

Universidades Lusíada

Lopes, Diana Gisela de Sá

La lei aplicável à compra e venda internacional de mercadorias

http://hdl.handle.net/11067/2908

Metadados

Data de Publicação 2012

Resumo

O Objectivo da presente investigação evidencia em primeira linha, a regulação que é dada a nível internacional, à compra e venda de mercadorias. O facto de não existir um único corpo normativo, que regule a compra e venda de mercadorias a nível internacional, possibilita que o contrato seja alvo de diversos problemas jurídicos. O tratamento oferecido a estas questões permite dar uma visão estruturada dos problemas equacionados. A diversidade de problemas jurídicos, pela sua complexidade não per...

The objective of the present research evidence into first une, the regulation which is given at the international level, for the sale of goods. The fact that there is no single regulatory body, governing the sale of goods at international level, allows that the contract is subject to various legal problems. The treatment offered to these questions allows to provide a structured view of the problems solved. The diversity of legal problems, due to their complexity does not allow a very wide analy...

Palavras Chave Direito, Direito Comercial, Direito internacional, Contratos comerciais,

Contratos internacionais

Tipo masterThesis

Revisão de Pares Não

Coleções [ULP-FD] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-04-25T19:30:49Z com informação proveniente do Repositório



UNIVERSIDADE LUSÍADA DO PORTO

"DA LEI APLICÁVEL Á COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS"

Diana Gisela de Sá Lopes

Dissertação para obtenção do Grau de Mestre

Porto 2012



UNIVERSIDADE LUSÍADA DO PORTO

"DA LEI APLICÁVEL Á COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS"

Diana Gisela de Sá Lopes

Dissertação para obtenção do Grau de Mestre

Orientador Doutor José Caramelo Gomes Co-Orientadora Doutora Maria João Mimoso

Porto 2012

AGRADECIMENTOS

Não poderíamos deixar de prestar os nossos maiores agradecimentos, e reconhecimento, a todos aqueles que contribuíram para a realização deste projecto.

À Professora Doutora Maria João Mimoso, pela paixão que transmitiu nas suas aulas de Direito Internacional Privado e me fez deleitar pela disciplina, ainda enquanto aluna de direito. Pelo desafio colocado na parte curricular de mestrado, e motivação empregue na cadeira de contratos internacionais, que determinou a escolha do tema da presente tema.

Ainda pela disponibilidade, dedicação e empenho manifestados, enquanto co-orientadora desta tese.

Ao Professor Doutor Caramelo Gomes enquanto orientador, manifesto o mais sentido agradecimento, pela prontidão e carinho com que sempre me recebeu, e por todo o auxílio prestado durante todo o processo de investigação.

Aos meus pais o meu obrigado, pelo carinho, amor e compreensão, mas acima de tudo pelo esforço e ajuda que permitiram a realização deste projecto.

À minha irmã e aos meus irmãos, pelo trabalho de equipa que prestaram e pelo apoio que sempre me deram.

Ao João Carlos, meu companheiro de viagem de uma vida, pelo amor, compreensão e dedicação que sempre revelou.

À minha tia Conceição e ao meu tio Joaquim, deixo os meus maiores agradecimentos pelo apoio e ajuda nos momentos que mais precisei.

À Cristiana Ferreira, Mariana Cardoso e Ricardo Rodrigues pela amizade, incentivo e tempo que dedicaram ao projecto.

Finamente manifesto o meu maior agradecimento, ao Dr. Vítor Lima Ferreira e Ana Ferreira pelo esforço e compreensão, que permitiram a dedicação e o tempo necessário, que a investigação requereu.

INDICE

INRO	DUÇÃO	Pag.1
CAPÍ	ΓULO I – Da Compra e Venda Internacional de Mercadorias	Pag.3
1.	Do Contrato	Pag.5
2.	Da sua internacionalidade e Comercialidade	Pag.6
3.	Da Necessidade da sua Regulamentação	
	Pag.8	
CAPI	ΓULO II – Das Técnicas ou Vias de Regulamentação	Pag.9
		_
a)	VIA CONFLITUAL	Pag.9
1.	Regulamento 593/2008 de 17 DE Junho de 2008, Sobre a Lei	Aplicável às
	Obrigações Contratuais (ROMA I)	Pag.11
	1.1. Da Determinação do Direito Objectivo em Roma I	Pag.14
2.	Convenção de Viena Aplicável à Compra e Venda Internacion	nal De
	Mercadorias	Pag.23
	2.1 . Características Gerais da CISG	Pag. 23
	2.2. Âmbito de Aplicação da Convenção	
	2.3. Vendas Excluídas da CISG	Pag.27
	2.4. Formação do Contrato	Pag.32
	2.5.Eficácia da Oferta	Pag.32
	2.6.Revogabilidade e Retratação da Oferta	Pag.33
	2.7.Aceitação	Pag.34
	2.8.Obrigações do Vendedor	Pag.35
	2.9.Entrega das Mercadorias e Transferência da Propriedade	Pag.36
	2.10.Entrega de Documentos Relacionados com as Mercadoria	s. Pag 37

SECÇÃO I – Meios de Reacção de que Dispõe o Comprad	lor, em Face do
Incumprimento do Vendedor	Pag.38
 Execução específica	Pag.39
SECÇÃO II – Obrigações do Comprador	_
2. Aceitar a Entrega da Mercadoria	Pag.42
SECÇÃO III – Meios de Dispõe o Vendedor em Face do I Comprador 1. Execução Específica 2. Resolução do contrato	_
SECÇÃO IV - Transferência do Risco	Pag.44
1. Transporte de Mercadorias	Pag.44
2. Venda directa ao comprador	Pag.45
3. Mercadorias em trânsito	Pag.45
SECÇÃO V - Breve alusão às diferentes formas de regular	
jurídicas privadas internacionais, baseadas essencialmente	_
material ou estadual especial	Pag.46

SUB-SECÇÃO I – Criticas à Aplicação das Técnicas Especiais n	a Via de
Regulamentação	Pag.51
b) VIA MATERIAL OU SUBSTÂNTIVA	Pag.53
1. Lex Mercatória	Pag.54
SECÇÃO III - Dos Principais Instrumentos de Soft Law Aplicáve	eis ao Contrato de
Compra e Venda Internacional de Mercadorias	Pag.61
	D (2
1. Princípios do UNIDROIT	
2. Princípios Europeus dos Contratos	
3. Princípios Fundamentais: Quadro Comum de Referência	Europeu para o
Direito dos Contratos (The Common Frame Of Reference	ePag.78
4. Revisão dos Princípios Europeus dos Contratos	Pag.80
5. Guia de Orientação dos PECL	Pag. 83
CAPÍTULO III – A Importância da Arbitragem para o Comércio	Internacional
	Pag.97
Conclusões Finais	Pag.100

RESUMO

O Objectivo da presente investigação evidencia em primeira linha, a regulação que é dada a nível internacional, à compra e venda de mercadorias. O facto de não existir um único corpo normativo, que regule a compra e venda de mercadorias a nível internacional, possibilita que o contrato seja alvo de diversos problemas jurídicos.

O tratamento oferecido a estas questões permite dar uma visão estruturada dos problemas equacionados. A diversidade de problemas jurídicos, pela sua complexidade não permite uma análise muito vasta, pelo que se impôs uma breve súmula de soluções tratadas.

O método tradicionalmente adoptado de regulamentação das relações jurídicas privadas internacionais, não permite uma adequação dos sistemas nacionais, no que se refere à dinâmica do comércio internacional. O método conflitual conduz indubitavelmente à aplicação de uma lei estadual, pensada para relações internas, com especificidades distintas das relações comerciais internacionais.

Em substituição das leis doméstica, elencamos alguns instrumentos de regulação que permitem uma maior conformidade com as exigências comerciais.

Apresentamos como principais instrumentos de regulação, o Regulamento Roma I, 593/2008 sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, e a Convenção de Viena de 1980 sobre a lei aplicável à Compra e Venda Internacional de Mercadorias.

Como regulamentação Material Internacional elegemos à *lex mercatória*, e como instrumentos de *Soft Law*, destacamos os princípios do UNIDROIT e os Princípios Europeus dos Contratos.

Numa última abordagem realçaremos a pertinência da arbitragem, no plano comercial internacional, como um mecanismo adequado para a resolução de litígios emergentes das relações comerciais internacionais.

ABSTRACT

The objective of the present research evidence into first line, the regulation which is given at the international level, for the sale of goods. The fact that there is no single regulatory body, governing the sale of goods at international level, allows that the contract is subject to various legal problems.

The treatment offered to these questions allows to provide a structured view of the problems solved. The diversity of legal problems, due to their complexity does not allow a very wide analysis, which is imposed by a brief summary of treated solutions.

The approach traditionally adopted in the regulation of private international legal relations, does not allow an adjustment of national systems with regard to the dynamics of international trade. The conflictual method undoubtedly leads to the application of state law, designed for internal relations, with different specificities of international trade relations.

In replacement of domestic laws, we highlight some regulatory instruments that allow a greater conformity with commercial requirements

We present as the main instruments of regulation, the Rome I Regulation, 593/2008 on the Applicable Law to Contractual Obligations, and the 1980 Vienna Convention on the applicable law to International Sale of Goods.

As Material regulations International we have elected the lex Mercatória, and as instruments of Soft Law, we highlight the principles of UNIDROIT and the European principles of Contracts

As a last approach we emphasize the relevance of international commercial arbitration, as a proper mechanism for resolution of disputes arising from international trade relations

PALAVRAS-CHAVE

Contrato Internacional
Compra e Venda Internacional de Mercadorias
Harmonização
Uniformização
Convenção de Viena
Regulamento Roma I
Princípios do Unidroit
Princípios Europeus dos Contratos
Quadro comum de Referência
International Contract
International Contract International Sale of Goods
International Sale of Goods
International Sale of Goods Harmonization
International Sale of Goods Harmonization Standardization
International Sale of Goods Harmonization Standardization Viena Convention
International Sale of Goods Harmonization Standardization Viena Convention Rome I Regulation

ABREVIATURAS UTILIZADAS

BGB - Código Alemão

CCI – Câmara do Comércio Internacional

CFR – Common Frame Of Reference

CISG – Sigla Inglesa para Convenção de Viena

CNUDCI - Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional

PECL - Principles of European Contract Law

UNCITRAL – United Nations Comissiono on International Trade Law

UNIDROIT – Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado

INTRODUÇÃO

A Compra e Venda Internacional de Mercadorias assume-se hoje numa nova ordem jurídico-económica, tratando-se indiscutivelmente de um dos contratos internacionais, mais importantes no seio da contratação internacional.

