

#### **DOCTRINA – ARBITRAGEM EM TEMPOS DE CRISE**

Arbitragem e alteração das circunstâncias: uma reflexão breve a propósito do momento presente  
Mafalda Miranda Barbosa  
Pandemia, conflito bélico, força maior e alteração das circunstâncias – Coordenadas de reflexão em litígios arbitrais submetidos ao Direito português  
Ana Filipa Morais Antunes  
Deference in international arbitration and economic sanctions  
Caroline Kleiner / Pierrick Le Goff  
Risk allocation as a mechanism for minimising disputes in construction contracts in challenging times  
Telma Pires de Lima  
Investment Arbitration and The Right to a Clean, Healthy and Sustainable Environment as a Human Right  
Crina Baltag

#### **DOCTRINA – OUTROS CONTRIBUTOS**

A aplicação da Convenção de Viena na arbitragem transnacional  
Filipe A. Henriques Rocha  
Os 10 anos de vigência da LAV: perspetivas de futuro  
Filipa Cansado Carvalho  
O Princípio da Igualdade de Partes e o Artigo 476.º do Código dos Contratos Públicos  
Simão Mendes de Sousa

#### **PESQUISA EMPÍRICA**

Pesquisa empírica sobre a arbitragem comercial – inquérito  
António Pedro Pinto Monteiro / Ruben Bahamonde

#### **JURISPRUDÊNCIA**

Crónica de Jurisprudência .  
Armindo Ribeiro Mendes / Sofia Ribeiro Mendes

#### **RECENSÕES**

Recensão à obra Fixação das Regras Processuais e Exercício da Função Arbitral na Arbitragem Voluntária, de André Almeida Martins  
Diogo Costa Gonçalves  
Recensão à obra Resolução Alternativa de Litígios Jurídico-Públicos: Novas sobre a Mediação, a Conciliação e a Arbitragem Administrativas, de Isabel Celeste Fonseca (coordenação)  
Artur Flaminio da Silva

ISSN 1647-192X PVP 22,90€



REVISTA INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM E CONCILIAÇÃO

SEMESTRAL - N.º 18 - 2022

# REVISTA INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM E CONCILIAÇÃO

SEMESTRAL - N.º 18 - 2022

ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE ARBITRAGEM



Doutrina  
Pesquisa empírica  
Jurisprudência  
Recensões



**Filipe A. Henriques Rocha**

*Advogado na PLMJ*

*Assistente Convidado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*

---

## **A aplicação da Convenção de Viena na arbitragem transnacional\***

**SUMÁRIO:** §1. Introdução; §2. A Convenção de Viena e a vinculação dos árbitros às Convenções de unificação de Direito material; §3. A Convenção de Viena como direito aplicável ao mérito da causa; 3.1. Convenção de Viena, arbitragem e autonomia privada; 3.2. A remissão pelas partes para as regras de direito; 3.3. A Convenção de Viena como lei aplicável, na falta de escolha pelas partes; 3.3.1. A aplicação da Convenção por via “direta” e “indireta”; 3.3.2. Sujeição generalizada dos tribunais arbitrais ao art. 1.º/1, al. a)?; 3.3.3. Remissão do DIP para a lei de um Estado Contratante (art. 1.º/1, al. b); §4. A aplicação da Convenção de Viena à convenção de arbitragem; 4.1. Generalidades; 4.2. Validade formal; 4.3. Validade substantiva; 4.3.1. A decisão do Supremo Tribunal Federal alemão, de 26 de novembro de 2020; 4.4. Interpretação; 4.5. Meios de reação face ao incumprimento da convenção de arbitragem; §5. Conclusões\*\*

---

\* O presente trabalho constitui, em parte, o Relatório apresentado à disciplina de Direito Comercial Internacional, do Mestrado Científico em Direito Civil na FDUL, regência dos Senhores Professores Luís de Lima Pinheiro e João Gomes de Almeida, muito agradecendo pelas sugestões e críticas ao tema apresentado.

\*\* Abreviaturas utilizadas: BFDUC – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; BLI – Business Law International; BLJ – Bucerius Law Journal; BLR – Belgrade Law Review; BGH – Bundesgerichtshof; Convenção de Viena/Convenção – Convenção das Nações Unidas sobre Contratos para a Venda Internacional de Mercadorias. Viena, 11 abril de 1980; CCI/ICC – Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce; CNI – Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, celebrada em Nova Iorque, 10 de junho 1958; CRP – Constituição da República Portuguesa; CNUDCI – Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional; CPC – Código de Processo Civil; DIP – Direito Internacional Privado; EBLR – European Business Law Review; EGBGB – Einführungsgesetz BGB; IBLJ – International Business Law Journal; IHR – Internationales Handelsrecht; IWRZ – Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht; J. Transnat’l L. & Pol’y – Jour-

## §1. Introdução

I. Como o título assim denuncia, o nosso estudo pretende tratar da aplicação da Convenção de Viena na arbitragem transnacional. O destaque dado à dimensão transnacional da arbitragem, relativamente à aplicação da Convenção de Viena pelos árbitros, justifica-se por aquela constituir o modo normal de resolução de diferendos no comércio internacional<sup>1</sup>, considerando, por sua vez, que a Convenção abrange mais de 80% do comércio internacional<sup>2</sup> (não obstante existirem significativos

---

nal of Transnational Law & Policy; JCLS – Journal of Civil Law Studies; LAV – Lei de Arbitragem Voluntária, Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro de 2011; NJW – Neue Juristische Wochenschrift; Pace Int’l L. Rev – Pace International Law Review; RabelsZ – Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht; RDBC – Revue de Droit Commercial Belge; ROA – Revista da Ordem dos Advogados; Roma I – Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais; SchiedsVZ – Zeitschrift für Schiedsverfahren; UCC L. J – Uniform Commercial Code Law Journal; UCP – Universidade Católica Portuguesa; ULR – Uniform Law Review; UKSC – UK Supreme Court; ZPO – Zivilprozessordnung. As disposições legais, quando não acompanhadas de fonte, correspondem à Convenção de Viena

<sup>1</sup> Reconhecendo que mais de 90% das disputas no comércio internacional são dirimidas através de arbitragem: KLAUS PETER BERGER, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*, 2.ª ed., Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2010, p. 88; ANDRÉ JANSSEN/MATTHIAS SPILKER, *The Relationship Between the CISG and International Arbitration: A Love with Obstacles?*, *Contratto e impresa/Europa*, Rivista fondata da F. Galgano e M. Bin (2015) 1, pp. 44-45; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional, A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Almedina, 2005, pp. 24-25. Contudo, como refere LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Ibidem*, p. 25, deve mencionar-se que nem toda a arbitragem transnacional está vinculada ao comércio internacional. Para efeitos do nosso estudo o conceito de arbitragem transnacional que adotamos identifica-se com a sua compreensão num sentido estrito (também designada por “arbitragem comercial internacional”, cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Ibidem*, p. 33), por se tratar, em linhas gerais, da arbitragem que tem por objeto um litígio emergente do comércio internacional.

<sup>2</sup> INGBORG SCHWENZER/PATRICK WITTUM, *O Direito Uniforme da Venda – Portugal entra para a família CISG*, in *Cisg, Brasil e Portugal*, Almedina, 2022, pp. 29-30; ANDRÉ JANSSEN/MATTHIAS SPILKER, *The Application of the CISG in the World of International Commercial Arbitration*, *RabelsZ* 77 (2013) 1, pp. 132-133. INGBORG SCHWENZER/FLORENCE JAEGER, *The CISG in International Arbitration*, in *The Powers and Duties of an Arbitrator*, *Liber Amicorum Pierre A. Karrer*, Kluwer Law International BV, 2017, p. 311, consideram que o “sucesso internacional” da Convenção se justifica por durante 20

limites ao alcance da unificação do regime da compra e venda internacional empreendida pela Convenção<sup>3</sup>), constitui a “língua franca do direito de vendas”<sup>4</sup> e em 70% dos casos é aplicada por tribunais arbitrais<sup>5</sup>. Considerando os múltiplos estudos já publicados sobre o tema, a ideia de

---

anos a maioria das reformas legislativas nacionais e internacionais a terem tomado como ponto de partida (mais desenvolvidamente: INGEBORG SCHWENZER/PASCAL HACHEM, *The CISG – A Story of Worldwide Success*, in CISG Part II Conference, Iustus Förlag Uppsala, 2009, pp. 119, 123 e ss). Assinalando a importância da Convenção para o comércio internacional: RUI MOURA RAMOS, *A Convenção de Viena de 1980 sobre o contrato de compra e venda internacional de mercadorias trinta e cinco anos depois*, BFDUC 92 (2016) 1, p. 3; DÁRIO MOURA VICENTE, *O direito dos contratos na CISG: civil law, common law ou terceira via?*, in Cisg, Brasil e Portugal, Almedina, 2022, p. 824.

<sup>3</sup> LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *A adesão de Portugal à Convenção de Viena sobre a Venda Internacional de Mercadorias*, ROA 81 (2021) 3-4, pp. 736 e ss. DÁRIO MOURA VICENTE, *O direito*, cit., pp. 840-841, salienta que a Convenção consagra uma “unificação mitigada” do regime da compra e venda internacional, que não dispensa o recurso aos Direitos nacionais designados pelas regras de DIP. Como também enuncia o Autor, *Ibidem*, p. 842, a Convenção acolhe uma “terceira via”, entre os sistemas de *civil law* e *common law*, assente na conjugação de regras uniformes com os regimes nacionais da compra e venda, o que constitui uma das suas vantagens e, igualmente, das suas maiores debilidades, pelas limitações impostas a uma uniformidade total do regime.

<sup>4</sup> INGEBORG SCHWENZER/PATRICK WITTUM, *O Direito*, cit., p. 33. Referindo-se a um “direito comum sobre a compra e venda internacional de mercadorias” que se apresenta em sintonia com o fenómeno da globalização: ANTÓNIO DA FRADA DE SOUSA, *A autonomia privada e a convenção de viena de 1980 sobre o contrato de compra e venda internacional*, in *Juris et de Jure – Nos vinte anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, UCP, 1998, p. 250.

<sup>5</sup> NIKOLAY MARINOV, *L’applicabilité de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises en cas d’arbitrage commercial international*, RDCB (2015) 4, p. 340. ANDRÉ JANSSEN/MATTHIAS SPILKER, *The Application*, cit., pp. 132-133 enunciam que apesar de no ano de 2012, 57% das vezes em que a Convenção era aplicada dizia respeito a litígios submetidos à arbitragem, esse número pode ser superior, rondando os 70-80%. Em sentido idêntico: SEBASTIAN KNETSCH, *Das UN-Kaufrecht in der Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit*, Peter Lang, Suíça, 2011, pp. 35 e ss; STEFAN KRÖLL, *Arbitration and the CISG*, *International commerce and arbitration* 15 (2014), coord. Ingeborg Schwenger/Yesim Atamer/Petra Butler, Eleven International Publishing, p. 62; SCHMIDT-AHRENDTS, *CISG and Arbitration*, BLR (2011) 3, pp. 211, 220; INGEBORG SCHWENZER/FLORENCE JAEGER, *The CISG*, cit., p. 313; INGEBORG SCHWENZER/PATRICK WITTUM, *O Direito*, cit., p. 38; ULRICH G. SCHROETER, *Gegenwart und Zukunft des Einheitskaufrechts*, 81 *RabelsZ* (2017) 1, pp. 45-66. Alguns autores sublinham mesmo a importância da arbitragem para o reconhecimento da Convenção de Viena no comércio internacional: LOUKAS MISTE-

que a Convenção e a arbitragem não têm propósitos comuns encontra-se ultrapassada, sendo facilmente reconhecível que ambas visam, genericamente, a promoção, unificação e facilitação do comércio internacional<sup>6</sup>.

II. A aplicação da Convenção pelos árbitros é um assunto estudado há diversas décadas. Contudo, existem certos problemas que só recentemente têm sido alvo de discussão. A questão natural a colocar diz respeito à inovação que este trabalho pretende trazer, desconsiderando, à partida, o que se poderia argumentar como sendo o primeiro trabalho sistemático que pretende tratar, em língua portuguesa, diversas questões que a Convenção de Viena coloca à arbitragem<sup>7</sup>.

---

LIS, *CISG and Arbitration*, in *CISG Methodology*, André Janssen/Olaf Meyer (coord.), Sellier, Munique, 2009, pp. 375 e ss.

<sup>6</sup> INGEBORG SCHWENZER/FLORENCE JAEGER, *The CISG*, cit., p. 311; MORTEN FOGT, *The Interaction and Distinction Between the Sales and Arbitration Regimes – the CISG and Agreements or Binding Practice to Arbitrate*, *American Review of International Arbitration* 26 (2015), pp. 365, 385 e ss; ULRICH G. SCHROETER, *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, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2017, pp. 295-296. Salientando que uma dessas manifestações é a primazia, na Convenção e na arbitragem, do princípio da autonomia privada: PETRA BUTLER, *CISG and International Arbitration – A Fruitful Marriage?*, *Victoria University of Wellington Legal Research Papers* 7 (2017) 2. p. 322; LOUKAS MISTELIS, *CISG*, cit., pp. 375, 395; JEFFREY WAICYMER, *The CISG and International Commercial Arbitration: Promoting a Complimentary Relationship Between Substance and Procedure*, in *Sharing International Commercial Law across National Boundaries* (coord. Camilla B. Andersen/Ulrich G. Schroeter), Wildy, Simmonds and Hill, 2008, p. 582; ANDRÉ JANSSEN/MATTHIAS SPILKER, *The Relationship*, cit., p. 50; RONALD A. BRAND, *The CISG: Applicable Law and Applicable Forums*, *Journal of Law and Commerce* 38 (2019), p. 138. Deve também assinalar-se que a Convenção, como a arbitragem, almejam um propósito de neutralidade na escolha de lei e do fórum competente: GARY BORN, *International Commercial Arbitration*, Vol. II, 2.<sup>a</sup> ed., Kluwer International, Netherlands, 2014, p. 2651; PETRA BUTLER, *Article 1 CISG – The Gateway to the CISG*, *Victoria University of Wellington Legal Research Papers* 7 (2017) 2, pp. 391-392; JEAN-PAUL BERAUDO, *La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises et l'arbitrage*, *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, 5 (1994) 1-Maio, p. 63.

<sup>7</sup> O nosso estudo não pretende constituir uma análise excessivamente baseada nas relações que se possam estabelecer entre a arbitragem e a Convenção de Viena, numa perspetiva que vise a procura pela natureza e os princípios comuns a ambas, de forma a estabelecer a extensão com que são complementares. Como corretamente enunciou

Na verdade, o debate sobre a aplicação da Convenção de Viena pelos árbitros tem muitas vezes sido realizado à revelia dos considerandos teóricos que justificam uma possível vinculação às Convenções de unificação de Direito material. Demonstraremos que esta questão tem um enorme relevo para o nosso estudo.

Por outro lado, a forma como o tribunal arbitral pode aplicar a Convenção ao mérito da causa é alvo de um intenso debate, não apenas relativamente aos problemas mais frequentemente enunciados pela doutrina – a sujeição dos árbitros ao âmbito de aplicação espacial da Convenção ou à autonomia das partes na escolha de lei aplicável – como a questões mais controversas e que não têm sido devidamente problematizadas, nomeadamente se a Convenção (ou apenas certas normas) pode ser aplicada em virtude da sua relevância no comércio internacional.

Por fim, existem desenvolvimentos recentes em matéria de aplicação da Convenção de Viena às convenções de arbitragem – considerando, também, o grande debate doutrinário envolvente – que merecem ponderação e reflexão, como sendo a decisão do Supremo Tribunal Federal alemão, de 26 de novembro de 2020 (*infra*, 5.3.1.). Deve mencionar-se que a relevância deste problema motivou o estudo ainda não publicado de Jan Kleinheisterkamp (Opinion “Applicability of the CISG to Dispute Settlement Clauses”), pelo CISG Advisory Council.

## §2. A Convenção de Viena e a vinculação dos árbitros às Convenções de unificação de Direito material

I. A aplicação da Convenção de Viena, enquanto Direito material unificado, na arbitragem, suscita o problema clássico da vinculação dos árbitros às Convenções de unificação de Direito material. Parte destas convenções, como a de Viena, não contém qualquer regra (explícita ou implícita) sobre a sua aplicação ou pelos árbitros<sup>8</sup>, contrariamente às que

---

PILAR PERALES VISCASILLAS/DAVID RAMOS MUÑOZ, *CISG & Arbitration*, Spain Arbitration Review 10 (2011), pp. 63-64, esta última opção metodológica pressuporia uma análise global, reservada a tratados ou monografias jurídicas.

