hague, 1967, p. 158.

¹⁸³ *Ibidem*.

¹⁸⁴ Cfr. MANN, FREDERICK A., “*Lex Facit Arbitrum*,” cit, 1967, p. 160-161.

¹⁸⁵ Cfr. MANN, FREDERICK A., “*Lex Facit Arbitrum*,” cit, 1967, p. 163; Sauser-Hall, Georges, “*L’arbitrage en droit international privé. Rapport et projet de Résolutions*,” in *Annuaire de l’Institut de droit international*, 44, 1957, p. 532.

¹⁸⁶ E.g., Cfr. KLEIN, FRÉDÉRIC-EDOUARD, “*Autonomie de la volonté et arbitragem*,” in *Revue critique de droit international privé*, 1958, p. 263; FRAGISTAS, CH. N., “*Arbitrage étranger et arbitragem international en droit privé*,” in *Revue critique de droit international privé*, 1960, p. 12.

¹⁸⁷ Cfr. LIMA PINHEIRO, LUÍS, *Arbitragem Transnacional*, cit., p. 483.

¹⁸⁸ “*a escolha da sede está normalmente longe de ser fortuita, mas feita por boas e bem compreendidas razões e propósitos*”, MANN, FREDERICK A., “*Lex Facit Arbitrum*,” cit., p. 163.

acontece com as arbitragens domésticas, as partes numa arbitragem internacional normalmente não têm qualquer ligação com a sede da arbitragem. De facto, a sede terá sido, de um modo geral, escolhida pelas partes, ou por uma instituição arbitral, precisamente por ser *um local com o qual as partes não têm qualquer ligação*. Será um local verdadeiramente neutro¹⁸⁹.

Em contrapartida - como FOUCHARD enfatizou -, não tem cabimento sujeitar os árbitros à aplicação da lei de conflitos do local da arbitragem, quando nem as partes ou os árbitros estão familiarizados com esta lei e não existe qualquer significativa ligação entre o país do local da arbitragem e a relação litigiosa¹⁹⁰. Em teoria, a lei de conflitos de um país só se aplica às relações que estabeleceram contactos significativos com este país. Caso o lugar de arbitragem seja fixado pelos árbitros num país que não tenha contactos significativos com a relação contestada, a escolha da lei deste país pode não ter pautado a atuação das partes e, conseqüentemente, a decisão do litígio assente sobre a lei aplicável em virtude dessa regra de escolha da lei significaria uma espécie de *lei roleta*¹⁹¹.

Por último, a arbitragem pode não ser limitada a uma sede única: pode decorrer em vários Estados, ou pode não ter mesmo uma sede física, tendo lugar através dos meios de telecomunicação¹⁹². A sede da arbitragem não é necessariamente o local onde as audiências são conduzidas, devido à separabilidade entre os conceitos de *sede da arbitragem* como noção abstrata e do *local efetivo das audiências*¹⁹³.

Esta tese é já considerada como ultrapassada, à luz da mais recente jurisprudência arbitral, no Direito Unificado da Arbitragem Transnacional, dos regulamentos dos centros de arbitragem e das legislações nacionais:

Ao nível das Convenções Internacionais, a mencionada *Convenção de Genebra*¹⁹⁴ foi pioneira quando, virando costas à tese da sede da arbitragem, consagrou uma norma de conflitos especial para a arbitragem transnacional, estabelecendo, na ausência de uma escolha de Direito aplicável pelas partes, *o recurso à norma de conflitos que o tribunal arbitral julgue mais apropriada*. Este entendimento foi também transposto na Lei-Modelo da UNCITRAL, no seu art. 28º/1 e 2.

Quanto às legislações nacionais, ou se opta *i)* pela consagração de um sistema de não intervenção, caracterizado por uma exclusão da aplicabilidade do seu próprio Direito de Conflitos e do seu Regime legal dedicado à Arbitragem Transnacional, ou se opta por *ii)* um Sistema de Enquadramento, onde são previstas normas especiais de Direito de Conflitos e de Direito Processual para a Arbitragem Transnacional, onde se enquadra a determinação do Direito aplicável à Arbitragem¹⁹⁵.

¹⁸⁹ Cfr. ALAN, REDFERN/HUNTER, MARTIN, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, cit., p. 9.

¹⁹⁰ Cfr. FOUCHARD, PHILIPPE/GAILLARD, EMMANUEL/GOLDMAN, BERTHOLD, *Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration*, cit., p. 636-639.

¹⁹¹ Cfr. LIMA PINHEIRO, LUÍS, *Arbitragem Transnacional*, cit., p. 484.

¹⁹² *Ibidem*.

¹⁹³ Cfr. a **Sentença do Tribunal da Relação Inglês (Case Naviera Amazonia Peruana SA v. Compania Internacional de Seguros del Peru) de 20 de maio 1988**, [acessível on-line in: <https://vlex.co.uk/vid/naviera-amazonica-peruana-s-793160833>].

¹⁹⁴ Referência à cit. *Convenção Europeia Sobre Arbitragem Comercial Internacional* de 21 de Abril de 1961.

¹⁹⁵ Cfr. LIMA PINHEIRO, LUÍS, *Arbitragem Transnacional*, cit., p. 486.

Já os Regulamentos dos principais Centros de Arbitragem concedem às partes e, na sua omissão, aos árbitros, a liberdade de elegerem o Direito aplicável para reger a Arbitragem¹⁹⁶.

Na prática dos Tribunais Arbitrais, são várias as decisões que se fundam no critério da sede da arbitragem para determinar a “*lex arbitri*”¹⁹⁷

Atualmente, os autores defensores desta tese já não se firmam na *jurisdição exclusiva do Estado da sede da arbitragem*. O argumento agora invocado reside no facto *de se tratar do Estado com a conexão mais estreita com a arbitragem* e que por ter implicações no reconhecimento e execução, *a decisão arbitral tem a “nacionalidade” deste Estado*¹⁹⁸.

Na verdade - tal como salienta o Professor LIMA PINHEIRO -, segundo esta tese, *a arbitragem será submetida ao Direito da sede da arbitragem por via de uma norma de conflitos que postula este critério*. No entanto, *esta norma de conflitos não faz parte do Direito Transnacional da Arbitragem* e, neste sentido, *a sua origem só pode ser estadual e, provavelmente, integra a ordem jurídica do Estado da sede da arbitragem*. Ora, *é a própria ordem jurídica da sede da arbitragem que atribui competência a si própria*¹⁹⁹.

Por esta e por todas as razões supramencionadas, os árbitros não têm que conceder preferência às normas e diretrizes do Estado da sede da arbitragem.

1.2 A tese da autonomia das partes

Noutro espectro, a tese da autonomia das partes, baseando-se na índole contratual da arbitragem, confere prevalência aos interesses das partes: segundo esta tese, a lei que regula a convenção de arbitragem, que seria a lei designada pela norma de conflitos aplicável aos restantes contratos, *i.e.*, a lei escolhida pelas partes, deve reger todos os atos que dizem respeito à arbitragem²⁰⁰.

Quando comparada com a tese da sede da arbitragem, a tese da autonomia das partes mostra-se mais favorável, uma vez que atende à vontade real das partes. No entanto, isto não se pode traduzir num afastamento completo das diretrizes de outros Estados²⁰¹ - tal como já foi mencionado, *no âmbito da arbitragem transnacional, os árbitros têm de consultar certas orientações estaduais, não estando, no entanto inteiramente vinculados à aplicação destas diretrizes de um dado Estado*²⁰².

¹⁹⁶ *Ibidem*.

¹⁹⁷ Cfr, e.g, a **Sentença da Arbitragem Ad hoc (Case BP v. Libya) de 11 de dezembro 1971**, [acessível on-line in: <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-bp-exploration-company-libya-limited-v-government-of-the-libyan-arab-republic-award-wednesday-10th-october-1973>]

¹⁹⁸ Cfr. LIMA PINHEIRO, LUÍS, *A Determinação do Estatuto da Arbitragem Transnacional pelos Árbitros (in Estudos de Direito da Arbitragem, cit., p. 251)*.

¹⁹⁹ Cfr. LIMA PINHEIRO, LUÍS, *A Determinação do Estatuto da Arbitragem Transnacional pelos Árbitros (in Estudos de Direito da Arbitragem cit., pp. 251-252)*.

²⁰⁰ Cfr. LIMA PINHEIRO, LUÍS, *A Determinação do Estatuto da Arbitragem Transnacional pelos Árbitros (in Estudos de Direito da Arbitragem, cit., p. 252)*.

²⁰¹ Cfr. LIMA PINHEIRO, LUÍS, *A Determinação do Estatuto da Arbitragem Transnacional pelos Árbitros (in Estudos de Direito da Arbitragem, cit., p. 253)*.

²⁰² Cfr. supra Ponto iii).

No entender do Professor LIMA PINHEIRO, esta tese é *limitada e imprestável*²⁰³: limitada, no sentido de *apenas ser aplicável quando as partes tenham elegido Direito aplicável ao mérito da causa ou Direito aplicável à arbitragem*; imprestável por *não resolver o problema da determinação do Direito que concede prevalência às estipulações das partes*²⁰⁴. A única solução para esta problemática seria - tal como defende GOLDMAN, autonomizar o sistema de conflitos da arbitragem transnacional²⁰⁵. Ora, caso isso aconteça, este sistema ficaria reduzido à única e exclusiva vontade das partes, algo que não é defendido por nenhum regulamento de arbitragem, nem pela jurisprudência arbitral.

Ademais, esta tese também fracassa quando postula a exclusiva subordinação da arbitragem ao Direito de um só Estado. Tal como foi *supra* mencionado, *nenhum Estado exerce uma competência exclusiva sobre uma arbitragem transnacional, esta competência é concorrente com a de os outros Estados*.

1.3 Vinculação dos árbitros às diretrizes estaduais

Na senda do que já vem sendo referido, os árbitros não se encontram absolutamente vinculados às diretrizes estaduais, embora tenham que consultar certas orientações estaduais. Esta regra decorre não só do fundamento jurídico complexo da arbitragem transnacional, mas também da sujeição da arbitragem à regulação de uma multiplicidade de Estados²⁰⁶.

A arbitragem transnacional não pode distanciar ou remover a competência dos tribunais estaduais, nem pode igualmente produzir uma decisão com total eficácia jurisdicional sem o reconhecimento dos Estados. Na verdade, os árbitros devem considerar as claras tensões de aplicabilidade do Direito dos Estados implicados, e não observar uma insignificante regra de conflitos multilateral.

Mas o que se tem verificado é exatamente o oposto: o exercício das atribuições estaduais de regulação da arbitragem tem-se pautado pela limitação, sendo que os principais sistemas apenas contemplam o estatuto da arbitragem, remetendo a delimitação das regras para os árbitros e para as partes, cabendo-lhes corporizar este estatuto²⁰⁷.

Neste sentido, conclui-se que os tribunais de arbitragem transnacional dispõem de uma larga autonomia, o que permite que, no entender das partes e dos árbitros, o estatuto da arbitragem seja definido por uma *auto-regulação negocial* e pelo Direito Transnacional da arbitragem²⁰⁸.

²⁰³ Cfr. LIMA PINHEIRO, LUÍS, *Arbitragem Transnacional*, cit., p. 495

²⁰⁴ Ainda que se admita que os árbitros estão vinculados à estipulação das partes sobre o Direito aplicável à arbitragem, uma vez que a sua competência se alicerça na convenção de arbitragem, a eficácia da convenção de arbitragem obedece necessariamente ao Direito objetivo, cfr. LIMA PINHEIRO, LUÍS, *Arbitragem Transnacional*, cit., p. 495.

²⁰⁵ Cfr. GOLDMAN, BERTHOLD, “Les conflits de lois” cit., p. 378-380.

²⁰⁶ Cfr. LIMA PINHEIRO, LUÍS, *A Determinação do Estatuto da Arbitragem Transnacional pelos Árbitros (in Estudos de Direito da Arbitragem)*, cit., p. 254-255).

²⁰⁷ Cfr. LIMA PINHEIRO, LUÍS, *Estudos de Direito da Arbitragem*, cit., p. 255.

²⁰⁸ Cfr. LIMA PINHEIRO, LUÍS, *A Determinação do Estatuto da Arbitragem Transnacional pelos Árbitros (in Estudos de Direito da Arbitragem)*, cit., p. 256).

Ora, a complexidade na determinação do estatuto da arbitragem advém, então, desta convergência de fontes que se movimentam em diferentes ordens jurídicas. A decisão, pelo tribunal arbitral, sobre quais as normas jurídicas preponderantes implica uma ponderação por parte dos árbitros, através da avaliação do conteúdo destas fontes e das diretrizes que estas difundem²⁰⁹. Esta reflexão requer uma meditação acerca dos interesses, finalidades e valores em jogo²¹⁰.

Neste sentido, o Professor LIMA PINHEIRO atesta que o *método para o apuramento das diretrizes preponderantes será uma ponderação entre os interesses típicos e legítimos das partes, das finalidades e interesses legítimos e razoáveis dos Estados, das finalidades da sociedade mundial em formação e dos valores da ordem pública transnacional*²¹¹.

iii. Enquadramento do Direito Aplicável ao Mérito da Causa

A maioria dos sistemas e dos autores reconhece, numa primeira linha, a autonomia das partes para decidir qual o direito substantivo que irá apreciar as suas relações jurídico-privadas.

Na ausência desta escolha, caberá então aos árbitros a determinação da lei substantiva aplicável.

1. Escolha do direito aplicável pelas partes

Os contratos internacionais incluem frequentemente uma **cláusula de escolha da lei** e, amiudadas vezes, a lei elegida pelos contratantes não pertence ao Estado de nenhuma das partes ou ao local onde se prestam as obrigações decorrentes do contrato, mas é antes uma terceira lei neutra, prevenindo beneficiar uma das partes²¹².

Neste sentido, as partes estão frequentemente convictas de que *a cláusula de escolha da lei garante a exclusiva aplicação da lei elegida*, principalmente quando o contrato também contém uma **convenção de arbitragem**, onde o princípio da autonomia das partes opera com uma amplitude acentuada²¹³.

A regra de conflitos que preconiza a autonomia das partes goza de um reconhecimento extremamente generalizado nos sistemas jurídicos de todo o mundo, sendo, por isso, por vezes entendida como um princípio universal, transmitindo assim a sensação de que os pressupostos e as modalidades do seu exercício, bem como os seus efeitos são uniformemente determinados e estão em conformidade com uma norma que é

²⁰⁹ Cfr. LIMA PINHEIRO, LUÍS, *A Determinação do Estatuto da Arbitragem Transnacional pelos Árbitros* (in *Estudos de Direito da Arbitragem*, cit., p. 257).

²¹⁰ *Ibidem*.

²¹¹ Cfr. LIMA PINHEIRO, LUÍS, *A Determinação do Estatuto da Arbitragem Transnacional pelos Árbitros* (in *Estudos de Direito da Arbitragem*, cit., p. 258).

²¹² Cfr. MOSS, CORDERO GIUDITTA, "International Arbitration and the Quest for the Applicable Law," in *Global Jurist Advances*, Vol. 8, Nº 3, 2008, p. 6.

²¹³ *Ibidem*

independente de qualquer conjunto das regras de conflito contidas em qualquer sistema de direito internacional privado aplicável²¹⁴.

Esta primazia do princípio da autonomia das partes encontra a sua justificação não só numa intenção de tutelar o interesse das partes, mas também se deve à dificuldade do legislador em estabelecer uma conexão desejada para os negócios jurídicos transnacionais²¹⁵.

A escolha pelas partes das regras de direito a aplicar pelos árbitros encontra-se consagrada em inúmeras convenções internacionais e legislações nacionais, v.g o art.º 28º/1 da Lei-modelo da UNCITRAL, o art.º 21º/1 das Regras da ICC²¹⁶, o art.º 52º da LAV.

Entende o Professor DÁRIO MOURA VICENTE que *esta cláusula de escolha da lei assume a natureza de uma electio iuris, i.e., esta escolha da lei pelas partes interessadas traduz-se, consequentemente, numa jurisdição aplicável a uma situação internacional*²¹⁷.

Mais entende este Professor que *esta autonomia das partes para eleger a lei aplicável ao mérito da questão só será eficaz se esta se basear numa norma de conflitos de um dado sistema jurídico nacional, através da qual se estabelecerão os pressupostos, os requisitos, a forma e os limites que deveram ser observados*²¹⁸.

No mesmo sentido, afirma GARY BORN que, *de forma a respeitar o acordo de escolha de lei aplicável, deve haver uma referência a um sistema legal que confere validade (ou, em alguns casos, retém a validade ou aplicabilidade) ao acordo. Isto, por sua vez, requer uma escolha (explícita ou implícita) e aplicação de um conjunto de regras de conflito de leis*²¹⁹.

Considerando que, no âmbito da arbitragem transnacional, não existe uma verdadeira *lex fori*²²⁰, esta determinação das regras de conflito a serem aplicadas assume uma maior dificuldade²²¹.

Face a esta questão, a Professora ISABEL MAGALHÃES COLLAÇO e o Professor FERRER CORREIA apresentam como solução *a aplicação do sistema de conflitos da lei substantiva elegida pelas partes*, considerando que, desta forma, *se garante uma maior harmonia de decisões*²²².

O Professor DÁRIO MOURA VICENTE subscreve a aplicação desta regra *apenas às questões de perfeição e de validade*, por se tratar de *problemáticas que pertencem ao*

²¹⁴ MILLS, ALEX, *Party Autonomy in Private International Law*, Cambridge University Press, 2018, p. 313.

²¹⁵ Cfr. MOURA VICENTE, DÁRIO, *Da arbitragem comercial internacional*, cit., p. 109.

²¹⁶ *International Chamber of Commerce*

²¹⁷ Cfr. MOURA VICENTE, DÁRIO., *Da arbitragem comercial internacional*, cit., p. 109.