Se é verdade que a língua não é mais um obstáculo para um encontro de vontades entre as partes que contratam no plano internacional, a distância e as fronteiras que se ultrapassam, poderão ser fonte de diferentes problemas jurídicos.

As dificuldades de regulação existentes nos sistemas nacionais e a complexidade das leis que regem a compra e venda a nível internacional, permitiram, que a intensificação das relações comerciais internacionais, conduzissem à necessidade de uma maior segurança jurídica.

No âmbito da lei aplicável à Compra e Venda Internacional de Mercadorias colocam-se dois grandes problemas: a via conflitual e a via material.

O método tradicionalmente adoptado de regulamentação das relações jurídicas privadas internacionais opera através da via conflitual, e o seu *modus operandi* tende a que não exista certeza e previsibilidade das decisões em sede de litígio, quanto à lei aplicável às obrigações contratuais.

A lei interna vocaciona-se para a resolução de problemas internos, e a sua aplicação a situações puramente internacionais implica, tratar igual, aquilo que é diferente, e só um direito material uniforme à escala mundial seria a forma de suprimir esta inadequação dos sistemas.

Com o objectivo de prover a algumas das necessidades do Comércio internacional, tem vindo a verificar-se um crescente interesse pela uniformização do direito relativo à contratação comercial, permitindo a criação de diversos instrumentos de regulação autónoma.

A presente investigação ambiciona demonstrar, o acolhimento que é dado a nível internacional para a regulação da Compra e Venda Internacional de Mercadorias.

Pretende-se evidenciar como principais instrumentos de regulamentação indirecta, o regulamento 593/2008 sobre a lei Aplicável às Obrigações Contratuais, um acto normativo Comunitário com alcance geral e obrigatório do seu conteúdo directamente aplicável aos Estados Membros.

Ainda como regulamentação indirecta destacaremos a Convenção de Viena de 1980 sobre a lei Aplicável à Compra e Venda Internacional de Mercadorias. Muito embora Portugal não tenha ratificado entendemos que, breves mudanças nesse sentido poderão acontecer.

Por se tratar do mais completo instrumento normativo que rege o Contrato de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, pelo número expressivo de Estados aderentes, e pelo facto de a mesma poder ser aplicada a empresas Portuguesas que contratem com outras, que se situam em território de um Estado contratante, entendemos pertinente a sua referência.

Como regulamentação material internacional elegemos a *lex mercatória*, justificando-se o seu recurso, pelo reconhecimento que obtém nos diversos sistemas jurídicos, de um direito que se forma à margem da lei, os usos e o costume na contratação Internacional.

Como instrumentos de *Soft Law* destacam-se os princípios do UNIDROIT, que compreendem uma base de regras e princípios relativos à compra e venda, comuns a quase todos os sistemas jurídicos, ajustados às necessidades internacionais.

Igualmente os Princípios Europeus dos Contratos, por proporcionarem a utilização de regras que objectivam, a atenuação das diferenças entre os diversos sistemas, eliminando os obstáculos para um melhor funcionamento do mercado.

Finalmente dada a importância prática da arbitragem no plano comercial internacional, procuraremos realçar a sua pertinência, na medida em que esta se torna necessária para assegurar as especiais exigências do comércio.

CAPÍTULO I – DA COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS

O Fenómeno da Globalização

A sociedade global em que nos movemos, em especial a mundialização da economia, potenciada ou favorecida pelo forte desenvolvimento tecnológico e científico, tem vindo a permitir a crescente internacionalização da compra e venda.

A eliminação de barreiras impostas pelo tempo e pelo espaço, a eficiência das novas vias de comunicação e os emergentes veículos da informação, possibilitaram que a compra e venda pela sua importante função económica, se tornasse no maior instrumento de regulamentação comercial transnacional.

A compra e venda internacional surge nos primórdios da idade média¹, associado à classe dos mercadores, mas é com a revolução francesa que o direito comercial deixa de ser um direito dos comerciantes, para passar a ser um direito dos actos comerciais, possibilitando-se os actos isolados, independente da qualidade do sujeito no plano comercial.²

Além da sua importância interna, ela assume um papel crucial no plano comercial internacional, contribuindo para fortalecimento dos processos de integração económica.

No entanto a compra e venda enquanto mecanismo integrador, para além de uma rede estável entre os operadores do comércio, carece de uma maior adequação dos direitos nacionais, no que concerne à dinâmica do comércio internacional. Facto esse que potenciou a criação de vários instrumentos de regulação internacional, ajustado às suas necessidades.

¹ Contudo, já na antiguidade se assiste às suas primeiras manifestações, que se traduziam na troca directa de bens (permuta). O aumento da população e o consequente crescimento das suas necessidades, potenciou uma evolução neste sistema de troca para, e após o surgimento da moeda, o actual modelo de compra e venda.

² SERRA, Catarina.2009. *Direito Comercial: Noções Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora. ISBN 978-972-32-1756-8, p. 11

Como bem se compreenderá, no plano internacional não existe um único corpo normativo que regule a compra e venda de mercadorias, tal como acontece a nível interno. Os obstáculos que acompanham a criação de um direito transnacional regulador da compra e venda são imensos. Os direitos de cada sistema têm tradições jurídicas distintas, e conciliar todos eles é quase que uma missão utópica.

Daí que ao longo dos tempos e com o objectivo de suprir algumas das necessidades do comércio internacional, foram sendo criados instrumentos de regulação autónoma, harmonizando as diferentes legislações, muito embora se mantenha a aspiração de uma regulação universal.

De entre as várias incitativas destacamos um importante instrumento jurídico, instituído para facilitar esse processo de harmonização das relações económicas entre os países, a Convenção das Nações Unidas aplicável aos Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias.

A Convenção tal como qualquer outro instrumento intergovernamental, implica a incorporação das suas disposições no direito interno dos Estados aderentes, para que constitua um instrumento vinculativo. Por esse motivo sentiu-se a necessidade de criar outros instrumentos de fonte não legislativa, alternativas à unificação, por forma a que os agentes do comércio internacional não se encontrassem dependentes da adesão dos próprios Estados a esses instrumentos.

Com esse objectivo foram criados os princípios do UNIDROIT ³ que compreendem uma base de regras e princípios relativos à compra e venda, comuns a quase todos os sistemas jurídicos, ajustados às necessidades internacionais.

No cenário internacional destacam-se ainda neste processo de harmonização, os princípios de Direito Contratual Europeu, ou comummente designados por princípios Lando. A par dos UNIDROIT, constituem uma base reguladora para a

_

³ UNIDROIT.1995. Princípios Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais. [S.I.]: Roma, 1995.

compra e venda internacional de mercadorias, muito embora sem força vinculativa, por não se tratarem de instrumentos intergovernamentais, mas sim Soft Law⁴.

No mesmo sentido foi criado um Quadro Comum de Referência Europeu para o direito dos contratos (CFR)⁵provendo os agentes do comércio de mais um instrumento disciplinador das suas relações económicas.

1. Do Contrato

O contrato de Compra e venda internacional de mercadorias, tem por base a transmissão da propriedade de uma coisa, *in caso* uma mercadoria, mediante uma contrapartida monetária. É um contrato nominado e típico, sendo reconhecida a sua categoria jurídica a nível internacional, colhendo a sua disciplina nos mais diversos instrumentos de regulação.

Por regra, trata-se de um contrato não formal, no sentido em que não está sujeita a forma especial.⁶

É um contrato consensual, uma vez que é o acordo das partes que determina a formação do contrato. O vendedor compromete-se à entrega da mercadoria, à

⁵ Study Group on a European Civil Code, Research Group on EC Private Law (Acquis Group). Bar, Christian von, et al. 2009. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference (DCFR): European Law Publishers*. Munich. ISBN 978-3-86653-097-3.

⁴ O termo "Soft Law" refere-se a instrumentos que não têm carácter vinculativo, e geralmente entendidos como uma opção flexível, que evita o recurso dos acordos decorrentes dos tratados.

⁶ *Vide*, artigo 11° da Convenção de Viena aplicável aos Contratos De Compra e Venda Internacional de Mercadorias, artigo 1.2, UNIDROIT, ob. Cit, CFR, Book II – Contracts and other juridical acts, 1.1: 106

transmissão da sua propriedade⁷ e se for caso disso remeter os documentos que se lhe referem.

Por seu turno o comprador obriga-se a pagar o preço e a aceitar a entrega das mercadorias, nas condições previstas, o que demonstra que a formação do contrato não depende nem da entrega das mercadorias, nem do pagamento do preço, mas tão só da vontade das partes.

Contudo, constatamos que a acepção da autonomia da vontade no comércio jurídico internacional, apresenta uma maior amplitude relativamente à autonomia da vontade que as jurisdições nacionais dispõem.

A autonomia das partes no plano interno⁸, caracteriza-se pela faculdade que estas têm, de fixarem livremente o conteúdo do contrato, dentro dos limites da lei. Termos em que, as partes agem com plena autonomia, desde que as suas decisões não colidam com os princípios estruturantes das normas de carácter imperativo.

Particularmente a nível internacional¹⁰, diversamente do que acontece nas jurisdições nacionais, as partes têm a liberdade de elegerem um foro competente, podendo de igual forma regular o contrato como bem lhes aprouver, desde que a sua escolha não implique a violação da ordem pública transnacional.

Permite-se o afastamento de uma norma supletiva na ordem interna, e o afastamento de uma lei no plano internacional.