<sup>8</sup> LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *A adesão*, cit., pp. 748-749; ULRICH G. SCHROETER, *Mandatory*, cit., p. 298; FRANCO FERRARI, *Brevi osservazioni sull'applicabilità delle conven-*

o assim prescrevem. Apesar de a Convenção prevalecer sobre o Direito ordinário interno por se qualificar como fonte de Direito hierarquicamente superior (art. 8.º/2 da CRP), será de lembrar que os tribunais da arbitragem transnacional não são órgãos estaduais, pelo que essa superioridade hierárquica não releva para a determinação das normas e princípios sobre a determinação do Direito aplicável ao mérito da causa<sup>9</sup>. Os árbitros não se encontram vinculados às convenções internacionais de unificação como a Convenção de Viena, nem estão sujeitos às obrigações por si criadas<sup>10</sup>. Como evidencia ALEXIS MOURRE, o raciocínio do árbitro é distinto do raciocínio do juiz<sup>11</sup>.

---

*zioni di diritto materiale uniforme nell'arbitrato internazionale*, *Diritto del commercio internazionale* (2021) 2, Giuffrè, pp. 257-260. Como a doutrina tem enunciado, o Direito de fonte Convencional que não fizer menção à arbitragem não deve presumivelmente regular a sua aplicação pelos árbitros: THOMAS PFEIFFER, *Neues Internationales Vertragsrecht – Zur Rom I-Verordnung*, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 19 (2008) 20, pp. 622-623.

<sup>9</sup> LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem*, cit., p. 507-508. No âmbito da Convenção de Viena: VAN DAI DO, *La Convention de Vienne du 11 avril 1980 et la pratique arbitrale: expérience dans un nouvel état adhérent*, *ULR* 25 (2020) pp. 257-258. GUSTAV FLECKE-GIAMMARCO/ALEXANDER GRIMM, *CISG and Arbitration Agreements: A Janus-Faced Practice and How to Cope with It*, *Journal of Arbitration Studies* 25 (2015) 3, pp. 33, 46 e ss; FRANCO FERRARI, *Forum Shopping Despite Unification of Law*, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* 413 (2021), pp. 119-121 (analisando a questão à luz do §3 (2) EGBGB, sustentado a prevalência do Direito Convencional com base no princípio *lex specialis derogat legi generali*; também neste sentido, vide FRANCESCA RAGNO, *Convenzione di Vienna e diritto europeo*, Cedam, 2008, p. 76-78). Constitui opinião hoje largamente dominante que os tribunais da arbitragem transnacional não possuem uma *lex fori* semelhante à dos tribunais comuns, não estando, igualmente, submetidos a um particular sistema de DIP. Por todos: LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Contrato de Empreendimento Comum (Joint Venture) em Direito Internacional Privado*, Almedina, 2003, pp. 572 e ss; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado – Vol. II – Direito de Conflitos – Parte Especial*, 4.ª ed. refundida, 2021, p. 709; ANDRÉ ALMEIDA MARTINS, *Fixação das Regras Processuais e Exercício da Função Arbitral na Arbitragem Voluntária – Poderes de Conformação, Processo Equitativo e sua Concretização no Plano da Produção de Prova*, Almedina, 2022, pp. 75 e ss.

<sup>10</sup> FILIP DE LY, *The Relevance of the Vienna Convention for International Sales Contracts: Should We Stop Contracting it Out?*, *BLI* 4 (2003), pp. 241-242; ANDRÉ JANSSEN/MATTHIAS SPILKER, *The Application*, cit., p. 139; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *A determinação do estatuto da arbitragem transnacional pelos árbitros*, *Estudos de Direito da Arbitragem*, Almedina, 2022, p. 256. Referindo que por não conterem normas que disciplinem

Contrariamente ao que alguma doutrina tem admitido, a inexistência de regras sobre a aplicação da Convenção pelos árbitros não deve ser encarada como uma opção menos correta ou cuja regulação devesse estar prevista<sup>12</sup>. Trata-se, ao invés, de uma decisão de política legislativa, que se coaduna com as finalidades pretendidas pela Convenção.

II. Destes fatores resulta que os tribunais arbitrais, quando aplicam a Convenção de Viena, gozam de uma ampla autonomia, pelo que o estatuto da arbitragem é determinado através do Direito Transnacional da Arbitragem e da auto-regulação negocial<sup>13</sup>. A aplicação da Convenção de Viena pelos árbitros depende exclusivamente das normas sobre a determinação do Direito aplicável ao mérito da causa que integram o Direito de Conflitos da Arbitragem<sup>14</sup>. A existência de um dever geral dos árbitros

---

o estatuto da arbitragem não relevam para a sua determinação: JAN KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, Mohr Siebeck, 2006, pp. 50 e ss; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Contrato de Empreendimento*, cit., pp. 572 e ss.

<sup>11</sup> “L’arbitre ne raisonnera pas en termes de règle de conflit ou de territorialité”: ALEXIS MOURRE, *L’application par l’arbitre de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises*, Bulletin de la Cour internationale d’arbitrage de la CCI 17 (2006) 1, p. 45.

<sup>12</sup> Com este entendimento, relativamente à aplicação da Convenção de Viena às convenções de arbitragem: ALEKSANDRS FILLERS, *Application of the CISG to Arbitration Agreements*, EBLR 30 (2019) 4, pp. 663-664, 668.

<sup>13</sup> JEROME HUET, *Introduction au droit de la vente internationale de marchandises*, Victoria University of Wellington Law Review 26 (1996) 2, p. 186; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *A determinação*, cit., p. 256. Seguimos Luís de Lima Pinheiro no que se deverá por entender por Direito Transnacional da Arbitragem (conjunto das regras e princípios primariamente aplicáveis pelo tribunal arbitral que se formam independentemente da ação dos órgãos nacionais e supranacionais) e por estatuto da arbitragem (conjunto de normas e princípios primariamente aplicáveis pelo tribunal arbitral). Será de relembrar que na escolha direta da Convenção pelas partes não é aplicável o art. 3.º do Roma I, considerando que o art. 1.º/2, al. e) exclui a sua aplicação às convenções de arbitragem.

<sup>14</sup> LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *A adesão*, cit., p. 748; FRANCO FERRARI, *Forum*, cit., pp. 124-125; FRANCO FERRARI, *Brevi osservazioni*, cit., pp. 257-258; PETER SCHLECHTRIEM/INGEBORG SCHWENZER, *Commentary on the UN-Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 4.ª ed., Oxford University Press, 2016, IV, pp. 22-23; ROY GOODE, *Litigation or Arbitration? The Influence of the Dispute Resolution Procedure on Substantive Rights*, Pace Int’l L. Rev. 19 (2007), p. 56; GEORGIOS PETROCHILOS, *Arbitration Conflict of Laws Rules and the 1980 International Sales Convention*, Rev Hell Dr Int’l 52 (1999),

de aplicar a Convenção de Viena apenas poderia advir da qualificação das suas normas como de aplicação imediata<sup>15</sup>.

Assim, a Convenção será aplicada pelos árbitros se existir escolha de lei nesse sentido, ou, em caso de omissão, se o tribunal assim o determinar<sup>16</sup>. Nestes termos, face ao Direito de Conflitos da arbitragem voluntária, as partes podem remeter para as regras da Convenção apesar da sua vigência ou não em determinada ordem jurídica estadual, sendo nestes casos o regime da Convenção aplicável por força daquele Direito de Conflitos (Art. 52.º/1 da LAV), e, dessa forma, até certo ponto independente dos pressupostos de aplicação da Convenção no espaço<sup>17</sup>. Não obstante, a escolha ou determinação pelos árbitros de uma ordem

---

pp. 195; STEFAN KRÖLL, *Arbitration*, cit., pp. 59, 64; pp. 211-214; PETER HUBER/ALASTAIR MULLIS, *The CISG – A new textbook for students and practitioners*, Sellier, 2007, p. 67; VAN DAI DO, *La Convention*, cit., p. 257-258; INGEBORG SCHWENZER/FLORENCE JAEGER, *The CISG*, cit., pp. 313; UGO DRAETTA, *La Convention des Nations unies de 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises et l'arbitrage*, IBLJ (2012) 2, p. 199. Contra, referindo que os árbitros têm um dever de aplicar a Convenção de Viena se os seus âmbitos estiverem preenchidos: BERNARD AUDIT, *La vente internationale de marchandises (Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980)*, Paris, LGDJ, 1990, p. 22. Alguns autores defenderam solução similar relativamente à Convenção de Roma sobre a lei aplicável às obrigações contratuais de 1980: MARY-ROSE MCGUIRE, *Grenzen der Rechtswahl im Schiedsverfahren? Über das Verhältnis von §1051 ZPO zu Art. 3 Rom-I-VO*, *SchiedsVZ* 9 (2011) 5, pp. 257 e ss.

<sup>15</sup> Admitindo que tal situação conflituaria com o escopo da Convenção e com a questão mais delicada da aplicação de normas imperativas na arbitragem: PIERRE MAYER, *Mandatory Rules of Law in International Arbitration*, *Arbitration International* 2 (1986) 4, p. 275; ULRICH G. SCHROETER, *Mandatory*, cit., p. 297. Como resulta do art. 6.º, com possível exceção do art. 12.º, as normas da Convenção de Viena têm dimensão meramente dispositiva: ANTÓNIO DA FRADA DE SOUSA, *A autonomia privada*, cit., pp. 279-280. Referindo que a Convenção de Viena “não contém quaisquer regras obrigatórias”: INGEBORG SCHWENZER/PATRICK WITTUM, *O Direito Uniforme*, cit., p. 34.

<sup>16</sup> Por todos: SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, *Commentary*, cit., pp. 22-23; ULRICH G. SCHROETER, *Mandatory*, cit., pp. 306-309. Referindo que nestes casos o Direito Convencional se aplica a título de *lex contractus*: LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem*, cit., p. 508.

<sup>17</sup> LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *A adesão*, cit., p. 746; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem*, cit., p. 508; PETRA BUTLER, *Article 1*, cit., p. 390; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *A Convenção de Viena sobre a Venda Internacional de Mercadorias perante as ordens jurídicas portuguesa e dos países africanos lusófonos*, in *Estudos de Direito Internacional Privado*, AAFDL, 2021, p. 182; FRANCO FERRARI, *La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías y la ley aplicable en el arbitraje*

jurídica em que vigore o regime convencional impõe a correspondente aplicação desse regime<sup>18</sup>. Neste caso a aplicação do Direito Convencional implicará a prevalência das suas normas imperativas sobre as cláusulas estipuladas pelas partes<sup>19</sup>. Situação diferente corresponde ao caso de a aplicação da Convenção poder violar certas normas imperativas do foro, o que apenas excepcionalmente se poderá admitir<sup>20</sup>.

**III.** No plano da vinculação dos árbitros ao Direito Convencional, as partes, e, em caso de omissão, os árbitros, podem excluir a aplicação da Convenção, mesmo que a relação seja abrangida pelo seu âmbito de aplicação<sup>21</sup>. Contudo, os árbitros não podem atuar arbitrariamente, devendo respeitar a autonomia e especificidade do Direito material unificado<sup>22</sup>. Se a situação for abrangida pela convenção e as partes não tiverem esco-

---

*comercial internacional: comentarios sobre tres supuestos comunes*, Arbitraje 8 (2015), 3, pp. 689 e ss

<sup>18</sup> LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem*, cit., p. 509; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *A determinação*, cit., p. 256. Contudo, contrariamente ao que sucede perante os tribunais comuns, não existe uma aplicação “oficiosa” da Convenção de Viena pelos árbitros: VAN DAI DO, *La Convention*, cit., p. 258-259.

<sup>19</sup> LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem*, cit., p. 508; PIERRE MAYER, *L’application par l’arbitre des conventions internationales de droit prive*, L’internationalisation du droit, mélanges en l’honneur de Yvon Loussouarn, 1994, pp. 282-284. Como LUÍS DE LIMA PINHEIRO refere, *Ibidem*, p. 508, as partes podem fazer uma referência incorporadora das regras convencionais como cláusulas do contrato, não prevalecendo estas regras sobre as outras cláusulas do contrato. Perante esta situação, compete aos árbitros a determinação do Direito a que cada cláusula fica submetida.

<sup>20</sup> PETRA BUTLER, *Article 1*, cit., p. 390, referindo a Autora o caso de a sede da arbitragem ser, por exemplo, num país do médio oriente e o tribunal arbitral considerar que a aplicação da Convenção violaria normas imperativas do foro.

<sup>21</sup> LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem*, cit., p. 508; PIERRE MAYER, *L’application*, cit., pp. 281 e ss; PHILIPPE KAHN, *Les conventions internationales de droit uniforme devant les tribunaux nationaux arbitraux*, Revue de droit uniforme (2000) 5-1, pp. 124 e ss; JEROME HUET, *Introduction*, cit., p. 186; CLAUDE WITZ, *L’exclusion de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises par la volonté des parties (Convention de Vienne du 11 avril 1980)*, Recueil Dalloz, Chron, 1990, p. 107; PHILIPPE KAHN, *Choisir la Convention plutôt que le droit français*, in *Le nouveau droit de la vente internationale*, 1987, p. 1253; VAN DAI DO, *La Convention*, cit., p. 260-262.

<sup>22</sup> LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *A adesão*, cit., p. 749.

lhido o Direito competente, os árbitros poderão recomendar ou determinar a referência ao Direito Convencional<sup>23</sup>.

IV. Tem-se suscitado a questão de saber se o art. 28.º (vinculação ou não do “tribunal” a proferir decisão que determine a execução específica) seria aplicável à arbitragem. Por nossa conta, não consideramos que tal seja possível, porquanto: (i) a referência textual remete-nos para o conceito de “tribunal” (não englobando os tribunais arbitrais<sup>24</sup>); e (ii) a teleologia da norma é dificilmente compaginável com a natureza da arbitragem<sup>25</sup>. Contudo, diversos são os autores que defendem a aplicação analógica do art. 28.º à arbitragem, fundando-se em razões de ordem histórica<sup>26</sup> – apesar de, do ponto de vista literal, reconhecerem que só através de outros elementos interpretativos se poderá chegar a essa conclusão<sup>27</sup>.

### §3. A Convenção de Viena como direito aplicável ao mérito da causa

#### 3.1. Convenção de Viena, arbitragem e autonomia privada

I. A maioria das jurisdições reconhece a possibilidade de escolha da lei aplicável ao mérito da causa<sup>28</sup>. Nos termos do art. 52.º/1 da LAV, as

<sup>23</sup> LUIS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem*, cit., p. 509; VAN DAI DO, *La Convention*, cit., pp. 260-262.

<sup>24</sup> Repare-se que a referência a tribunal arbitral encontra-se expressamente mencionada no art. 45.º/3 e 61.º/3 da Convenção.

<sup>25</sup> Contra este entendimento, referindo que o art. 28.º é extensível à arbitragem, argumentando que constitui uma “prerrogativa” não exclusiva dos tribunais comuns: MARTIN KAROLLUS, *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, coord. Heinrich Honsell, 2.ª ed, Springer, 2009, pp. 302-303 e ss.

<sup>26</sup> ANDRÉ JANSSEN/MATTHIAS SPILKER, *The Relationship*, cit., p. 72; PILAR VISCASILLAS/DAVID MUÑOZ, *CISG & Arbitration*, cit., pp. 63-65.

<sup>27</sup> ANDRÉ JANSSEN/MATTHIAS SPILKER, *The Relationship*, cit., p. 72; PILAR VISCASILLAS/DAVID MUÑOZ, *CISG & Arbitration*, cit., pp. 63-65.

<sup>28</sup> GARY BORN, *International Arbitration and Forum Selection Agreements*, 4.ª ed., Wolters Kluwer, 2013, pp. 167-168. O mesmo resulta do art. 28.º/1 da Lei-Modelo da CNUDCI; art. 187.º/1 da Lei Suíça de DIP; § 1051 (1) ZPO; art. 34.º/2 da Ley de Arbitraje, 60/2003, de 23 de dezembro; art. 1511.º do Code de procédure civile; e do art. 834 do Codice di Procedura Civile.

partes podem remeter para a Convenção como direito material, assim prescindido das suas normas de conflitos. A autonomia privada, no quadro do Direito Transnacional da Arbitragem, permite que as partes possam remeter, além de para o Direito estadual e para o Direito Internacional Público, para a *lex mercatoria*, os princípios gerais, ou a equidade<sup>29</sup>. Analisaremos neste capítulo se a Convenção pode ser efetivamente aplicada através das referidas remissões.