²¹⁸ Cfr. MOURA VICENTE, DÁRIO, *Da arbitragem comercial internacional*, cit., p. 110.

²¹⁹ Cfr. BORN, GARY, *International Commercial Arbitration. International Arbitration Agreements*, Wolters Kluwers, 2021, p. 2880.

²²⁰ Cfr. MOURA VICENTE, DÁRIO, *Da arbitragem comercial internacional*, cit., p. 71; LIMA PINHEIRO, LUÍS, *Arbitragem Transnacional*, cit., p. 29.

²²¹ Cfr. MOURA VICENTE, DÁRIO, *Da arbitragem comercial internacional*, cit., p. 110.

²²² Cfr. MAGALHÃES COLLAÇO, ISABEL, *Da compra e venda em Direito Internacional Privado*, cit., p. 167-179; FERRER CORREIA, ANTÓNIO, *Lições de Direito Internacional Privado*, Universidade de Coimbra, 1963, p. 749-750, defendendo a imposição de limites à aplicação desta regra.

direito material e não ao direito conflitual. O mesmo não acontece com as questões ligadas aos pressupostos, à forma e aos limites da *electio iuris*. Tal como distingue este Professor, *a resposta a estas questões já terá carácter conflitual*, na medida em que *a sua determinação será feita através de uma norma de conflitos*²²³.

Ainda segundo o Professor DÁRIO MOURA VICENTE, a aplicação de uma norma de conflitos que solucionará estas referidas questões não se encontra, em princípio, na dependência de uma conexão espacial entre o Estado a cujo ordenamento a norma de conflitos respeita e a relação que é objeto do litígio, visto não estar em causa uma regulamentação substantiva²²⁴. Nesta aceção, as questões ligadas à validade da *electio iuris* irão ser apreciadas segundo o direito de conflitos do estatuto da arbitragem, i.e., o direito de conflitos em vigor no Estado da sede do tribunal arbitral²²⁵.

Na mesma orientação, o Professor GEORGE BERMANN distingue o papel relevante que as regras de Direito Internacional Privado da sede da arbitragem desempenham. Apesar de também considerar que os tribunais arbitrais não têm uma *lex fori*, entende que *o sistema de conflitos do Estado da sede do tribunal arbitral desempenha uma função análoga à que cumpre nos tribunais estaduais*²²⁶.

Admite-se a possibilidade de as partes escolherem regras de direito que não digam necessariamente respeito a um ordenamento jurídico estadual, como a *lex mercatoria*, princípios gerais de Direito, ou a equidade²²⁷. Adicionalmente, é prática frequente dos tribunais arbitrais o recurso a princípios comuns aos sistemas nacionais, a usos do comércio internacionais, e mesmo a modelos de regulação, v.g os Princípios UNIDROIT sobre os Contratos Comerciais Internacionais²²⁸.

No que concerne ao momento pertinente para eleger as regras de direito aplicáveis, tem-se debatido i) *se é admissível que as partes façam esta escolha num momento posterior à celebração do contrato que origina o litígio ou da convenção de arbitragem*, e ii) *se as partes podem alterar a escolha inicial*.

Entende o Professor DÁRIO MOURA VICENTE que *estas questões devem ser apreciadas segundo o direito de conflitos do estatuto da arbitragem*; ainda assim, *de jure condendo*, admite estas hipóteses, desde que os direitos legitimamente adquiridos por terceiros sejam devidamente acutelados segundo a lei inicialmente aplicada²²⁹.

Já os autores ALAN REDFERN E MARTIN HUNTER julgam ser pouco lógico permitir que as partes escolham a lei aplicável quando já iniciado o litígio; no entanto, reconhecem que, *na prática, parece que as partes o podem fazer*, mesmo que a sua escolha de lei seja diferente da que tinham escolhido anteriormente²³⁰. De facto, o Regulamento Roma I prevê expressamente esta possibilidade (art.º 3º/2).

²²³ Cfr MOURA VICENTE, DÁRIO., *Da arbitragem comercial internacional*, cit., p. 111-112.

²²⁴ Cfr MOURA VICENTE, DÁRIO., *Da arbitragem comercial internacional*, cit., p. 112.

²²⁵ Cfr. MOURA VICENTE, DÁRIO., *Da arbitragem comercial internacional*, cit., p. 93.

²²⁶ BERMANN, GEORGE, *apud* BRITO, MARIA HELENA, “Arbitragem internacional e direito internacional privado”, *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, nº 14, Edições Almedina, 2020, p. 122.

²²⁷ Cfr. art.º 21º/3 das Regras ICC; art.º. 28º/3 da Lei-modelo da UNCITRAL; art.º. 52º/1 LAV.

²²⁸ Cfr. LIMA PINHEIRO, LUÍS, *Arbitragem Transnacional*, cit., p. 235.

²²⁹ Cfr. MOURA VICENTE, DÁRIO., *Da arbitragem comercial internacional*, cit., p. 120.

²³⁰ Cfr. ALAN, REDFERN/HUNTER, MARTIN, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, cit., p. 194.

Esta escolha das regras aplicáveis pode ser manifestada *expressamente ou tacitamente*, considerando-se neste último cenário os *contratos anteriormente celebrados entre as partes, o que tenha resultado das negociações, termos jurídicos que remetam para certa lei, etc.*²³¹.

Cabe ressaltar que existem *certas normas imperativas da lei que exigem ser respeitadas ou aplicadas diretamente*, independentemente da lei ou regra de direito escolhida pelas partes ou determinada pelo tribunal arbitral²³².

Estas regras prevalecem sobre a escolha de lei feita de acordo com as regras de conflito aplicáveis e tornam-se diretamente aplicáveis com base na sua função e nos interesses que representam²³³.

As normas imperativas interferentes podem ser de um carácter muito diferente, em dois aspetos:

Quanto à sua origem, as normas imperativas podem pertencer à lei própria do contrato (*lex causae*), à lei da sede da arbitragem, a uma ordem jurídica de um país terceiro, ou a uma ordem supranacional (v.g. resoluções do Conselho de Valores Mobiliários da ONU, Leis da concorrência da UE, outras normas relativas a uma ordem pública internacional), à ordem jurídica onde, potencialmente, a sentença será reconhecida e executada²³⁴.

Considerando que os tribunais arbitrais não têm uma *lex fori*, o Professor LIMA PINHEIRO entende que *não existe uma vinculação à atuação da reserva de ordem pública internacional de um determinado Estado*. No entanto, entende este Professor que, se as partes tiverem elegido a aplicação do Direito de Conflitos de um Estado, deve o tribunal arbitral respeitar a reserva de ordem pública internacional desse mesmo Estado²³⁵.

Quanto aos valores culturais e interesses sociais que a norma visa proteger e salvaguardar com a sua interferência, algumas visam unicamente proteger certos interesses monetários do Estado (tais como regulamentos de controlo de trocas ou restrições de transferências), outras destinam-se a salvaguardar certos interesses vitais de um Estado e o bem-estar da comunidade, e outras visam proteger o comércio livre e o funcionamento de um mercado eficaz, tais como leis da concorrência²³⁶.

Será uma questão deixada à discricionariedade do tribunal arbitral determinar se *uma regra não só é obrigatória, mas também tem um carácter imperativo*. A decisão terá

²³¹ Cfr. DIAS DE OLIVEIRA, ELSA, *Arbitragem Voluntária: Uma Introdução*, Edições Almedina, 2020, p. 228.

²³² Cfr. BLESSING, MARC, “Mandatory Rules of Law versus Party Autonomy in International Arbitration,” *Journal of International Arbitration*, Vol. 14, nº 4, Kluwer Law International, 1997, p. 23.

²³³ Cfr. MOSS, CORDERO GIUDITTA, “International Arbitration and the Quest for the Applicable Law,” *cit.*, p. 19.

²³⁴ Cfr. BLESSING, MARC, “Mandatory Rules of Law versus Party Autonomy in International Arbitration,” *cit.*, p. 24-25.

²³⁵ Cfr. LIMA PINHEIRO, LUÍS, *Arbitragem Transnacional*, *cit.*, p. 264.

²³⁶ *Ibidem*.

de se basear na função da regra, bem como no equilíbrio entre os vários interesses envolvidos no caso específico²³⁷.

Em suma, esta decisão consistirá na determinação da legitimidade da norma específica para se impor às partes.

2. Regras aplicáveis na ausência de escolha pelas partes

Na ausência de escolha de lei pelas partes, é quase uniformemente reconhecido, nos estatutos nacionais de arbitragem e nas regras institucionais de arbitragem, que *serão os próprios árbitros a determinar a lei aplicável ao mérito da causa*²³⁸.

Já a maioria das Convenções é omissa quanto à escolha do direito substantivo na arbitragem internacional²³⁹, excetuando a mencionada Convenção de Genebra de 1961²⁴⁰.

Quando a decisão sobre as regras de direito aplicáveis fica a cargo do tribunal arbitral, as regras institucionais e as legislações nacionais preveem:

- iii. a aplicação da lei designada pelas normas de conflito que o tribunal arbitral julgue mais apropriado;
- iv. a aplicação das regras de direito que o tribunal arbitral julgue mais apropriado (*voie directe* ou *direct approach*);
- v. ou a aplicação do princípio da conexão mais estreita ao objeto do litígio das partes.

2.1 Aplicação da lei designada pelas normas de conflito que o tribunal arbitral julgue mais apropriadas

Este é o método adotado no art.º VII/1 Convenção de Genebra de 1961, no art.º 28º/2 da Lei-modelo da UNCITRAL, no art.º 32º/1 do Regulamento de Arbitragem da *Chicago International Dispute Resolution Association*, no art.º 23º/2 do Regulamento do *Russian Arbitration Center*, entre outros.

Ora, ao aceitarem estas disposições, através da sua incorporação na convenção de arbitragem, as partes concedem aos árbitros uma ampla autoridade para escolherem as regras de conflito de leis que *consideram apropriadas*²⁴¹.

²³⁷ Cfr. BLESSING, MARC “*Mandatory Rules of Law versus Party Autonomy in International Arbitration*,” *cit.*, p. 5; MOSS, CORDERO GIUDITTA, “*International Arbitration and the Quest for the Applicable Law*,” *cit.*, p. 19-20.

²³⁸ Cfr. BORN, GARY, *International Commercial Arbitration*, *cit.*, p. 2824.

²³⁹ Cfr. BORN, GARY, *ibidem*, que justifica esta omissão com a intenção de conceder ao tribunal arbitral a mesma ampla autoridade em relação à seleção das regras de conflito de leis para a escolha do direito substantivo que existe em relação às decisões dos árbitros que aplicam regras de direito substantivo.

²⁴⁰ Alusão à chamada *Convenção Europeia Sobre Arbitragem Comercial Internacional* de 21 de Abril de 1961.

²⁴¹ Cfr. BORN, GARY, *International Commercial Arbitration*, *cit.*, p. 2827-2828.

Segundo o Professor DÁRIO MOURA VICENTE, tem-se procurado justificar este método com base *numa ampla autonomia de que os árbitros devem gozar na determinação da lei aplicável, devido à não vinculação dos árbitros às normas de Direito Internacional Privado de qualquer Estado em particular. Mas essa autonomia está sujeita a uma prévia clarificação de uma norma de conflitos*²⁴².

Ainda segundo o Professor DÁRIO MOURA VICENTE, a exigência desta prévia eleição de uma norma de conflitos que os árbitros julguem apropriada *justifica-se pela necessidade de impor aos árbitros a obrigação de justificar a solução concreta alcançada para o conflito de leis em apreço*²⁴³.

Essa concessão de autoridade comprova tanto a natureza ampla das prerrogativas do tribunal, no que diz respeito à eleição da lei que regula o mérito da disputa das partes, como o papel reduzido do controlo judicial²⁴⁴.

2.2 Aplicação das regras de direito que o tribunal arbitral julgue mais apropriadas

Em contrapartida, um outro método consagrado em legislações nacionais²⁴⁵ e regulamentos de arbitragem institucionais²⁴⁶ permite que o tribunal aplique *diretamente* o direito substantivo que *considera apropriado*, sem exigir referência expressa ou aplicação de quaisquer princípios de conflitos de leis²⁴⁷.

Segundo GARY BORN, esta abordagem é considerada pouco recomendável, uma vez que *diminui os objetivos de previsibilidade e uniformidade que os sistemas de conflito de leis aspiram a assegurar*²⁴⁸.

Quanto a este método, entende o Professor DÁRIO MOURA VICENTE que este *confere uma maior liberdade aos árbitros, na medida em que dispensa uma fundamentação a respeito da escolha da norma de conflitos, mas não dispensa os árbitros de determinar a lei aplicável através de um método conflitual*. Neste sentido, entende que *o direito aplicável deve ser aquele que apresenta a conexão mais estreita com a relação em apreço*²⁴⁹.

²⁴² Cfr. MOURA VICENTE, DÁRIO, *Da arbitragem comercial internacional*, cit., p. 234.

²⁴³ Cfr. MOURA VICENTE, DÁRIO, *Da arbitragem comercial internacional*, cit., p. 235.

²⁴⁴ Cfr. o **Acórdão do Tribunal Distrital dos Estados Unidos da América, S.D. Nova York** – Proc. *onkar Indomitable Corp. v. Fritzen Schiffsagentur und Bereederungs GmbH*, 1981 [acessível on-line in: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/668/267/1404107/>].

²⁴⁵ V.g. art.º. 1511º do Código de Processo Civil Francês, no art.º. 1054º/2 do Código de Processo Civil dos Países Baixos, e no art.º. 33º/2 da LAV de 1986.

²⁴⁶ Art.º 21º/1 do Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, art.º. 31º/1 do Regulamento de Arbitragem do *Singapore International Arbitration Center*²⁴⁶ e o art.º. 42º/2 do Regulamento de Arbitragem do *Netherlands Arbitration Institute*.

²⁴⁷ Cfr. BORN, GARY, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 2828; MOURA VICENTE, DÁRIO, *Da arbitragem comercial internacional*, cit., p. 240.

²⁴⁸ Cfr. BORN, GARY, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 2842.

²⁴⁹ MOURA VICENTE, DÁRIO, *Da arbitragem comercial internacional*, cit., p. 241-242.

2.3 Aplicação do princípio da conexão mais estreita ao objeto do litígio das partes

Alguns conjuntos de regras institucionais²⁵⁰ e legislações nacionais²⁵¹ exigem que os árbitros apliquem a lei do Estado *com a ligação mais próxima* ao objeto do litígio das partes.

Estas regras não só requerem uma análise da escolha da lei pelos árbitros, em vez de possibilitar a aplicação *direta* de uma lei substantiva, mas determinam a regra de conflito de leis que deve ser aplicada. Todavia, mesmo ao abrigo destas regras, é conferida ao tribunal arbitral uma vastíssima discricionariedade para designar a lei com *a conexão mais próxima*, a qual está sujeita a nenhum ou praticamente nenhum recurso judicial de anulação ou outros procedimentos²⁵².

Considerando a falta de diretrizes precisas que orientem os árbitros na procura da *lei com a conexão mais próxima ao litígio*, entende o Professor DÁRIO MOURA VICENTE que *deve o árbitro analisar todas as circunstâncias da relação que deu origem ao litígio sub judice, avaliando quais as conexões que a mesma apresenta com os diferentes ordenamentos jurídicos em causa, de forma a eleger o Estado onde estas conexões se mostrem mais significativas*²⁵³.

Ora, *em matéria de contratos*, entende este Professor que *devem ser tomados em consideração elementos como os locais de residência habitual, de administração central ou do estabelecimento principal da parte que se encontrava obrigada a realizar a prestação característica*^{254 255}. Esta solução tem encontrado expressão não só nas várias Convenções Internacionais²⁵⁶, como também na prática arbitral²⁵⁷.

Nos *casos em que não seja possível determinar a prestação característica*, cabe aos árbitros *averiguar a conexão mais estreita tendo em consideração as circunstâncias do contrato*²⁵⁸.

²⁵⁰ Cfr. art.º. 35º/1 do Regulamento de Arbitragem da Swiss Arbitration Association; art.º. 35º/1 do Regulamento de Arbitragem do Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration.

²⁵¹ V.g. art.º. 52º/2 da LAV; art.º. 36º da Lei de Arbitragem Japonesa; art.º. 834º do Código de Processo Civil Italiano.

²⁵² Cfr. BORN, GARY, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 2843.

²⁵³ Cfr. MOURA VICENTE, DÁRIO, *Da arbitragem comercial internacional*, cit., p. 244.

²⁵⁴ Para individualizar a *prestação característica*, opera-se uma hierarquização das prestações do contrato, assumindo maior relevância uma delas, por se tratar da prestação que caracteriza o tipo contratual em causa, traduzindo a sua função económica e social, possibilitando a sua diferenciação dos outros tipos contratuais, cfr. EUGÉNIA GALVÃO TELES, “A prestação característica: um novo conceito para determinar a lei subsidiariamente aplicável aos contratos internacionais : o artigo 4º da Convenção de Roma sobre a lei aplicável às obrigações contratuais”, in “O direito”, Lisboa, A. 127, (1-2), Janeiro-Junho 1995, p. 71-183.

²⁵⁵ Cfr. MOURA VICENTE, DÁRIO, *Da arbitragem comercial internacional*, cit., p. 244-245.

²⁵⁶ Cfr. art.º. 4º/2 do Regulamento Roma I; art.º. 3º da Convenção sobre a lei aplicável à compra e venda internacional de coisas móveis corpóreas de 1955; art.º 4.º, n.º 2 da Convenção de Roma.