Quanto aos seus efeitos, a Compra e Venda Internacional de Mercadorias caracteriza-se por ser um contrato real e obrigacional, determinando a obrigação de entrega da mercadoria, ao seu pagamento, e à transmissão da propriedade sobre as mesmas.

¹⁰Vide, CARDOSO. Fernando, ob. cit. p. 18

⁷ A transmissão da propriedade só faz sentido nos sistemas em que esta não se transfere por mero efeito do contrato, tal como acontece por exemplo em Portugal, daí que se tenha pretendido com esta redacção salvaguardar estas situações.

⁸ CARDOSO,Fernando.1989. *Autonomia da Vontade no Direito Internacional Privado*. Lisboa: Portugal mundo Editora, p. 17.

⁹Vide, art. 405° do Código Civil.

2. Da sua internacionalidade¹¹ e Comercialidade

Neste ponto procuraremos demonstrar qual a perspectiva de internacionalidade e comercialidade que deverá prevalecer, de entre as várias perspectivas acolhidas nos principais instrumentos internacionais, reguladores do contrato de compra e venda internacional de mercadorias.

O facto de a relação jurídica contratual ir além fronteiras, ultrapassando as barreiras dos próprios estados a que se circunscrevem, passa por essa razão a comportar elementos de extraneidade.

Segundo Lima Pinheiro¹² estas relações respeitam em primeira linha, ao tráfico internacional de mercadorias, serviços, capitais, bens intelectuais, direitos representados por instrumentos financeiros e contratos de cooperação interempresarial transnacional.

O tratamento diferenciado que recebe nos diversos ordenamentos jurídicos, propícia à aspiração de um direito unificado, pese embora se compreenda que harmonizar tantas ordens jurídicas é uma tarefa quase utopia, se pensarmos que o direito de cada país tem as suas tradições, cultura e raízes históricas.

Com excepção dos países que entenderam regular a compra e venda internacional na sua ordem interna, o que tradicionalmente acontece, é que a compra e venda internacional é submetida ao direito conflitual dos Estados. Facto que deve relevar um especial cuidado de prover o contrato de uma regulamentação própria, com base nos instrumentos contratuais internacionais, afastando a

¹² PINHEIRO, Luís de Lima. 2005. *Direito Comercial Internacional: Contratos Comerciais Internacionais, Convenção de Viena sobre a Compra e Venda de Mercadorias, Arbitragem Transnacional.* Coimbra: Almedina, p.16.

¹¹ Sobre a internacionalidade como característica essencial das questões absolutamente internacionais, COLLAÇO, Isabel Magalhães. 1954. *Da Compra e Venda em Direito Internacional Privado*. Vol I, Aspectos Fundamentais: Lisboa, p. 75-77.

imprevisibilidade da aplicação de um direito desconhecido, salvaguardando-se as legítimas expectativas das partes.¹³

A internacionalização da compra e venda assenta em 3 critérios distintos 14:

- O domicílio dos contraentes: parte-se do pressuposto em que estes, têm o seu domicílio comercial em diferentes Ordenamentos Jurídicos, sendo as obrigações inerentes à própria compra e venda cumpridas em diferentes Estados.
- Referentes ao objecto: quando a compra e venda implica a entrega da coisa em país diferente, daquele em que a mesma se encontrava aquando da conclusão do contrato.
- Critério misto: existe a cumulação dos dois anteriores critérios, mormente sempre que o domicílio comercial se encontre em países distintos e que a entrega da coisa se efective num outro país.

Daremos conta, neste momento, do critério da comercialidade ¹⁵. Neste âmbito entendemos por bem acolher aquela acepção, que assegura efectivamente os interesses e necessidades dos operadores do comércio. Consideramos a noção acolhida a que melhor densifica as expectativas daqueles.

Segundo esse critério, as relações comerciais internacionais, são aquelas que põem em jogo os "interesses do comércio internacional". Através desta noção poderão ser abarcados um maior número de contratos, pois basta que, para serem considerados comerciais, ponham em causa interesses do comércio internacional. Contudo este critério deverá ser articulado com a autonomia da vontade em direito

¹³ SACARRERA, Guardiola E. 1994. La Compraventa Intenacional: Importaciones y exportaciones. Barcelona: Bosch casa editorial, SA, ISBN 84-7676-273-9, p.15. No mesmo sentido ver M.Borysewizc – Convention set projets de Conventions sur la Ventre Internacionale de Marchandises en Les Ventres Internacionales de Marchandises, Aix-en-Provence: Ed. Económica, 1980, p.15

¹⁴ DELGADO, J. Hernando.1973. *La Exportacion, Manual de su regulación Jurídico-administrativa*,. Madrid: Instituto de Estudios de Administracion Local, p.26. No mesmo sentido SACARRERA, Guardiola E, ob. Cit, p.16.

¹⁵ No mesmo sentido, Cour de Cassation Francesa: "ARRÊTS MARDELÉ, I DAMBRICOURT" – *in Review Critique*, 1930, p. 282 e ss, e 1931, p. 514 e ss.

comercial internacional, no sentido de se excluírem contratos que limitem o seu alcance, como os contratos com consumidos.

3. Da Necessidade da sua Regulamentação

A construção de novos espaços económicos promove o desenvolvimento financeiro e social dos estados, tendo vindo a assistir-se a uma crescente cooperação internacional dos países, que se agrupam em blocos económicos com o objectivo de tornar os seus mercados cada vez mais competitivos.

Os problemas que se colocam na regulamentação da compra e venda internacional de mercadorias, pelos sistemas nacionais são inúmeros como iremos verificar, daí que se considere necessário meios alternativos de regulamentação.

É imprescindível a criação de instrumentos eficazes, e adequados a reger as relações comerciais internacionais. Tendo em consideração que direitos nacionais se encontram obsoletos, inadaptados e pouco flexíveis à esta realidade económica actual, não conseguem acompanhar o ritmo da expansão económica, não se coadunando com as exigências do comércio internacional.

A confiança nas contratações internacionais, está directamente ligada com o desenvolvimento dos próprios países, e é através dos contratos que a economia é impulsionada.

Esta inércia legislativa faz com que devam ser os operadores do comércio a dotarem-se de instrumentos eficazes para salvaguardarem a sua posição no mercado.

A propósito da lei aplicável para a regulamentação da compra e venda de mercadorias, surgem dois grandes problemas: a via conflitual e a via material. A nossa abordagem iniciar-se-á com a via conflitual, dando conta das suas especificidades e formas de regulamentação.

De seguida a nossa análise centrar-se-á na via material, dando conta dos seus traços gerais e modos de regulamentação.

CAPITULO II - DAS TÉCNICAS OU VIAS DE REGULAMENTAÇÃO

a) VIA CONFLITUAL

O método tradicionalmente adoptado de regulamentação das relações jurídicas privadas internacionais opera através da via conflitual. ¹⁶ Este método caracteriza-se pela utilização de normas de conflito que através do seu modus operandi, elegem o elemento preponderante da relação de facto, fazendo operar através da conexão existente, elegendo a lei material a aplicar ao caso concreto.

Perante uma dada factualidade típica que no momento da sua constituição se encontra conectada com diversos ordenamentos jurídicos, a norma de conflitos limitar-se-á a indicar de entre os vários ordenamentos jurídicos em contacto, aquele que se encontrará melhor posicionado para regular a problemática em causa.

As normas de conflito¹⁷ estruturalmente são constituídas por um conceito de quadro que se destina a delimitar a matéria a regular e um elemento de conexão que individualiza um ordenamento jurídico em contacto.¹⁸

O elemento preponderante para essa conexão operar, tanto pode referir-se aos sujeitos da relação jurídica, como a sua nacionalidade, domicilio ou residência, ou ao próprio acto ou facto jurídico, como poderá ser o lugar da sua celebração, ou à coisa objecto do contrato.¹⁹

_

¹⁶ MOTA, Helena. 2004/2005. Direito Internacional Privado – Aulas teóricas, p. 16. Disponível em http://www.scribd.com/doc/26764350/Sebenta-DIP-direito-internacional-PRIVADO

¹⁷ MOTA, Helena. 2004/2005. Direito Internacional Privado – Aulas teóricas, *ob. Cit* p. 63. Disponível em http://www.scribd.com/doc/26764350/Sebenta-DIP-direito-internacional-PRIVADO

¹⁸ MIMOSO. Maria João, SOUSA C. Sandra. 2009. Nótulas *de Direito Internacional Privado*: Lisboa, Quid iuris, ISBN: 978-972-724-467-6, p. 16.

¹⁹ CORREIA, A, Ferrer, ob. Cit, p. 21

As normas de conflito não visam a regulamentação material²⁰ das relações jurídicas em causa, tratam-se de normas instrumentais que se limitam a designar a regra material que fornecerá a solução para o caso em apreciação. ²¹ Tal como refere Ferrer Correia "diferentemente das normas do direito material, a norma do DIP não se propõe fixar ela mesma, o regime das relações da vida social, compor ela mesma os conflitos interindividuais de interesses". 22

As conexões existentes podem variar em função da sua natureza, prendendose com circunstâncias subjectivas ou pessoais das relações jurídicas, elementos objectivos ou reais, ou como elemento de garantia dessas relações.²³.

Tal como anteriormente referido, a via conflitual consubstancia-se num conjunto de técnicas de regulamentação indirecta, que podem ter como fonte quer os direitos estaduais, quer os direitos inter-estaduais. Apresentam-se como principais instrumentos reguladores, o regulamento 593/2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, e a Convenção de Viena de 1980 sobre a lei aplicável à compra e venda internacional de mercadorias.

Iniciaremos a nossa abordagem ao instrumento de unificação relativo às obrigações contratuais Roma I.