A Convenção de Viena faz *jus* ao primado da autonomia privada como característica da regulação dos contratos internacionais de compra e venda de mercadorias<sup>30</sup>. Tanto na arbitragem como na Convenção a autonomia privada é considerada o pilar estrutural de toda a dogmática. É sobre a égide desta autonomia que a Convenção e a arbitragem possuem um verdadeiro “espírito transnacional”<sup>31</sup>.

**II.** A Convenção permite às partes excluir, derrogar ou modificar, nos termos do art. 12.º, os efeitos das suas disposições (art. 6.º). A autonomia privada, atuando ao nível da regulação do contrato de compra e venda, admite a livre modelação dos direitos e das obrigações emergentes (*autonomia material*) e a possibilidade de escolha do seu sistema jurídico regulador (*autonomia conflitual*)<sup>32</sup>. Essa autonomia possui limites, se considerarmos o referido em matéria de normas de aplicação imediata<sup>33</sup>.

<sup>29</sup> LUIS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado – Vol. II*, cit., pp. 709-710.

<sup>30</sup> ANTÓNIO DA FRADA DE SOUSA, *A autonomia privada*, cit., pp. 250-251.

<sup>31</sup> ANDRÉ JANSSEN/MATTHIAS SPILKER, *The Relationship*, cit., p. 56. Apesar desta relevância, em alguns países, como a Alemanha, estima-se que em 52,9% dos casos foi excluída a aplicação da Convenção: JUSTUS MEYER, *Die praktische Bedeutung des UN-Kaufrechts in Deutschland*, *RabelsZ* 85 (2021) 2, pp. 375 e ss.

<sup>32</sup> ANTÓNIO DA FRADA DE SOUSA, *A autonomia privada*, cit., pp. 250-251; PETRA BUTLER, *Article I CISG – The Gateway*, cit., p. 387; RUI MOURA RAMOS, *A Convenção de Viena*, cit., pp. 9-10; BERNARD AUDIT, *La vente internationale*, cit., pp. 37-41. Por todos, sobre a afirmação de uma dimensão conflitual e material da autonomia privada: RUI MOURA RAMOS, *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional*, Almedina, 1991, pp. 453 e ss. Referindo que autonomia privada na Convenção de Viena introduz estabilidade e uniformização nas relações contratuais: BERNARD AUDIT, *La vente internationale*, cit., pp. 36-37; ANTÓNIO DA FRADA DE SOUSA, *A autonomia privada*, cit., pp. 252.

<sup>33</sup> Apesar da possibilidade de se operar uma referência material para a Convenção, não será possível fazer “*opt-out*” de normas imperativas do foro: ANDRÉ JANSSEN/MATTHIAS SPILKER, *The Relationship*, cit., p. 51. Já consideramos possível a referência, pelos

**III.** A par do relevo a conceder à autonomia privada ao nível da exclusão da Convenção, coloca-se o problema relativamente ao alcance da autonomia das partes quando escolhem a Convenção como regime material especial, regulando um contrato que, de outro modo, não estaria a ela submetido (*opt-in*)<sup>34</sup>. Antevimos que, perante os tribunais da arbitragem transnacional, a Convenção de Viena pode ser escolhida como lei reguladora do mérito da causa, independentemente do preenchimento dos pressupostos da sua aplicação no espaço<sup>35</sup>. As partes, e em certos casos o tribunal, podem determinar a aplicação material da Convenção para

---

árbitros, a normas da Convenção de Viena quando esta ainda não tenha sido ratificada e o processo de adesão num determinado Estado não esteja concluído. Considerando que nestes casos, perante os tribunais comuns, existe uma aplicação “retroativa” da Convenção de Viena, com fundamento na autonomia privada: VAN DAI DO, *La Convention*, cit., p. 262-263. Afastando a possibilidade de escolha da Convenção nesses casos: FRANCO FERRARI, *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, cit., para. 82-84. Perante os tribunais comuns, a Convenção apenas se torna direito especial para a regulação dos contratos internacionais de compra e venda de mercadorias depois de ratificada: ÂNGELA BENTO SOARES/RUI MOURA RAMOS, *Contratos Internacionais, Compra e Venda – Cláusulas Penais – Arbitragem*, Almedina, 1986, pp. 24 e ss.

<sup>34</sup> A Convenção de Viena aproxima-se do método de unificação de Direito material especial optativo de fonte supraestadual, considerando que, por um lado, é atribuída uma faculdade de afastar a aplicabilidade do regime material especial (*opt-out*), conferindo a este natureza supletiva, e, por outro, é possível a escolha pelas partes da aplicabilidade deste regime nos termos do acordado (*opt-in*): LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado – Vol. I*, Almedina, 2019, p. 82.

<sup>35</sup> Perante a arbitragem transnacional deixa de ser relevante a análise da possibilidade de uma cláusula que submeta diretamente o contrato à Convenção de Viena, fora das hipóteses do art. 1.º (as chamadas *paramount clauses*), valer como referência conflitual ou material perante o Direito de Conflitos geral: LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *A adesão*, cit., p. 745; ANTÓNIO DA FRADA DE SOUSA, *A autonomia privada*, cit., pp. 259-266. Segundo interpretamos do pensamento de INGEBORG SCHWENZER/PATRICK WITTUM, *O Direito Uniforme*, cit., pp. 35-36, e em relação ao qual concordamos, é mais recomendável a escolha do fórum arbitral quando as partes optam pela Convenção nos casos em que os pré-requisitos para a sua aplicabilidade não estão preenchidos. Por outro lado, a verdade é que o fundamento da admissibilidade de aplicação da Convenção por força da vontade das partes (portanto, fora das hipóteses previstas no art. 1.º), tem a sua base no plano da interpretação da vontade do legislador convencional, que não previu estas situações no âmbito espacial de aplicação da Convenção, deixando a sua regulação e legitimação à autonomia privada: ANTÓNIO DA FRADA DE SOUSA, *A autonomia privada*, cit., p. 265.

além das situações previstas no art. 2.<sup>o</sup><sup>36</sup>. Contudo, tal não significa que o tribunal arbitral não deva ter em consideração, para efeitos de determinação da lei aplicável, os âmbitos de aplicação da Convenção (art. 1.<sup>o</sup>), em caso de omissão de escolha pelas partes.

Em rigor, perante a arbitragem transnacional, a exclusão, derrogação ou modificação da Convenção pelas partes funda-se na autonomia privada, cuja fonte reside na auto-regulação negocial, não passando, contrariamente aos tribunais comuns, pelo crivo dos arts. 6.<sup>o</sup> e 12.<sup>o</sup><sup>37</sup>. Por outro lado, se admitíssemos que os tribunais arbitrais aplicariam estes preceitos da Convenção, estaríamos a sustentar a auto-regulação negocial das partes, neste caso expressa na convenção de arbitragem, no art. 6.<sup>o</sup> da Convenção, o qual, em rigor, consagra uma liberdade (negativa)

---

<sup>36</sup> O tribunal arbitral poderá aplicar a Convenção de Viena independentemente do preenchimento dos seus pressupostos de aplicação no espaço, mesmo que o seu âmbito material não esteja preenchido. Essa aplicação terá por base uma referência com caráter negocial, que conduzirá à mera incorporação das normas convencionais no contrato, como cláusulas contratuais sujeitas aos limites impostos pelas normas imperativas: ANTÓNIO DA FRADA DE SOUSA, *A autonomia privada*, cit., pp. 276-277. Admitindo esta possibilidade: INGEBORG SCHWENZER/FLORENCE JAEGER, *The CISG*, cit., p. 316, assinalando as Autoras a relevância de sujeitar os contratos-quadro à Convenção, os quais por esta não estariam abrangidos, cf. art. 3.<sup>o</sup>/2 (também neste sentido: ANDRÉ JANSSEN/MATTHIAS SPILKER, *The Application*, cit., p. 151); ALEXIS MOURRE, *L'application par l'arbitre*, cit., pp. 43, 46. É discutível, contudo, o valor que a vontade das partes pode ter na incorporação da Convenção, se “valor de lei” (*valeur de loi*) se apenas “valor contratual” (*valeur contractuelle*). Defendendo que esta discussão não tem relevância na arbitragem, pelo que a Convenção deve ser aplicada como “regra de direito”: NIKOLAY MARINOV, *L'applicabilité de la Convention*, cit., p. 342; ALEXIS MOURRE, *L'application par l'arbitre*, cit., p. 46. Por outro lado, será importante ponderar se a aplicação pelos árbitros não conflitua com normas de aplicação imediata, especialmente em áreas que visam tutelar a parte mais fraca (v.g., Direito do Consumo). Defendendo que, estando em causa uma venda com consumidores, encontra-se excluída a possibilidade de ter lugar uma referência material para a Convenção: BERNARD AUDIT, *La vente internationale*, cit., pp. 41-42; ANDRÉ JANSSEN/MATTHIAS SPILKER, *The Relationship*, cit., p. 51 (salientando a imperatividade das normas de Direito do Consumo).

<sup>37</sup> O tribunal arbitral não recorre ao art. 6.<sup>o</sup> da Convenção, antes estabelecendo a sua própria esfera de aplicação com recurso à interpretação da escolha de lei pelas partes: INGEBORG SCHWENZER/FLORENCE JAEGER, *The CISG*, cit., p. 315-317 (salientando que é questionável se os princípios insitos no art. 6.<sup>o</sup> podem ser aplicados por “analogia” à arbitragem); PETER SCHLECHTRIEM/INGEBORG SCHWENZER, *Commentary on the UN-Convention*, cit., pp. 107-108.

de exclusão da Convenção (“*eine – negative – Ausschlußfreiheit*”) e não uma verdadeira autonomia na escolha de lei<sup>38</sup>.

IV. A exclusão da aplicação da Convenção pode resultar de vários fatores. O mais evidente será a referência expressa ao Direito interno de um determinado Estado ou ao Direito de um Estado não Contratante<sup>39</sup>. Os contraentes podem pretender designar como competente uma ordem jurídica onde a Convenção vigore, com intenção de submeter o contrato ao direito interno; importante é que exista uma vontade inequívoca de exclusão da Convenção<sup>40</sup>. A escolha de um determinado centro de arbi-

<sup>38</sup> ARND LOHMANN, *Parteiautonomie und UN-Kaufrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, pp. 1-2. Num sentido próximo, segundo interpretamos, atribuindo valor à autonomia da vontade fora da Convenção: HARRY M. FLECHTNER/RONALD A. BRANDP, *Opting In to the CISG: Avoiding the Redline Products Problems*, Legal Studies Research Paper Series, University of Pittsburgh School of Law, 2015, p. 112.

<sup>39</sup> Trata-se de um ponto algo pacífico na doutrina : ANTÓNIO DA FRADA DE SOUSA, *A autonomia privada*, cit., pp. 280, 286; ÂNGELA BENTO SOARES/RUI MOURA RAMOS, *Contratos Internacionais*, cit., pp. 33-34; FRANCO FERRARI, *La vendita internazionale. Applicabilità ed applicazioni della convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di vendita internazionali di beni mobili*, CEDAM, 2006, pp. 161-163 (negando o Autor, *Ibidem*, pp. 164-165, que uma exclusão implícita da Convenção possa resultar de uma vontade hipotética das partes); LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *A adesão*, cit., p. 746; PETRA BUTLER, *Article I CISG – The Gateway*, cit., p. 388.

<sup>40</sup> Como enuncia LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Ibidem*, p. 746, a referência a certas normas da ordem jurídica interna pode ser indício de uma vontade tacitamente manifestada de excluir globalmente a aplicação da Convenção. Acompanhamos o entendimento do Autor, bem como de FABIO BORTOLOTTI, *Manuale di diritto commerciale internazionale – Vol. I, Diritto dei contratti internazionali*, 2.<sup>a</sup> ed, CEDAM, 2001, p. 586, e de ANTÓNIO DA FRADA DE SOUSA, *A autonomia privada*, cit., p. 290, no sentido de ser relevante extrair das declarações das partes ou do contrato que estas possuíam consciência da alternativa entre o regime convencional e o regime interno. A vontade de exclusão da Convenção não deve ser “facilmente presumida”: INGEBORG SCHWENZER/PATRICK WITTUM, *O Direito Uniforme*, cit., p. 34. Como enuncia ANTÓNIO DA FRADA DE SOUSA, *A autonomia privada*, cit., p. 290, a referência ao “direito interno do Estado X”, onde a Convenção vigore, remete-nos para a não aplicação da Convenção. O mesmo sucede com a escolha do “Código Civil” ou o “Código Comercial” desse Estado: *Ibidem*, p. 290. Se os contraentes recorrerem a uma ordem jurídica ou regulação que se encontre em total incompatibilidade com a Convenção também será de pressupor a sua não aplicação: FRANCO FERRARI, *La vendita*, cit., pp. 173 e ss. Contudo, o mero recurso a uma regulamentação diversa da contida na Convenção não será *per se* suficiente: FRANCO FERRARI, *La vendita*, cit., pp. 174.

tragem ou de tribunal cuja sede seja num Estado não Contratante não constitui um indício suficiente para excluir a Convenção<sup>41</sup>. Também não constitui vontade inequívoca de exclusão a escolha da lei de um Estado Contratante<sup>42</sup>, como tem sido corroborado, para o interesse deste estudo, pela prática arbitral<sup>43</sup>.

V. Por sinal, a escolha da Convenção como lei aplicável ao mérito da causa coloca um problema sobre o seu *âmbito*. Pode tornar-se complexa a questão de as partes determinarem apenas a Convenção como lei aplicável ao fundo do contrato, lei essa que não permite reger, v.g., a convenção de arbitragem. Perante este e outros casos há que aplicar as regras supletivas para a fixação do Direito que reja o caso omissio<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> Não corroboramos, assim, a posição de KURT SIEHR, *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, coord. Heinrich Honsell, 2.<sup>a</sup> ed, Springer, 2009, p. 49. No mesmo sentido por nós defendido: NIKOLAY MARINOV, *L'applicabilité de la Convention*, cit., p. 343. Como refere LUIS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado – Vol. II*, cit., p. 710, no que toca à designação tácita, a convenção de arbitragem, que fixe o lugar onde esta se deve realizar, não constitui um indício propriamente decisivo.

<sup>42</sup> INGEBOG SCHWENZER/PATRICK WITTUM, *O Direito Uniforme*, cit., p. 34; FRANCO FERRARI, *Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG)*, in Ingeborg Schwenger/Ulrich Schroeter (coord.), *Schlechtriem/Schwenger/Schroeter*, 7.<sup>a</sup> ed., C.H.Beck, 2019, Art. 6.<sup>o</sup>, para. 22; PETER SCHLECHTRIEM/INGEBORG SCHWENZER, *Commentary on the UN-Convention*, cit., pp. 103 e ss; INGEBOG SCHWENZER/FLORENCE JAEGER, *The CISG*, cit., p. 315; JEFFREY WAINCYMER, *The CISG*, cit., pp. 582, 595; NIKOLAY MARINOV, *L'applicabilité de la Convention*, cit., p. 342; FRANCO FERRARI, *La Convención*, cit., p. 689; FRANCO FERRARI, *Contracts for the International Sale of Goods, Applicability and Applications of the 1980 United Nations Sales Convention*, 2.<sup>a</sup> ed., Brill Academic Publishers, 2012, pp. 78-80. No mesmo sentido, veja-se a Opinião 16 do CISG Advisory Council (“Exclusion of the CISG under Article 6”).

<sup>43</sup> CCI n.º 6653, 26 março de 1993 (*Steelbarscase*), disponível em <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/936653i1.html>; Serbian Foreign Trade Court to the Serbian Chamber of Commerce n.º T-5/09, 06 de maio de 2010; disponível em <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/100506sb.html>; CCI n.º 11333, 2002, disponível em <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021333i1.html>. Com extensa referência a decisões arbitrais, no sentido por nós defendido no texto: FRANCO FERRARI, *La Convención*, cit., pp. 690-691; FRANCO FERRARI, *Remarks on the Uncitral Digest's Comments on Article 6 CISG*, *Journal of Law and Commerce* 25 (2006) 13, pp. 26 e ss.

<sup>44</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem, Comentário à Lei 93/2011, de 14 de dezembro*, Almedina, 2016, p. 507, fazendo expressa menção à Convenção de Viena.

Pode também resultar da vontade dos contraentes a aplicação parcial da Convenção de Viena juntamente com a designação de uma lei aplicável ao contrato, chamada a resolver as questões deixadas, por vontade das partes, fora do seu âmbito de aplicação<sup>45</sup>. Perante a escolha de regras distintas quanto a diversos e autonomizáveis aspetos da relação material, entendemos que se manterá a aplicabilidade da Convenção, respeitando-se a vontade dos contraentes<sup>46</sup>.