²⁵⁷ Cfr. a **Sentença da International Chamber of Commerce – Proc. No. 102/2013, 13 março de 2014** [acessível on-line in: <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-mka-201402018-n?q=characteristic%20performance%20of%20the%20contract&type=Awards>]; a **Sentença da International Chamber of Commerce de 1996 – 8486, 1996** [acessível on-line in: http://translex.uni-koeln.de/208486/highlight_rebus_sic_stantibus/icc-award-no-8486-yc-a-1999-at-162-et-seq-/];

²⁵⁸ Cfr. MOURA VICENTE, DÁRIO, *Da arbitragem comercial internacional*, cit., p. 249.

vi. Direito Transnacional da Arbitragem

O Professor LIMA PINHEIRO define Direito Transnacional da Arbitragem como o conjunto das regras e princípios primariamente aplicáveis pelo tribunal arbitral que se formam independentemente da ação dos órgãos estaduais, que tanto podem ser conflituais como materiais²⁵⁹.

Em 1965, FOUCHARD formulou então a hipótese de existirem regras transnacionais, que os parceiros nos intercâmbios económicos internacionais se dariam a si próprios, concretamente no âmbito dos seus organismos profissionais, e que os árbitros, contratualmente designados para resolver os seus litígios, registariam e assim especificariam ou mesmo elaborariam para eles²⁶⁰.

Mais tarde, foi CLIVE SCHMITTHOF que procurou sintetizar este conjunto de regras consuetudinárias, e que propôs a designação que, desde então, tem sido mais frequentemente empregue: *lex mercatoria*²⁶¹.

Embora a elegibilidade de regras transnacionais para reger um contrato internacional seja agora amplamente reconhecida na arbitragem internacional, estas regras continuam a ser alvo de controvérsia²⁶².

Tal como nota o Professor LIMA PINHEIRO, os defensores da *lex mercatoria*, i.e., da existência de uma ordem jurídica autónoma do comércio internacional, relacionam este Direito Autónomo ao Direito Transnacional da Arbitragem, considerando que o Direito Transnacional da Arbitragem será um dos elementos da *lex mercatoria*²⁶³.

Ora, esta tese deve ser aceite, na medida em que a arbitragem transnacional será a jurisdição mais direcionada para o afloramento de uma ordem jurídica autónoma, caso se entenda que a Arbitragem Transnacional não se encontra submetida exclusivamente à ordem jurídica de um determinado Estado, tratando-se de um sistema autónomo²⁶⁴.

Segundo FOUCHARD, as fontes deste Direito Transnacional da Arbitragem não serão dependentes de ordens jurídicas nacionais, sendo reveladas pelas *cláusulas gerais de arbitragem, pelos usos profissionais codificados, pelos regulamentos institucionais de arbitragem e, em certa medida, pelas decisões contenciosas dos árbitros ou das autoridades corporativas*²⁶⁵.

O Professor LIMA PINHEIRO rejeita certas fontes propostas por PHILIPPE FOUCHARD, considerando que as cláusulas de arbitragem, os usos profissionais codificados, e as decisões dos árbitros e das autoridades corporativas apenas podem ser

²⁵⁹ Cfr. LIMA PINHEIRO, LUÍS, *Arbitragem Transnacional*, cit., p. 441

²⁶⁰ Cfr. LIMA PINHEIRO, LUÍS, *Arbitragem Transnacional*, cit., p. 441; GOLDMAN, BERTHOLD, “*La lex mercatoria dans les contrats d’arbitrage internationaux: Réalité et perspectives*”, cit., p. 221.

²⁶¹ Cfr. SCHMITTHOF, CLIVE MAXIMILLION, “The Law of International Trade, its growth, formulation, and operation,” in *Sources of the Law of International Trade*, Clive Schmitthof (ed.), 1964, p. 3.

²⁶² Cfr. FOUCHARD, PHILIPPE/GAILLARD, EMMANUEL/GOLDMAN, BERTHOLD, *Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration*, cit., p. 801.

²⁶³ Cfr. LIMA PINHEIRO, LUÍS, *Arbitragem Transnacional*, cit., p. 442.

²⁶⁴ Cfr. GOLDMAN, BERTHOLD, “Les conflits de lois”, cit., p. 349; LIMA PINHEIRO, LUÍS, *Arbitragem Transnacional*, cit., p. 443.

²⁶⁵ Cfr. FOUCHARD, PHILIPPE, *L’arbitrage commercial international*, Dalloz, 1965, p.42-43.

encarados como *fontes imediatas do Direito Transnacional da Arbitragem em geral*²⁶⁶. Apenas são reconhecidos como capazes de criar regras jurídicas aplicáveis à Arbitragem Transnacional o *costume* (na medida em que este advém de um reconhecimento de soluções desenvolvidas pela jurisprudência arbitral de forma uniforme e constante) e os *regulamentos do centro de arbitragem* (os quais são vistos como critérios vinculativos de conduta no seio arbitral)²⁶⁷.

Por seu turno, EMMANUEL GAILLARD defende que o direito transnacional constitua antes *um método de decisão*²⁶⁸. Mais entende que, *sendo este movimento progressivo, torna-se necessário, numa primeira linha, passar por uma aceitação e aplicação de normas transnacionais por árbitros, para, de seguida, se concluir pela existência de uma verdadeira ordem arbitral autónoma*²⁶⁹. Quanto às fontes do Direito Transnacional da Arbitragem, conclui que o direito transnacional deve ser caracterizado pelas suas fontes, mas que, não sendo o direito transnacional estático, será difícil codificar ou listar o seu conteúdo, devendo ser compreendido através de uma análise de direito comparado que possibilitará ao árbitro a escolha de normas universalmente aceites, em substituição de uma dada regra de um determinado sistema jurídico.

Independentemente de se entender que o Direito Transnacional da Arbitragem constitui *um sistema autónomo* ou *um simples método de decisão*, é evidente que - tal como afirma o Professor Lima Pinheiro - *a vinculação dos árbitros ao Direito Transnacional da Arbitragem será bastante reduzida* devido a uma *inevitável necessidade de considerarem as diretrizes dos Estados que apresentem laços significativos com a arbitragem ou com o tribunal onde será pedida a execução da sentença*²⁷⁰.

Ora, apesar de não existir uma vinculação absoluta à aplicação de diretrizes estaduais, os árbitros têm que acolher certas diretrizes estaduais. O que se verifica é que existe uma certa margem de apreciação das diretrizes estaduais²⁷¹.

²⁶⁶ Cfr. LIMA PINHEIRO, LUÍS, *Arbitragem Transnacional*, cit., p. 443-444.

²⁶⁷ Cfr. LIMA PINHEIRO, LUÍS, *Arbitragem Transnacional*, cit., p. 444.

²⁶⁸ GAILLARD, EMMANUEL, "Transnational law: a legal system or a method of decision making" in *Arbitration International*, vol. 17, nº1, 2001, p. 67.

²⁶⁹ GAILLARD, EMMANUEL, "Transnational law" cit., p. 53-53.

²⁷⁰ Cfr. LIMA PINHEIRO, LUÍS, *Arbitragem Transnacional*, cit., p. 445.

²⁷¹ Cfr. LIMA PINHEIRO, LUÍS, *Arbitragem Transnacional*, cit., p. 519-520.

Capítulo III

A Convenção de Viena enquanto Direito aplicável ao mérito da causa pelos

Tribunais Arbitrais

i) Aplicação da Convenção pelos Tribunais Arbitrais no caso de escolha de lei pelas partes contratantes

Tendo já estabelecido o que se entende por *Arbitragem Transnacional* e os trâmites da determinação do seu estatuto, este capítulo irá agora centrar-se nas peculiaridades que surgem quando a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Venda Internacional de Mercadorias é aplicada pelos tribunais arbitrais e não pelos tribunais nacionais.

A análise da prática arbitral demonstrou que a CISG é frequentemente aplicada pelos tribunais arbitrais²⁷². Aliás, a própria CISG assume, de forma clara, que *pode ser aplicada tanto por tribunais estaduais como por tribunais arbitrais*²⁷³.

Tal como nos litígios internacionais perante os tribunais judiciais nacionais, há que fazer a distinção entre: *i)* as circunstâncias em que a lei aplicável foi escolhida pelas partes e *ii)* aquelas em que é determinada pelo tribunal arbitral.

1. Referência direta feita pelas partes

Todas as disposições e regulamentos de Arbitragem fundamentais concedem autonomia às partes contratantes, com a motivação de lhes permitir elaborar contratos de uma forma que espelhe os seus interesses e previna a aplicação de normas legais desfavoráveis^{274 275 276}.

No que concerne à CISG, no âmbito da arbitragem transnacional, sempre que exista uma escolha de lei, há três situações possíveis que podem surgir:

- As partes podem eleger explicitamente a CISG, através da opção direta da Convenção (referência direta ou *voie directe*);

²⁷² Cfr. JANSSEN, ANDRÉ/SPILKER, MATTHIAS, “*The Relationship Between the CISG and International Arbitration: A Love with Obstacles?*” in *Contratto e impresa Europa*, n° 1 de Janeiro – Junho, 2015, p. 134.

²⁷³ O já referido n° 3 do art. 61° dirige-se tanto aos tribunais arbitrais como aos tribunais estaduais.

²⁷⁴ Cfr. BORN, GARY, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 82; JANSSEN, ANDRÉ/SPILKER, MATTHIAS, “*The Application of the CISG in the World of International Commercial Arbitration*”, *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, n°77, Mohr Siebeck, 2013, p. 135.

²⁷⁵ Segundo BORN, GARY (*ibidem*), esta ênfase na importância da autonomia das partes adquire um significado particular no campo da arbitragem comercial internacional. Nas palavras de uma sentença arbitral: “*Em geral, as partes num acordo comercial são livres para escolher a lei que deve reger a sua relação contratual. Esta doutrina da autonomia das partes faz sentido particular no contexto de uma arbitragem comercial internacional.*”

²⁷⁶ Segundo MENEZES CORDEIRO, ANTÓNIO (in *Tratado da Arbitragem, em Comentário à Lei 63/2011, de 14 de Dezembro*, 2016, p. 507), «*o princípio da livre escolha, pelas partes, da lei a aplicar pelos árbitros ao fundo da causa é uma decorrência lógica da própria arbitrabilidade: se as posições jurídicas disponíveis podem ser comprometidas com árbitros, a fortiori se poderá eleger a lei aplicável.*»

- As partes podem eleger a lei de um Estado contratante que conduz à aplicação da Convenção (referência indireta ou *voie indirecte*);

- Ou as partes podem optar por excluir a CISG (*opting out*).

Posto isto, quando um Tribunal arbitral é incumbido de determinar se a CISG, ou qualquer outro sistema de Direito, se aplica a um contrato, a sua primeira incumbência será determinar aquilo por que as partes, por elas próprias, optaram²⁷⁷.

Em primeiro lugar e de forma incontroversa, as partes comerciais beneficiarão da neutralidade da CISG ao elegê-la como lei regente do seu contrato de venda de bens, escolha essa que, de forma geral, será respeitada²⁷⁸ por parte dos Tribunais arbitrais²⁷⁹.

1.1 Eleição direta da Convenção

No domínio da arbitragem transnacional, as partes podem certamente nomear a Convenção para regular as suas relações contratuais. É o que resulta da primazia atribuída aos acordos das partes pelas regras e leis da arbitragem. Consequentemente, estes normativos proporcionam um âmbito de escolha mais amplo do que o previsto no domínio dos tribunais estaduais, permitindo expressamente que as partes escolham *as regras de direito* que considerem adequadas aos seus acordos²⁸⁰. Em suma, os tribunais arbitrais aplicarão a CISG se as partes concordarem que o seu contrato deve ser regido por esta Convenção.

Ora, as partes podem também concordar em aplicar a Convenção nas *situações em que o contrato não é abrangido pela esfera de aplicação original da Convenção*, tal como definida nos arts. 1º a 5º (*opt in*)²⁸¹. No entanto, existem duas ressalvas:

i) as disposições relativas à formação do contrato não são diretamente aplicáveis a um acordo entre as partes para aplicar as regras da CISG ou a disposições deste acordo ao seu contrato. Consequentemente, as regras de formação do contrato que regem um tal acordo de *opt in* têm antes de ser identificadas através das regras aplicáveis de direito internacional privado²⁸².

²⁷⁷ BUTLER, PETRA, “CISG and International Arbitration - A Fruitful Marriage?” in *XVII International Trade and Business Law 322, Special Volume for Professor Zeller's 70th Birthday*, Victoria University of Wellington Legal Research Paper No. 6/2017, 2014, p. 330.

²⁷⁸ De salientar que as questões de aplicação de normas obrigatórias ou de ordem pública em relação à aplicação da CISG só devem surgir em circunstâncias excecionais, uma vez que a CISG foi redigida com o intuito de unificar os regimes jurídicos do mundo.

²⁷⁹ BUTLER, PETRA, “Article 1 CISG – The Gateway to the CISG”, in *CISG and Latin America: Regional and Global Perspectives Eleven International Publishing*, Victoria University of Wellington Legal Research Paper No. 8/2017, 2016, p. 390.

²⁸⁰ JANSSEN, ANDRÉ/SPIJKER, MATTHIAS, “*The Application of the CISG in the World of International Commercial Arbitration*”, *cit.*, p. 135.

²⁸¹ *Ibidem*

²⁸² Vide SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, *Commentary, cit.*, p. 460.

ii) Ademais, tal como já *supra* referido, as partes não podem optar por não observar as disposições nacionais imperativas (v.g. normas que conferem proteção aos consumidores)²⁸³.

1.2 Eleição Indireta da Convenção

A escolha da lei não carece necessariamente de ser expressa, mas deve ser clarificada a partir das circunstâncias, como é o caso nas situações em que as partes têm em conta as disposições de uma lei específica no contrato. Importa então conhecer as manifestações de vontade das partes.

A este propósito, são já vários os diplomas legais que reconhecem a possibilidade de acordos implícitos de escolha da lei. Em primeiro lugar, o n.º 1 do art. 3.º do Regulamento Roma I (e, anteriormente, da Convenção de Roma) reconhece a viabilidade de *acordos implícitos de escolha da lei*, prevendo que um acordo de escolha da lei deve ser "*expresso ou demonstrado com razoável certeza pelos termos do contrato ou pelas circunstâncias do caso*"²⁸⁴.

De forma semelhante, os *Princípios de Haia relativos à escolha do Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais*²⁸⁵ permitem (no seu artigo 4.º) uma escolha tácita da lei que *resulte, de forma clara, das disposições do contrato ou das circunstâncias do caso*. Trata-se aqui de uma verdadeira intenção das partes, pelo que uma intenção presumida não é suficiente²⁸⁶. O tribunal arbitral não pode decidir com base em escolhas puramente hipotéticas ou putativas.

É que a escolha tácita da lei reguladora do contrato não se confunde com a escolha hipotética ou presumida: enquanto a escolha tácita é uma verdadeira escolha, isto é, uma escolha efetivamente querida pelas partes, a escolha hipotética é apenas uma escolha virtual, isto é, uma escolha que um observador externo consideraria provável sem, todavia, ter verificado (e, no limite, sem considerar dever verificar) se a escolha verdadeiramente existiu.

Deste modo, a escolha tácita – que é a única permitida pelo Regulamento Roma I e pelos *Princípios de Haia relativos à escolha do Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais* – exige ser apurada com base na realidade das relações entre as partes, verificando se os contraentes amadureceram efetivamente uma intenção convergente acerca da lei incumbida de regular o contrato²⁸⁷.

²⁸³ Cfr. JANSSEN, ANDRÉ/SPILKER, MATTHIAS, "The Application of the CISG in the World of International Commercial Arbitration", *cit.*, p. 135; MAYER, PIERRE, "Mandatory rules of law in international Arbitration", in *Arbitration International*, Vol. 2, N.º 4, 1986, pp. 274 e ss.

²⁸⁴ Cfr. PIETRO FRANZINA, "La scelta tacita della legge applicabile al contratto secondo il Regolamento ROMA I", in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 8, N.º 2, 2016, p. 223.

²⁸⁵ Versão em língua portuguesa acessível on-line in: <https://assets.hcch.net/docs/875f0793-9618-4753-aec6-9450dcc01316.pdf>

²⁸⁶ Cfr. BORN, GARY, *International Commercial Arbitration*, *cit.*, p. 2940-2941.

²⁸⁷ Cfr., expressamente neste sentido, PIETRO FRANZINA, "La scelta tacita della legge applicabile al contratto secondo il Regolamento ROMA I" *cit.*, p. 223; GIRSBERGER, DANIEL /COHEN, NEIL B., "Key Features of the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts", in *Uniform Law Review*, Vol. 22, Issue 2, 2017, p. 322-23.

Quais são então os elementos idôneos para revelar a existência e o conteúdo duma escolha tácita e quais os parâmetros a empregar para a sua avaliação?

Tanto o Regulamento Roma I como os *Princípios de Haia relativos à escolha do Direito aplicável aos contratos comerciais internacionais* atribuem relevância às “*disposições do contrato*” e às “*circunstâncias do caso*”. Uma inferência acerca da efetiva formação e sobre o conteúdo da vontade comum das partes tanto pode fundar-se sobre o primeiro como sobre o segundo dos referidos elementos, ou sobre uma combinação de elementos do primeiro e do segundo tipo. Em contrapartida, está excluída a possibilidade de relevar outros indícios que permitissem averiguar por uma eventual escolha de lei das partes²⁸⁸.

As “*disposições do contrato*” podem resultar sintomáticas duma escolha de lei em, pelo menos, duas situações que, todavia, nem sempre se distinguem facilmente uma da outra.

A primeira das situações é aquela em que *a linguagem utilizada no contrato e as soluções de redação com as quais ele se conforma* mostram que as partes tiveram a intenção de criar uma relação jurídica objetivamente baseada num particular ordenamento jurídico. É o que se verifica, por ex., quando as partes decidiram valer-se de um contrato-tipo disciplinado por um especial regime jurídico, como é o caso da CISG, que visa disciplinar os contratos internacionais de compra e venda de mercadorias.

O segundo cenário é o que ocorre *quando as cláusulas concebidas pelas partes que figuram no contrato fazem referência expressa às normas dum ordenamento jurídico ou diploma concreto* ou para fins diversos da escolha de lei (por ex., para indicar que o pagamento do preço empregue no contrato deve ser entendido com o significado que reveste no art. 54º da Convenção).