1. REGULAMENTO 593/2008 DE 17 DE JUNHO DE 2008, SOBRE A LEIAPLICÁVEL ÀS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS (ROMA I)

O modus operandi do direito conflitual dos sistemas nacionais tende a que não exista certeza e previsibilidade das decisões em sede de litígio, quanto à lei

²⁰ MOTA, Helena. 2004/2005. Direito Internacional Privado – Aulas teóricas, ob. Cit p. 17 Disponível em http://www.scribd.com/doc/26764350/Sebenta-DIP-direito-internacional-PRIVADO

²¹MIMOSO. Maria João, SOUSA C. Sandra, *ob. Cit*, p.15

²²CORREIA. A. Ferrer, ob. Cit, p. 21.

²³MIMOSO. Maria João, SOUSA C. Sandra, *ob. Cit*, p. 101.

aplicável às obrigações contratuais. Com fundamento nessas exigências foi instituído pela Comunidade Europeia, um regulamento Europeu sobre a Lei aplicável às obrigações contratuais, permitindo que independentemente do lugar da propositura da acção os Estados-Membros designem a mesma lei nacional, procedendo-se à unificação direito conflitual relativo aos contratos obrigacionais.

O regulamento da CE 593/2008 vem assim substituir a Convenção de Roma de 1980 nesta matéria entre os Estados-Membros a ele vinculados, excepcionando os territórios dos Estados que se cingem à Convenção, e que se excluem de Roma I pelo artigo 299 do tratado da comunidade Europeia.²⁴

Será importante estabelecer uma análise comparativa destes dois instrumentos, objectivando uma maior clarificação quanto aos motivos pelos quais, se procedeu à criação de um instrumento similar, a um já existente que regulava os mesmos aspectos.

O objectivo geral do Regulamento é a maior segurança jurídica dos operadores do comércio na comunidade, permitindo a certeza associada à lei substantiva aplicável aos contratos internacionais, evitando-se desta forma o *Forum Shopping* ²⁵ Ao passo que a Convenção de Roma pelo que se retira do seu preâmbulo, visa apenas o estabelecimento de regras uniformes aplicáveis às obrigações contratuais.

Dos dois instrumentos resultam excepções a esta uniformidade legislativa, instituindo a Convenção de Roma uma maior limitação a essa uniformidade, impondo como excepções os sistemas plurilegislativos²⁶, as reservas²⁷, as normas unilaterais do estado²⁸, a entrada em vigor condicionada à ratificação por cada

²⁴PINHEIRO, Luís de Lima. 2009. *Direito Internacional Privado*, Vol II, Direito dos Conflitos em Especial, 3ª ed. Coimbra: Almedina, ISBN 978-972-40-4032-5, p. 257.

²⁵ *Vide* Regulamento (CE) 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de Junho de 2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I), ponto nº 6 do preâmbulo.

²⁶Vide artigo 19º da Convenção de Roma.

²⁷Vide artigo 22º da Convenção de Roma.

²⁸Vide artigo 23º da Convenção de Roma.

Estado²⁹, as renovações tácitas por períodos de 5 anos³⁰, resoluções judiciais, e as normas de conflitos vigentes nos estados membros que designassem a mesma lei nacional com independência do país do tribunal onde se desenrole o litígio.

No que diz respeito ao regulamento este apenas consagra uma excepção à uniformidade da lei aplicável às obrigações contratuais. Esta refere-se aos casos em que havendo a possibilidade de um Estado englobar várias unidades territoriais³¹, os designados ordenamentos plurilegislativos³², em que cada um contenha normas próprias em matéria de obrigações contratuais, ser considerada cada unidade territorial como um país para fins de determinação da lei aplicável por força do presente regulamento.³³

O objectivo desta substituição passa também pela sua natureza jurídica, pois a Convenção de Roma resultou de um produto de cooperação internacional entre Estados Membros da Comunidade Europeia, e enquanto Convenção, subsiste a exigência da sua adesão pelos Estados. ³⁴ Já o regulamento construi um acto normativo Comunitário com alcance geral e obrigatório de todo o seu conteúdo directamente aplicável aos Estados Membros.

Enquanto a Convenção de Roma se fazia acompanhar de diversos instrumentos como é o caso da declaração comum das partes, do primeiro protocolo relativo à interpretação pelo tribunal de Justiça da Convenção³⁵, segundo protocolo

²⁹Vide artigo 29º da Convenção de Roma.

³⁰Vide artigo 30º da Convenção de Roma.

³¹ Num Ordenamento jurídico Plurilegislativo coexistem vários sub-ordenamentos legislativos podendo estes serem ordenamentos de base territorial como é o caso dos Estados Unidos da América, ou de base pessoal, no caso de haver diferentes Leis função da raça ou religião, consoante um determinado grupo de pessoas.

³² MOTA, Helena. 2004/2005. *Direito Internacional Privado* – Aulas teóricas, *ob. Cit* p. 79. Disponível em http://www.scribd.com/doc/26764350/Sebenta-DIP-direito-internacional-PRIVADO ³³ *Vide* artigo 22º do Regulamento (CE) 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de Junho de 2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais.

³⁴ Vide Convenção de Roma de 1980

³⁵ Em vigor desde 1 de Agosto de 2004.

em que se atribui ao tribunal de justiça das comunidades Europeias determinadas competências em matéria de Interpretação da Convenção, o regulamento não se faz acompanhar de nenhum instrumento adicional³⁶.

Os diferentes instrumentos divergem relativamente ao seu âmbito de aplicação material, pois enquanto que a Convenção de Roma se aplica à obrigações contratuais em situações que impliquem um conflito de leis³⁷, aos contratos de seguro que cubram riscos situados fora do território dos Estados Membros da CE^{5,0} regulamento aplica-se exclusivamente às obrigações contratuais de matéria civil e comercial que implique um conflito de leis, excluído do seu âmbito de aplicação as matérias fiscais, aduaneiras e administrativas.

Segundo Lima Pinheiro a intenção do Legislador Comunitário parece residir no facto de o regulamento Roma I e a Convenção de Roma se complementem e abrangerem "em princípio todas as obrigações que não são expressamente excluídas", devendo o regulamento circunscrever-se à generalidade das obrigações voluntárias e a Convenção às obrigações gerais involuntárias.³⁸.

Ao contrário da Convenção de Roma, o regulamento Roma I circunscreve o seu âmbito material de aplicação a matérias civis e comerciais, no entanto ressalvese que não se tratam de todas as obrigações civis e comerciais. À luz do seu artigo 1º são excluídas do seu âmbito de aplicação as seguintes matérias:

- a) O estado e a capacidade das pessoas singulares, sem prejuízo do artigo 13 relativo à evocação da incapacidade;
- As obrigações que decorrem de relações de família ou de relações que a lei que lhes é aplicável considera produzirem efeitos equiparados, incluindo as obrigações de alimentos;

_

³⁶ A competência do tribunal de justiça da comunidade Europeia resulta do artigo 68 da CE sem que haja necessidade de atribuição de competências por parte dos Estados.

³⁷Vide artigo 1º da Convenção de Roma.

³⁸PINHEIRO, Luís de Lima. 2009. *Direito Internacional Privado*, ob. Cit, p. 259 e 260.

- c) As obrigações que decorrem de regimes de bens no casamento, de regimes de bens no âmbito de relações que a lei que lhes é aplicável considera produzirem efeitos equiparados ao casamento, e as sucessões;
- d) As obrigações que decorrem de letras, cheques e livranças, bem como de outros títulos negociáveis, na medida em que as obrigações decorrentes desses outros títulos resultem do seu carácter negociável;
- e) As convenções de arbitragem e de eleição do foro;
- f) As questões reguladas pelo direito das sociedades e pelo direito aplicável a outras entidades dotadas ou não de personalidade jurídica, tais como a constituição, através de registo ou por outro meio, a capacidade jurídica, o funcionamento interno e a dissolução de sociedades e de outras entidades dotadas ou não de personalidade jurídica, bem como a responsabilidade pessoal dos sócios e dos titulares dos órgãos que agem nessa qualidade relativamente às obrigações da sociedade ou entidade;
- g) A questão de saber se um agente pode vincular, em relação a terceiros, a pessoa por conta da qual pretende agir ou se um órgão de uma sociedade ou de outra entidade dotada ou não de personalidade jurídica pode vincular essa sociedade ou entidade perante terceiros;
- h) A constituição de *trusts* e as relações que criam entre os constituintes, os *trustees* e os beneficiários;
- i) As obrigações decorrentes de negociações realizadas antes da celebração do contrato;
- j) Os contratos de seguro decorrentes de actividades levadas a efeito por organismos que não as empresas referidas no artigo 2 da Directiva 2002/83/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Novembro de 2002, relativa aos seguros de vida (1) cujo objectivo consista em fornecer prestações a assalariados ou a trabalhadores não assalariados que façam parte de uma empresa ou grupo de empresas, a um ramo comercial ou grupo comercial, em caso de morte ou sobrevivência, de cessação ou redução de actividades, em caso de doença profissional ou de acidente de trabalho

1.1. Da Determinação do Direito Objectivo em Roma I

No que concerne ao direito objectivo aplicável, o regulamento vem consagrar o princípio da liberdade contratual, permitindo que o contrato seja regido pela lei escolhida pelas partes, devendo essa escolha resultar de forma clara das disposições do contrato ou das circunstâncias do caso, podendo a lei designada ser aplicável à totalidade ou apenas a parte do contrato. ³⁹

Este artigo 3º não promove nenhuma limitação no que concerne à escolha pelas partes das ordem jurídicas a designar, não sendo necessária uma conexão efectiva entre o contrato e a lei escolhida. A única limitação imposta refere-se aos casos das normas imperativas da lei que seria aplicável, caso as partes não tivessem elegido uma lei reguladora do seu contrato.

O artigo 3º nº1 *in fine* postula o chamado "dépeçage contratual", permitindo que as partes possam desmembrar o seu contrato e eleger diferentes leis, para reger diferentes aspectos do contrato. Diferentemente o dépeçage legal ⁴³ opera por questões de política legislativa, havendo lugar ao desmembramento de questões complexas, atribuindo-lhes diferentes conexões em função do ordenamento que se encontra melhor posicionado para resolver o problema relativo a essas questões.