### 3.2. A remissão pelas partes para as regras de direito

I. Antevimos que o art. 52.º/1 da LAV, permitindo às partes designar as *regras de direito* aplicáveis ao mérito da causa e autorizar a julgar segundo a equidade, consagra o princípio da *autonomia privada no*

---

<sup>45</sup> A Convenção de Viena não contém uma regulação exaustiva do contrato de compra e venda; muitas questões são resolvidas segundo a lei aplicável ao contrato por força do Direito de Conflitos (*lex contractus*): LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *A adesão*, cit., p. 738. Por este motivo, consideram alguns autores (INGEBORG SCHWENZER/FLORENCE JAEGER, *The CISG*, cit., p. 316; FRANCO FERRARI, *La Convención*, cit., pp. 705-706 e ss) que faz sentido a escolha de uma lei nacional mesmo que não exista um *opt-out* da Convenção. Em caso de escolha parcial, as disposições obrigatórias da lei doméstica escolhida continuam a ser aplicáveis ao contrato, o que pode limitar a liberdade das partes e conflitar com certas disposições da Convenção de Viena.

<sup>46</sup> Admitindo o *dépeçage* na arbitragem transnacional: ALEXANDER J. BĚLOHLÁVEK, *Application of Law in Arbitration, Ex Aequo et Bono and Amiable Compositeur*, in orders of Procedural and Substantive Law in Arbitral Proceedings (Civil versus Common Law Perspectives), Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration (2013) 3, pp. 34 e ss; LINO DIAMVUTU, *O Favor Arbitrandum: Ensaio de uma Teorização*, Dissertação de Doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2019, p. 91; LINDA SILBERMAN/FRANCO FERRARI, *Getting to the Law Applicable to the Merits in International Arbitration and the Consequences of Getting it Wrong*, in Conflict of Laws in International Commercial Arbitration (coord. Franco Ferrari, Stefan Kröll), JurisNet, 2019, p. 387. Perante o direito português, defendendo que o art. 52.º/1 da LAV abre as portas à simultânea aplicação de várias leis: CATARINA MONTEIRO PIRES/RUI PEREIRA DIAS, *Arbitragem internacional e autonomia privada: primeiras reflexões*, in Arbitragem comercial: estudos comemorativos dos 30 anos do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, Almedina, 2019, p. 250; DÁRIO MOURA VICENTE, *Artigo 52.º – Regras de direito aplicáveis ao fundo da causa*, in Lei da Arbitragem Voluntária Anotada, 4.ª ed., Almedina, 2019, p. 163.

*quadro do Direito Transnacional da Arbitragem*. Perante a designação pelas partes da lei aplicável, o art. 52.º/3 da LAV impõe que se tome em consideração *as estipulações contratuais das partes e os usos comerciais relevantes*. Nestes termos, a questão que se coloca incide sobre qual o âmbito necessário da remissão a realizar pelas partes para aplicação da Convenção.

**II.** Um dos assuntos mais debatidos na doutrina incide sobre a aplicação da Convenção através da remissão para a *lex mercatoria* ou para os usos do comércio internacional. Estão documentadas algumas decisões arbitrais sobre a qualificação da Convenção como parte da *lex mercatoria*<sup>47</sup>, bem como como uso do comércio internacional<sup>48</sup>. Alguma doutrina

<sup>47</sup> Caso n.º 9875, da CCI, 2000, disponível <http://www.unilex.info/case.cfm?id=697>. Na disputa, o demandante argumentou que o demandado agiu de má-fé ao tentar propositadamente contornar um acordo de licenciamento. O tribunal, após ter verificado que as partes tinham expressamente escolhido a *lex mercatoria*, determinou a aplicação da Convenção de Viena e os Princípios do UNIDROIT. No caso n.º 8908, da CCI, 1998, disponível em <http://www.unilex.info/case.cfm?id=663>, o tribunal arbitral considerou que a Convenção e os Princípios do UNIDROIT constituem “*textos normativos que podem ser considerados úteis na interpretação dos contratos de natureza internacional*” (tradução livre). No caso n.º 9886, CCI, agosto de 1999 (Chemicals case), disponível em <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=469&step=Abstract>, o tribunal arbitral, ao pronunciar-se sobre a lei aplicável ao litígio, declarou que, de acordo com as regras da CCI, não se encontrava restringido à aplicação de uma legislação nacional específica, sendo livre de aplicar normas internacionalmente reconhecida. Nesta base, o tribunal arbitral considerou a Convenção como aplicável. Suscitando que deste caso jurisprudencial se consegue extrapolar sobre a aplicação da Convenção através da remissão para a *lex mercatoria*: MARÍA FERNANDA VÁSQUEZ PALMA/ALVARO VIDAL OLIVARES, *Diálogos entre la Convención sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías y la lex mercatoria*, Revista de Derecho Privado 34 (2018), p. 260.

<sup>48</sup> CCI, n.º 8501, Clunet 2001, pp. 1164 e ss, referindo que “*(...) os princípios consagrados na Convenção de Viena correspondem a regras e usos do comércio amplamente aceites. Embora a Convenção de Viena não seja, enquanto tal, aplicável aos contratos (o Estado requerido que não tenha ratificado esta Convenção), o tribunal arbitral considera que pode referir-se às suas disposições como uma expressão dos usos do comércio internacional*” (tradução livre); CCI n.º 5713, 1989, disponível em <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/895713i1.html>; CCI, n.º 8502, novembro de 1996 (*Rice case*), disponível em <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/968502i1.html> (as partes contratantes não previram o direito substantivo aplicável, limitando-se a declarar que a entrega foi acordada em conformidade com os Incoterms 1990 e UCP 500; Com base nesta cláusula, o

tem negado a possibilidade de aplicar a Convenção através da remissão para a *lex mercatoria*, outros corroborado a ideia de que a Convenção constitui o seu núcleo (“*core*”)<sup>49</sup>, sustentando, por outro lado, que esta, contrariamente aos usos do comércio internacional, é codificada, inflexível e direito positivo<sup>50</sup>. A doutrina tem admitido maior flexibilidade quanto à qualificação de *certos aspetos* da Convenção como usos do comércio internacional<sup>51</sup>. Perante a *lex mercatoria*, os autores que têm

---

tribunal arbitral considerou a Convenção aplicável quanto às matérias não reguladas); CCI, n.º 8908, dezembro de 1998 (*Pipes case*), disponível em <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/988908i1.html>; CCI, n.º 7331, 1994 (*Cowhides case*), disponível em <http://www.unilex.info/cisg/case/140>, referindo que “o Tribunal considera que para o presente litígio os princípios e usos aceites estão muito apropriadamente contidos na Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Venda Internacional de Mercadorias” (tradução livre); CCI, n.º 5713, 1989, disponível em [https://www.trans-lex.org/205713/\\_/icc-award-no-5713-of-1989-yca-1990-at-70-et-seq/](https://www.trans-lex.org/205713/_/icc-award-no-5713-of-1989-yca-1990-at-70-et-seq/), mencionando que “*não há melhor fonte para determinar os usos comerciais predominantes do que os termos da Convenção das Nações Unidas sobre a Venda Internacional de Mercadorias*” (tradução livre); Watkins-Johnson Company, Watkins-Johnson Limited v. The Islamic Republic of Iran, Bank Saderat Iran, IUSCT (Iran-US Claims Tribunal) n.º 370, de 28 de julho de 1989, referindo que “*as disposições da CISG são usos comerciais relevantes*” (tradução livre).

<sup>49</sup> INGBORG SCHWENZER/FLORENCE JAEGER, *The CISG*, cit., p. 312; MAXIMILIAN HOCKE, *Die Lex Mercatoria in der europäischen Rechtsgeschichte*, BLJ (2012) 1, pp. 3-4; LOUIS F. DEL DUCA/PATRICK DEL DUCA, *Internationalization of Sales Law – Practice under the Convention on International Sale of Goods – A Primer for Attorneys and International Traders (Part I)*, UCCLJ 21(1995) p. 342.

<sup>50</sup> ANDRÉ JANSSEN/MATTHIAS SPILKER, *The Application*, cit., pp. 148-149. Também negando a qualificação da Convenção como *lex mercatoria*: MONICA KILIAN, *CISG and the Problem with Common Law Jurisdictions*, J. Transnat’l L. & Pol’y 10 (2001), p. 224; ARND LOHMANN, *Parteiautonomie*, cit., p. 88 (referindo “*Auch das UN-Kaufrecht kann nicht etwa als Bestandteil der lex mercatoria, sondern nur im Rahmen einer staatlichen Rechtsordnung zur Anwendung kommen.*”). Sustentando que a remissão para a *lex mercatoria* violaria a *expectativa das partes*, considerando que não escolheram a Convenção de Viena como lei aplicável: VICENT HEUZÉ, *La vente internationale de marchandises – droit uniforme*, Paris, GLN Joly, 1992, pp. 101-102. Outros autores consideram que tal conduziria a um *voie directe* totalmente discricionário: NIKOLAY MARINOV, *L’applicabilité de la Convention*, cit., p. 347. Referindo que os princípios gerais de direito e a *lex mercatoria* não podem ser utilizadas para interpretar e integrar a Convenção, nos termos do art. 7.º: ROLF HERBER, “*Lex mercatoria*” und “*Principles*” – *gefährliche Irrlichter im internationalen Kaufrecht*, IHR (2003) 1, p. 9.

<sup>51</sup> Ainda assim, negando este entendimento: ANDRÉ JANSSEN/MATTHIAS SPILKER, *The Application*, cit., pp. 148-149. Os autores consideram que essa qualificação iria alargar

afastado a sua qualificação para efeitos da Convenção têm-se baseado em argumentos idênticos aos esgrimidos para os usos do comércio internacional<sup>52</sup>, salientando que a Convenção constitui apenas um compromisso entre as tradições de *civil* e *common law*<sup>53</sup>.

Por nossa conta, entendemos que a totalidade da Convenção não pode ser aplicada com recurso aos usos do comércio internacional. De facto, certas normas podem ser a expressão desse uso, mas tal só poderá levar à consideração suplementar das disposições individuais no âmbito da lei aplicável<sup>54</sup>.

**III.** Não nos parece que seja incontroverso o problema da aplicação da Convenção através da remissão para a *lex mercatoria*<sup>55</sup>. A questão coloca-se, desde logo, relativamente ao que pode considerar-se abran-

---

demasiado o âmbito de aplicação da Convenção, contrariando a vontade do legislador em estabelecer certos requisitos à sua aplicação, o que seria atípico para “um uso de comércio”. Por outro lado, a Convenção ao mencionar a vinculação, pelas partes, a quaisquer usos do comércio por si acordados, distinguiria lapidarmente as suas disposições dos usos do comércio internacional. Com entendimento similar: PETRA BUTLER, *Article 1*, cit., p. 395.

<sup>52</sup> ANDRÉ JANSSEN/MATTHIAS SPILKER, *The Application*, cit., pp. 148-149, salientando a sua dimensão costumeira e não codificada em relação à Convenção, bem como o facto de esta ser o produto da vontade dos Estados (Contratantes) e não dos “comerciantes”.

<sup>53</sup> ANDRÉ JANSSEN/MATTHIAS SPILKER, *The Application*, cit., pp. 150; ULRICH MAGNUS, *The Vienna Sales Convention (CISG) between Civil and Common law – Best of all Worlds*, JCLS 3 (2010) 1, pp. 67-98.

<sup>54</sup> Neste sentido: PETER HUBER, *Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG)*, in Ingeborg Schwenzer/Ulrich Schroeter (coord.), *Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter*, 7.<sup>a</sup> ed., C.H.Beck, 2019, Art. 1.º, para. 61; PETER HUBER, *Die Anwendung des UN-Kaufrechts durch Schiedsgerichte*, in Festschrift für Bernd von Hoffmann zum 70. Geburtstag, Gieseking Verlag, 2011, p. 821 (fazendo alusão à consideração de disposições da Convenção como usos do comércio nos termos § 1051 (4) ZPO); ARND LOHMANN, *Parteiautonomie*, cit., p. 92.

<sup>55</sup> ULRICH MAGNUS, *J von Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, Sellier-de Gruyter, Berlin, 2018, Art. 1.º, para. 122. Assinalando de forma mais ou menos incontroversa de que a *lex mercatoria* pode traduzir-se na aplicação da Convenção de Viena: PETER MANKOWSKI, *Münchener Kommentar zum HGB*, 5.<sup>a</sup> ed., 2021, Art. 1.º, para. 57-59; RUI MOURA RAMOS, *A Convenção de Viena*, cit., pp. 14-15.

gado por este conceito<sup>56</sup>. Como requisito prévio, espera-se que a lei de arbitragem aplicável permita tal remissão<sup>57</sup>. É importante lembrar que a Convenção de Viena foi utilizada como fonte de conhecimento jurídico relevante para a elaboração dos Princípios de Direito Europeu dos Contratos (PECL) e dos Princípios Relativos aos Contratos do Comércio Internacional (PICC), os quais fazem parte da *lex mercatoria*<sup>58</sup>. Do ponto de vista histórico, a Convenção não constitui apenas um compromisso entre os sistemas jurídicos, exercendo, antes, uma verdadeira influência sobre o direito e os legisladores nacionais<sup>59</sup>. Por sua vez, o elevado número de Estados Contratantes da Convenção constitui um elemento

---

<sup>56</sup> Não iremos abordar detalhadamente a natureza e a complexidade da *lex mercatoria*, limitando-nos a defini-la como sendo “*todo o Direito material especial do comércio internacional dotado de um certo grau de uniformidade internacional ou uma ordem jurídica autónoma do comércio internacional caracterizada por certos processos específicos de formação das suas normas*”, cf. nos ensina LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Contrato de Empreendimento*, cit., p. 854.

<sup>57</sup> FRANCO FERRARI, *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, cit., Art. 1.º, para. 84.

<sup>58</sup> LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Contrato de Empreendimento*, cit., pp. 889-891; RUI MOURA RAMOS, *A Convenção de Viena*, cit., pp. 4-5 (com expressa menção a outros instrumentos internacionais, como a Proposta de Regulamento da UE sobre Direito Comum Europeu da Compra e Venda); INGEBORG SCHWENZER/FLORENCE JAEGER, *The CISG*, cit., p. 312; PILAR PERALES /DAVID MUÑOZ, *CISG & Arbitration*, cit., pp. 64-65; INGEBORG SCHWENZER/PASCAL HACHEM/CHRISTOPHER KEE, *Global Sales and Contract Law*, Oxford University Press, 2012, para. 3.73; INGEBORG SCHWENZER, *Uniform sales law – Brazil joining the CISG family*, in *CISG and Latin America: regional and global perspectives*, Eleven International Publishing, 2016, pp. 21-22. Referindo também a influência da Convenção sobre inúmeros instrumentos internacionais e a sobre a legislação dos Estados: MARÍA PALMA/ALVARO OLIVARES, *Diálogos entre la Convención*, cit., pp. 235-236.

<sup>59</sup> Utilizando este argumento para fundamentar a qualificação da Convenção como *lex mercatoria*: INGEBORG SCHWENZER/FLORENCE JAEGER, *The CISG*, cit., p. 317. Nestes termos, deixa de existir controvérsia sobre a possibilidade de a Convenção de Viena ser um verdadeiro “direito novo e autónomo”: MARÍA PALMA/ALVARO OLIVARES, *Diálogos entre la Convención*, cit., p. 237; PETER SCHLECHTRIEM/INGEBORG SCHWENZER, *Commentary on the UN-Convention*, cit., pp. 121-122. Referindo que a Convenção de Viena constitui “*um verdadeiro e exclusivo Recht uber Recht, de cujos comandos unicamente depende a aplicação do ius speciale da compra e venda internacional (...)*”: RUI MOURA RAMOS, *O âmbito de aplicação da Convenção de Viena de 11 de abril de 1980 sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias*, in *Cisg, Brasil e Portugal*, Almedina, 2022, pp. 258-259; RUI MOURA RAMOS, *A Convenção de Viena*, cit., pp. 15-17.

preponderante para a atribuição de legitimação ao tribunal na sua aplicação como parte da *lex mercatoria*<sup>60</sup>.