A alusão às *circunstâncias do caso* concreto refere-se aos casos em que se pode deduzir não só do contrato, mas dos atos ou factos que rodeiam toda a operação contratual, a sua celebração e a sua execução, que os contraentes quiseram submeter o seu contrato à lei dum concreto Estado²⁸⁹.

De igual modo, o facto de as partes, anteriormente ao contrato, *terem celebrado um outro contrato, contendo a escolha expressa da CISG enquanto lei aplicável*, pode permitir aos árbitros concluir, com carácter de certeza, que o segundo contrato (no qual não figura uma escolha expressa) será regulado pela mesma lei, em circunstâncias que, por outro lado, não denotam nenhuma alteração no comportamento das partes²⁹⁰.

O *nexo que une o contrato em discussão a um outro contrato do qual consta a escolha expressa da Convenção enquanto lei reguladora* pode também constituir uma circunstância relevante, para efeitos do apuramento duma escolha tácita, quando se

²⁸⁸ *Ibidem*

²⁸⁹ Cfr., expressamente neste sentido, CARAVACA, ALFONSO/CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER in *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, Editorial Comares, 2018, p. 907.

²⁹⁰ Cfr., expressamente neste sentido, PIETRO FRANZINA, “*La scelta tacita della legge applicabile al contratto secondo il Regolamento ROMA I*” cit., p. 231.

concretize numa conexão jurídica e materialmente significativa, por forma a deixar entender que as partes quiseram sujeitar ambos os contratos a uma única lei²⁹¹.

2. Eleição da lei de um Estado onde vigora a Convenção

Regra geral, as partes optam meramente pela lei de um determinado Estado sem mais especificações. É o que se verifica, por ex., quando as partes convencionam uma cláusula como "*Este contrato é regido pela lei portuguesa*".

Neste caso, é questionável se as partes pretenderam escolher exclusivamente as regras que constam do Código Civil Português, como lei portuguesa não harmonizada, ou se também elegeram a CISG, uma vez que Portugal é hoje (desde o dia 1 de outubro de 2021) um estado signatário da Convenção.

Esta problemática tem sido amplamente debatida na doutrina e na jurisprudência, impondo-se como posição prevalecente o entendimento segundo o qual *tal cláusula não constitui, necessariamente, uma derrogação à aplicação da Convenção segundo o art. 6º*, sendo que a Convenção constitui direito material especial aplicável aos contratos de compra e venda internacional na ordem jurídica dos países que a subscreveram²⁹².

No entanto, no âmbito da arbitragem transnacional, este entendimento não pode ser aplicado *ipsis verbis*. Enquanto, no caso dos tribunais estaduais nacionais, existe uma obrigação, pelo direito internacional, de aplicação da Convenção, caso se encontrem preenchidas as exigências do n.º 1 do art. 1º da CISG, o mesmo não acontece nos tribunais arbitrais. Uma vez que o tribunal arbitral - como adiante se comprovará - não está vinculado ao art. 1º/1 da Convenção, não lhe é requerido que avalie a opção de exclusão da CISG, mas antes que estabeleça a sua aplicação, através da interpretação da cláusula de escolha de lei estabelecida pelas partes²⁹³.

Permanece em aberto a questão de saber *se esta interpretação é conduzida de acordo com a lei interna não harmonizada ou com o art. 8º da CISG*²⁹⁴. Apesar das disparidades entre os princípios do direito interno de interpretação e o art. 8º da CISG, o

²⁹¹ *Ibidem*.

²⁹² Cfr. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, *Commentary*, cit., p. 309; a **Sentença do Tribunal de Cassação de França** de 13 setembro de 2011 [acessível on-line in: <http://www.cisg.fr/decision.html?lang=fr&date=11-09-13>]; a **Sentença do International Commercial Arbitration Court at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry (Rússia)** de 20 abril de 2004 [acessível on-line in: <https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/russian-federation-april-20-2004-translation-available>].

²⁹³ Cfr. expressamente neste sentido, SCHWENZER, INGEBORG/JAEGER, FLORENCE, in "Chapter 30: The CISG in International Arbitration", *The Powers and Duties of an Arbitrator: Liber Amicorum*, Kluwer Law International, 2017, p. 315.

²⁹⁴ A favor de uma aplicação do Art. 8.º CISG, a **Sentença do U.S. Federal Court of Appeals, Ninth Circuit (Chateau des Charmes Wines Ltd. v. Sabaté USA Inc.)** de 5 maio de 2003 [acessível on-line in: <http://www.unilex.info/cisg/case/899>]; CISG Advisory Council Opinion No. 16: Exclusion of the CISG under Article 6, [cujo texto está acessível on-line in: <https://iicl.law.pace.edu/cisg/scholarly-writings/cisg-advisory-council-opinion-no-16-exclusion-cisg-under-article-6>]; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, *Commentary*, cit., p. 375.

fruto da interpretação das cláusulas de escolha da lei em contextos internacionais raramente poderá conduzir a resultados divergentes²⁹⁵.

Na verdade, o critério de interpretação decisivo será o que avalie *o que as partes razoavelmente pretendiam quando acordaram a cláusula*²⁹⁶. Significa isto que, em sede de interpretação dos contratos, a declaração vale com o sentido que um declaratório normal, medianamente instruído, possa deduzir do comportamento do declarante. Para esta avaliação, os princípios estabelecidos no art. 6º da CISG, nomeadamente o princípio da autonomia das partes e o princípio da liberdade contratual podem ser aplicados por analogia²⁹⁷.

Quando as partes escolhem a lei de um Estado Contratante, é necessário sublinhar que a CISG é parte integrante dessa mesma lei e é, além disso, a lei que se aplica particularmente aos contratos internacionais. Acresce que a CISG apresenta disposições atuais adaptadas às transações jurídicas internacionais. Pelo contrário, a maioria dos sistemas jurídicos nacionais não só estão obsoletos, como também se concentram exclusivamente em aspetos domésticos. As suas disposições, ao invés da CISG, nem sempre equilibram os interesses de ambas as partes.

Também a inclusão de *Incoterms* no contrato levanta a questão de uma eventual decisão pela derrogação da aplicação da Convenção. Ora, a este propósito, a jurisprudência tem entendido que *o simples facto de as partes decidirem pela inclusão de um Incoterm não se traduz numa exclusão implícita da CISG*²⁹⁸.

Mediante uma cláusula de escolha da lei, as partes podem também *convencionar a aplicação da Convenção para regular contratos não comumente abrangidos pela Convenção (opting-in)*²⁹⁹. Este parecer foi primordialmente confirmado por uma decisão judicial da China que aplicou a Convenção a um contrato para a venda de peixe em pó, em virtude da opção das partes, que de outra forma teria caído fora da esfera de aplicação da CISG³⁰⁰. Nestas circunstâncias, a Convenção não é considerada como lei nacional, mas sim como uma *regra de direito*³⁰¹.

Contudo, como demonstrado acima, cabe aos tribunais arbitrais decidir sobre a aplicação de regras de direito para além da lei nacional escolhida pelas partes. Neste

²⁹⁵ Cfr. expressamente neste sentido, SCHWENZER, INGEBORG/JAEGER, FLORENCE, in “Chapter 30”, *cit.*, p. 315.

²⁹⁶ Cfr. SCHWENZER, INGEBORG/KEE, CHRISTOPHER/HACHEM, PASCAL, in *Global Sales and Contract Law*, Oxford University Press, 2012, p. 868.

²⁹⁷ Cfr. expressamente neste sentido, SCHWENZER, INGEBORG/JAEGER, FLORENCE, in “Chapter 30”, *cit.*, p. 316; Cfr. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, *Commentary, cit.*, p. 308.

²⁹⁸ Cfr. a **Sentença do Tribunal Popular Intermédio da China (Xiamen Trade v. Lian Zhong)** de 5 setembro de 1994 [acessível on-line in: <https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/china-september-5-1994-intermediate-peoples-court-xiamen-trade-v-lian-zhong>].

²⁹⁹ Cfr. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, *Commentary, cit.*, p. 314; FERRARI, FRANCO, *International Sale of Goods, cit.*, p. 180-18.

³⁰⁰ Cfr. a **Sentença do Rechtbank Van Koophandel (Bélgica)** de 19 abril de 2001 [acessível on-line in: <https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/belgium-april-19-2001-rechtbank-van-koophandel-district-court-ce-v-cd-and-ar>]; FRANÇA GOUVEIA, MARIANA/ COIMBRA TRIGO, ANA/ JAQUES, BETYNA/ CARRERA, IÑAKI (Eds.), *Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias, cit.*, p. 59.

³⁰¹ Cfr. SCHWENZER, INGEBORG/JAEGER, FLORENCE, in “Chapter 30”, *cit.*, p. 316.

sentido, não é certo se as regras de arbitragem aplicáveis permitem uma tal opção de inclusão.

ii) Aplicação da CISG por determinação dos árbitros

Tal como anteriormente ilustrado, ainda estão previstas diversas abordagens em diferentes estatutos nacionais de arbitragem. Ora, *se for necessário o tribunal arbitral determinar a lei substantiva aplicável, por meio das regras de conflito de leis*, é decisivo se estas se referem à lei de um Estado signatário. Neste caso, a CISG pode ser aplicada sem qualquer obstáculo.

Se o respetivo *estatuto de arbitragem* aplicável remeter o tribunal arbitral para determinar o direito substantivo segundo o critério da *lei com conexão mais próxima* ou segundo *a lei mais adequada para dirimir o litígio*, isto conduzirá frequentemente à aplicação da CISG³⁰². Em princípio, será este o caso se os estabelecimentos das partes se localizarem em Estados signatários da Convenção³⁰³.

A CISG é também aplicada a contratos entre partes de Estados não signatários, quando os tribunais arbitrais concluírem que a CISG representa o comércio internacional ou faz parte da *lex mercatoria*³⁰⁴.

1. Vinculação dos árbitros à aplicação da Convenção

Tal como já referido, a grande maioria dos instrumentos legislativos, nacionais e internacionais, em matéria de arbitragem, concedem às partes e aos árbitros envolvidos *uma margem considerável na escolha das regras aplicáveis ao mérito do litígio*, limitando-se a prescrever a aplicação das *regras de direito que as partes tenham escolhido ou que o árbitro considere apropriadas*.

Não se prescreve, portanto, apenas a aplicação de leis estatais. Estará frequentemente em causa a aplicação da *lex mercatoria*. Mas muito mais frequentemente, e sem que o fenómeno tenha atraído, com raras exceções, a atenção da doutrina, discute-se a aplicação de regras de direito privado provenientes de convenções internacionais como a CISG³⁰⁵.

Ora, segundo o autor PIERRE MAYER, a decisão pela aplicação de uma convenção internacional, em sede de arbitragem, verifica-se por três motivos: *i) a convenção integra a lei do Estado que o árbitro considera competente; ii) o árbitro entende que a convenção*

³⁰² Cfr. BORN, GARY, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 525.

³⁰³ Cfr. SCHWENZER, INGEBORG/JAEGER, FLORENCE, in “Chapter 30”, cit., p. 317.

³⁰⁴ *Ibidem*; JANSSEN, ANDRÉ/SPILKER, MATTHIAS, “The Application of the CISG in the World of International Commercial Arbitration”, cit., p. 147.

³⁰⁵ Cfr. MAYER, PIERRE, “L’application par l’arbitrage des conventions internationales de droit privé” in *L’internationalisation du droit, mélanges en l’honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 275.

*é diretamente vinculativa; por fim, iii) o árbitro invoca a autoridade da convenção sem justificar a sua aplicabilidade à situação que lhe é apresentada*³⁰⁶.

A respeito deste último ponto, de facto, a presença de convenções internacionais entre as fontes que os árbitros são passíveis de aplicar suscita a questão de saber *se existe, ou não, uma vinculação dos tribunais arbitrais à aplicação destas convenções*.

Num ponto prévio, cabe esclarecer que as convenções internacionais se inserem no chamado *Direito Unificado*. Na esteira do Professor LIMA PINHEIRO, através dos movimentos de unificação supraestadual, visa-se estipular um regime jurídico similar aplicável numa multiplicidade de Estados³⁰⁷. As convenções internacionais e regulamentos comunitários são a expressão da unificação do regime jurídico aplicável nos Estados signatários destes instrumentos.

Ora, quando confrontados com uma convenção internacional que reclama a sua aplicação, em particular quanto ao seu âmbito espacial, os árbitros mostram-se menos inclinados a tomar liberdades, sentindo-se obrigados a aplicá-la³⁰⁸. Segundo o autor francês PIERRE MAYER, esta convicção de vinculação deve-se *ao facto de o árbitro internacional pretender afirmar a sua neutralidade e independência face às diversas ordens jurídicas do Estado, não sentindo a necessidade de fazer tal afirmação face à ordem internacional, da qual se considera um dos seus agentes*³⁰⁹.

No entanto, um número considerável de autores sustenta que tal obrigação legal existe e tem defendido, em particular, o dever de os árbitros aplicarem a Convenção de Viena sobre Contratos para a Venda Internacional de Mercadorias³¹⁰. Mas o mesmo argumento pode ser invocado em relação à maioria das convenções de direito privado uniformes.

Se este entendimento for correto, podemos então considerar que existe uma “*aplicação obrigatória dos tratados internacionais*” (*mandatory private treaty application*), o que se traduzirá num dever dos árbitros de aplicar as convenções internacionais, resultando, inevitavelmente, numa desestabilização no que concerne à determinação da lei aplicável em sede de arbitragens comerciais quotidianas.

Fará então sentido considerar que tal dever existe?

Antes de tratar tal problemática, cabe alertar para uma substancial diferença que existe na abordagem de problemas jurídicos entre a lei dos tratados internacionais e a lei da arbitragem comercial internacional: enquanto que na lei dos tratados, o tratado é o

³⁰⁶ Cfr. MAYER, PIERRE, “*L’application par l’arbitrage des conventions internationales de droit privé*,” cit., p. 275.

³⁰⁷ Cfr. LIMA PINHEIRO, LUÍS, *Arbitragem Transnacional*, cit., p. 497.

³⁰⁸ Cfr. a **Sentença da Arbitragem Ad hoc (Case BP v. Libya) de 11 de dezembro 1971**, [acessível online in: <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-bp-exploration-company-libya-limited-v-government-of-the-libyan-arab-republic-award-wednesday-10th-october-1973>]

³⁰⁹ Cfr. MAYER, PIERRE, “*L’application par l’arbitrage des conventions internationales de droit privé*,” cit., p. 276.

³¹⁰ E.g., FERRARI, FRANCO, “*The CISG’s Sphere of Application: Articles 1–3 and 10*” in *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond*, Sellier European Law Publishers, 2004, p. 55 e ss.; MAGNUS, ULRICH, “Art. 1 CISG” in *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen: Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, p. 120.

ponto de partida natural para avaliar o seu efeito sobre pessoas e instituições, ou a relação do tratado com outras normas e instrumentos jurídicos³¹¹, a prática da arbitragem toma naturalmente como ponto de partida a convenção de arbitragem, que tem sido descrita como a *pedra basilar* da arbitragem internacional. Os pontos de partida instintivamente diferentes da lei dos tratados e da lei da arbitragem têm sido a fonte de alguma incompatibilidade, o que apela a uma nova abordagem que combine estas duas perspectivas³¹².

O primeiro ponto de consulta deve ser a letra das convenções internacionais. Será que designam, explícita ou implicitamente, os tribunais arbitrais como destinatários das suas disposições, fornecendo assim uma base para concluir que de facto existe o dever do árbitro de aplicar as suas regras?

Infelizmente, as convenções internacionais atualmente em vigor são pouco claras na indicação dos seus destinatários e as disposições referentes aos árbitros são escassas.

Ainda assim, no que toca à CISG, esta menciona duas vezes os árbitros, embora apenas de passagem: o n.º 3 do art. 45.º, estipulando que *"Nenhum prazo suplementar pode ser concedido ao vendedor por um tribunal comum ou um tribunal arbitral quando o comprador recorre a um dos meios de defesa em caso de incumprimento contratual"*. O n.º 3 do art. 61.º, contém uma disposição equivalente para violações de contrato por parte do comprador, fazendo também menção aos tribunais arbitrais.

Ora, nenhuma destas menções permite inferir o dever de um tribunal arbitral de aplicar a CISG.

Ademais, o art. 28.º da mesma Convenção consagra uma limitação à obrigação dos tribunais de aplicar certas disposições da CISG (*"Se, em conformidade com as disposições da presente Convenção, uma parte tiver direito de exigir da outra a execução de uma obrigação, um tribunal não estará obrigado a proferir uma decisão que determine a execução específica, salvo se fosse essa a sua decisão em virtude do seu próprio direito em relação a contratos de compra e venda semelhantes não regulados pela presente Convenção"*). Quanto a esta disposição, autores como BEATE GSELL consideram que esta deve ser aplicada aos tribunais arbitrais por analogia³¹³.

Não se afigura, portanto, claro se a redação da CISG subentende um dever dos árbitros de aplicar esta convenção.

No entanto, certos autores não entendem que esta ausência de menção signifique necessariamente que os tribunais arbitrais não figuram entre os destinatários das convenções. Neste sentido, MARY-ROSE MCGUIRE sustenta que as convenções de direito privado uniformes são direcionadas essencialmente para partes privadas, de forma que uma distinção entre tribunais jurisdicionais e tribunais arbitrais não faria aparentemente

³¹¹ Tal como se infere do art. 27.º da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados, segundo a qual *"uma parte não pode invocar as disposições do seu direito interno como justificação para a não execução de um tratado"*.

³¹² Cfr. SCHROETER, ULRICH G., "Chapter 29", *cit.*, p. 296.