A doutrina tem limitado a aplicação de designações parciais, exigindo que essa designação seja autonomizavél do próprio contrato. Pois tal como refere Lima

³⁹Vide artigo 3º nº1 do Regulamento (CE) 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de Junho de 2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais

⁴⁰PINHEIRO, Luís de Lima – Direito Internacional Privado, *ob. Cit*, p. 267.

⁴¹ MOTA, Helena. 2004/2005. Direito Internacional Privado – Aulas teóricas, *ob. Cit* p. 42. Disponível em http://www.scribd.com/doc/26764350/Sebenta-DIP-direito-internacional-PRIVADO

⁴²Vide artigo 22° do Regulamento (CE) 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de Junho de 2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais

⁴³MIMOSO, Maria João, SOUSA C. Sandra, *ob. Cit*, p. 127.

Pinheiro⁴⁴" as normas singulares estão inseridas em unidades de regulação e só podem ser correctamente entendidas e aplicadas no seu contexto".

O objectivo dessas limitações é evitar que haja lugar à aplicação concomitante de várias leis, aos diferentes aspectos da relação jurídica, ficando " reservada a ineficácia da designação parcial quando à luz das circunstâncias do caso concreto, o fraccionamento levar a resultados incompatíveis entre si". 45

Ainda no que concerne à liberdade de determinação pelas partes da lei aplicável ao contrato, o mesmo artigo obriga a que essa escolha resulte de forma clara das disposições contratuais. Neste caso o regulamento teve a pretensão de excluir a vontade hipotética das partes, não sendo possível ao intérprete substituir-se às partes para determinar a sua escolha.

As obrigações que advêm da contratação internacional, via de regra mostram-se bastante dispendiosas, e o legislador Europeu pretendeu em primeira linha, salvaguardar as legítimas expectativas das partes, tal como a segurança e certeza na determinação da lei por si eleita.

Assim só são consideradas para efeito de uma escolha válida a vontade expressa, quase expressa ou tácita. A vontade expressa é aquela em que as partes de uma forma clara referem explicitamente qual a lei que deve regular o seu contrato. À escolha quase expressa podemos referir-nos aos aqueles casos em que, muito embora as partes não tenham feito uma referência expressa à lei que pretendiam para a regulamentação do seu contrato, é possível retirar das circunstâncias do caso qual a lei a aplicar.

A título de exemplo pode acontecer que uma empresa faça referência durante todo o contrato a disposições de um determinado ordenamento jurídico, suponha-se: " em caso de incumprimento de uma das partes, aplica-se o disposto do

_

⁴⁴PINHEIRO, Luís de Lima. 2009. *Direito Internacional Privado*, ob. Cit, p. 276.

⁴⁵PINHEIRO, Luís de Lima. 2009. *Direito Internacional Privado*, ob. Cit, p. 276.

artigo x do código civil Italiano". Como se percebe é possível determinar qual a lei que as partes tiveram em vista, resultando de forma clara que seria a lei Italiana.

A vontade tácita refere-se às situações em que mais uma vez, não existe uma vontade expressa ou quase expressa declarada, mas em função das circunstancias concretas é possível apurar com certeza qual a escolha de lei pelas partes. Por exemplo, pode acontecer que uma empresa que opera há vários anos no mercado, diga que para regular aquele contrato, pretendem que se aplique a lei que foi aplicada durante todos os anos de actividade, a todos os contratos por ela realizados. E se durante todos os anos foi aplicada por hipótese a lei Espanhola, também aqui é claro qual a lei que as partes tiveram em vista para regular o seu contrato.

As partes podem ainda em qualquer momento " acordar em subordinar o contrato a uma lei diferente da que precedentemente o regulava, quer por força de uma escolha anterior, quer por força de outras disposições do presente regulamento". Significa isto que havendo uma modificação posterior da lei aplicável, não afecta a validade do contrato nem prejudica direitos de terceiro. ⁴⁶

A designação da lei realizada à *posteriori* implica a substituição da lei escolhida *abinicio*, originando uma mudança quanto à lei a aplicar. Assim cabe às partes determinar os efeitos dessa escolha.⁴⁷

"Se corresponder à vontade das partes a revaloração jurídica dos factos anteriormente ocorridos, devem em todo o caso ser salvaguardados os direitos adquiridos por terceiros, ao abrigo da lei competente no momento da verificação dos factos". 48

O número 3 do artigo 3º prevê que "Caso todos os outros elementos relevantes da situação se situem, no momento da escolha, num país que não seja o

18

⁴⁶ Vide artigo 3° n° 2 do Regulamento (CE) 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de Junho de 2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais.

⁴⁷PINHEIRO, Luís de Lima. 2009. *Direito Internacional Privado*, ob. Cit, p. 275.

⁴⁸PINHEIRO, Luís de Lima. 2009. *Direito Internacional Privado*, ob. Cit, p. 275

país da lei escolhida, a escolha das partes não prejudica a aplicação das disposições da lei desse outro país não derrogáveis por acordo". Este preceito refere-se àquelas situações em que os tribunais da *lex fori* apreciam uma questão absolutamente internacional, mas que a escolha de lei pelas partes recai sobre a lei do foro ou sobre um outro estado estrangeiro não conectado com a relação jurídica., os chamados pactos privativos de jurisdição⁴⁹

Nestas circunstâncias existem duas situações a considerar, por um lado os tribunais da lex fori devem respeitar a lei eleita pelas partes, por outro, as limitações que essa escolha sofre em obediência à remissão implícita para as disposições imperativas do Estado onde essa relação se localiza.

Outra situação susceptível de enquadramento por este preceito, reporta-se a contratos internos com um nexo funcional com a relação contratual, os denominados contratos monolocalizados. O que daqui resulta é que os contratos que possuam todos os seus elementos estruturantes, dentro de um mesmo ordenamento jurídico, possam ser regulados pela lei de um outro Estado designado pelas partes, desde que com a sua escolha, não resulte a violação das disposições imperativas da lei do foro.

O regulamento, diferentemente daquilo que acontece na Convenção de Roma, consagra os casos de fraude ao direito comunitário" actual União Europeia", preconizando que " Caso todos os outros elementos relevantes da situação se situem, no momento da escolha, num ou em vários Estados--Membros, a escolha pelas partes de uma lei aplicável que não seja a de um Estado-Membro, não prejudica a aplicação se for caso disso, das disposições de direito comunitário não derrogáveis por acordo, tal como aplicadas pelo Estado-Membro do foro". 50

-

⁴⁹PINHEIRO, Luís de Lima. 2009. *Direito Internacional Privado*, ob. Cit, p. 269.

⁵⁰Vide artigo 3° n° 4 do Regulamento (CE) 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de Junho de 2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais.

Pretendeu o legislador Comunitário salvaguardar os casos em que a lei escolhida pelas partes possa resultar de uma fuga para outro ordenamento, objectivando a não aplicação das disposições comunitárias.

Para além dos aspectos anteriormente mencionados, Roma I, disciplina, também, um mecanismo de escolha de lei na falta da determinação pelas partes. Inicialmente a propósito da autonomia das partes referimos que o contrato se rege pela lei escolhida por elas. No entanto pode acontecer que as partes não tenham provido o contrato com uma escolha lei e nestes casos o regulamento elegeu um critério supletivo para a sua determinação.⁵¹

Os critérios de escolha de lei eleitos pelo regulamento são diferentes dos plasmados na Convenção de Roma ⁵². Esta adopta critérios fixos para os tipos contratuais, um critério geral de conexão em função de um conjunto de circunstâncias e não pelo provido pelo elemento preponderante da conexão existente. ⁵³Este deverá ser determinado de acordo com a regra especificada para o tipo específico de contrato.

No regulamento os critérios atendíveis pelo artigo 4º na falta de escolha pelas partes da lei aplicável ao contrato, estabelecem-se da seguinte forma:

- a) O contrato de compra e venda de mercadorias é regulado pela lei do país em que o vendedor tem a sua residência habitual;
- b) O contrato de prestação de serviços é regulado pela lei do país em que o prestador de serviços tem a sua residência habitual;
- c) O contrato que tem por objecto um direito real sobre um bem imóvel ou o arrendamento de um bem imóvel é regulado pela lei do país onde o imóvel se situa;

_

⁵¹Vide artigo n° 4 do Regulamento (CE) 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de Junho de 2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais.

⁵²O artigo 4º da Convenção de Roma estabelece que " o contrato é regido pela lei do país com que apresente uma conexão mais estreita".

⁵³PINHEIRO, Luís de Lima. 2009. *Direito Internacional Privado*, ob. Cit, p. 277.

- d) Sem prejuízo da alínea c), o arrendamento de um bem imóvel celebrado para uso pessoal temporário por um período máximo de seis meses consecutivos é regulado pela lei do país em que o proprietário tem a sua residência habitual, desde que o locatário seja uma pessoa singular e tenha a sua residência habitual nesse mesmo país;
- e) O contrato de franquia é regulado pela lei do país em que o franqueado tem a sua residência habitual:
- f) O contrato de distribuição é regulado pela lei do país em que o distribuidor tem a sua residência habitual;
- g) O contrato de compra e venda de mercadorias em hasta pública é regulado pela lei do país em que se realiza a compra e venda em hasta pública, caso seja possível determinar essa localização;
- h) Um contrato celebrado no âmbito de um sistema multilateral que permita ou facilite o encontro de múltiplos interesses de terceiros, na compra ou venda de instrumentos financeiros, na acepção do ponto 17) do nº 1 do artigo 4.0 da Directiva 2004/39/CE, de acordo com regras não discricionárias e regulado por uma única lei, é regulado por essa lei.

Tratando-se de contratos mistos, ou de contratos não abrangidos pelo nº1 do artigo 4º, é estabelecido o critério da prestação característica do contrato, sendo os contratos regulados "pela lei do país em que o contraente que deve efectuar a prestação característica do contrato tem a sua residência habitual". A prestação característica do contrato, é a contra prestação da prestação pecuniária, preconizando-se a aplicação da lei da residência habitual do devedor da prestação característica.