A doutrina que nega tal aplicação não parece reconhecer que a Convenção complementa, e não contradiz, a *lex mercatoria*<sup>61</sup>, a isto se aliando o facto de a evolução da compra e venda internacional ser, ela mesma, um produto do desenvolvimento da própria *lex mercatoria*<sup>62</sup>. Daqui se pode depreender que existe uma estreita relação entre ambas, a qual está na base da criação de um “diálogo recíproco”<sup>63</sup> – espelhando-se, por exemplo, na possibilidade de aquela ser utilizada para integrar as lacunas da Convenção (art. 9.º/2)<sup>64</sup>.

<sup>60</sup> ALEXIS MOURRE, *L'application par l'arbitre*, cit., pp. 49-50.

<sup>61</sup> AUDIT BERNARD, *The Vienna Sales Convention and the lex mercatoria*, in *Lex mercatoria and arbitration: a discussion of the new law Merchant*, Transnational Juris Publications, 1990, p. 159-160. Aderindo a este raciocínio: PETER WINSHIP, *Lex Mercatoria and Arbitration: A Discussion of the New Law Merchant*, *The International Lawyer* 26 (1992) 3, pp. 851-852. Importa mencionar as palavras de RUI MOURA RAMOS, *A Convenção de Viena*, cit., pp. 14-15, ao referir que “*A Convenção coloca assim plenamente na pegada da lex mercatoria, que desta forma assume, procurando completá-la e desenvolvê-la*”.

<sup>62</sup> JOHN FELEMEGAS, *Introduction*, in *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*, Cambridge University Press, 2007, pp. 1-2; KLAUS PETER BERGER, *The Creeping Codification*, cit., p. 285 (referindo que a Convenção constitui o “primeiro passo” para a codificação da “*nova lex mercatoria*” no campo da compra e venda internacional, na medida em que a aquela é o produto do desenvolvimento jurisprudencial e legal do comércio internacional.) Nestes termos, para alguma doutrina, a Convenção converteu em normas de aplicação o que apenas estaria reservado ao costume e aos princípios dos contratos internacionais, os quais compunham a *lex mercatoria*: MARÍA PALMA/ALVARO OLIVARES, *Diálogos entre la Convención*, cit., p. 243.

<sup>63</sup> MARÍA PALMA/ALVARO OLIVARES, *Diálogos entre la Convención*, cit., pp. 238-239, referindo os autores que a Convenção e a *lex mercatoria* têm na sua base o reconhecimento das práticas comerciais. Por outro lado, são também mencionadas as diferenças entre ambas, como o facto de a Convenção ser “obrigatória” (para os tribunais comuns), constituindo direito positivo, enquanto a *lex mercatoria* é meramente facultativa.

<sup>64</sup> MARÍA PALMA/ALVARO OLIVARES, *Diálogos entre la Convención*, cit., p. 247; ALFONSO CALVO CARAVACA, *Arts. 1, 6, 7, 9, 10, 71 a 73 y 89 a 101*, in *La compraventa internacional de mercaderías*, Comentario de la Convención de Viena (coord. Díez-Picazo/Ponce de León), Madrid, Civitas, 1998, pp. 138-139. O *Schweizerisches Bundesgericht*, no caso n.º 4A\_240/2009, 16 de dezembro de 2009, que opôs uma companhia com sede social em África do Sul a uma sociedade americana, confirmou a decisão de um tribunal arbitral de utilizar os Princípios do UNIDROIT e a Convenção para decidir

Perante este cenário, não somos de crer que a remissão para a *lex mercatoria* impeça, por incompatibilidade, a aplicação da Convenção de Viena. Ao invés, deve ser dada uma margem de apreciação aos árbitros, considerando que, em certos casos, se justificará a sua aplicação<sup>65</sup>. A Convenção de Viena não constitui o único exemplo do fenómeno da *lex mercatoria*, sendo apenas uma das suas manifestações. Por sua vez, nada impede que as partes remetam para a *lex mercatoria* e resulte, de forma direta ou indireta, a não aplicação da Convenção<sup>66</sup>.

IV. Por fim, tem-se questionado se a aplicação da Convenção pelos árbitros pode resultar da remissão: (i) para os designados “princípios comuns” ou “gerais” aos sistemas nacionais, ou (ii) para a equidade.

A remissão para os princípios comuns é mais controversa, porquanto a sua referência parece inclinar-se mais para a aplicação dos princípios do UNIDROIT<sup>67</sup>. A doutrina tem-se mostrado favorável à aplicação da Convenção por remissão para a equidade, fruto da sua ampla aceitação no comércio internacional<sup>68</sup>. Outros fatores reforçam essa possibilidade,

---

se ocorreu uma “violação material”. Neste caso, era aplicável o direito suíço, o qual não definia nem regulava expressamente o referido conceito. Por conseguinte, o *Schweizerisches Bundesgericht* confirmou a decisão do tribunal arbitral, aplicando os Princípios do UNIDROIT e a Convenção.

<sup>65</sup> Salientando esta dimensão subjetiva e a “convicção” dos árbitros como critério de aplicação da Convenção por remissão para a *lex mercatoria*: FRANCO FERRARI, *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, cit., Art. 1.º, para. 84, referindo “und ob die Schiedsrichter überhaupt glauben (...)”. Também neste sentido, segundo cremos: GUSTAV FLECKE-GIAMMARCO/ALEXANDER GRIMM, *CISG and Arbitration Agreements*, cit., p. 47; LISA SPAGNOLO, *The CISG as Soft Law and Choice of Law*, *International Sales Law: A Global Challenge* (coord. Larry A. DiMatteo), Cambridge University Press, 2014, pp. 163-164.

<sup>66</sup> MARIA PALMA/ALVARO OLIVARES, *Diálogos entre la Convención*, cit., p. 258. Já não corroboramos a ideia veiculada por KYLE WINNICK, *International Commercial Arbitration, Anticipatory Repudiation, and the Lex Mercatoria*, *Cardozo Journal of Conflict Resolution* (2014) 15, p. 854. ao referir que sempre que é designado como competente a lei de um Estado Contratante se deverá aplicar a Convenção enquanto *lex mercatoria*.

<sup>67</sup> Cfr. CCI, n.º 12097, 2003, disponível em <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/0312097i1.html>). Referindo que se pode extrair da jurisprudência arbitral o reconhecimento da Convenção com o propósito desta ser aplicável com base nos princípios do UNIDROIT: ANDRÉ JANSSEN/MATTHIAS SPILKER, *The Application*, cit., p. 151.

<sup>68</sup> PETRA BUTLER, *Article 1*, cit., p. 395. No direito alemão, fazendo referência à equidade (“*Billigkeit*”) e mostrando-se favorável à sua aplicação: PETER MANKOWSKI, *Mün-*

como o facto de: (i) Convenção representar um compromisso aceitável entre países industrializados e em vias de desenvolvimento; e (ii) de introduzir soluções jurídico-materiais adequadas no que toca aos contratos internacionais<sup>69</sup>.

### 3.3. A Convenção de Viena como lei aplicável, na falta de escolha pelas partes

Se as partes não escolherem a lei aplicável, os árbitros têm de a determinar. Atendendo à redação das leis arbitrais, o tribunal tem a possibilidade de aplicar a Convenção de diversas formas. Nos subcapítulos seguintes discutir-se-á em que medida pode a Convenção ser aplicada com recurso ao designado método direto “*voie directe*” (3.3.1), e se, perante o Direito de Conflitos da Convenção, os tribunais estão sujeitos ao art. 1.º/1, als. a) e b) (cfr. 3.3.2. e 3.3.3.).

#### 3.3.1. A aplicação da Convenção por via “direta” e “indireta”

I. Na determinação do Direito aplicável, perante a falta de designação pelas partes, têm se defrontado duas concepções dominantes. Uma delas refere que os árbitros têm de escolher uma determinada norma de conflitos para, em seguida, determinar, mediante a atuação dessa norma, a ordem jurídica definidora do Direito aplicável (*voie indirecte*, ou via indireta). Para concepção oposta, os árbitros têm a possibilidade de, por via direta (*voie directe*), escolher o Direito aplicável<sup>70</sup>. Em ambos os

---

*chener Kommentar*, cit., para. 59; FRANCO FERRARI, *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, cit., Art. 1.º, para. 84; ULRICH MAGNUS, *J von Staudinger Kommentar*, cit., para. 122.

<sup>69</sup> LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *A adesão*, cit., pp. 734-735.

<sup>70</sup> LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado – Vol. II*, cit., pp. 720-721. Conceptualmente, entendemos por “via direta” a contraposição à escolha de um Direito de Conflitos de fonte nacional: *Ibidem*, p. 721.

casos deve reconhecer-se que a escolha de lei não pode ser arbitrária<sup>71</sup>, devendo ser justificada<sup>72</sup>.

Para efeito do nosso estudo, é reconhecido que os tribunais arbitrais podem aplicar a Convenção de Viena por via direta<sup>73</sup>, a qual se pode justificar por esta se basear na ideia de: (i) trazer à resolução de litígios neutralidade quanto à lei aplicável e paridade de tratamento entre as partes; e (ii) pela preocupação legítima dos árbitros de satisfazer as necessidades dos comerciantes<sup>74</sup>. Não consideramos que o tribunal arbitral se poderá justificar, para a aplicação da Convenção, com base na sua “força persuasiva”, em virtude da possível conveniência que traria a aplicação do seu âmbito espacial (art. 1.º/1, al. a)<sup>75</sup>.

<sup>71</sup> LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado – Vol. II*, cit., pp. 720-721; STEFAN KRÖLL, *Arbitration*, cit., p. 67.

<sup>72</sup> ANDRÉ JANSSEN/MATTHIAS SPILKER, *The Relationship*, cit., p. 54; FRANCO FERRARI, *La Convención*, cit., pp. 709-710.

<sup>73</sup> Por todos: GUSTAV FLECKE-GIAMMARCO/ALEXANDER GRIMM, *CISG and Arbitration Agreements*, cit., p. 47; PETRA BUTLER, *Article 1*, cit., p. 394; INGEBORG SCHWENZER/PATRICK WITTUM, *O Direito Uniforme*, cit., pp. 37-38 Considerando harmónica a aplicação da Convenção, por via direta: ANDRÉ JANSSEN/MATTHIAS SPILKER, *The Relationship*, cit., p. 52.

<sup>74</sup> NIKOLAY MARINOV, *L'applicabilité de la Convention*, cit., p. 345.

<sup>75</sup> Alguns autores consideram que o supramencionado preceito se aplicaria “em espelho”, quer para os tribunais comuns quer para os arbitrais, considerando que o mesmo possui uma “força persuasiva”: GEORGIOS PETROCHILOS, *Arbitration Conflict of Laws Rules*, cit., p. 191; PIERRE MAYER, *L'application*, cit., pp. 282 e ss, referindo que a “força persuasiva” se justifica pela aceitação e adequação da Convenção ao comércio internacional. A ideia da persuasão, contrariamente ao reconhecimento da Convenção como constituindo a lei mais apropriada ao litígio ou que apresenta com este a conexão mais estreita, pressupõe uma vinculação do árbitro à Convenção, diminuindo a margem de apreciação do tribunal: SEBASTIAN KNETSCH, *Das UN-Kaufrecht*, cit., pp. 42-43. Por outro lado, a ideia não é convincente, na medida em que a localização da sede do tribunal num determinado Estado não constitui indício de aplicação da lei desse Estado: FRANCO FERRARI, *La Convención*, cit., pp. 710-711, 712. O Autor refere, *Ibidem*, pp. 713, que não é fundamento justificável a aplicação da Convenção, pelos árbitros, através do argumento de que o resultado alcançado seria igual ao que adviesse da aplicação do Direito de Conflitos de fonte convencional para os tribunais comuns.

É importante referir que a análise das regras de conflitos de leis na sede da arbitragem tem sido questionada pela doutrina que apela à *desnacionalização* do fórum arbitral: FRANCO FERRARI, *La Convención*, cit., pp. 717. Essa desnacionalização é típica da arbitragem transnacional, sendo relativizada pela circunstância de a arbitragem não ter

Adicionalmente, a jurisprudência arbitral e a doutrina têm considerado aplicável a Convenção, por via direta, com recurso ao preenchimento dos seus âmbitos de aplicação<sup>76</sup>, admitindo a sua aplicação, em acréscimo, independentemente do preenchimento desses âmbitos<sup>77</sup>.

II. Na omissão de escolha pelas partes, o tribunal aplicará a Convenção conforme a lei designada pela regra de conflitos que os árbitros considerem mais apropriada ao caso concreto ou que apresenta com o litígio a conexão mais estreita<sup>78</sup>. Contudo, não é possível prever se o tribunal arbitral irá aplicar a Convenção, considerando as diversas abordagens

---

só fundamento num princípio transnacional, mas também nas ordens jurídicas estaduais com que estabeleça uma ligação significativa: LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional, A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, 2005, cit., pp. 526 e ss. De facto, como referimos, os árbitros não estão vinculados à *lex fori* como os tribunais comuns. Contudo, não é possível empiricamente demonstrar que os tribunais arbitrais abandonaram a aplicação das regras de conflitos do foro. Esta abordagem deixa uma grande descrição aos árbitros para decidir quais as regras de conflito de leis que estão ligadas ao litígio e que devem, portanto, ser tidas em conta: FRANCO FERRARI, *La Convención*, cit., p. 719. Na opinião deste autor, uma parte que queira aplicar a Convenção deve concordar na escolha desse conjunto de regras, já que o preço por não escolher a lei aplicável é demasiado elevado.

<sup>76</sup> CCI, n.º 9448, julho de 1999 (*Roller bearing case*), disponível em <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/999448il.html>; CCI, n.º 9978, março de 1998 (*Penalty clause case*), disponível em <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/999978il.html>. Considerando que, no geral, os tribunais arbitrais devem aplicar a Convenção se os âmbitos se encontrarem preenchidos: PETER MANKOWSKI, *Münchener Kommentar zum HGB*, 5.ª ed., 2021, Art. 1.º, para. 57-59; STEFAN KRÖLL, *Arbitration*, cit., p. 71.

<sup>77</sup> PETER HUBER, *Die Anwendung des UN-Kaufrechts*, cit., p. 822; ARND LOHMANN, *Parteiautonomie*, cit., p. 76.

<sup>78</sup> ANDRÉ JANSSEN/MATTHIAS SPILKER, *The Relationship*, cit., p. 55. Referindo que geralmente, perante contratos internacionais de compra e venda, esta será a regra: PETRA BUTLER, *Article 1*, cit., p. 395. ARND LOHMANN, *Parteiautonomie*, cit., p. 70. Dispondo que, perante a ordem jurídica alemã, o tribunal poderá considerar a Convenção de Viena como a lei aplicável mais apropriada ao litígio, nos termos do art.º 7.º/1, 2 da Convenção de Genebra sobre a Arbitragem Comercial Internacional de 1961: PETER HUBER, *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, cit., para. 60; PETER HUBER, *Die Anwendung des UN-Kaufrechts*, cit., p. 821. Veja-se também, em termos legislativos, os artigos: 33.º/1 do Regulamento de Arbitragem, 28.º/2 da Lei-Modelo da CNUDCI, 1511.º/1 do Código de Processo Civil Francês e 33.º1 do Regulamento Suíço de Arbitragem Internacional.

na determinação da lei mais apropriada ao caso concreto<sup>79</sup>. Na ordem jurídica estadual os árbitros apenas têm de atender ao enquadramento definido pela cláusula geral de remissão estabelecida no Direito de Conflitos da arbitragem transnacional, não tendo de considerar as normas de conflitos gerais contidas nos sistemas nacionais em contacto com a situação<sup>80</sup>. Perante o art. 52.º/2 da LAV, na falta de designação pelas partes o tribunal deverá aplicar o Direito do Estado com o qual o objeto do litígio apresenta uma conexão mais estreita. Antes da adesão de Portugal à Convenção, o árbitro, aplicando o supramencionado preceito da LAV, não poderia atender a Direito não-estadual<sup>81</sup>.

À semelhança do que sucede com a aplicação do § 1051, 2 ZPO e do art. 187.º/1, 2.ª parte da Lei Suíça de DIP, o critério adotado na LAV é de feição localizadora e não material, o que pode contribuir para uma maior segurança jurídica na determinação da lei aplicável<sup>82</sup>. Por um lado, é reconhecido na doutrina alemã que existem diferenças significativas entre aplicar a Convenção como resultado da remissão para as regras jurídicas que o árbitro “julgue apropriadas” e as determinadas segundo o “princípio da conexão mais estreita”<sup>83</sup>. Deve considerar-se que a remissão para o Direito mais apropriado ao litígio é uma cláusula geral de remissão que atribui ao tribunal arbitral uma ampla margem de apreciação, permitindo a este atender a quaisquer elementos que considere relevantes, o que difere da cláusula geral de conexão mais estreita, já que o órgão de aplicação não se vincula a conferir maior importância à referida feição localizadora, não sendo de afastar a possibilidade de a

<sup>79</sup> FRANCO FERRARI, *La Convención*, cit., pp. 715-717.