³¹³ Cfr. GSELL, BEATE, "Artikel 28" in *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, *cit.*, p. 287 e ss.

sentido³¹⁴. Para o mesmo fim, poderia ser salientado que os tribunais arbitrais cumprem uma tarefa semelhante à dos tribunais estatais e, assim sendo, esta semelhança de funções promoveria um tratamento jurídico semelhante³¹⁵.

Em sentido divergente, é defendido que a não menção dos tribunais arbitrais em sede de convenções deve ser interpretada como a não imposição de um dever de aplicação por duas ordens de razão: em primeiro lugar, é razoável presumir que os seus redatores tinham conhecimento da arbitragem como um meio bem instituído de resolução de litígios e da liberdade significativa tradicionalmente concedida aos árbitros na determinação da lei a aplicar aos méritos: ora se as convenções tivessem como objetivo suprir esta liberdade, seria de esperar uma indicação suficientemente clara deste objetivo. Noutro ponto, diversas convenções internacionais sobre o transporte de mercadorias há muito que incluem provisões explícitas dirigidas aos tribunais arbitrais³¹⁶, admitindo o argumento *a contrario* de que as convenções que permanecem em silêncio não se dirigem, provavelmente, a árbitros³¹⁷.

O Professor LUÍS LIMA PINHEIRO conclui pela não vinculação dos árbitros às Convenções Internacionais de Unificação, considerando *que não são, em princípio, sujeitos de Direito Internacionais ou, mesmo que se admita uma subjetividade internacional limitada dos indivíduos e pessoas coletivas de Direito estadual, não são sujeitos das obrigações criadas pelas Convenções internacionais de unificação à luz do seu conteúdo e intencionalidade*³¹⁸.

Do prisma do Direito convencional, é bastante notório que os tribunais arbitrais não estão juridicamente vinculados às Convenções internacionais, por uma simples razão formal: Não são órgãos de um Estado parte de uma Convenção. Em complemento, o art. 26º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 deixa claro que os *tratados apenas criam obrigações para os Estados e, por associação, para os seus órgãos, nomeadamente os tribunais estaduais*. Dado que os tribunais arbitrais no domínio da arbitragem comercial são criações privadas, isto indica que as Convenções internacionais, devido à sua natureza de tratado, não lhes são dirigidas³¹⁹.

Pelas razões *supra* elencadas, as convenções internacionais não criam qualquer obrigação para os árbitros de aplicarem as suas normas. Embora a redação da maioria das Convenções possa ser eventualmente considerada incerta a este respeito, os tratados são geralmente dirigidos apenas aos Estados e aos seus órgãos, nomeadamente tribunais estaduais, e não aos tribunais arbitrais. Mais relevante, esta conclusão respeita a natureza fundamental dos tribunais arbitrais como instituições privadas que o Direito convencional não procura perturbar. De facto, parece legítimo assumir um princípio geral segundo o qual *as Convenções internacionais que visam unificar o Direito Privado ou Comercial*

³¹⁴ Cfr. MCGUIRE, MRAY-ROSE, “Grenzen der Rechtswahlfreiheit im Schiedsverfahrensrecht? Über das Verhältnis zwischen der Rom-I-VO und § 1051 ZPO”, *cit.*, p. 257 e 262 e ss.

³¹⁵ SCHROETER, ULRICH G., “Chapter 29”, *cit.*, p. 300.

³¹⁶ *E.g.* Convenção sobre o Contrato de Transporte Internacional de Mercadorias por Estrada de 1956.

³¹⁷ SCHROETER, ULRICH G., “Chapter 29”, *cit.*, p. 300.

³¹⁸ Cfr. LIMA PINHEIRO, Luís, *Estudos de Direito da Arbitragem*, *cit.*, p.

³¹⁹ Cfr. JANSSEN, ANDRÉ/SPILKER, MATTHIAS, “The Application of the CISG in the World of International Commercial Arbitration”, in *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 77, n.º 1, 2013, p. 131; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, *Commentary*, *cit.*, 2016, p. 208.

não exigem a sua aplicação pelos Tribunais arbitrais, mas antes respeitam a natureza particular como um meio privado de resolução de litígios que tem sido tradicionalmente regido por princípios diferentes dos aplicáveis aos Tribunais estatais.

No entanto, este facto não implica, forçosamente, que o dever do árbitro de aplicar Convenções não possa emanar de outras fontes legais: uma possível fonte alternativa do dever legal de um árbitro de aplicar Convenções internacionais é a *lex arbitri*³²⁰. Neste contexto, uma obrigação dos árbitros de aplicar uma convenção internacional em vigor na sede da arbitragem surgiria se a *lex arbitri* exigisse que os árbitros identificassem e aplicassem o Direito substantivo aplicável da mesma forma que um juiz de um Tribunal Estatal deste país. Ora, tal como anteriormente apontado, tal obrigação não existe, sendo que a tese da lei da sede da arbitragem enquanto lei aplicável ao mérito da causa já está há muito ultrapassada.

Conclui-se, então, que o árbitro não deixa cair a sua liberdade quando confrontado com uma convenção internacional, *i.e.*, não existe qualquer vinculação dos tribunais arbitrais para com as Convenções internacionais. Neste sentido, o árbitro pode decidir pela não aplicação da Convenção, mesmo que esta se declare aplicável e, inversamente, *pode aplicar a Convenção, mesmo que esta não seja aplicável ou ainda não tenha entrado em vigor*³²¹.

2. Aplicação da Convenção enquanto uso comercial ou *lex mercatoria*

A manifestação mais significativa da trajetória para a unificação da lei de vendas é a adesão à CISG. O desenvolvimento de uma nova jurisprudência, desenvolvida pelos tribunais arbitrais, para interpretar e reforçar a Convenção é passível de ter repercussões significativas para a execução de contratos de venda internacionais por tribunais arbitrais.

Perante este cenário, certos autores e parte da jurisprudência têm considerado a CISG como prova de usos comerciais. Neste sentido, defendem que, tal como a *lex mercatoria* medieval, a CISG pode ser vista como uma coletânea de usos comerciais a que os tribunais arbitrais podem recorrer em litígios comerciais internacionais³²².

Sucedo que, quando os tribunais arbitrais determinam a lei aplicável, são frequentemente obrigados pelas leis e regras de arbitragem a prestar consideração aos usos comerciais relevantes, e perante esta conjuntura, em litígios decorrentes de contratos de venda internacionais, certos tribunais aplicaram regras da CISG, interpretando-as como *usos comerciais* ou como parte da *lex mercatoria*, desconsiderando o facto de o contrato objeto do litígio não estar compreendido na esfera de aplicação da CISG³²³.

Um exemplo amplamente criticado diz respeito a uma decisão do tribunal arbitral da Câmara de Comércio Internacional proferida em 1989, em que o tribunal aplicou a

³²⁰ Cfr. SCHROETER, ULRICH G., “Chapter 29”, *cit.*, p. 304-305.

³²¹ Cfr. LIMA PINHEIRO, LUÍS, *Arbitragem Transnacional*, *cit.*, p. 497; MAYER, PIERRE, “L’application par l’arbitrage des conventions internationales de droit privé”, *cit.*, p. 276.

³²² Cfr. DiMATTEO, LARRY A., “Resolving International Contract Disputes”, in, *Dispute Resolution Journal*, American Arbitration Association, 1998, p. 75.

³²³ Cfr. JANSSEN, ANDRÉ/SPILKER, MATTHIAS, “The Application of the CISG in the World of International Commercial Arbitration”, *cit.*, p. 147.

CISG a um contrato celebrado em 1979, vários anos antes da sua entrada em vigor³²⁴. A justificação para tal decisão residiu no facto de não existir “*melhor fonte para determinar os usos comerciais prevalecentes (...) porque, devido à sua ratificação por muitos Estados, pode ser considerado que reflete de forma justa os usos geralmente reconhecidos relativamente à questão da não conformidade dos bens a nível internacional*”. No entanto, esta decisão não contribui de forma significativa para o apuramento da aplicação da Convenção enquanto *uso comercial* porquanto, atendendo a que a Convenção não existia no momento da celebração do contrato, não deveria ter sido considerada e discutida a sua aplicação, tampouco a questão de saber se a Convenção integra os *usos comerciais*³²⁵.

Embora esta decisão tenha sido alvo de crítica, é curioso detetar uma decisão semelhante tomada por um tribunal, também da Câmara de Comércio Internacional, em 1996³²⁶. *In casu*, o facto de as partes terem estipulado a aplicação de UCP³²⁷ 500 e Incoterms de 1990 no contrato de venda persuadiu o tribunal a submeter o seu contrato aos usos e costumes do comércio internacional, o tribunal considerou tanto a CISG como os Princípios UNIDROIT dos Contratos Comerciais Internacionais “*como prova admitida ao abrigo do direito comercial internacional*” e aplicou a Convenção em conformidade, apesar de nem o país do comprador nem o país do vendedor serem signatários da Convenção³²⁸.

A este respeito, FRANCO FERRARI entende que *esta linha de jurisprudência, que abre a porta à aplicabilidade da CISG mesmo a situações não abrangidas pela sua esfera, tem sido criticada com razão*³²⁹.

Apesar destas decisões, é altamente contestável que a CISG possa ser encarada como um *uso comercial*. Por definição, entende-se por *uso qualquer prática ou método de negociação que tenha uma natureza regulamentar de observância num local, vocação ou comércio que justifique uma expectativa de que será observada em relação à transação em questão*³³⁰. Nesta aceção, os *usos comerciais* não são rigidamente codificados, mas antes flexíveis para receber adaptações a longo prazo, até porque, eventualmente, podem cair em desuso e extinguir-se.

Contrariamente, a CISG é *per se* uma codificação e inflexível³³¹ e, enquanto convenção internacional, não está propensa a alterações. Apenas pode cessar a sua vigência em virtude da denúncia por um Estado signatário. Por estes motivos, a Convenção não pode ser considerada um *uso comercial*.

³²⁴ a **Sentença da International Chamber of Commerce de 1989** – 5713/1989, [acessível on-line in: <http://www.unilex.info/cisg/case/16>].

³²⁵ Cfr. JANSSEN, ANDRÉ/SPILKER, MATTHIAS, “The Application of the CISG in the World of International Commercial Arbitration”, *cit.*, p. 147.

³²⁶ a **Sentença da International Chamber of Commerce de 1996** – 8502/1996, [acessível on-line in: <http://www.unilex.info/cisg/case/395>].

³²⁷ *Uniform Customs and Practice for Documentary Credits*, cuja última versão, UCP 600, de julho de 2007, é a sexta revisão das regras desde que foram promulgadas pela primeira vez em 1933.

³²⁸ Cfr. JANSSEN, ANDRÉ/SPILKER, MATTHIAS, “The Application of the CISG in the World of International Commercial Arbitration”, *cit.*, p. 148; FERRARI, FRANCO, *International Sale of Goods*, *cit.*, p. 94.

³²⁹ Cfr. FERRARI, FRANCO, *International Sale of Goods*, *cit.*, p. 94.

³³⁰ BRIDGE, M.G., *The International Sale of Goods*, Oxford University Press, 2013, p. 698.

³³¹ Com exceção da concordância das partes contratantes em conformidade com o art. 6.º.

Mas será que existe a possibilidade de apenas certos aspetos da Convenção serem considerados *usos comerciais*?

Existe uma variedade de razões contra uma resposta afirmativa a tal questão:

Em primeiro lugar, tal interpretação iria ter como repercussão o alargamento do âmbito de aplicação da Convenção, algo que os redatores da Convenção estabeleceram escrupulosamente nos arts. 1º a 6º, algo extremamente invulgar num uso comercial. Os redatores da CISG convencionaram-na como uma coletânea de regras gerais, a serem aplicadas quando apropriado³³².

Adicionalmente, a própria Convenção refuta esta possibilidade, quando, segundo o nº 2 do art. 9º, se assume que *as partes aplicaram tacitamente ao contrato ou à sua formação um uso que conhecessem ou devessem ter conhecimento e que, no comércio internacional, é amplamente conhecido e regularmente observado pelas partes em contratos do mesmo tipo, no ramo comercial considerado*. Ora, devido à referência expressa aos *usos comerciais comuns*, esta disposição distingue claramente a CISG de tais usos³³³.

Tampouco é pacífica a questão de saber se a CISG faz, efetivamente, parte da *lex mercatoria*. Recordemos que a *lex mercatoria* remonta aos séculos XVI e XVII e constitui a base sobre a qual os usos comerciais são definidos e considerados aplicáveis³³⁴, podendo ser definida como *um conjunto de princípios gerais, e regras costumeiras espontaneamente evocadas ou elaboradas no âmbito do comércio internacional, sem referência a um sistema de direito nacional específico*³³⁵.

Ora, a CISG distingue-se da *lex mercatoria* exatamente pelos mesmos motivos pelos quais se distingue dos usos comerciais: pela sua natureza, a *lex mercatoria* é também *não codificada, não estatutária e não convencional*³³⁶. Em contrapartida, a CISG é uma convenção internacional e as regras contidas na CISG relacionam-se com o Direito Convencional Internacional, baseado nas negociações entre Estados que mais tarde se tornam Estados signatários.

Consequentemente, o Direito das Convenções Internacionais deriva da vontade dos Estados e dos seus representantes, e não dos comerciantes. Por conseguinte, a CISG não é uma regra de Direito Consuetudinário Internacional nem faz parte dele, pelo contrário, é codificada, formal e, naturalmente, integra o Direito das Convenções Internacionais³³⁷.

³³² Cfr. JANSSEN, ANDRÉ/SPILKER, MATTHIAS, “The Application of the CISG in the World of International Commercial Arbitration”, *cit.*, p. 149.

³³³ *Ibidem*.

³³⁴ Vide SCHLECHTRIEM, PETER/BUTLER, PETRA, *UN Law on International Sales*, *cit.*, p. 7; SCHMITTHOF, CLIVE MAXIMILLION, “The Law of International Trade, its growth, formulation, and operation,” in *Sources of the Law of International Trade*, 1964, p. 3.

³³⁵ Cfr. GOLDMAN, BERTHOLD, “Les conflits de lois”, *cit.*, p. 116.

³³⁶ Cfr. GOODE, ROY, “Usage and its Reception in Transnational Commercial Law”, in *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 456, 1997, p. 2.

³³⁷ Cfr. JANSSEN, ANDRÉ/SPILKER, MATTHIAS, “The Application of the CISG in the World of International Commercial Arbitration”, *cit.*, p. 150.

3. Aplicação da Convenção enquanto Princípio Geral de Direito

Ao interpretarem contratos que não são efetivamente regidos pela CISG, os tribunais arbitrais aplicam ocasionalmente regras específicas da Convenção, dada a aceitação geral que esta obteve no comércio internacional³³⁸.

Esta interpretação e forma de aplicar a Convenção a casos em que esta não seria à partida aplicável, por via direta ou indiretamente, podem ser saudadas: É correto conceber que as regras contidas na CISG constituem princípios geralmente aceites no Direito Comercial Internacional³³⁹. Ora, só fará sentido que a Convenção possa ser aplicada como parte da *lex mercatoria* caso seja considerada, como pode, como uma articulação das regras de Direito geralmente aceites por uma comunidade de nações comerciais em constante expansão³⁴⁰.

Tal como *supra* mencionado, a CISG brota de muitas das tradições jurídicas mundiais no domínio do Direito Comercial Internacional, e pode, assim, proporcionar uma orientação e assistência em termos de argumentação e de interpretação, caso um tribunal arbitral não possa resolver um caso apenas com base na lei efetivamente aplicável³⁴¹. Como tal, a Convenção é uma destilação das regras de Direito Comercial que foram consideradas apropriadas para contratos de venda internacionais - ou seja, regras de Direito geralmente aceites.

Perante a crescente complexidade dos contratos e dado que a globalização está a introduzir cada vez mais intervenientes no mercado mundial, a CISG poderá, portanto, revelar-se de grande utilidade a este respeito.

Já FRANCO FERRARI considera incorreta qualquer aplicação da CISG a casos em que o contrato está fora da esfera de aplicação declarada da Convenção³⁴², desconsiderando o facto de, no âmbito da arbitragem, ser reconhecida aos árbitros a autonomia para não só aplicarem as regras de direito que entenderem ser apropriadas, mas também não se encontrarem vinculados *per se* ao âmbito de aplicação da Convenção.

³³⁸ Cfr. a **Sentença do United States Claims Tribunal de 28 de julho de 1989** (Watkins-Johnson Co. & Watkins-Johnson Ltd. v. The Islamic Republic of Iran & Bank Saderat Iran) [acessível on-line in: <http://www.unilex.info/cisg/case/38>].

³³⁹ Cfr. JANSSEN, ANDRÉ/SPILKER, MATTHIAS, “The Application of the CISG in the World of International Commercial Arbitration”, *cit.*, p. 151.

³⁴⁰ Cfr. PETROCHIOS, GEORGIOS, “Arbitration Conflict of Laws Rules and the 1980 International Sales Convention”, in *Revue Hellénique de Droit International*, Vol. 52, 1999, pp. 191–218.

³⁴¹ Cfr. JANSSEN, ANDRÉ/SPILKER, MATTHIAS, “The Application of the CISG in the World of International Commercial Arbitration”, *cit.*, p. 151.

³⁴² Cfr. FERRARI, FRANCO, *International Sale of Goods*, *cit.*, p. 95.

4. Aplicação da Convenção por analogia

Por fim, os tribunais arbitrais, por vezes, decidem aplicar a Convenção, traçando uma analogia entre o caso que têm entre mãos e a CISG, em vez de aplicarem a Convenção como um *uso comercial* ou um *princípio amplamente aceite*³⁴³.

Acontece que, quando as partes não tiverem acordado numa lei para disciplinar o contrato, e as regras de arbitragem em vigor previrem uma livre escolha de regras e normas sem a necessidade de recorrer primeiramente à aplicação de normas de conflito, o tribunal pode determinar a lei aplicável pelo método *voie directe*. Ora, neste tipo de situações, a CISG pode ser aplicável fora dos contratos de venda, com base no nº 2 do art. 3º.