Para Lima Pinheiro o reforço do papel atribuído ao devedor não se justifica, pelo facto de não resultar a previsibilidade quanto ao direito aplicável, porque se a lei da residência habitual do devedor da prestação característica, não for a que tem uma conexão mais estreita com o contrato, erige-se a possibilidade de lançar mão da cláusula de excepção prevista no nº 4.55

21

⁵⁴O Artigo 19º determina o conceito de Residência Habitual para efeitos do regulamento.

⁵⁵PINHEIRO, Luís de Lima. 2009. Direito Internacional Privado, ob. Cit, p. 285.

Não sendo possível determinar a prestação característica⁵⁶ do contrato ou "quando resulte claramente do conjunto das circunstâncias do caso, que o contrato apresenta uma conexão manifestamente mais estreita com um país diferente do indicado nos n°s1 ou 2, é aplicável a lei desse outro país".⁵⁷

Estas cláusulas de excepção ou também designadas por cláusulas de escape, permitem sempre determinar uma lei reguladora para o contrato, nos casos em que não é possível a sua determinação através dos outros critérios.⁵⁸

Determinada a lei reguladora do contrato, esta regula nomeadamente os aspectos relativos:

- a) A interpretação;
- b) O cumprimento das obrigações dele decorrente;
- c) Nos limites dos poderes atribuídos ao tribunal pela respectiva lei de processo, as consequências do incumprimento total ou parcial dessas obrigações, incluindo a avaliação do dano, na medida em que esta avaliação seja regulada pela lei;
- d) As diversas causas de extinção das obrigações, bem como a prescrição e a caducidade;
- e) As consequências da invalidade do contrato.

Relativamente aos modos de cumprimento e às medidas que o credor deve adoptar em caso de cumprimento defeituoso, o regulamento preconizou uma conexão diferente, tal como já acontecia com a Convenção de Roma, atendendo á lei do país onde é cumprida a obrigação. Lima Pinheiro justifica esta opção com

⁵⁷Vide artigo nº 4 nº 4 do Regulamento (CE) 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de Junho de 2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais

⁵⁶Existem situações em que não é possível determinar a prestação característica do contrato, como por exemplo nos contratos de consórcio ou com os contratos de permuta.

⁵⁸ MOTA, Helena. 2004/2005. *Direito Internacional Privado* – Aulas teóricas, *ob. Cit* p. 37. Disponível em http://www.scribd.com/doc/26764350/Sebenta-DIP-direito-internacional-PRIVADO

base na determinação em circunstâncias especiais exigidas na lei local como o caso dos feriados, pesagem, formalidades locais.⁵⁹

Ainda no que concerne à determinação de direito objectivo aplicável às obrigações contratuais, referimos a esse propósito que, a aplicação do regulamento não pode limitar as normas de natureza imperativa do Estado do foro. Nesse sentido afigura-se necessário o esclarecimento quanto ao âmbito de aplicação dessas normas no regulamento.

O regulamento vem consagrar uma noção de normas de aplicação imediata ⁶⁰ não prevista na Convenção de Roma. Uma norma de aplicação imediata é considerada uma disposição cuja observância por um País é considerada fundamental em função dos interesses públicos e organização política, exigindo a sua aplicação a qualquer situação abrangida pelo seu âmbito. ⁶¹

No caso de se tratar de uma execução ilegal do contrato à luz das normas de natureza imperativa do estado onde essas obrigações devam ser cumpridas, poderá ser dada prevalência a essas normas tendo em conta a sua natureza, objecto e consequências da sua aplicação ou não aplicação.⁶²

Por último deve ser referido que com a entrada em vigor do regulamento Roma I, as normas de conflito dos artigos 41° e 42° do Código Civil Português que regulavam as matérias relativas às obrigações contratuais, dispõe agora de um carácter residual em face do presente instrumento.

--

⁵⁹PINHEIRO, Luís de Lima. 2009. *Direito Internacional Privado, ob. Cit*, p. 324.

⁶⁰ MOTA, Helena. 2004/2005. Direito Internacional Privado – Aulas teóricas, *ob. Cit* p. 42. Disponível em http://www.scribd.com/doc/26764350/Sebenta-DIP-direito-internacional-PRIVADO

⁶¹Vide artigo 9° do Regulamento (CE) 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de Junho de 2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais

⁶²Vide artigo nº 9º nº 3 do Regulamento (CE) 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de Junho de 2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais

Entenda-se que as referidas normas de conflito foram derrogadas e não revogadas pelo regulamento Roma I, pelo que mantêm a sua aplicação relativamente às obrigações contratais que se excluem do âmbito do regulamento.

O Artigo 41° do Código Civil Português que dispõe, que "as obrigações provenientes de negócio jurídico, assim como a própria substância dele, são reguladas pela lei que os respectivos sujeitos tiverem designado ou houverem tido em vista", e com a entrada em vigor de Roma I, passou a consagrar em termos amplos a possibilidade de as partes designarem a lei aplicável às obrigações contratuais no seu artigo 3.°

Relativamente ao artigo 42º que dispõe que "na falta de determinação da lei competente, atende-se, nos negócios jurídicos unilaterais, à lei da residência habitual do declarante e, nos contratos, à lei da residência habitual comum das partes", foi derrogada pelo artigo 4º de Roma I, sendo determinada a lei aplicável, na falta de escolha, segundo os critérios previstos.

Finalmente teceremos uma abordagem a um dos instrumentos, no nosso entender mais expressivo no direito comercial internacional, que se assume como uniformizador dos principais, critérios na formação do contrato de compra e venda internacional de mercadorias. Critérios esses a que chegamos através da via indirecta ou conflitual.

2. CONVENÇÃO DE VIENA APLICÁVEL À COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS

A necessidade de uniformizar as regras relativas à Compra e Venda Internacional Mercadorias, fizeram com que várias organizações de vocação Internacional, como a UNCITRAL, tivessem a iniciativa de elaborar regras uniformes relativas ao Comércio Internacional. A Convenção de Viena aplicável à

Compra e Venda Internacional de Mercadorias, é uma materialização dessas iniciativas.

O desenvolvimento do Comércio Internacional, obrigava à criação de instrumentos eficazes e ajustados às exigências comerciais. As dificuldades de regulação existentes nos sistemas nacionais, levaram a que fosse criado um corpo normativo de regras uniformes, em substituição das leis domésticas.

Até à sua efectiva redacção, muitas foram as fontes que lhe serviram de inspiração, merecendo destaque a *Lex Mercatória*. No entanto para além desta, foram considerados outros modelos já positivados como o BGB e o Uniform Commercial Code Americano. 63

2.1.CARACTERISTICAS GERAIS DA CISG

Na elaboração da CISG participaram vários juristas de distintos sistemas, pertencentes a diferentes famílias de direito, representando um compromisso entre os sistemas da Civil Law, e os da Common Law. Na sua elaboração existiu o cuidado de se proceder a um estudo comparativo, dos diferentes sistemas jurídicos, adaptando-os às exigências da contratação Internacional.

Nesse sentido, criaram-se conceitos novos e permitiu-se a utilização de concepções de uma dada família de Direito, interpretados de forma desvinculada do próprio sistema a que pertencem, levando a um maior esforço de abertura pelo intérprete, e de abstracção das suas tradições jurídicas.⁶⁴

Por uma questão de técnica legislativa entendeu-se pelo recurso frequente a conceitos indeterminados, permitindo uma maior adequação do caso concreto.

-

⁶³ FRADERA, Véra Jacob, MOSER, Luiz Gustavo Meira. 2011. *Compra e Venda Internacional de Mercadorias, Estudos sobre a Convenção de Viena de 1980*. São Paulo: Editora Atlas. ISBN 978-85-224-6103-5, p. 3

⁶⁴ FRADERA, Véra Jacob, MOSER, Luiz Gustavo, ob. Cit, p. 9.

Nesse sentido há lugar ao emprego reiterado do conceito de pessoa razoável, como é o caso do artigo 8º em que refere que " as declarações e outros comportamentos de uma parte, devem ser interpretados segundo o sentido que lhes teria dado uma pessoa razoável" ou ainda " para determinar a intenção de uma parte ou aquilo que teria uma pessoa razoável". 65

Lima Pinheiro, a propósito desta maior amplitude de conceitos utilizados pela CISG, refere que o facto de serem utilizadas regras muito rígidas, podem não implicar na maioria das vezes soluções adequadas, o que estamos inteiramente de acordo. O comércio internacional reclama regras mais flexíveis e ajustadas às circunstâncias comerciais, pois a rigidez dos direitos nacionais não se coadunam com estas exigências.

Um outro aspecto a salientar é o facto de a CISG não regular todos os aspectos da compra e venda, regulando exclusivamente " a formação do contrato de compra e venda e os direitos e obrigações que esse contrato faz nascer entre o vendedor e o comprador".66

Como adiante veremos, o facto de a CISG não regular de forma exaustiva o regime da compra e venda internacional de mercadorias, faz com que alguns aspectos a disciplinar, fiquem excluídos do seu âmbito de aplicação.

Muito embora se possa recorrer à lei do contrato para suprir essas ausências de regulamentação, entendemos não ser o meio alternativo mais apropriado pois, continuaria a subsistir falta de adequação relativamente a essas matérias, pensadas para a realidade interna e não para o carácter internacional dessa venda.

Nomeadamente, no que diz respeito a matérias excluídas do seu âmbito como, a validade do contrato, das suas cláusulas, ou aos efeitos que o contrato pode ter, sobre a propriedade das mercadorias vendidas, entendemos existir outros

-

⁶⁵ PINHEIRO, Luís de Lima, ob. Cit, p. 260.

⁶⁶Cfr artigo 4° da CISG.

instrumentos internacionais que podem complementar a regulação destes aspectos de uma forma mais eficiente e adequada.

Bortolotti ⁶⁷ afirma ainda a existência de um especial favorecimento do comprador ⁶⁸. Por se tratar de um instrumento de aplicação universal, prevê a adesão de qualquer país industrializado ou não e por esse facto, permite que países mais desfavorecidos possam também fazer parte desta convenção.