<sup>80</sup> Parafraseando LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado – Vol. II*, cit., p. 722.

<sup>81</sup> LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado – Vol. II*, cit., pp. 724-725. Aparentemente contra: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, cit., art. 52.º, n.º 115.

<sup>82</sup> RUI PEREIRA DIAS, *Direito aplicável à convenção de arbitragem e ao mérito*, in *Arbitragem Internacional Lusófona – Vol. I* (coord. Rui Pereira Dias/Catarina Monteiro Pires), Almedina, 2020, p. 188, assinalando que não se deverá esquecer a possível (mas controversa) aplicação do Roma I.

<sup>83</sup> PETER HUBER, *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, cit., para. 60; PETER HUBER, *Die Anwendung des UN-Kaufrechts*, cit., p. 821; FRANCO FERRARI, *La Convención*, cit., pp. 724-725.

escolha do Direito aplicável ser feita com recurso à adequação material do caso concreto<sup>84</sup>.

### 3.3.2. Sujeição generalizada dos tribunais arbitrais ao art. 1.º/1, al. a)?

Antevimos que os tribunais arbitrais podem aplicar a Convenção independentemente do preenchimento dos seus âmbitos de aplicação. Significa isto que os tribunais não estão sujeitos ao Direito de Conflitos da Convenção, mesmo que a sua sede seja num Estado Contratante e as partes tenham estabelecimentos nesses Estados (art. 1.º/1, al. a)<sup>85</sup>. Os tribunais arbitrais não possuem uma sede comparável à dos tribunais comuns, pelo que, nestes termos, o art. 1.º/1, al. a) não pode fazer parte da “*lex arbitri*”<sup>86</sup>. Contudo, pode suceder que o Direito de Conflitos da arbitragem voluntária considere aplicável a lei de um Estado Contra-

---

<sup>84</sup> LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado – Vol. II*, cit., p. 723. A determinação da lei que apresenta com o litígio a conexão mais estreita exige uma apreciação de ordem casuística, atribuindo ao tribunal margem de discricionariedade. Podem apontar-se como critérios relevantes de determinação desta conexão a sede da administração das pessoas, a residência habitual ou o lugar onde se situa o centro dos interesses económicos ou o lugar da execução do contrato: ELSA DIAS OLIVEIRA, *Arbitragem Voluntária: Uma Introdução*, Almedina, 2021, p. 231. Isto significa que os critérios de conexão relevantes para determinar a aplicação da Convenção pelo tribunal, em caso de omissão de escolha pelas partes, poderão ser critérios que não derivem unicamente dos elementos de conexão elencados nas als. a) e b) do art 1.º/1 da Convenção.

<sup>85</sup> ANDRÉ JANSSEN/MATTHIAS SPILKER, *The Application*, cit., p. 137; SCHMIDT-AHRENDTS, *CISG*, cit., p. 214. O mesmo sucede perante os tribunais arbitrais não situados em Estados Contratantes: *Ibidem*, p. 138. O tribunal arbitral não pode ignorar a escolha de lei aplicável, mesmo que os âmbitos da Convenção estejam preenchidos: FRANCO FERRARI, *La Convención*, cit., p. 696.

Apesar deste raciocínio ser delineado para a arbitragem, o qual já fora referido por nós ao longo deste texto, é importante salientar que os âmbitos de aplicação da Convenção são compostos por “regras de aplicabilidade” (*règles d’applicabilité*), revestindo estas uma natureza particular, porquanto no instrumento convencional se encontram privadas de natureza imperativa, não se impondo aos particulares: RUI MOURA RAMOS, *O âmbito de aplicação*, cit., p. 252.

<sup>86</sup> PETER HUBER, *Die Anwendung des UN-Kaufrechts*, cit., p. 817; PETER HUBER, *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, cit., para. 58, bem como os autores citados na nota de rodapé n.º 9.

tante<sup>87</sup>. Não é consensual se, perante a designada via indireta, é possível que o tribunal arbitral considere o Direito de Conflitos da Convenção (al. a) e, se este se encontrar preenchido, determine a Convenção como aplicável. Cremos que tal é possível, na medida em que a al. a) constitui uma norma de conflitos unilateral<sup>88</sup>, ou uma norma de conflitos autónoma ou independente (*eigenständige Kollisionsnorm*)<sup>89</sup>, a que os tribunais arbitrais podem recorrer para aplicação a Convenção, caso as partes tenham a sua localização em Estados Contratantes diferentes.

Nestes termos, o tribunal arbitral não se encontra vinculado à aplicação generalizada do Direito de Conflitos da Convenção, o que não significa que, em certas situações, não os considere relevantes para a aplicação da Convenção<sup>90</sup>.

### 3.3.3. Remissão do DIP para a lei de um Estado Contratante (art. 1.º/1, al. b)?

I. Quanto aos tribunais comuns, a Convenção pode aplicar-se indiretamente, quando as regras de DIP conduzam à aplicação da lei de um

---

<sup>87</sup> Referindo que, em regra, as leis da arbitragem voluntária não tomam em consideração o DIP do Estado da sede: ANDRÉ JANSSEN/MATTHIAS SPILKER, *The Application*, cit., p. 138. Reconhecendo que uma abordagem baseada na sede do tribunal arbitral e na localização das partes em Estados Contratantes ou, por outro lado, no Direito de Conflitos da arbitragem que o tribunal terá de aplicar, pode reconduzir ao mesmo resultado quanto à aplicação da Convenção: PETER HUBER, *Die Anwendung des UN-Kaufrechts*, cit., p. 817 (preferindo, contudo, a abordagem de Direito de Conflitos).

<sup>88</sup> STEFAN KRÖLL, *Arbitration*, cit., p. 71; PETRA BUTLER, *Article 1*, cit., p. 381; ANDRÉ JANSSEN/MATTHIAS SPILKER, *The Application*, cit., p. 142; ÂNGELA BENTO SOARES/RUI MOURA RAMOS, *Contratos Internacionais*, cit., p. 24; ANTÓNIO DA FRADA DE SOUSA, *A autonomia privada*, cit., p. 253

<sup>89</sup> PETER HUBER, *Die Anwendung des UN-Kaufrechts*, cit., p. 818, neste último sentido, referindo que, perante o Direito de Conflitos da Arbitragem, os tribunais arbitrais podem recorrer à aplicação da Convenção se os seus âmbitos estiverem preenchidos e se o tribunal considerar adequado.

<sup>90</sup> FRANCO FERRARI, *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, cit., para. 83. Portanto, o raciocínio de que a Convenção é aplicável independentemente do preenchimento dos seus âmbitos de aplicação, não preclui o tribunal arbitral de aplicar o art. 1.º/1, al. a): PETRA BUTLER, *Article 1*, cit., p. 391. Já não concordamos com a Autora, *Ibidem*, p. 391, quando refere que o supramencionado artigo tem um campo de aplicação mais amplo na arbitragem.

Estado Contratante (art. 1.º/1, al. b)<sup>91</sup>. No caso em que o tribunal arbitral está, nos termos da lei de arbitragem, vinculado a certas normas de DIP e, nesses termos, aplique a lei de um Estado Contratante (através da já referida via indireta<sup>92</sup>), deverá cumprir-se com o art. 1.º, al. b)<sup>93-94</sup>.

**II.** Adicionalmente, coloca-se a questão de saber se os tribunais arbitrais estão vinculados à reserva do art. 95.º (declaração por parte de um Estado em não ficar vinculado ao art. 1.º/1, al. b). Isto é, a admitir-se a aplicação da al. b), terão de respeitar a reserva da lei do Estado Contratante designado pela norma de conflitos<sup>95</sup>?. Considerando a expectativa das partes na escolha da lei aplicável, bem como a ordem jurídica desse Estado Contratante, somos de crer que o tribunal está vinculado ao cumprimento da reserva<sup>96</sup>.

---

<sup>91</sup> Não se trata de uma norma de direito internacional privado, apenas atribuindo à Convenção uma dimensão doméstica: ANDRÉ JANSSEN/MATTHIAS SPILKER, *The Application*, cit., p. 139. Neste sentido, se as partes escolherem a lei de um Estado Contratante, a Convenção será aplicável como parte da lei doméstica desse estado (art. 1.º/1, al. b), a não ser que explicitamente se exclua essa aplicação.

<sup>92</sup> Perante os tribunais comuns, a al. b) também é caracterizada por instituir uma aplicabilidade indireta ou mediata, por oposição à al. a), que possui um regime de aplicabilidade direta ou imediata: MARIA HELENA BRITO, *Convenção de Viena sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias. Delimitação do seu âmbito de aplicação*, in Cisg, Brasil e Portugal, Almedina, 2022, p. 244. No caso da al. b) estamos perante uma conexão objetiva: FRANCO FERRARI, *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, cit., para. 71.

<sup>93</sup> ANDRÉ JANSSEN/MATTHIAS SPILKER, *The Application*, cit., p. 139; SEBASTIAN KNETSCH, *Das UN-Kaufrecht*, cit., pp. 55; PETRA BUTLER, *Article 1*, cit., p. 394; NIKOLAY MARINOV, *L'applicabilité de la Convention*, cit., p. 346, e PETRA BUTLER, *CISG and International Arbitration*, cit., pp. 333 e ss, com referências jurisprudenciais. É importante referir que o conceito de DIP utilizado não deve ser interpretado autonomamente, contrariamente ao que sucede com o âmbito material de aplicação da Convenção: FRANCO FERRARI, *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, cit., para. 69-71.

<sup>94</sup> FRANCO FERRARI, *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, cit., para. 82.

<sup>95</sup> Tanto a República Popular da China como os Estados Unidos da América fizeram a referida reserva.

<sup>96</sup> NIKOLAY MARINOV, *L'applicabilité de la Convention*, cit., pp. 346-347. Neste sentido: CIETAC, 2004/06 (*Medical equipment case*): disponível em <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2376>; CCI n.º 7645, março de 1995 (*Crude metal case*) disponível em <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/957645i1.html>; Foreign Trade Court of Arbitration attached to the Serbian Chamber of Commerce, 28 de janeiro

## §4. A aplicação da Convenção de Viena à convenção de arbitragem

### 4.1. Generalidades

I. Certas legislações nacionais regulam a lei que governa a convenção de arbitragem. É consensual que as partes, na maioria dos sistemas jurídicos, podem escolher a lei aplicável<sup>97</sup>, não sendo contudo incomum que os contratos internacionais sejam omissos quanto a essa escolha<sup>98</sup>. Perante a falta de escolha de lei, os sistemas jurídicos não são unânimes, alguns revertendo para a lei do lugar da sede do tribunal e outros para a *lex causae*<sup>99</sup>. Nesta segunda opção, apenas em casos excepcionais se poderá concluir, através de interpretação, que as partes pretenderam que a lei aplicável ao contrato ou ao mérito da causa regesse a convenção de arbitragem<sup>100</sup>. No plano internacional, a maioria da doutrina tem advogado pela aplicação da lei da sede da arbitragem, baseando-se essencialmente na doutrina da separação (*doctrine of separability*)<sup>101</sup>, de acordo com a qual a validade da convenção de arbitragem e do contrato princi-

---

de 2009 (*Medicaments case*), disponível em <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090128sb.html>. Como refere ANDRÉ JANSSEN/MATTHIAS SPILKER, *The Application*, cit., p. 140, se assim não fosse, a Convenção seria incorporada como lei do Estado Contratante nos termos da referida al. b). Contra este entendimento, referindo que não existe uma obrigação de atender ao Direito Internacional Público dos Estados: FRANCO FERRARI, *La Convención*, cit., p. 692. Por outro lado, a reserva não afeta a possível aplicação da al. a): FRANCO FERRARI, *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, cit., para. 77.

<sup>97</sup> INGEBORG SCHWENZER/FLORENCE JAEGER, *The CISG*, cit., p. 317.

<sup>98</sup> CATARINA MONTEIRO PIRES/RUI PEREIRA DIAS, *Arbitragem internacional*, cit., p. 243. Essa lei demonstra-se fundamental, desde logo porque é através dela que se afere da validade, âmbito e extensão da convenção de arbitragem, entre outras matérias: GARY BORN, *International Commercial Arbitration – Vol. I*, Wolters Kluwer, 2.<sup>a</sup> ed., 2014, pp. 489 e ss.

<sup>99</sup> INGEBORG SCHWENZER/FLORENCE JAEGER, *The CISG*, cit., p. 317.

<sup>100</sup> INGEBORG SCHWENZER/FLORENCE JAEGER, *The CISG*, cit., p. 318. Por todos, sobre a discussão entre a perspectiva subjetiva e objetiva da lei aplicável à convenção: CATARINA MONTEIRO PIRES/RUI PEREIRA DIAS, *Arbitragem internacional*, cit., pp. 243 e ss.

<sup>101</sup> INGEBORG SCHWENZER/FLORENCE JAEGER, *The CISG*, cit., p. 318; ANDRÉ JANSSEN/MATTHIAS SPILKER, *The Application*, cit., p. 155; MORTEN FOGT, *The Interaction*, cit., pp. 366. 386 e ss.; STEFAN KRÖLL, *Arbitration*, cit., p. 79 (considerando este último Autor que a finalidade desta doutrina é a de proteger a jurisdição do tribunal arbitral e de tomar em consideração a intenção presumida das partes).

pal devem ser analisadas de forma independente, pelo que a invalidade de um não impactará a subsistência do outro<sup>102</sup>. A Convenção de Viena também reconhece explicitamente a doutrina da separação, ao estatuir no art. 81.º/1 que “*A resolução não afeta as cláusulas do contrato relativas quer à resolução de conflitos, quer aos direitos e obrigações das partes em caso de resolução do contrato*”<sup>103</sup>. Considerando esta doutrina, o problema surge na medida em que a maioria das convenções de arbitragem estão contidas em contratos de compra e venda internacional.

II. Em algumas situações, a lei aplicável ao contrato principal também foi aplicada à convenção de arbitragem, por vezes fazendo-se referência que a doutrina da separação apenas levará à aplicação da lei da sede da arbitragem caso a convenção não seja válida nos termos da *lex causae*<sup>104</sup>. Não obstante o mérito desta discussão, a doutrina tem salientado a existência de uma dimensão contratual e processual da convenção de arbitragem. A abordagem da *lex causae* apenas se pode enquadrar na dimensão contratual da convenção de arbitragem, enquanto a dimensão processual terá de ser determinada de acordo com a lei do lugar da sede, nos termos do art. 5.º/1, al. a) da CNI<sup>105</sup>. A abordagem que favorece a aplicação do

<sup>102</sup> Esta doutrina tem respaldo nas legislações nacionais, veja-se: §1041 (1) ZPO, o art. 178 (3) da Lei Suíça de DIP e art. 16.º/1 da Lei-Modelo da CNUDCI.

<sup>103</sup> STEFAN KRÖLL, *Arbitration*, cit., p. 73 (fazendo alusão a que a doutrina da separação impõe a análise dos âmbitos de aplicação espacial e material de forma independente, sem a tomada em consideração da convenção de arbitragem). ANDRÉ JANSSEN/MATTHIAS SPILKER, *The Application*, cit., pp. 154, refere que não se trata de um problema meramente académico, aludindo que em 2006 a Explanatory Note da CNUDCI conclui que “*num grande número de situações, a redução a escrito da convenção de arbitragem era impraticável ou impossível*”. Assinalando que constitui um dos grandes obstáculos ao reconhecimento das sentenças arbitrais: INGEBORG SCHWENZER/DAVID TEBEL, *The Word is not Enough – Arbitration, Choice of Forum and Choice of Law Clauses Under the CISG*, ASA Bulletin 31(2013) 4, p. 740.

<sup>104</sup> INGEBORG SCHWENZER/FLORENCE JAEGER, *The CISG*, cit., p. 319.

<sup>105</sup> Conforme o preceito, constitui fundamento de recusa do reconhecimento a invalidade substancial da convenção de arbitragem perante a lei a que as partes subordinaram ou, na sua falta de designação, a lei do país em que a sentença foi proferida. Em causa está, essencialmente, a formação e validade do consentimento, mas também os requisitos do conteúdo da convenção de arbitragem que não digam respeito à determinação da relação jurídica ou à constituição do tribunal, mas que abranjam todas as questões

lugar da sede da arbitragem parece não reconhecer a importância de distinção destas duas dimensões da convenção de arbitragem<sup>106</sup>.