Segundo um tribunal da Câmara de Comércio Internacional: “*Esta regra legal reclama a sua aplicação em situações em que, como no caso presente, existe simultaneamente uma disposição de serviços e de venda, e a parte preponderante da obrigação surge da venda*”. O mesmo tribunal argumentou também que as regras jurídicas e os princípios subjacentes da CISG, que também foram incorporados nos Princípios do UNIDROIT relativos aos Contratos Comerciais Internacionais, eram “*perfeitamente adequados à resolução do litígio*”³⁴⁴.

Da perspetiva de um tribunal nacional, a aplicabilidade da Convenção poderia parecer surpreendente neste contexto, sendo que a opinião maioritária é que os *acordos de distribuição não são abrangidos pela CISG*, uma vez que este tipo de acordos está mais orientado para a organização de distribuição do que para a transferência da propriedade dos bens³⁴⁵.

Contudo, o raciocínio neste caso é convincente. Um tribunal arbitral que determina a lei aplicável utilizando o método direto não está vinculado aos requisitos estritos que vinculam os tribunais nacionais³⁴⁶. A aplicação das regras de direito que o tribunal considere apropriadas *confere ao tribunal uma ampla descrição para a sua decisão*³⁴⁷.

Ao mesmo tempo, mesmo um tribunal capaz de aplicar a CISG por via direta deveria fundamentar a sua escolha em certa medida, embora, lamentavelmente, nem sempre seja esse o caso na prática. No entanto, os tribunais³⁴⁸ e comentadores³⁴⁹

³⁴³ Cfr. a **Sentença da International Chamber of Commerce de 1997** – 8817/1997, [acessível on-line in: <http://www.unilex.info/cisg/case/398>];

a **Sentença do Rechtbank Midden (Países Baixos)** de 16 novembro de 2016 [acessível on-line in: <http://www.unilex.info/cisg/case/2127>].

³⁴⁴ Cfr. a **Sentença da International Chamber of Commerce de 1997** – 8817/1997, [acessível on-line in: <http://www.unilex.info/cisg/case/398>].

³⁴⁵ Cfr. FERRARI, FRANCO, *International Sale of Goods*, cit., p. 111-112; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, *Commentary*, cit., p. 262.

³⁴⁶ Cfr. JANSSEN, ANDRÉ/SPILKER, MATTHIAS, “The Application of the CISG in the World of International Commercial Arbitration”, cit., p. 151 – 152.

³⁴⁷ Cfr. BORN, GARY, *International Commercial Arbitration*, cit., p. 2843.

³⁴⁸ Cfr. a **Sentença da International Chamber of Commerce de 1999** – 10274/1999, [acessível on-line in: <https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/court-arbitration-international-chamber-commerce-12>].

³⁴⁹ Cfr. HAYWARD, BENJAMIN, “New Dog, Old Tricks: Solving a Conflict of law Problem in CISG Arbitrations”, in *Journal of International Arbitration*, Vol. 26, n.º 3, Kluwer Law International, 2009, p. 405.

concordam que mesmo que o tribunal tenha o direito de decidir por via direta ilimitada, não será dispensado da obrigação de decidir sobre o objeto do litígio, de acordo com um sistema de direito.

Capítulo IV

A Convenção de Viena enquanto lei aplicável à Convenção de Arbitragem

A CISG aplica-se a um tipo de relações contratuais: a venda de mercadorias. Não obstante, na vida prática, os contratos de venda fazem-se acompanhar, com frequência, por cláusulas complementares que exigem uma regulamentação própria. Em concreto, é prática comum as partes incluírem cláusulas de arbitragem nos contratos de venda internacional.

A questão central sobre a aplicabilidade da Convenção ao mérito da causa pressupõe, em primeiro lugar, que o tribunal arbitral tenha decidido sobre a sua competência para apreciar o litígio. Tal exige uma constatação de que as partes celebraram uma convenção de arbitragem válida que contemple o litígio. Sem um acordo deste teor entre as partes, não haverá arbitragem. Consequentemente, os tribunais arbitrais são chamados a pronunciar-se a respeito da validade e exequibilidade da uma convenção de arbitragem, em especial nos casos em que uma das partes conteste a jurisdição do tribunal arbitral ou não intervenha no processo. Na prática, este controlo pode levantar uma série de questões que se prendem com a formação do acordo, a sua conformidade com os requisitos de forma e/ou requisitos de validade substantiva, o seu alcance, e se o litígio é, no fundo, arbitrável.

Quando os contratos são regulados pela CISG, surge a dúvida se, e em que medida, a CISG também rege as várias imposições que surgem em relação à validade da convenção de arbitragem. Ou seja, a forte articulação entre os contratos de venda e as cláusulas de arbitragem suscita a questão da sua regulação unitária ou independente.

A questão de saber *até que ponto a CISG é aplicável à convenção de arbitragem* foi já analisada por diversos autores. Das proposições formuladas, depreende-se que existem três conceções elementares diferentes, dentro das quais pode haver certas nuances de abordagem entre os vários autores.

A tese mais restritiva, a chamada doutrina da separabilidade (*doctrine of separability*), considera que *as convenções de arbitragem, incluídas nos contratos de venda de mercadorias, são independentes do resto do contrato*³⁵⁰. Consequentemente, a lei eleita para disciplinar o contrato não se estenderá automaticamente à cláusula compromissória³⁵¹. Em virtude desta doutrina da separabilidade, as convenções de arbitragem são juridicamente isoladas do contrato de venda principal em que estão incluídas e, portanto, têm de ser tipificadas separadamente para apurar se são abrangidas pela CISG, ou seja, se se enquadram no conceito de contrato de venda tal como definido no n.º 1 do art. 1.º.

³⁵⁰ LEW, JULIAN D. M./MISTELIS, LOUKAS A./KRÖLL STEFAN, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, pp. 102-103.

³⁵¹ MISTELIS, LOUKAS, “CISG and Arbitration”, in *CISG Methodology*, De Gruyter European Law Publishers, 2009, p. 394.

Como consequência deste ponto de vista, *as regras da CISG não se aplicam às convenções de arbitragem, a menos que haja uma escolha positiva das partes para a aplicação da CISG*³⁵².

Os outros dois entendimentos preveem que, *em princípio, as convenções de arbitragem são abrangidas pela esfera de aplicação da CISG*, sustentando que tanto as regras de formação dos contratos como as regras de resolução de contratos se referem expressamente às cláusulas de resolução de conflitos, concretamente no n.º 3 do art. 19º e no n.º 1 do art. 81º, considerando estas referências como um indicador de que *as convenções de arbitragem são, em princípio, abrangidas pela CISG*³⁵³. Ambos os pareceres diferem, porém, quanto às consequências a extrair.

De acordo com a posição mais expansionista, *as disposições da CISG são geralmente aplicáveis às cláusulas de arbitragem contidas nos contratos de venda que são regidos pela CISG*. Ora, segundo este entendimento, às convenções de arbitragens aplicam-se, não só às regras relativas à formação de contratos, mas também às regras gerais da Parte I e do art. 11º³⁵⁴ da CISG que concedem às partes uma liberdade quase total de formalidades. Esta opinião tem como consequência que, em conformidade com o art. 11º, *as cláusulas de arbitragem incluídas nos acordos de vendas internacionais podem ser celebradas oralmente*, não tendo de observar qualquer forma exigida pela legislação de arbitragem aplicável³⁵⁵. Os principais argumentos invocados pelos apoiantes desta tese são i) *a necessidade de interpretar e determinar o conteúdo do contrato no seu todo* e que ii) *a CISG pode ajudar a resolver litígios fora do seu âmbito de aplicação*³⁵⁶.

Os partidários da visão mais limitada consideram que *apenas as disposições da Parte II da CISG, relativas à formação dos contratos, são aplicáveis às convenções de arbitragem*³⁵⁷. A justificação para tal conceção assenta na referência que consta do n.º 3 do art. 19º às cláusulas de resolução de litígios. Entendem, então, que *esta referência pretende integrar as cláusulas de arbitragem no âmbito de aplicação de, pelo menos, a Parte II*. Em compensação, *a Parte III contempla apenas os direitos e obrigações decorrentes de um contrato de venda internacional*, e não a questão de qual a entidade competente para decidir sobre as disputas que versam sobre tais direitos.

³⁵² Cfr. KRÖLL, STEFAN, “Arbitration and the CISG”, in *International Commerce and Arbitration*, Vol. 15, Eleven international publishing, 2014, p. 71.

³⁵³ Cfr. KRÖLL, STEFAN/MISTELIS, LOUKAS/PERALES VISCASILLAS, *cit.*, pp. 191-193; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, *Commentary, cit.*, p. 455 e ss.

³⁵⁴ Segundo o art. 11º da CISG a celebração do contrato, i.e, a *oferta* (artigo 14.º/1) e *aceitação* (arts. 18.º e 19.º/2), não está sujeita a quaisquer requisitos formais, cfr. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, *Commentary, cit.*, p. 429.

³⁵⁵ A favor da aplicação do art. 11.º vide WALKER, JANET, “Agreeing to Disagree: Can We Just Have Words? CISG Article 11 and the Model Law Writing Requirement” in *Journal of Law and Commerce*, Vol. 25, N.º 1, 2005, p. 163; BIANCA, C. MASSIMO/BONELL, MICHAEL JOACHIM, *Commentary on The International Sales Law*, Giuffrè, 1987, pp. 322 e ss; PERALES VISCASILLAS, PILAR/RAMOS MUÑOZ, DAVID, “CISG & Arbitration”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, Vol. 2011, n.º 10 p. 70.

³⁵⁶ *Ibidem*

³⁵⁷ Cfr. SCHLECHTRIEM, PETER/BUTLER, PETRA, *UN Law on International Sales, cit.*, pp. 41-42; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, *Commentary, cit.*, pp. 455 e ss.

No que diz respeito ao requisito de forma, entende-se que *as regras de arbitragem aplicáveis devem prevalecer em relação às normas da CISG*³⁵⁸.

Face ao panorama das várias posições apresentadas, a reflexão centra-se essencialmente na aplicação do art. 11º da CISG, bem como das disposições da Parte II.

1. Validade formal

A maioria dos regulamentos sobre arbitragem nacional ainda impõem certos requisitos de forma às convenções de arbitragem. Apenas muito poucos Estados aboliram estes requisitos de forma, nomeadamente, França, Suécia, Nova Zelândia e algumas províncias canadianas³⁵⁹. Também a *Convenção de Nova York sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras* prevê um requisito de formal nos nºs 1 e 2 do art. II.

Inversamente, de acordo com o seu art. 11º, a CISG rege-se pelo princípio da liberdade de forma. Com efeito, certos autores alegam que este princípio de liberdade de forma contido na CISG se estende também às convenções de arbitragem contidas nos contractos de vendas de bens e mercadorias que se regem pela CISG³⁶⁰.

Esta visão não é, contudo, convincente:

Os requisitos de forma destinam-se sobretudo à vertente processual que é, de um modo geral, disciplinada por todos os estatutos nacionais de arbitragem, que ainda não implementaram o princípio da liberdade de forma.

Também por interpretação da CISG se alcança o mesmo resultado, sendo que a aplicação do art. 11º da CISG às convenções de arbitragem nunca foi considerada pelos seus redatores. Aliás, o próprio princípio da liberdade de forma tem sido questionado desde o início das iniciativas para harmonizar o Direito Comercial Internacional³⁶¹. As contestações quanto à liberdade de forma consagrada pela CISG foram principalmente suscitadas por antigos Estados socialistas e países que apresentam um requisito de forma indireto associado ao valor da transação na sua legislação nacional. Esta querela relativa aos requisitos de forma nunca foi suscitada a propósito das convenções de arbitragem³⁶².

Acresce ainda que a possibilidade de que os Estados dispõem de, ao abrigo do art. 96º da CISG, fazer uma reserva a fim de excluir o princípio da liberdade de forma, afirma ainda mais esta convicção³⁶³. Esta reserva foi apresentada fundamentalmente por Estados

³⁵⁸ Cfr. KRÖLL, STEFAN, “Arbitration and the CISG”, *cit.*, p. 73.

³⁵⁹ Cfr. SCHWENZER, INGEBORG/JAEGER, FLORENCE, in “Chapter 30”, *cit.*, pp. 320-321.

³⁶⁰ Cfr. WALKER, JANET, “Agreeing to Disagree: Can We Just Have Words? CISG Article 11 and the Model Law Writing Requirement”, *cit.*, p. 163; BIANCA, C. MASSIMO/BONELL, MICHAEL JOACHIM, *Commentary on The International Sales Law*, *cit.*, pp. 322 e ss; PERALES VISCASILLAS, PILAR/RAMOS MUÑOZ, DAVID, “CISG & Arbitration”, *cit.*, p. 70.

³⁶¹ Cfr. SCHWENZER, INGEBORG/JAEGER, FLORENCE, in “Chapter 30”, *cit.*, p. 321.

³⁶² Cfr. SCHWENZER, INGEBORG/TEBEL, DAVID, “The Word is not Enough – Arbitration, Choice of Forum and Choice of Law Clauses Under the CISG”, in *ASA Bulletin*, Vol. 31, N.º 4, 2013, p. 748.

³⁶³ Os Estados signatários, que inicialmente fizeram uma reserva ao abrigo do Art. 96.º da CISG são: Argentina, Arménia, Chile, China (derrogada), Estónia (derrogada), Letónia (derrogada), Lituânia (derrogada), Paraguai, Rússia, Ucrânia, Hungria e Bielorrússia.

que se propunham controlar os seus contratos de venda internacional. Ora, se a pretensão fosse a de subordinar as convenções de arbitragem ao princípio da liberdade de forma do art. 11º da CISG, a maioria dos Estados contratantes teria sido forçada a formular tal reserva³⁶⁴.

Ademais, o argumento de que *a CISG prevalece enquanto lei especial sobre os estatutos nacionais de arbitragem*³⁶⁵ não colhe. Na verdade, acontece, precisamente, o contrário. Também da redação do art. 90º da CISG decorre que *a CISG não prevalece sobre a Convenção de Nova York*³⁶⁶.

Perante todas estas razões, pode assumir-se que os requisitos formais obrigatórios da *lex arbitri* têm que ser sempre respeitados. A aplicação da CISG enquanto lei aplicável ao contrato de compra e venda em apreço é irrelevante.

2. Validade substantiva

Em oposição às questões relativas à validade formal, que dependem dos estatutos nacionais de arbitragem aplicáveis, a CISG pode ser aplicada a matérias de validade substantiva, *quando se trata de assuntos que envolvam a formação do contrato*³⁶⁷. Para esta reflexão apenas releva a dimensão contratual da cláusula arbitral.

Um grande número de tribunais, sem sequer discutirem outras opções viáveis, adotou uma abordagem segundo a qual, *caso a CISG seja a lei que rege o contrato em causa, a sua aplicação à convenção de arbitragem não é problemática*³⁶⁸.

A grande maioria da doutrina concorda com este juízo³⁶⁹. É certo que a aplicação da CISG poderá não parecer tão evidente quanto à aplicação da lei da sede da arbitragem enquanto lei determinante para a vertente contratual da convenção de arbitragem.

³⁶⁴ Cfr. SCHWENZER, INGEBORG/JAEGER, FLORENCE, in “Chapter 30”, *cit.*, p. 321.

³⁶⁵ Cfr. PERALES VISCASILLAS, PILAR/RAMOS MUÑOZ, DAVID, “CISG & Arbitration”, *cit.*, p. 76.

³⁶⁶ Segundo o art. 90.º da CISG, *a Convenção não prevalece sobre nenhum acordo internacional, já concluído ou que venha a ser concluído*.

³⁶⁷ Cfr. a **Sentença do United States District Court, S.D. New York de 14 de abril de 1992 (Filanto, SpA v. Chilewich Intern. Corp.)**, [acessível on-line in: https://scholar.google.com/scholar_case?case=7465841174193959179&q=Filanto%20S.p.A.%20v.%20Chilewich%20International%20Corp.&hl=en&as_sdt=6%2C33];

a **Sentença do Landgericht Hamburg (Alemanha) de 19 de junho de 1997**, [acessível on-line em <https://iicl.law.pace.edu/sites/default/files/case-text/ha3.pdf>].

³⁶⁸ Cfr. a **Sentença do Rechtbank Arnhem (Países Baixos) de 17 janeiro de 2007**, [acessível on-line em <http://www.unilex.info/cisg/case/1191>];

a **Sentença do United States District Court, S.D. New York de 14 de abril de 1992 (Filanto, SpA v. Chilewich Intern. Corp.)**, [acessível on-line in: https://scholar.google.com/scholar_case?case=7465841174193959179&q=Filanto%20S.p.A.%20v.%20Chilewich%20International%20Corp.&hl=en&as_sdt=6%2C33].

³⁶⁹ Cfr. SCHWENZER, INGEBORG / KEE, CHRISTOPHER / HACHEM, PASCAL, in *Global Sales and Contract Law*, *cit.*, p. 610; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, *Commentary*, *cit.*, p. 456.

Em sentido diverso, cfr. KRÖLL, STEFAN, “Arbitration and the CISG”, in *International Commerce and Arbitration*, Vol. 15, Eleven international publishing, 2014, p. 81.

No entanto, quanto a este aspeto, levanta-se a questão de aplicar a lei contratual não harmonizada ou, caso a sede da arbitragem estiver localizada num estado signatário, a CISG.

Os defensores da aplicação da legislação não harmonizada destacam as semelhanças entre as convenções de arbitragem que são concluídas de forma autónoma em relação ao contrato principal³⁷⁰. Ora, segundo estes autores, a lei aplicável seria sempre a legislação nacional e nunca a CISG.

A respeito desta problemática, as posições dentro da jurisprudência também divergem bastante:

Na sentença de 26 de novembro de 2020, o Supremo Tribunal Federal Alemão pronunciou-se acerca desta questão controversa da aplicabilidade da CISG aos acordos de arbitragem³⁷¹.