No entanto, Lima Pinheiro entende que o facto de existir esse favorecimento, não implica que exista um desequilíbrio da Convenção, entendendo que esse facto pode ser compensado pelo afastamento de todo ou em parte de disposições previstas na CISG pelas partes.

2.2.AMBITO DE APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO

• ÂMBITO MATERIAL

A CISG aplica-se a Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias. No entanto ressalva-se que tal como as duas convenções anteriores que deram origem à CISG, convenção de Haia e o projecto CNUDCI, não introduzem uma noção de compra e venda.

Atendendo aos artigos 30 e 53 previstos para as obrigações do vendedor e comprador respectivamente, é possível retirar a elação de que se mantém o tradicional conceito de contrato de compra e venda existentes nos sistemas

⁶⁷ BORTOLOTTI, Fabio. 2001. *Manuale di diritto comerciale internazionale. Dirito dei contratt iinternazionale*. 2ª ed vol I. Milão. S.n. p. 579

⁶⁸ No mesmo sentido cfr PINHEIRO luís de Lima *ob. Cit*, p. 261

nacionais, em que uma das partes se obriga à entrega de coisa determinada, uma mercadoria e a outra ao pagamento do preço respectivo.⁶⁹

Não obstante podermos inferir pela sua noção, não significa que não possam levantar-se problemas relativamente ao conceito de compra e venda, pois existem determinadas actividades que se equiparam à compra e venda e que podem suscitar dúvidas a esse respeito. ⁷⁰A CISG refere nomeadamente duas actividades a saber:

- Transacções que se referem a manufactura ou a produção de determinados bens: São consideradas de Compra e Venda os contratos de Fornecimentos de Mercadorias a fabricar ou a produzir, a menos que o contraente que as encomende, tenha de fornecer uma parte essencial dos elementos materiais necessários para o fabrico ou produção"
- Contratos que contendam prestação de Serviços: "A presente
 Convenção não se aplica aos contratos nos quais, a parte
 preponderante da obrigação do contraente que fornece as
 mercadorias, consiste num fornecimento de mão-de-obra ou de outros serviços"

Nesta última equiparação Carlos Mota⁷² refere que a redacção adopta um critério quantitativo, no sentido em que o artigo 3º nº 2 refere-se à parte preponderante, podendo criar dificuldades em perceber quando é que se estará face a uma parte preponderante.

⁶⁹ CARAVACA, Alfonso L. Calvo e GANDARA, Luis Fernadez Dela, MORALES, Pilar Blanco. 1997. Contratos Internacionales: Madrid: Editorial Tecnos, SA, Madrid. ISBN 84-309-3037-X, p. 146

⁷⁰ MOTA, Carlos A Esplugues, *ob. Cit*, P. 15

⁷¹Cfr Convenção da ONU sobre os contratos de Compra e Venda Internacional De Mercadorias, Unicral: Viena, 1980. artigo 3º nº 1.

⁷² MOTA, Carlos A Esplugues *ob. Cit*, p. 17

No entanto o mesmo autor acrescenta que a doutrina tem vindo a entender, que a parte preponderante a que se refere o preceito, é relativa ao favorecimento da quantificação da prestação de serviços. Ou seja a CISG só não regulará a prestação de serviços no âmbito da compra e venda internacional de mercadorias, quando o valor dos serviços prestados, seja superior às mercadorias vendidas.⁷³

Mas a problemática pode ainda ser outra, a de saber se nos casos em que subsiste um fornecimento de serviços, se há uma regulação total ou parcial da CISG. A questão que se levanta é saber se ela só regula a parte relativa à aquisição de mercadorias, ou se também regulará a própria prestação de serviços.

Na esteira do mesmo autor a solução parece residir no facto de haver ou não uma estreita conexão entre as mercadorias vendidas e os serviços prestados. O mesmo refere que "Se ambas se encontrarem suficientemente unidas, serão reguladas pela convenção, tendo em conta o preceituado no artigo 3º nº 2, de contrário se trata de operações que são claramente separáveis, a compra e venda será regulada pela convenção e a prestação de serviços pelo direito nacional". 74

No que concerne às mercadorias, a CISG não avança nenhuma definição, sendo certo a maioria da doutrina tem manifestado o seu entendimento no sentido de se tratarem de coisas corpóreas de natureza móvel de qualquer tipo.⁷⁵

2.3. VENDAS EXCLUIDAS PELA CISG

Para efeito do artigo 2°, são excluídas as vendas a consumidores, compradas para uso pessoal, familiar ou doméstico, que respeitem a vendas de mercadorias em

⁷³ PINHEIRO, Luís de Lima. *ob. Cit*, p. 268

⁷⁴ MOTA, Carlos A Esplugues *ob. Cit*, p. 17

⁷⁵ CARAVACA, Alfonso L. Calvo e GANDARA, LuisFernadez Dela, MORALES, Pilar Blanco, ob. Cit, p. 147. No mesmo sentido Cfr MOTA, Carlos A Esplugues *ob. Cit*, p. 18

leilão, em processo executivo, de valores mobiliários, títulos de créditos e moeda, de navios, barcos, hovercraft, aeronaves e por fim vendas de electricidade.⁷⁶

No que respeita à redacção dada ao artigo 2º alínea a), alguns problemas de ordem prática podem subsistir. Consagra o preceito que as mercadorias compradas para uso pessoal, familiar ou doméstico são excluídas do âmbito da Convenção "a menos que o vendedor em qualquer momento anterior à conclusão do contrato ou na altura da conclusão deste, não soubesse nem devesse saber, que as mercadorias eram compradas para tal uso".

Alfonso Caravaca, Luís Gandara e Pilar Morales são da opinião de que a CISG é aplicável á compra e venda a consumidores, quando tiverem uma aparência de compra e venda mercantil, e cabe ao comprador informar o vendedor da sua finalidade, pois se não o faz, presume-se a aplicação da CISG, pois o preceito menciona que "salvo se não soubesse ou não devesse saber" antes da conclusão da transacção.⁷⁷

No mesmo sentido Carlos Mota refere que o ónus da prova recai sobre o comprador, e deverá ser ele a dar conhecimento ao vendedor do uso pessoal da transacção realizada.⁷⁸

Deixa-se assim que o ónus da prova recaia sobre o comprador, pois é ele que tem o interesse de comunicar a finalidade da compra e venda, para que possa verlhe aplicado um regime mais favorável, uma normativa pensada para protecção enquanto consumidor. A CISG deixa então de ter qualquer interferência com a protecção dada aos consumidores pelas legislações nacionais.⁷⁹

⁷⁶Cfr artigo 2° da CISG

⁷⁷ CARAVACA, Alfonso L. Calvo e GANDARA, LuisFernadez Dela, MORALES, Pilar Blanco, ob. Cit, p. 149

⁷⁸ MOTA, Carlos A Esplugues *ob. Cit*, p. 19

⁷⁹ VICENTE, Dário Moura. 2001. Desconformidade e Garantias na Venda de Bens de Consumo: A Directiva 1999/44/CE e a Convenção de Viena de 1980. S.I. Themis 2/4. p. 121 a 144. No mesmo Sentido SOARES, Maria Ângela Bento, e RAMOS, Manuel Moura. 1986. Contratos Internacionais, Compra e Venda, Cláusulas Penais, Arbitragem: Coimbra: Almedina. p. 26

Relativamente à vendas elencadas nas alíneas b), c) e d) do artigo segundo, foi decidida também pela sua exclusão da CISG. Este tipo de vendas apresentam muitas especificidades na formação do contrato, e via de regra já são objecto de regulamentação especial nos sistemas jurídicos nacionais, o muito dificilmente se poderiam compatibilizar. E também pela própria natureza da venda que se torna incompatível com a CISG, pois como bem se compreende as vendas em hasta pública, implicam que seja impossível determinar *abinicio* quem é o seu comprador, levando à incerteza de saber, se estariam reunidos os requisitos para a sua aplicação. 81

Já no que toca à exclusão de matérias relativas a valores imobiliários, títulos de crédito e moeda, justifica-se pela existência nos ordenamentos jurídicos nacionais, de disposições especiais para títulos de valores. Pela imperatividade que assumem nesses ordenamentos, evita-se com a sua exclusão, eventuais conflitos de jurisdições que poderiam surgir à *posterior*, 82 e também pela controvérsia quanto ao reconhecimento da sua qualidade como mercadoria. 83

A opção de excluir a compra e venda de alguns meios de transportes como navios, barcos, hovercraft e aeronaves, também são justificáveis pelo facto de, via de regra por uma questão de segurança jurídica se encontrarem sujeitas a registo, nos diversos sistemas nacionais, e como bem se compreende a CISG, não obriga à sua conclusão por escrito ou outro requisito de forma, nomeadamente o registo. 84

A diferente qualificação que o conceito de bem, móvel ou imóvel, pode assumir nos distintos ordenamentos, que por vezes obedecem em determinadas circunstâncias a regimes específicos, a CISG pretendeu deixa-los imperturbados.⁸⁵

31

⁸⁰ SOARES, Maria Ângela Bento, e RAMOS, Manuel Moura. Ob. Cit. p. 27

⁸¹ MOTA, Carlos A Esplugues ob. Cit, p. 20. No mesmo sentido CARAVACA, Alfonso L. Calvo e GANDARA, LuisFernadez Dela, MORALES, Pilar Blanco, *ob. Cit*, p. 150

⁸² MOTA, Carlos A Esplugues ob. Cit, p. 19, no mesmo sentido CARAVACA, Alfonso L. Calvo e GANDARA, LuisFernadez Dela, MORALES, Pilar Blanco, *ob. Cit*, p. 151

⁸³ SOARES, Maria Ângela Bento, e RAMOS, Manuel Moura, ob. Cit, p. 27

⁸⁴ Relativamente a esta justificação vide a discussão na UNICITRAL, Official Records, p. 240-241

⁸⁵ SOARES, Maria Ângela Bento, e RAMOS, Manuel Moura, ob. Cit, p. 27

Por fim são excluídas do âmbito da CISG a compra e venda de electricidade. Primeiro pela especificidade do objecto que é bastante peculiar, em segundo por encontrarem noutros instrumentos um desenvolvimento bem mais extenso e muito mais cuidado, tornando-se desnecessária a sua inclusão na CISG. ⁸⁶

ÂMBITO ESPACIAL

Anteriormente eram diversos os entendimentos quanto à sua caracterização como internacional, facto pelo qual a CISG resolveu por fim à problemática da internacionalidade da compra e venda de Mercadorias.