**III.** Alguns autores têm negado a aplicação da Convenção de Viena às convenções de arbitragem. Além da referência à doutrina da separação, argumentam que estas não estão abrangidas pelos âmbitos da Convenção<sup>107</sup>. Perante os artigos 81.º/1 e 19.º/3<sup>108</sup>, pode, numa primeira obser-

---

relacionadas com a existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem: LUIS DE LIMA PINHEIRO, *Tendências de desenvolvimento no reconhecimento de decisões arbitrais “estrangeiras” ao abrigo da convenção de Nova Iorque*, ROA 78 (2018) 1-2 p. 215; LUIS DE LIMA PINHEIRO, *O reconhecimento de decisões arbitrais “estrangeiras” ao abrigo da Convenção de Nova Iorque: perspetiva atual*, in *Arbitragem comercial: estudos comemorativos dos 30 anos do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa* (coord. António Menezes Cordeiro), Almedina, 2019, pp. 676-677.

<sup>106</sup> INGEBORG SCHWENZER/FLORENCE JAEGER, *The CISG*, cit., p. 318; STEFAN KRÖLL, *Arbitration*, cit., pp. 59, 82 e 83. Esta distinção é clara, por exemplo, nos arts. 178.º/1 e 2 da Lei Suíça de DIP, o n.º1 referindo “*A convenção de arbitragem deve ser feita por escrito, por telegrama, telex, telecopiadora ou qualquer outro meio de comunicação que permita a sua comprovação por um texto*” (tradução livre), e o n.º 2 dispondo: “*Além disso, uma convenção de arbitragem é válida se estiver em conformidade ou com a lei escolhida pelas partes, ou com a lei que regula o objecto do litígio, em particular o contrato principal, ou com a lei suíça*”. O art. 51.º/1 da LAV (validade substancial da convenção de arbitragem) adota uma solução idêntica ao n.º 2 do mencionado art. 178.º, estabelecendo uma regra de conflitos que, dando expressão ao princípio *favor negotii*, submete a validade substancial da convenção de arbitragem, alternativamente, à lei escolhida pelas partes, à *lex causae* ou *lex fori*. Perante esta ordenação de critérios, identifica-se que a autonomia privada tem primazia sobre os demais: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, cit., p. 500. Para quem sustente que o supramencionado artigo não depõe a favor da razoável possibilidade de se poder extrair das declarações das partes e do contrato que estas pretenderam estender a escolha de lei a todos os aspetos do contrato (e, portanto, também à cláusula compromissória), a insuficiência dessa presunção reconduz-nos à aplicação da lei da sede da arbitragem: CATARINA MONTEIRO PIRES/RUI PEREIRA DIAS, *Arbitragem internacional*, cit., p. 245.

Contrariamente, o §1031 ZPO apenas contém requisitos de forma, não fazendo menção à determinação da lei aplicável às questões de validade da convenção de arbitragem.

<sup>107</sup> Enunciando esta referência a parte da doutrina: INGEBORG SCHWENZER/FLORENCE JAEGER, *The CISG*, cit., p. 320.

<sup>108</sup> O qual dispõe que “*Os termos adicionais ou diferentes relativos, nomeadamente (...) à resolução de diferendos, são considerados como alterações substanciais aos termos da proposta contratual*”.

vação, concluir-se que a(s) (cláusulas de) “resolução de diferendos” não estão excluídas do âmbito da Convenção<sup>109</sup>, colocando-as esta a par com outras cláusulas contratuais<sup>110</sup>. Por outro lado, não é possível considerar que uma convenção de arbitragem, não fazendo parte da “formação do contrato de compra e venda” (art. 4.º/1), não estaria abrangida pela Convenção<sup>111</sup>.

**IV.** O assunto sobre o qual nos debruçamos – reconhecidamente até há pouco tempo não discutido<sup>112</sup> – anseia pelo estudo ainda não publicado de JAN KLEINHEISTERKAMP (Opinion “Applicability of the CISG to Dispute Settlement Clauses”), pelo CISG Advisory Council. Para além da decisão do Supremo Tribunal Federal Alemão, de 26 novembro de 2020, o problema da lei aplicável às convenções de arbitragem tem sido recentemente discutido na jurisprudência, apesar de nestes casos Convenção de Viena não surgir como lei aplicável<sup>113</sup>.

<sup>109</sup> INGEBOG SCHWENZER/FLORENCE JAEGER, *The CISG*, cit., p. 320; PETER SCHLECHTRIEM/INGEBORG SCHWENZER, *Commentary on the UN-Convention*, cit., Artgs. 14-24, para. 16 e ss; PILAR VISCASILLAS/DAVID MUÑOZ, *CISG & Arbitration*, cit., pp. 71-73. Também neste sentido: BGH, VIII ZR 125/14, 25 de março 2015, 55, NJW 2015, p. 2589. Já não concordamos com ALEKSANDRS FILLERS, *Application of the CISG*, cit., p. 668, ao referir que constitui uma lacuna legislativa a não referência às convenções de arbitragem na Convenção de Viena.

<sup>110</sup> INGEBOG SCHWENZER/FLORENCE JAEGER, *The CISG*, cit., p. 320; PILAR VISCASILLAS/DAVID MUÑOZ, *CISG & Arbitration*, cit., pp. 71-73.

<sup>111</sup> INGEBOG SCHWENZER/DAVID TEBEL, *The Word is not Enough*, cit., p. 745. Perante um compromisso arbitral, a questão colocar-se-ia de outra forma? A questão não passa por analisar, ponto de vista conceptual, se a cláusula está ou não incluída no contrato – e, portanto, se deixaria de ser autonomamente uma “compra e venda” para efeitos do âmbito de aplicação da Convenção – mas se a aplicação da Convenção ao compromisso arbitral foi pretendida pelas partes ou em relação à qual tinham uma expectativa: ALEKSANDRS FILLERS, *Application of the CISG*, cit., p. 688; MORTEN FOGT, *The Interaction*, cit., pp. 380 e ss.

<sup>112</sup> STEFAN KRÖLL, *Arbitration*, cit., p. 76.

<sup>113</sup> Veja-se: England and Wales. Court of Appeal. Queen’s Bench Division, EWCA Civ 6 (Comm) – Case No: CL-2017-000792 – 20.01.2020, comentado por CRINA BALTAG/MIHAELA MARAVELA, *Applicable Law to Arbitration Agreement and No Oral Modification Clause: Case Note on the Decision of the England and Wales Court of Appeal, 20 January 2020*, *Contemporary Asia Arbitration Journal* 13 (2020) 2, pp. 479-500. Ainda: France. Cour d’Appel de Paris. Pôle 1 – Chambre 1 – Case No: 17/22943 – 23.06.2020,

## 4.2. Validade formal

I. A maioria das legislações nacionais submetem a convenção de arbitragem a certos requisitos de forma. Apesar de alguns países terem abolido essa exigência, como França<sup>114</sup>, tal não constitui a regra<sup>115</sup>. A CNI impõe certos requisitos de forma para a convenção de arbitragem, nos termos do art. 2.º/1 e n.º 2.º, nomeadamente a sua redução a escrito<sup>116</sup>. Por contraste, a Convenção de Viena, de acordo com o art. 11.º, é baseada no princípio da liberdade de forma, contrariamente ao consagrado nas legislações nacionais<sup>117</sup>. Consequentemente, alguns autores têm considerado que o princípio da liberdade de forma deverá prevalecer sobre os requisitos de forma da convenção de arbitragem presentes nas legislações dos Estados<sup>118</sup>. Não consideramos que esta abordagem seja correta<sup>119</sup>. Os requisitos de forma destinam-se à dimensão processual da convenção de

---

comentado por SAMANTHA NATAF, *Jurisdiction over Non-signatories, the Irreconcilable Approaches of French and English Courts Case Note on: (i) English Court of Appeal Decision of 20 January 2020 and (ii) Paris Court of Appeal Decision of 23 June 2020*, ASA Bulletin 38 (2020), 4, pp. 894-911. Não iremos aprofundar este tema, porquanto apesar de em ambas as decisões serem discutidos assuntos paralelos aos aqui mencionados, a Convenção de Viena não surge como lei aplicável. No Caso da UKSC, 48, Kabab-Ji S.A.L. (Líbano) v. Kout Food Group (Kuwait), 2021, o Tribunal de Recurso de Inglaterra e do País de Gales aplicou à convenção de arbitragem a cláusula de escolha da lei segundo a qual o “Acordo” deveria ser regido pela lei inglesa. Ao fazê-lo, o Tribunal baseou-se numa definição fornecida no próprio contrato, segundo a qual o “Acordo” englobava todas as disposições contratuais (incluindo a convenção de arbitragem).

<sup>114</sup> Cf. art. 1507 do CPC Francês.

<sup>115</sup> INGBORG SCHWENZER/FLORENCE JAEGER, *The CISG*, cit., p. 321.

<sup>116</sup> ANDRÉ JANSSEN/MATTHIAS SPILKER, *The Application*, cit., pp. 153 e ss. Veja-se ainda §1031(1) e (2) ZPO. Na falta de assinatura do contrato que contém a cláusula compromissória ou o compromisso, o importante é que a convenção conste de uma proposta escrita, que seja aceite por escrito, não tendo a aceitação que dizer respeito especificamente à convenção de arbitragem, bastando a aceitação da proposta contratual no seu conjunto: LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *O reconhecimento de decisões*, cit., p. 670.

<sup>117</sup> Sujeito a reserva nos termos do art. 12.º e 96.º, um acordo oral é válido nos termos da Convenção: ANDRÉ JANSSEN/MATTHIAS SPILKER, *The Application*, cit., p. 153.

<sup>118</sup> PILAR VISCASILLAS/DAVID MUÑOZ, *CISG & Arbitration*, cit., pp. 72-74. Na opinião dos autores, a referência expressa a “resolução de diferendos”, nos artigos 19.º/3 e 81.º/1, impõe que as convenções de arbitragem estejam também abrangidas pelo art. 11.º.

<sup>119</sup> INGBORG SCHWENZER/FLORENCE JAEGER, *The CISG*, cit., p. 321; PETER SCHLECH-

arbitragem, a qual é regulada pelas legislações nacionais (como sucede com a lei portuguesa, nos termos do art. 2.º da LAV), legislações estas que, na maioria dos sistemas jurídicos, ainda não implementaram o princípio da liberdade de forma<sup>120</sup>.

Por outro lado, não só a aplicação do art. 11.º às convenções de arbitragem nunca foi pretendido pelo legislador, como o princípio da liberdade de forma foi disputado desde o início do processo harmonização da compra e venda internacional, nunca tendo feito parte da discussão a sua aplicação às convenções de arbitragem<sup>121</sup>.

II. O argumento de que a Convenção prevalece como *lex specialis* sobre as legislações nacionais em matéria de forma da convenção de arbitragem também não parece ser de preferir<sup>122</sup>. Em termos de prevalência sobre outros instrumentos, do art. 90.º da Convenção não deriva que esta prevalece sobre a CNI. A mesma ideia pode extrair-se da “regra do direito mais favorável” contida no art. 7.º/1 da CNI: não é possível fundamentar a aplicação da Convenção, alegando a sua maior favorabilidade<sup>123</sup>. Perante o Direito Transnacional da Arbitragem não seria ade-

---

TRIEM/INGEBORG SCHWENZER, *Commentary on the UN-Convention*, cit., art. 11.º, para. 8 e ss; INGBORG SCHWENZER/DAVID TEBEL, *The Word is not Enough*, cit., p. 750.

<sup>120</sup> INGBORG SCHWENZER/FLORENCE JAEGER, *The CISG*, cit., p. 321.

<sup>121</sup> INGBORG SCHWENZER/FLORENCE JAEGER, *The CISG*, cit., p. 321, referindo que se o princípio da liberdade de forma fosse aplicável às convenções de arbitragem a maioria dos Estados teria feito reserva do art 11.º; INGBORG SCHWENZER/DAVID TEBEL, *The Word is not Enough*, cit., pp. 748-749 e ss, com referências históricas e de Direito Comparado. Contra: PILAR VISCASILLAS/DAVID MUÑOZ, *CISG & Arbitration*, cit., pp. 72-73, baseando-se no movimento reformista em matéria de forma da convenção de arbitragem. Referindo que a jurisprudência não mostra uma forte inclinação para alargar a liberdade de forma consagrada na Convenção de Viena às convenções de arbitragem: ALEKSANDRS FILLERS, *Application of the CISG*, cit., p. 675.

<sup>122</sup> INGBORG SCHWENZER/FLORENCE JAEGER, *The CISG*, cit., p. 321. Contra: PILAR VISCASILLAS/DAVID MUÑOZ, *CISG & Arbitration*, cit., pp. 72-74 e ss.

<sup>123</sup> INGBORG SCHWENZER/FLORENCE JAEGER, *The CISG*, cit., p. 322, referindo que esta disposição trata da relação da CNI com outras normas relacionadas ao reconhecimento e execução de sentenças, não em relação a disposições de contratos de venda ou de quaisquer outras normas contratuais. Também neste sentido: INGBORG SCHWENZER/DAVID TEBEL, *The Word is not Enough*, cit., p. 752; MORTEN FOGT, *The Interaction*, cit., p. 369. O facto de a lei aplicável ao contrato permitir a liberdade de forma não assume qualquer relevância em relação à validade formal da convenção de arbitragem. A Convenção de

quado, nos termos da Convenção de Viena, dar-se o caso de uma convenção de arbitragem não poder ser reconhecida ao abrigo do art. 2.º da CNI, porquanto não preencheria os requisitos de forma<sup>124</sup>. Pelas razões mencionadas, estes requisitos da *lex arbitri* devem sempre ser tidos em consideração<sup>125</sup>.

### 4.3. Validade substantiva

Contrariamente à validade formal, que depende do determinado pela legislação nacional, a Convenção de Viena pode ser aplicada às questões da validade substantiva da convenção de arbitragem, em matéria de formação do contrato (art. 14.º)<sup>126</sup>. A aplicação da Convenção de Viena à validade substantiva da convenção de arbitragem não se torna um assunto controverso caso a lei que governe o contrato seja a aplicada. A controvérsia surge quando a lei da sede da arbitragem é considerada como decisiva para a validade da dimensão substantiva da convenção de arbitragem. Nestes casos dever-se-á aplicar a lei da sede da arbitragem ou a Convenção de Viena<sup>127</sup>? Perante os tribunais arbitrais, o primeiro entendimento não é convincente, considerando, como vimos, que estes não estão sujeitos aos âmbitos de aplicação do Direito Convencional, mas à escolha das partes ou à determinação do princípio da conexão mais estreita, raciocínio que deverá também ser aplicável às convenções de

---

Viena não se preocupa com o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais, pelo que a sua aplicação não está prevista no art. 7.º da CNI. No que respeita aos requisitos formais, este resultado é também confirmado pela natureza obrigatória dos requisitos de forma impostos pela *lex arbitri*. Também neste sentido MORTEN FOGT, *The Interaction*, cit., p. 397. Aparentemente contra: ALEKSANDRS FILLERS, *Application of the CISG*, cit., p. 669.

<sup>124</sup> ANDRÉ JANSSEN/MATTHIAS SPILKER, *The Application*, cit., p. 156.

<sup>125</sup> INGBORG SCHWENZER/FLORENCE JAEGER, *The CISG*, cit., p. 322, referindo que, para esse efeito, é irrelevante se a Convenção de Viena é a *lex causae* ou qualquer outra escolhida pelas partes.

<sup>126</sup> Neste caso, apenas a dimensão contratual da convenção de arbitragem é relevante: INGBORG SCHWENZER/FLORENCE JAEGER, *The CISG*, cit., p. 322.

<sup>127</sup> INGBORG SCHWENZER/FLORENCE JAEGER, *The CISG*, cit., p. 322-323, referindo que os adeptos da aplicação da lei da sede da arbitragem encontram algum acolhimento na sentença BGH, VII ZR 125/14, 25 março 2015, 55, NJW 2015, p. 2589.

arbitragem<sup>128</sup>. A relevância da autonomia privada exige que se procure uma solução conforme à intenção das partes, considerando que, em certos casos, a lei aplicável ao contrato pode ser também a pretendida para regular a convenção de arbitragem<sup>129</sup>.