No caso em questão, as partes celebraram um contrato para o fornecimento de especiarias. Numa carta de confirmação de uma encomenda, o vendedor holandês referiu-se às *Verbandsbedingungen der Nederlandse Vereniging voor de Specerijhandel (NVS-Terms)*, os termos gerais da Associação Holandesa das especiarias. Estes *NVS-Terms* contêm uma cláusula de resolução de litígios que assegura, como meio de resolução de litígios, a arbitragem em Amesterdão. Os *NVS-Terms* designaram a lei dos Países Baixos para reger o contrato e excluía expressamente a aplicação da CISG ao contrato. Acontece que o vendedor não anexou os *NVS-Terms* às cartas de confirmação enviadas ao comprador alemão, e o próprio comprador também não assinou as confirmações de encomenda, que incluíam a referência aos *NVS-Terms*.

No que toca à validade substantiva da convenção de arbitragem, o Tribunal concluiu que *a lei aplicável era a lei dos Países Baixos*. O Tribunal concluiu, a partir do art. V/1(a) da Convenção de Nova Iorque, que *a norma de conflitos que regula a validade substantiva da convenção de arbitragem seria a lei expressamente escolhida pelas partes para reger a convenção de arbitragem ou, na ausência de tal escolha, a lei do local da sede*, ou seja, a lei dos Países Baixos. O Tribunal optou, novamente, pela aplicação da CISG enquanto parte da lei holandesa para acordos de vendas transfronteiriços, e não pela lei nacional dos Países Baixos.

Como a sentença demonstra, embora a validade substantiva da convenção de arbitragem seja regulada apenas por uma lei, *i.e.*, a lei escolhida pelas partes ou a lei da sede da arbitragem, a validade formal da convenção de arbitragem é, no entanto, regulada por uma série de leis. Basta que a convenção de arbitragem seja formalmente válida nos termos de, pelo menos, uma destas leis. Ora, pese embora a redação do art. 4.º da CISG, o tribunal alemão aplicou a CISG também à questão da validade formal da convenção de arbitragem, em virtude da disposição da aplicação da lei mais favorável.

³⁷⁰ Cfr. KRÖLL, STEFAN, “Arbitration and the CISG”, *cit.*, pp. 81-82.

³⁷¹ Cfr. a **Sentença do Bundesgerichtshof (Alemanha) de 26 de novembro de 2020**, [acessível on-line em <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=2ec4e43297ef8756c017984ecd99c05a&nr=112973&pos=9&anz=20>].

Devido ao âmbito de aplicação limitado da Decisão do Supremo Tribunal Federal da Alemanha, torna-se difícil uma comparação com outra jurisprudência³⁷².

No caso dos tribunais arbitrais, existe uma divergência de fatores que acarreta consequências. Como *supra* demonstrado, os tribunais arbitrais não aplicam o direito substantivo com base numa vinculação ao Direito Internacional Convencional no caso de se encontrarem preenchidas as suas condições de aplicação. Em vez disso, na ausência da escolha da lei pelas partes, os tribunais arbitrais aplicam a lei com a conexão mais próxima com o litígio. Esta regra não só é válida para a triagem entre diferentes normas nacionais, como também se aplica em conformidade para a decisão entre a lei não harmonizada e harmonizada da mesma jurisdição a ser aplicada à convenção de arbitragem³⁷³. Ora, *um litígio internacional que é regido pela CISG estará, habitualmente, mais intimamente ligado ao direito contratual harmonizado*, que é, portanto, a lei preferível.

Por outro lado, *a questão da validade substantiva depende sempre de uma interpretação do acordo das partes*. A questão de saber o que as partes acordaram não pode ser separada da questão de saber se existe, na verdade, um acordo.

Na averiguação da real intenção das partes, a CISG, no n° 3 do art. 8.º, prevê explicitamente uma base para avaliar as negociações das partes, os costumes, as práticas estabelecidas entre si e a conduta subsequente das partes. Com efeito, a CISG tende sempre a fornecer as disposições mais adequadas adaptadas ao comércio internacional comparativamente com a maioria das legislações nacionais³⁷⁴.

³⁷² Cfr. PERALES VISCASILLAS, PILAR/RAMOS MUÑOZ, DAVID, “CISG & Arbitration”, *cit.*, pp. 68-69.

³⁷³ Cfr. SCHWENZER, INGEBORG/JAEGER, FLORENCE, in “Chapter 30”, *cit.*, p. 323.

³⁷⁴ Cfr. SCHMIDT-AHRENDTS, NILS, “CISG and Arbitration”, *Belgrade Law Review*, 2011, p. 211.

Capítulo V

Conclusões Finais

O principal objetivo deste estudo foi o de esclarecer de que forma a Convenção de Viena sobre a Venda Internacional de Mercadoria se articula com a arbitragem transnacional.

Ora, considerando o espírito da arbitragem, baseado no entendimento recíproco de modo a poder responder ao litígio que ocorreu, e não o de retirar da lei aplicável uma decisão contra as partes envolvidas, mas antes de esclarecer, juntamente com as partes, o que deve ser feito numa dada situação para se conseguir justiça com cooperação³⁷⁵, de que forma é que estas circunstâncias se compatibilizam com uma Convenção, cujo objetivo assenta na harmonização e na eliminação de incertezas quanto ao regime aplicável aos contratos de compra e venda internacional ?

Ou seja, como compatibilizar a liberdade garantida tanto às partes, como aos árbitros, pela arbitragem internacional com uma Convenção com regras estanques e pré-definidas?

Na verdade, a convivência entre a CISG e a arbitragem transnacional tem-se revelado um sucesso a nível mundial, na medida em que os árbitros aplicam regularmente a CISG enquanto direito substantivo aos contratos de venda internacionais, pese embora os tribunais arbitrais não se encontrem vinculados à sua aplicação pelo Direito Convencional internacional.

Mas este êxito não se traduz numa ausência de questões, que aliás têm vindo a ser suscitadas tanto pela doutrina como pela jurisprudência. O presente estudo teve, precisamente, como base a análise das questões provocadas pela inter-relação entre as regras da Convenção e as regras de arbitragem características da arbitragem transnacional.

Tendo em conta as limitações existentes relativamente à extensão do presente estudo, centrámo-nos na análise das principais problemáticas que não são isentas de debates doutrinários, e que suscitam dúvidas não só a nível nacional como internacional, como as temáticas da Convenção de Viena enquanto direito aplicável ao mérito da causa pelos Tribunais arbitrais e a Convenção de Viena enquanto lei aplicável à convenção de arbitragem.

No presente capítulo, terei como principal objetivo apresentar as conclusões sobre algumas das principais questões que foram sendo levantadas e debatidas ao longo do presente trabalho, e sumariar as principais ideias a reter, sem prejuízo de não ser dispensável a leitura atenta do desenvolvimento das mesmas, no correspondente local próprio.

No âmbito dos contratos de venda internacionais, *as partes podem, quando estejam capacitadas por uma norma de conflitos para o efeito, escolher qual o direito*

³⁷⁵ Cfr. NARIMAN, FALI S., “The Spirit of Arbitration - The Tenth Annual Goff Lecture”, in *Arbitration International*, Vol. 16, n. ° 3, Oxford University Press 2000, p. 261.

material que querem que seja aplicável ao contrato. Essa norma de conflitos resultará das regras de arbitragem aplicáveis.

Nestes termos, as partes podem estipular, no âmbito da liberdade contratual, qual o regime que pretendem que lhes seja aplicável. Podem optar por um direito estadual, ou antes por um instrumento de direito unificado, como é o caso da CISG, ou optar por incluir no contrato cláusulas contratuais que traduzam usos comerciais que serão interpretados como *lex mercatoria*.

Uma vez que nos encontramos no domínio da arbitragem transnacional, as partes dispõem de uma maior liberdade na designação da lei aplicável ao contrato, que será diretamente aplicável pelo tribunal arbitral.

Na ausência de uma *electio iuris* pelas partes, o tribunal ficará incumbido de determinar qual será então o direito substantivo aplicável ao objetivo do litígio. Ora, não sendo os tribunais arbitrais órgãos estaduais, estes não se encontram vinculados à aplicação da CISG, nem ao cumprimento escrupuloso do seu âmbito de aplicação, pelo que *os tribunais arbitrais dispõem de uma maior discricionariedade no que toca à decisão pela aplicação ou exclusão da CISG.*

Certos tribunais arbitrais entenderam que *a Convenção poderia ser aplicável enquanto parte da lex mercatoria.* Quanto a este juízo, entendo que a CISG não contempla os atributos necessários para ser encarada como parte da *lex mercatoria*, uma vez que a CISG constitui antes um instrumento unificado, pelo que traduz a vontade dos Estados e dos seus representantes, e não dos comerciantes. Neste sentido, a CISG não é uma regra de Direito Consuetudinário Internacional nem faz parte dela, pelo contrário, é codificada, formal e, naturalmente, integra o Direito das Convenções Internacionais.

Quando incumbidos de interpretar contratos internacionais que, à partida, não seriam regidos pela Convenção, certos tribunais arbitrais optaram pela aplicação de algumas regras contempladas na CISG, considerando-as *princípios geralmente aceites no comércio internacional.* Tal como *supra* defendido, esta forma de aplicação da Convenção é de aplaudir. É plausível conceber que as regras contidas na CISG constituem *princípios geralmente aceites no Direito Comercial Internacional*, uma vez que as normas incorporadas na CISG decorrem de muitas das tradições jurídicas mundialmente reconhecidas no campo do direito do comércio internacional e podem, assim, providenciar assistência e direção, em termos de discussão e compreensão, no caso de um tribunal arbitral não conseguir solucionar um caso apenas com base na lei efetivamente aplicável.

Noutros casos, os tribunais arbitrais, por vezes, *decidiram-se pela aplicação da Convenção, traçando uma analogia entre o caso em mãos e a CISG.* Este tipo de raciocínio, aplicado pelos tribunais arbitrais, é defensável, na medida em que um tribunal arbitral que determina a lei aplicável utilizando o método direto não está vinculado aos requisitos estritos que vinculam os tribunais nacionais. A aplicação das regras de direito que o tribunal considere apropriadas confere ao tribunal uma ampla discricionariedade para a sua decisão, conquanto tal decisão não deva ser isenta de fundamentação.

A CISG assume também um papel importante enquanto lei aplicável à convenção de arbitragem. Quanto a esta última questão, defendo que, no que respeita à validade

formal, as convenções de arbitragem são regidas pela lei da sede de arbitragem. O princípio da liberdade de forma da CISG não é, portanto, aplicável. No entanto, *a CISG pode ser aplicada a todas as questões de validade substantiva de uma convenção de arbitragem, bem como à interpretação da mesma.*

Em jeito de conclusão, cabe apenas levantar a questão de saber se, em virtude de todas as querelas que a aplicação da CISG origina quando aplicada pelos tribunais arbitrais, poderá justificar-se uma revisão da Convenção para melhorar a sua articulação com a arbitragem transnacional. Ora, é do meu entendimento que tanto as características como o próprio espírito de liberdade e desprendimento da arbitragem não fundamentam uma reforma da Convenção.

Cabe recordar que os tribunais arbitrais não se encontram vinculados à aplicação de qualquer lei substantiva, excluindo os casos em que a mesma foi eleita pelas partes. Nesta senda, qualquer revisão que visasse uma melhor articulação da CISG com a arbitragem transnacional apenas limitaria a liberdade de eleição e de determinação da lei aplicável, que constitui um dos principais princípios basilares do Direito da arbitragem. Tornar os tribunais arbitrais destinatários diretos da Convenção seria apenas contraproducente, à luz do espírito da arbitragem.

Bibliografia

- ALAN, REDFERN/HUTER, MARTIN, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 2015;
- BENTO SOARES, MARIA ÂNGELA/MOURA RAMOS, RUI MANUEL, *Contratos Internacionais: compra e venda, cláusulas penais, arbitragem*, Edições Almedina, 1986;
- BIANCA, C. MASSIMO/BONELL, MICHAEL JOACHIM, *Commentary on The International Sales Law*, Giuffrè, 1987;
- BLESSING, MARC, “Mandatory Rules of Law versus Party Autonomy in International Arbitration”, *Journal of International Arbitration*, Vol. 14, nº 4, Kluwer Law International, 1997;
- BORN, GARY, *International Commercial Arbitration. International Arbitration Agreements*, Wolters Kluwers, 2021;
- BRIDGE, M.G, *The International Sale of Goods*, Oxford University Press, 2013;
- BRITO, MARIA HELENA, “Arbitragem Internacional. A propósito da Nova Lei da Arbitragem Voluntária” in *Themis - Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Vol. 22/23, 2012;
- BRITO, MARIA HELENA, “Arbitragem internacional e direito internacional privado”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, nº14, Edições Almedina, 2020;
- BRITO, MARIA HELENA, *Direito do Comércio Internacional*, Edições Almedina, 2004;
- BRUNNER, CHRISTOPH/GOTTLIEB, BENJAMIN (eds.), *Commentary on the UN Sales Law (CISG)*, Kluwer Law International, 2019;
- BUTLER, PETRA, “CISG and International Arbitration - A Fruitful Marriage?” in *XVII International Trade and Business Law 322, Special Volume for Professor Zeller's 70th Birthday*, Victoria University of Wellington Legal Research Paper No. 6/2017, 2014
- BUTLER, PETRA, “Article 1 CISG – The Gateway to the CISG”, in *CISG and Latin America: Regional and Global Perspectives Eleven International Publishing*, Victoria University of Wellington Legal Research Paper No. 8/2017, 2016;

- CARAVACA, ALFONSO/CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER in *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, Editorial Comares, 2018;
- CARNEIRO DA FRADA, ANTÓNIO, “A autonomia provada e a Convenção de Viena de 1980 sobre o contrato de compra e venda internacional”, in *Juris et de Jure – Nos 20 anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Porto*, Coimbra Editora, 1998;
- DIAS DE OLIVEIRA, ELSA, *Arbitragem Voluntária: Uma Introdução*, Edições Almedina, 2020;
- ESPLUGUES MOTA, CARLOS (coord.), *Derecho del Comercio Internacional*, Tirant lo Blanch, 2015;
- FERRARI, FRANCO, *International Sale of Goods: Applicability and Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Basle: Helbing & Lichtenhahn, 1999;
- FERRARI, FRANCO, “The CISG’s Sphere of Application: Articles 1–3 and 10” in *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond*, Sellier European Law Publishers, 2004;
- FERRER CORREIA, ANTÓNIO, *Lições de Direito Internacional Privado*, Universidade de Coimbra., 1963;
- FERRER CORREIA, ANTÓNIO, “Da Arbitragem Comercial Internacional”, in *Temas de Direito Comercial: Arbitragem Comercial Internacional, Reconhecimento de Sentenças Estrangeiras, Conflitos de Leis*, Editora Almedina, 1989;
- FRANÇA GOUVEIA, MARIANA/ COIMBRA TRIGO, ANA/ JAQUES, BETYNA/ CARRERA, IÑAKI (Eds.), *Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias – Anotações PLMJ*, Edições Almedina, 2022;
- FOUCHARD, PHILIPPE/GAILLARD, EMMANUEL/GOLDMAN, BERTHOLD, *Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration*, Kluwer Law International, 1999;
- FOUCHARD, PHILIPPE, *L’arbitrage commercial international*, Dalloz, 1965;
- FRAGISTAS, C. N., “Arbitrage étranger et arbitragem international en droit privé”, in *Revue critique de droit international privé*, 1960;
- GAILLARD, EMMANUEL, “Transnational law: a legal system or a method of decision making”, in *Arbitration International*, vol. 17, nº1, 2001;

- GALVÃO TELES, EUGÉNIA, “A prestação característica: um novo conceito para determinar a lei subsidiariamente aplicável aos contratos internacionais: o artigo 4º da Convenção de Roma sobre a lei aplicável às obrigações contratuais”, in “*O direito*”, Lisboa, A. 127, (1-2), Janeiro-Junho 1995;
- DANIEL /COHEN, NEIL B., “Key Features of the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts”, in *Uniform Law Review*, Vol. 22, Issue 2, 2017;
- GOLDMAN, BERTHOLD, “La lex mercatoria dans les contrats d’arbitrage internationaux: Réalité et perspectives”, in *Journal du droit international*, 1980;
- GOODE, ROY, “Usage and its Reception in Transnational Commercial Law”, in *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 456, 1997
- HAYWARD, BENJAMIN, “New Dog, Old Tricks: Solving a Conflict of law Problem in CISG Arbitrations”, in *Journal of International Arbitration*, Vol. 26, n.º 3, Kluwer Law International, 2009;
- HEUZE, VINCENT, *La vente internationale de marchandises. Droit uniforme*, 2000;
- HUBBER, PETER/MULLIS, ALASTAIR, *The CISG: A New Textbook for Students and Practitioners*, European Law Publishers, 2007;
- JANSSEN, ANDRÉ/MEYER, OLAF, *CISG Methodology*, European Law Publishers, 2009;
- JANSSEN, ANDRÉ/SPILKER, MATTHIAS, “The Application of the CISG in the World of International Commercial Arbitration”, in *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*”, n.º 77, Mohr Siebeck, 2013;
- JANSSEN, ANDRÉ/SPILKER, MATTHIAS, “The Relationship Between the CISG and International Arbitration: A Love with Obstacles?”, in *Contratto e impresa Europa*, n.º 1 de Janeiro – Junho; 2015, disponível em: https://www.researchgate.net/publication/282993811_The_Relationship_Between_the_CISG_and_International_Arbitration_A_Love_with_Obstacles;
- KLEIN, FREDERIC-EDOUARD, “Autonomie de la volonté et arbitrage”, in *Revue critique de droit international privé*, 1958;
- KRÖLL, STEFAN, “Arbitration and the CISG”, in *International Commerce and Arbitration*, Vol. 15, Eleven international publishing, 2014;

- KRÖLL, STEFAN/MISTELIS, LOUKAS/PERALES VISCASILLAS, *UN Convention on Contracts for International Sale of Goods (CISG): A Commentary*, Bloomsbury Publishing, 2018;
- LEW, JULIAN D. M./MISTELIS, LOUKAS A./KRÖLL STEFAN, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003;
- LIMA PINHEIRO, LUÍS, “Convenção de arbitragem (aspectos internos e transnacionais)” in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 64 - Vol. I / II, 2004;
- LIMA PINHEIRO, LUÍS, “A adesão de Portugal à Convenção de Viena sobre a venda internacional de mercadorias”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, a.81 n.3-4, julho-dezembro 2021;
- LIMA PINHEIRO, LUÍS, *Arbitragem Transnacional - A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Edições Almedina, 2005;
- LIMA PINHEIRO, LUÍS, *Direito Comercial Internacional*, Coimbra: Edições Almedina, 2005;
- LIMA PINHEIRO, LUÍS, *Direito Internacional Privado*, Vol. I, Edições Almedina, 2014;
- LIMA PINHEIRO, LUÍS, *Estudos de Direito da Arbitragem*, AAFDL Editora, 2022;
- LOOKOFSKY, JOSEPH, *Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG)*, Kluwer Law International, 2020;
- MAGALHÃES COLLAÇO, ISABEL, *Da compra e venda em Direito Internacional Privado. Aspectos Fundamentais*, Vol. I, Dissertação de Doutoramento, 1954;
- MAGNUS, ULRICH, “Art. 1 CISG” in *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*;
- MANN, FREDERICK A., “Lex Facit Arbitrum”, in *International Arbitration: Liber Amicorum for Martin Domke*, The Hague, 1967;
- MAYER, PIERRE, “L’application par l’arbitrage des conventions internationales de droit privé” in *L’internationalisation du droit, mélanges en l’honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994;
- MCGUIRE, MRAY-ROSE, “Grenzen der Rechtswahlfreiheit im Schiedsverfahrensrecht? Über das Verhältnis zwischen der Rom-I-VO und § 1051 ZPO” in *Zeitschrift für Schiedsverfahren*, 2004;

- MENEZES CORDEIRO, ANTÓNIO, *Tratado da Arbitragem, em Comentário à Lei 63/2011, de 14 de Dezembro*, Edições Almedina, 2016;
- MILLS, ALEX, *Party Autonomy in Private International Law*, Cambridge University Press, 2018;
- MISTELIS, LOUKAS, “*CISG and Arbitration*”, in *CISG Methodology*, De Gruyter European Law Publishers, 2009;
- MOURA VICENTE, DÁRIO, *Da arbitragem comercial internacional. Direito aplicável ao mérito da causa*, Coimbra Editora, 1990;
- MOURA VICENTE, DÁRIO, “A Convenção de Viena sobre a compra e venda internacional de mercadorias: Características gerais e âmbito de aplicação”, in *Estudos de Direito Comercial Internacional* (coord. Luís de Lima Pinheiro), Vol. I, Almedina, 2004;
- MOURA VICENTE, DÁRIO, *Lei da Arbitragem anotada* (coord. Dário Moura Vicente), Edições Almedina, 2019;
- MOSES, MARGARET L., *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge University Press, 2008;
- MOSS, CORDERO GIUDITTA, “International Arbitration and the Quest for the Applicable Law”, in *Global Jurist Advances*, Vol. 8, Nº 3, 2008;
- NARIMAN, FALI S., “The Spirit of Arbitration - The Tenth Annual Goff Lecture”, in *Arbitration International*, Vol. 16, n.º 3, Oxford University Press, 2000;
- NDULO, MUNA, “The Vienna Sales Convention 1980 and the Hague Uniform Laws on International Sale of Goods 1964: A Comparative Analysis”, in *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 38, No. 1, Cambridge University Press, 1989;
- PERALES VISCASILLAS, PILAR/RAMOS MUÑOZ, DAVID, in “CISG & Arbitration”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, Vol. 2011, n.º 10, 2014;
- PETROCHILLOS, GEORGIOS, “Arbitration Conflict of Laws Rules and the 1980 International Sales Convention”, in *Revue Hellénique de Droit International*, Vol. 52, 1999;

- PIETRO FRANZINA, “La scelta tacita della legge applicabile al contratto secondo il Regolamento ROMA I”, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 8, Nº 2, 2016;
- SAUSER-HALL, GEORGES, “L’arbitrage en droit international privé. Rapport et projet de Résolutions”, in *Annuaire de l’Institut de droit international*, 44, 1957;
- SCHLECHTRIEM, PETER/BUTLER, PETRA, *UN Law on International Sales: The UN Convention on the International Sale of Goods*, Springer, 2009;
- SCHLECHTRIEM, PETER/ WITZ, CLAUDE, *Convention de Vienne sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises*, Paris, 2008;
- SCHMIDT-AHRENDTS, NILS, “CISG and Arbitration”, in *Annals of the Faculty of Law in Belgrade – Belgrade Law Review*, Ano LIX, nº3, 2011;
- SCHMIDT-AHRENDTS, NILS, “CISG and Arbitration”, in *Belgrade Law Review*, 2011;
- SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford University Press, 2016;
- SCHMITTHOF, CLIVE MAXIMILLION, “The Law of International Trade, its growth, formulation, and operation”, in *Sources of the Law of International Trade*, Clive Schmitthof (ed.), 1964;
- SCHROETER, ULRICH G., “Chapter 29: Mandatory Private Treaty Application? On the Alleged Duty of Arbitrators to Apply International Conventions” in *The Powers and Duties of an Arbitrator: Liber Amicorum Pierre A. Karrer*, Kluwer Law International, 2017;
- SCHWENZER, INGEBORG/JAEGER, FLORENCE, in “Chapter 30: The CISG in International Arbitration”, *The Powers and Duties of an Arbitrator: Liber Amicorum Pierre A. Karrer*, Kluwer Law International, 2017;
- SCHWENZER, INGEBORG/ TEBEL, DAVID, “The World is not Enough – Arbitration, Choice of Forum and Choice of Law Clauses Under the CISG”, in *ASA Bulletin*, Vol. 31, N.º 4, 2013;
- SIER, KURT, *Kommentar zum UN Kaufrecht: Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG)*, Springer, 2010;

- SOVERAL MARTINS, ALEXANDRE, *Compra e Venda Internacional de Mercadorias: a CISG*, Edições Almedina, 2021.

Índice de Jurisprudência

1. Jurisprudência Arbitral

a) Arbitragem Ad-Hoc

- **Sentença da Arbitragem Ad hoc (Case BP v. Libya) de 11 de dezembro 1971**, [acessível on-line in: <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-bp-exploration-company-libya-limited-v-government-of-the-libyan-arab-republic-award-wednesday-10th-october-1973>].

b) Arbitragem Institucionalizada

i. Tribunal Arbitral da *International Chamber of Commerce*

- **Sentença do *International Chamber of Commerce* de 1989** – 5713/1989, [acessível on-line in: <http://www.unilex.info/cisg/case/16>];
- **Sentença da *International Chamber of Commerce* de 1994** – 7844/1994, [acessível on-line in: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/947844i1.html>];
- **Sentença do *International Chamber of Commerce* de 1996** – 8486, 1996 [acessível on-line in: http://translex.uni-koeln.de/208486/highlight_rebus_sic_stantibus/icc-award-no-8486-yca-1999-at-162-et-seq-/];
- **Sentença da *International Chamber of Commerce* de 1996** – 8502/1996, [acessível on-line in: <http://www.unilex.info/cisg/case/395>];
- **Sentença da *International Chamber of Commerce* de 1997** – 8817/1997, [acessível on-line in: <http://www.unilex.info/cisg/case/398>];
- **Sentença da *International Chamber of Commerce* de 1999** – 10274/1999, [acessível on-line in: <https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/court-arbitration-international-chamber-commerce-12>];
- **a Sentença da *International Chamber of Commerce*** – Proc. No. 102/2013, 13 março de 2014 [acessível on-line in: <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-mka-201402018-n?q=characteristic%20performance%20of%20the%20contract&type=Awards>];

ii. ***Tribunal Comercial Internacional da Russian Federation Chamber of Commerce and Industry***

- **Sentença do *International Commercial Arbitration Court at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry* de 24 de janeiro 2000**
[acessível on-line in: <https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/russian-federation-january-24-2000-translation-available>];
- **Sentença do *International Commercial Arbitration Court at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry* (Rússia) de 20 abril de 2004**
[acessível on-line in: <https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/russian-federation-april-20-2004-translation-available>]

2. Jurisprudência Estadual

a) Tribunais Alemães

- **Sentença do *Oberlandesgericht Koblenz* (Alemanha) de 17 september 1993,**
[acessível on-line in: https://www.uncitral.org/docs/clout/DEU/DEU_170993_FT_01.pdf#];
- **Sentença do *Oberlandesgericht Köln* (Alemanha) de 26 de agosto 1994,**
[acessível on-line in: <http://www.unilex.info/cisg/case/66>];
- **Sentença do *Landgericht München* (Alemanha) de 8 de fevereiro 1995,**
[acessível on-line in: https://www.uncitral.org/docs/clout/DEU/DEU_080295_FT_01.pdf#];
- **Sentença do *Landgericht Hamburg* (Alemanha) de 19 de junho de 1997,**
[acessível on-line em <https://iicl.law.pace.edu/sites/default/files/case-text/ha3.pdf>];
- **Sentença do *Oberlandesgericht Hamm* (Alemanha) de 23 de junho 1998,**
[acessível on-line in: https://www.uncitral.org/docs/clout/DEU/DEU_230698_FT_01.pdf#];
- **Sentença do *Oberlandesgericht Hamm* (Alemanha) de 2 de abril 2009,**
[acessível on-line in: <http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/urteile/1978.pdf>];
- **Sentença do *Bundesgerichtshof* (Alemanha) de 26 de novembro de 2020,**
[acessível on-line em <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi->

bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=2ec4e43297ef8756c017984ecd99c05a&nr=112973&pos=9&anz=20].

b) Tribunais Austríacos

- **Sentença do *Oberster Gerichtshof* (Austria) de 10 de novembro 1994**, [acessível on-line in: <http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/urteile/117.pdf>];
- **Sentença do *Oberlandesgericht Linz* (Áustria) de 23 de janeiro 2006** [acessível on-line in: <https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/austria-oberlandesgericht-wien-appellate-court-austrian-case-citations-do-not-generally-5>].

c) Tribunais Belgas

- **Sentença do *Rechtbank Van Koophandel* (Bélgica) de 19 abril de 2001** [acessível on-line in: <https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/belgium-april-19-2001-rechtbank-van-koophandel-district-court-ce-v-cd-and-ar>].

d) Tribunais Chilenos

- **Sentença do *Corte de Apelaciones de Punta Arenas* (Chile)– Proc. No. 173-2006, 9 janeiro de 2017** [acessível on-line in: <http://www.cisgspanish.com/wp-content/uploads/2013/10/C.A.-Punta-Arenas-12.pdf>].

e) Tribunais Chineses

- **Sentença do Tribunal Popular Intermédio da China (*Xiamen Trade v. Lian Zhong*) de 5 setembro de 1994** [acessível on-line in: <https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/china-september-5-1994-intermediate-peoples-court-xiamen-trade-v-lian-zhong>].

f) Tribunais dos Estados Unidos

- **Acórdão do Tribunal Distrital dos Estados Unidos da América, S.D. Nova York** – Proc. *onkar Indomitable Corp. v. Fritzen Schiffsagentur und Bereederungs GmbH*, 1981 [acessível on-line in: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/668/267/1404107/>];
- **Sentença do *United States Claims Tribunal* de 28 de julho de 1989** (Watkins-Johnson Co. & Watkins-Johnson Ltd. v. The Islamic Republic of Iran & Bank Saderat Iran) [acessível on-line in: <http://www.unilex.info/cisg/case/38>];
- **Sentença do *United States District Court, S.D. New York* de 14 de abril de 1992** (*Filanto, SpA v. Chilewich Intern. Corp.*), [acessível on-line in:

[https://scholar.google.com/scholar_case?case=7465841174193959179&q=Filant o%20S.p.A.%20v.%20Chilewich%20International%20Corp.&hl=en&as_sdt=6%2C33](https://scholar.google.com/scholar_case?case=7465841174193959179&q=Filant%20S.p.A.%20v.%20Chilewich%20International%20Corp.&hl=en&as_sdt=6%2C33)];

- **Sentença do U.S. Federal Court of Appeals, Ninth Circuit (Chateau des Charmes Wines Ltd. v. Sabaté USA Inc.) de 5 maio de 2003** [acessível on-line in: <http://www.unilex.info/cisg/case/899>];
- **Sentença do United States Court of Appeals, Third Circuit (New Jersey) de 7 de outubro 2008** [acessível on-line in: <https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/united-states-state-minnesota-county-hennepin-district-court-fourth-judicial-district-11>].

g) Tribunais Franceses

- **Sentença do Tribunal de Cassação de França de 13 setembro de 2011** [acessível on-line in: <http://www.cisg.fr/decision.html?lang=fr&date=11-09-13>].

h) Tribunais Ingleses

- **Sentença do Tribunal da Relação Inglês (Case Naviera Amazonia Peruana SA v. Compania Internacional de Seguros del Peru) de 20 de maio 1988,** [acessível on-line in: <https://vlex.co.uk/vid/naviera-amazonica-peruana-s-793160833>];

i) Tribunais Italianos

- **Sentença do Tribunale di Padova (Itália) de 25 de fevereiro 2004,** [acessível on-line in: <http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/urteile/819.pdf>];
- **Sentença do Tribunale di Rimini (Itália) de 26 de novembro 2002,** [acessível on-line in: https://www.uncitral.org/docs/clout/ITA/ITA_261102_FT.pdf#];
- **Sentença do Tribunale di Forlì (Itália) de 16 de fevereiro 2009,** [acessível on-line in: <http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/urteile/2585.pdf>].

j) Tribunais Suíços

- **Sentença do Tribunal Bezirksgericht (Suíça) de 12 de fevereiro 1998,** [acessível on-line in: <https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/switzerland-bg-arbon-bg-bezirksgericht-district-court-0>];
- **Sentença do Tribunal Cantonal (Suíça) de 3 de novembro 2004** [acessível on-line in: <https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/switzerland-november-3-2004-tribunal-cantonal-appellate-court-translation-available>].

Índice

Declaração de Compromisso Anti Plágio	iii
Agradecimentos	iv
Epígrafe	v
Modo de Citar e outras Convenções	vi
Lista de Abreviaturas, Acrónimos e Siglas	vii
Resumo	viii
Introdução	3
1. Considerações Gerais.....	3
Capítulo I – A Convenção de Viena sobre Venda internacional de Mercadorias	4
<i>i) Preliminares relativos à Convenção</i>	4
1. A necessidade de uniformização do regime jurídico das vendas internacionais ...	4
2. Os antecedentes da Convenção de Viena sobre Venda Internacional de Mercadorias	5
2.1 UNIDROIT e as Convenções de Haia (ULIS e ULFC)	5
2.2 UNCITRAL e a Convenção de 1980	6
<i>ii) Pressupostos para a aplicação da Convenção</i>	7
1. Âmbito material	7
1.1 Conceito de «Contrato de Compra e Venda»	7
1.2 Conceito de «Mercadorias».....	11
2. Âmbito espacial	13
2.1 Caráter internacional do contrato	13
2.2 A aplicação "direta" da Convenção segundo o artigo 1º/1/a)	16
2.2.1 Noção de Estado Contratante.....	17
2.3 A aplicação “indireta” da Convenção segundo o artigo 1º/1/b).....	17
3. Âmbito temporal.....	18
4. Exclusão da aplicação da Convenção e derrogação das suas disposições com base no artigo 6º	19
Capítulo II – A Arbitragem Transnacional	22
<i>i) Conceito de Arbitragem Transnacional</i>	22

1. Arbitragem Transnacional em sentido lato	22
2. Arbitragem Transnacional em sentido estrito	24
ii) Estatuto da Arbitragem Transnacional	27
1. As Teses Tradicionais	28
1.1 A Tese da sede da arbitragem	28
1.2 A Tese da autonomia das partes	31
1.3 Vinculação dos árbitros às diretrizes estaduais	32
iii) Enquadramento do Direito Aplicável ao Mérito da Causa	33
1. Escolha do direito aplicável pelas partes	33
2. Regras aplicáveis na ausência de escolha pelas partes	37
2.1 Aplicação da lei designada pelas normas de conflito que o tribunal arbitral julgue mais apropriadas	37
2.2 Aplicação das regras de direito que o tribunal arbitral julgue mais apropriadas	38
2.3 Aplicação do princípio da conexão mais estreita ao objeto do litígio das partes	39
iv) Direito Transnacional da Arbitragem	40
Capítulo III – A Convenção de Viena enquanto Direito aplicável ao mérito da causa pelos Tribunais Arbitrais	42
i) Aplicação da Convenção pelos Tribunais Arbitrais no caso de escolha de lei pelas partes contratantes	42
1. Referência direta feita pelas partes	42
1.1 Eleição direta da Convenção	43
1.2 Eleição indireta da Convenção	44
2. Eleição da lei de um Estado onde vigora a Convenção	46
iv) Aplicação da CISG por determinação dos árbitros	48
1. Vinculação dos árbitros à aplicação da Convenção	48
2. Aplicação da Convenção enquanto uso comercial ou <i>lex mercatoria</i>	52
3. Aplicação da Convenção enquanto Princípio Geral de Direito	55
4. Aplicação da Convenção por analogia	56
Capítulo IV – A Convenção de Viena enquanto lei aplicável à Convenção de Arbitragem	58

1. Validade formal	60
2. Validade substantiva.....	61
Capítulo V – Conclusões Finais.....	64
Bibliografia.....	67
Índice de Jurisprudência	73