#### 4.3.1. A decisão do Supremo Tribunal Federal alemão, de 26 de novembro de 2020

I. Na decisão BGH, Urteil, 26.11.2020 – I ZR 245/19, o Supremo Tribunal Federal Alemão pronunciou-se sobre a aplicação da Convenção de Viena à convenção de arbitragem, concluindo que poderá ser aplicada à validade da convenção de arbitragem<sup>130</sup>. Trata-se de uma decisão esperada pela doutrina, e que, do ponto de vista jurisprudencial, acolheu entendimento diverso ao seguido pela decisão do BGH, Urteil, 25.03.2015 – VII ZR 125/14<sup>131</sup>.

II. No que Respeita aos factos, um comprador com sede na Alemanha e um vendedor com sede na Holanda concluíram vários contratos internacionais, onde, por cada ordem do comprador, o vendedor estava vinculado a emitir uma ordem de confirmação de acordo com as condições contratuais. Essas ordens continham uma cláusula arbitral e uma delas

<sup>128</sup> INGBORG SCHWENZER/FLORENCE JAEGER, *The CISG*, cit., p. 323 (aludindo que numa disputa internacional, cuja lei aplicável é a Convenção de Viena, existe maior probabilidade dos árbitros considerarem a Convenção como aplicável à convenção de arbitragem); INGBORG SCHWENZER/ILKA H. BEIMEL, *Das auf die Schiedsvereinbarung anwendbare Recht – Zugleich: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 26.11.2020, I ZR 245/19, IWRZ* (2021), 2, p. 54, referindo que na ausência de uma escolha de lei, os tribunais aplicam regularmente a conexão mais estreita para determinar a lei aplicável à convenção de arbitragem. Dependendo da questão, esta poderá ser a *lex causae* ou a lei da sede da arbitragem.

<sup>129</sup> CATARINA MONTEIRO PIRES/RUI PEREIRA DIAS, *Arbitragem internacional*, cit., p. 246.

<sup>130</sup> ANNA MASSER/NADJA HARRASCHAIN, *Does the CISG Apply to Arbitration Agreements?*, ICC Dispute Resolution Bulletin (2021), 1, p. 36.

<sup>131</sup> INGBORG SCHWENZER/ILKA H. BEIMEL, *Das auf die Schiedsvereinbarung*, cit., p. 51. A decisão do BGH de 2020 seguiu, assim, o entendimento do OLG Frankfurt, 07.09.2020 – 26 Sch 2/20.

estipulava que a Convenção de Viena se encontrava excluída, dando competência à lei holandesa. As condições contratuais não foram juntas às ordens de confirmação, tendo estas últimas sido assinadas apenas pelo vendedor. Tendo o litígio se iniciado perante os tribunais alemães, o vendedor alegou a incompetência do tribunal, fundada em preterição de tribunal arbitral. Após recurso, o Supremo Tribunal Federal Alemão considerou que a convenção de arbitragem não cumpria com os requisitos necessários. Segundo o Tribunal, tal só aconteceria se: (i) a convenção cumprisse com o art. 2.º/2 da CNI; (ii) a convenção estivesse de acordo com a lei do país da sede do tribunal (neste caso, a lei alemã); (iii) a lei aplicável à convenção de arbitragem estivesse de acordo, neste caso, com a lei aplicável segundo as normas de conflitos alemãs.

Primeiro, a convenção de arbitragem não cumpria com o art. 2.º/2 da CNI, na medida em que o comprador não assinou as ordens de confirmação.

Segundo, a convenção de arbitragem não se encontrava de acordo com os requisitos formais referidos no § 1031 ZPO. Apesar deste preceito dispor quanto à validade formal da convenção de arbitragem, o Tribunal considerou que a questão quanto a saber se a convenção de arbitragem foi validamente incorporada por referência a um documento que a continha, nos termos §1031 (2) e (3), é algo governado pela lei substantiva. Portanto, surgiu a questão: a Convenção é aplicável às questões relativas à dimensão contratual da validade substantiva de uma convenção de arbitragem? O Tribunal considerou que sim<sup>132</sup>.

Terceiro, o Tribunal rejeitou a ideia de que a convenção de arbitragem estaria validamente constituída, nos termos §11.º (2) AEBGB e da remissão, por analogia, para o art. 5.º/1, al. a)<sup>133</sup>. De acordo com o Tribunal, a validade da convenção de arbitragem é governada pela lei escolhida pelas partes, ou, na sua ausência, pela lei subsidiariamente aplicável. As partes não tinham escolhido a lei aplicável à convenção de arbitragem, dado que a única cláusula de escolha de lei, atribuindo competência à lei holandesa, não excluía a Convenção de Viena.

<sup>132</sup> ANNA MASSER/NADJA HARRASCHAIN, *Does the CISG*, cit., pp. 36-37.

<sup>133</sup> Críticos da abordagem simplista do BGH ao problema: ANNA MASSER/NADJA HARRASCHAIN, *CISG und Schiedsvereinbarung, verträgt sich das?*, SchiedsVZ (2021), pp. 99-100.

III. Como vimos, nos termos do art. 5.º/1, al. a), a CNI não fixa as condições de validade substancial da convenção de arbitragem, tendo estas de ser aferidas de acordo com a lei aplicável (a escolhida pelas partes ou a lei do país onde for proferida a sentença). Quanto ao art. 7.º/1 da CNI, o Tribunal limitou o seu raciocínio às questões relativas à dimensão contratual da validade substantiva da convenção de arbitragem nas situações em que a “regra do direito mais favorável” é aplicável<sup>134</sup>. Tem-se entendido que quanto a questões de forma e validade substancial, a decisão do Tribunal assume um grande relevo, já que considera que as questões relacionadas com a dimensão contratual da validade substantiva da convenção de arbitragem estão reguladas pela Convenção de Viena<sup>135</sup>. Por um lado, a decisão é clara em não considerar aplicável, às convenções de arbitragem, o art. 11.º da Convenção e o art. 7.º/1 da CNI<sup>136</sup>. Por outro, à convenção de arbitragem pode aplicar-se as disposições relevantes em matéria de formação do contrato (art. 14.º a 24.º)<sup>137</sup>.

Podem ainda extrair-se outras conclusões da decisão: (i) no sentido por nós defendido, a escolha de uma lei nacional não exclui tacitamente a Convenção; (ii) a aplicação da Convenção de Viena corresponde a uma solução internacionalmente uniforme, na medida em que regula questões pertencentes à *lex fori* ou *arbitri* enquanto *lex causae*<sup>138</sup>; (iii) a Convenção de Viena é aplicável às convenções de arbitragem e às cláusulas de jurisdição, sob a denominação comum de “resolução de diferendos (litígios)”.

<sup>134</sup> Críticos da explicação dada pelo Tribunal, por da mesma não se poder extrair uma premissa geral: ANNA MASSER/NADJA HARRASCHAIN, *CISG und Schiedsvereinbarung*, cit., p. 98. Os autores referem, *Ibidem*, pp. 99-100, que “Não é claro se a CISG se aplica a questões de validade substantiva de uma convenção de arbitragem se, ao contrário do que acontece no presente caso, o exame não se realizar no quadro do princípio da nação mais favorecida para a determinação da existência de uma convenção de arbitragem formalmente válida” (tradução nossa).

<sup>135</sup> ANNA MASSER/NADJA HARRASCHAIN, *Does the CISG*, cit., pp. 37-38, corroborando a decisão do Tribunal. Deve também referir-se que o Tribunal, para chegar a esta conclusão, sopesou a doutrina da separação e os demais preceitos da Convenção.

<sup>136</sup> INGBORG SCHWENZER/ILKA H. BEIMEL, *Das auf die Schiedsvereinbarung*, cit., pp. 52, 55; ANNA MASSER/NADJA HARRASCHAIN, *Does the CISG*, cit., pp. 37-38.

<sup>137</sup> INGBORG SCHWENZER/ILKA H. BEIMEL, *Das auf die Schiedsvereinbarung*, cit., p. 55.

<sup>138</sup> ANNA MASSER/NADJA HARRASCHAIN, *Does the CISG*, cit., pp. 37-38.

Por fim, não foi abordado pelo Tribunal o problema da escolha implícita da lei reguladora da convenção de arbitragem, porquanto, como vimos, não existiu uma escolha de lei válida para o contrato principal, por falta da sua inclusão<sup>139</sup>.

#### 4.4. Interpretação

A validade substantiva e a interpretação da convenção são duas matérias eminentemente relacionadas: a questão sobre o *quid* a que as partes se vincularam pressupõe uma análise sobre se, de todo, estas chegaram a um acordo<sup>140</sup>. Contrariamente aos ordenamentos que adotam o sistema da *parol evidence rule*, de acordo com o qual as negociações orais de índole acessória não podem servir para interpretar o contrato escrito, a Convenção, nos termos do art. 8.º/3, prevê explicitamente uma base de consideração das negociações das partes, dos usos, das práticas estabelecidas e atos subsequentes<sup>141</sup>. Como resultado, a Convenção estabelece por uma regulação mais talhada para o comércio internacional se compararmos com o previsto na maioria das legislações nacionais<sup>142</sup>. Em regra, a Convenção de Viena será aplicável à interpretação da convenção de arbitragem, prevalecendo como *lex specialis*, apenas residualmente se recorrendo às leis nacionais, a não ser que estas possuam um nível mais exigente de interpretação<sup>143</sup>.

<sup>139</sup> INGBORG SCHWENZER/ILKA H. BEIMEL, *Das auf die Schiedsvereinbarung*, cit., p. 54. Consideram ainda as Autoras que uma escolha expressa de lei para o contrato principal deve ser avaliada como uma escolha implícita de lei para a convenção de arbitragem, como tem sido enunciado pela doutrina e jurisprudência alemã, a não ser que exista o risco de que a aplicação da lei escolhida ao contrato principal conduza à nulidade da convenção de arbitragem, ou que a lei arbitral aplicável no local da arbitragem postule a aplicação das suas próprias regras. Também neste sentido foi a decisão do UKSC, n.º 38, *Enka Insaat Ve Sanayi A.S. v OOO Insurance Company Chubb*, 2020.

<sup>140</sup> INGBORG SCHWENZER/FLORENCE JAEGER, *The CISG*, cit., p. 323.

<sup>141</sup> INGBORG SCHWENZER/FLORENCE JAEGER, *The CISG*, cit., p. 323.

<sup>142</sup> INGBORG SCHWENZER/FLORENCE JAEGER, *The CISG*, cit., p. 323; SCHMIDT-AHRENDTS, *CISG*, cit., p. 220.

<sup>143</sup> INGBORG SCHWENZER/FLORENCE JAEGER, *The CISG*, cit., p. 324; INGBORG SCHWENZER/DAVID TEBEL, *The Word is not Enough*, cit., p. 748; UGO DRAETTA, *La Convention des*

#### 4.5. Meios de reação face ao incumprimento da convenção de arbitragem

A doutrina tem questionado se a Convenção pode regular os meios de reação perante um caso de incumprimento da convenção de arbitragem. Pode uma parte, ao abrigo da Convenção de Viena, peticionar uma indemnização pelo incumprimento da convenção de arbitragem? A maioria das legislações nacionais deixam esta questão em aberto<sup>144</sup>. As convenções de arbitragem, como as cláusulas de escolha de fórum, não possuem apenas uma dimensão processual, criando também obrigações contratuais para as partes, pelo que, em face do incumprimento, podem ser acionados os respetivos meios de reação<sup>145</sup>.

Consideramos que a escolha será feita entre a lei do lugar da sede da arbitragem e a lei aplicável ao contrato principal. No direito suíço, uma decisão jurisprudencial do tribunal superior confirmou a sentença do tribunal arbitral em aplicar o Código das Obrigações ao incumprimento da convenção de arbitragem<sup>146</sup>. O ponto de partida de análise deverá ser a expectativa razoável das partes e a relevância da autonomia privada<sup>147</sup>. Perante este cenário, promovendo a congruência entre leis aplicáveis<sup>148</sup>, o art. 74.º da Convenção (indemnização por danos e perdas) poderá ser aplicável como meio de reação pelo incumprimento da convenção de arbitragem<sup>149</sup>.

### §5. Conclusões

I. A aplicação da Convenção de Viena pelos árbitros, apesar de ser um assunto há décadas tratado pela doutrina e pelos tribunais da arbitragem transnacional, está longe de ser incontroverso. A questão coloca-se,

---

*Nations unies*, cit., p. 197; INGBORG SCHWENZER/ILKA H. BEIMEL, *Das auf die Schiedsvereinbarung*, cit., p. 55.

<sup>144</sup> INGBORG SCHWENZER/FLORENCE JAEGER, *The CISG*, cit., p. 324.

<sup>145</sup> INGBORG SCHWENZER/FLORENCE JAEGER, *The CISG*, cit., p. 324.

<sup>146</sup> BGer, 4A\_444/2009, 11 fevereiro de 2010.

<sup>147</sup> Perante o direito aplicável às convenções de arbitragem no geral, com este raciocínio: CATARINA MONTEIRO PIRES/RUI PEREIRA DIAS, *Arbitragem internacional*, cit., p. 246.

<sup>148</sup> INGBORG SCHWENZER/FLORENCE JAEGER, *The CISG*, cit., p. 324.

<sup>149</sup> SCHMIDT-AHRENDTS, *CISG*, cit., p. 219; MORTEN FOGT, *The Interaction*, cit., p. 385.

desde logo, quanto à preferência do recurso à arbitragem nestas disputas: parece não ser verdadeira a afirmação de que os tribunais arbitrais interpretariam e integrariam de forma mais adequada a Convenção de Viena, de acordo com os parâmetros do art. 7.<sup>o</sup><sup>150</sup>. Tal não significa, por outro lado, que os tribunais comuns sejam favorecidos em relação aos arbitrais quanto à aplicação da Convenção<sup>151</sup>.

É reconhecido existir algum *consenso* na doutrina e jurisprudência quanto à aplicação da Convenção de Viena ao mérito da causa: esta deve ser aplicada com base na escolha de lei pelas partes ou nos termos do princípio da conexão mais estreita. Vimos que sobre o tribunal arbitral não recai um dever de aplicar a Convenção quando os seus âmbitos se encontram preenchidos<sup>152</sup>. Fizemos alusão a que a maioria da doutrina discute este problema à margem do que resulta da determinação do estatuto da arbitragem sob influência das Convenções de unificação de Direito material. Parece-nos que a questão encontra resposta no plano da vinculação dos árbitros às Convenções de unificação de Direito material, o que, de certo modo, acerta o eixo dogmático e conceptual da questão: a inexistência de um dever dos tribunais arbitrais em aplicar a Convenção deve ser discutido neste plano estrutural, o qual determinará, por sua vez, o estatuto da arbitragem no caso concreto.

Quanto à aplicação da Convenção ao mérito da causa, fora deste *consenso* fica o problema da remissão para as regras de direito e para a equidade, colocando-se a tónica sobre o estatuto da Convenção como

---

<sup>150</sup> PETRA BUTLER, *CISG and International Arbitration*, cit., p. 356, crítico deste entendimento, referindo que os tribunais arbitrais não realizam o processo de interpretação autónoma da Convenção como deveriam, razão pela qual conclui, através de uma análise datalhada da jurisprudência arbitral, que a arbitragem não corresponde ao meio preferencial de resolução de litígios quando a Convenção é escolhida como lei aplicável. Referindo que a interpretação e integração de lacunas pelos tribunais arbitrais constitui um “possível perigo” que deverá ser analisado e identificado cautelosamente: ANDRÉ JANSSEN/MATTHIAS SPILKER, *The Relationship*, cit., p. 74.

<sup>151</sup> Contra, referindo que “*the jurisdiction of courts is favored and the arbitration regime constitutes an exception for which clarity is required – in dubio contra arbitralis (...)*”: MORTEN FOGT, *The Interaction*, cit., p. 406.

<sup>152</sup> Como finaliza MORTEN FOGT, *The Interaction*, cit., p. p. 405, os tribunais arbitrais não caem, assim, no erro do “*in dubio pro conventionem*”, considerando que, perante os tribunais comuns, a Convenção favorece a sua aplicação automática.

*lex mercatoria*. Sustentámos, dependendo do caso concreto, que existem argumentos no sentido dessa sua qualificação.

**II.** Perante a lei aplicável às convenções de arbitragem a questão é acentuadamente mais díspar. Se de facto se vem estabelecendo uma certa concordância em matéria de validade formal, reconhecendo que o art. 11.º da Convenção de Viena não é aplicável à convenção de arbitragem (remetendo-se a questão para as legislações nacionais), o mesmo não se pode dizer quanto à lei aplicável à dimensão contratual e, por sua vez, às questões de validade substantiva. Considerámos que a Convenção é aplicável às questões da validade substantiva da convenção de arbitragem, à interpretação da convenção e, em certos casos, aos meios de reação em caso de incumprimento.