Os diversos entendimentos quanto à internacionalidade da compra e venda, partiam do pressuposto de que comprador e vendedor tinham o seu domicílio comercial em diferentes países, sendo as obrigações inerentes à própria compra e venda cumpridas em estados diferentes. Ou ainda quando a compra e venda implicasse a entrega da mercadoria em país diferente, daquele em que a mesma se encontrava aquando da conclusão do contrato.

Sob pena de existirem mais divergências nos critérios na internacionalidade da compra e venda de mercadorias, a CISG estabeleceu um critério objectivo no seu artigo 1°, dispondo " A presente convenção aplica-se aos contratos de Compra e Venda de Mercadorias celebrados entre partes que tenham o seu estabelecimento em Estados diferentes", ou " quando estes estados sejam contratantes", e ainda " quando as regras de Direito Internacional Privado conduzam à aplicação da lei de um Estado contratante."

É a própria *Cour de Cassation* que afirma numa sentença proferida, que são indiferentes os critérios para se considerar uma compra e venda internacional para que se encontre compreendia na CISG, se não estiver expressamente referido o

.

⁸⁶UNCITRAL, Official Records, p. 16, nº 10.

⁸⁷Cfr Convenção da ONU sobre os contratos de Compra e Venda Internacional De Mercadorias, Unicral: Viena, 1980, artigo 1°.

lugar da conclusão do contrato, o lugar onde se encontram as mercadorias, ou o lugar onde devam ser entregues.⁸⁸

A doutrina tem sido severa na interpretação do conceito "estabelecimento", uma vez que a CISG não avança uma definição. Assim tem vindo a ser considerado que não é necessário que se trate do estabelecimento principal, ou do domicílio social, pode eventualmente tratar-se de uma sucursal, bastando-se com a exigência de esse estabelecimento tenha carácter permanente. 90

Se uma das partes tiver mais de um estabelecimento " o estabelecimento a tomar em consideração é aquele que tiver a relação mais estreita com o contrato e respectiva execução". 91

Por outro lado, se uma parte não tiver estabelecimento, releva a residência habitual, artigo 10° alínea b).

2.4. FORMAÇÃO DO CONTRATO

O processo de formação de um contrato internacional de mercadorias, iniciase com uma proposta contratual. O artigo 14 da CISG exige uma série de elementos de verificação obrigatória, para que uma declaração de vontade se manifeste numa verdadeira proposta contratual.

⁸⁸ Vide sentença da Cour de Cassation, 15^a chambre, section A, de 22 de Abril de 1992, en C. Witz, Les premíreres applications jurisprudentielles du droit uniform de la ventre internacionale, 1995. París, p. 135 a 139.

⁸⁹Sobre o conceito HONNOLD, John. 1991. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 2ª Ed. Denver; Boston, p. 43

Ocaravaca, Alfonso L. Calvo e Gandara, Luis Fernadez Dela, MORALES, Pilar Blanco, ob. Cit, p. 161. No mesmo sentido, MOTA, Carlos A Esplugues, ob. Cit, p. 21

⁹¹ CISG, artigo 10°, alínea a).

Em primeira linha, uma proposta contratual pressupõe uma declaração suficientemente precisa do seu proponente, de se obrigar e decidir pela conclusão do contrato, para que haja vinculação em caso de aceitação pela outra parte. ⁹²

Uma declaração é suficientemente precisa quando a parte "designa as mercadorias, expressa ou implicitamente, fixa a quantidade e o preço ou dá indicações que permitem determina-los". ⁹³

Para Maria Ângela Soares e Manuel Moura Ramos subsistem dúvidas, quanto ao facto de uma proposta suficientemente precisa, valer também no caso de representar uma oferta ao público. 94

Nos casos em que a oferta é dirigida ao público, a intenção do proponente é um elemento subjectivo previsto no artigo 14° nº 1 da CISG, e se por um lado o nº 2 refere que " uma proposta dirigida a pessoas indeterminadas é considerada apenas como convite para contratar, a menos que a pessoa que fez a proposta tenha indicado claramente o contrário", percebe-se que a intenção do proponente acaba por consubstanciar uma limitação entre a oferta em sentido técnico e a oferta ao público. 95

2.5. EFICÁCIA DA OFERTA

Uma proposta contratual considera-se eficaz, quando chega ao seu destinatário. ⁹⁶ O artigo 24° da CISG específica que a proposta chega ao seu destinatário quando "ela lhe é feita verbalmente ou lhe é entregue pessoalmente por qualquer outro meio, no seu estabelecimento, no seu endereço postal, ou se ele não tiver estabelecimento nem endereço postal, na sua residência habitual".

viae Ciso, an

⁹² PINHEIRO, Luís de Lima, ob. Cit, p. 269

⁹³ Vide CISG, artigo 14° n° 2.

⁹⁴ SOARES, Maria Ângela Bento, e RAMOS, Manuel Moura, *ob. Cit*, p. 50

⁹⁵ CARAVACA, Alfonso L. Calvo e GANDARA, Luis Fernadez Dela, MORALES, Pilar Blanco, *ob. Cit*, 217

⁹⁶ Vide CISG artigo 15°

Deve existir uma articulação deste artigo 24° com o artigo 27° da CISG, que dispõe que salvo disposição em contrário, a parte que tenha expedido a comunicação pelos meios adequados e tenha havido um atraso ou erro na transmissão da comunicação, ou até mesmo o facto de ela não ter chegado ao seu destino, não priva aquela parte do direito de prevalecer tal comunicação.

2.6.REVOGABILIDADE E RETRATAÇÃO DA OFERTA

Consagra o artigo 15º da CISG, que " uma proposta contratual, ainda que irrevogável, pode ser retirada, se a retratação chega ao destinatário antes ou ao mesmo tempo que a proposta". Neste preceito subjazem dois conceitos distintos, retratação e revogação pelo que se apraz necessária uma breve distinção.

Há lugar a retratação sempre uma oferta tenha sido remetida ao destinatário, sem que todavia tenha sido valorada, não havendo propriamente uma expectativa a salvaguardar. ⁹⁷ O objectivo é impedir que uma proposta contratual se torne efectiva. A Revogação por seu lado, permite que uma declaração de vontade que já se havia adquirido efectividade, fique sem efeito.⁹⁸

O artigo 16° nº 1 da CISG, vem dizer que em princípio a proposta contratual é revogável, desde que "a revogação chegue ao destinatário, antes de este ter expedida uma aceitação. Dizemos que em principio pode ser revogável, pois esta não será admitida nos casos, de ter sido fixado um prazo para a aceitação, ou se o destinatário agir com convicção de que a proposta é irrevogável, quando seja razoável que lhe atribuísse este carácter. 99

⁹⁷ MOTA, Carlos A Esplugues, ob. Cit p.35. No mesmo sentido SOARES, Maria Ângela Bento, e RAMOS, Manuel Moura, ob. Cit, p.52

⁹⁸ CARAVACA, Alfonso L. Calvo e GANDARA, Luis Fernadez Dela, MORALES, Pilar Blanco, ob. Cit, 223

⁹⁹ Vide, artigo 16° n° 2 da CISG

No caso de ter sido fixado um prazo para a sua aceitação, presume-se a sua irrevogabilidade, sendo certo que a presunção é elidível se for provado que a proposta ficaria sem efeito, se não houvesse aceitação até ao limite do prazo. 100

Lima Pinheiro acrescenta que, podem ser consideradas razões para que o destinatário haja com a convicção de que a proposta é irrevogável, nos caos em que já houve inicio por exemplo à produção da mercadoria, ou até mesmo à aquisição de materiais.

2.7. ACEITAÇÃO

A aceitação é um elemento imprescindível no processo de formação do contrato de compra e venda internacional, pelo que para um contrato se considere perfeito, para além de uma proposta, deve verificar-se também a aceitação da mesma. Esta pode manifestar-se numa declaração ou outro comportamento pelo destinatário, que demonstre o seu assentimento a uma proposta contratual, (artigo 18º nº 1 da CISG). A inacção e o silêncio só por si não valem como aceitação.

A doutrina tem sido unânime na opinião de que, para além da aceitação expressa e inequívoca de uma proposta, existe a possibilidade de uma aceitação tácita, bastando-se um comportamento contundente à vontade de aceitar. ¹⁰¹

Várias são as exigências de carácter técnico, que devem ser observadas, sob pena de não se considerar a sua aceitação. A aceitação deve ser conforme a oferta do proponente, e deve ser realizada em tempo. Daí que o artigo 19º da CISG, venha acrescentar que a resposta a uma proposta que contenha aditamentos ou limitações, não é uma aceitação mas uma rejeição da proposta inicial, consubstanciando uma contraproposta.

¹⁰¹ CARAVACA, Alfonso L. Calvo e GANDARA, Luis Fernadez Dela, MORALES, Pilar Blanco, ob. Cit, 227. No mesmo sentido, PINHEIRO, Luís de Lima, *ob. Cit*, p. 272.

¹⁰⁰ PINHEIRO, Luís de Lima, ob. Cit, p. 271

¹⁰² MOTA, Carlos A Esplugues, *ob. Cit* p.37

O prazo para a aceitação é aquele que o proponente tiver fixado na respectiva proposta, ou na falta de tal estipulação " num prazo razoável, tendo em conta as circunstâncias da transacção e a rapidez dos meios de comunicação utilizados pelo autor da proposta", artigo 18° nº 2 da CISG.

O prazo conta-se a partir dos critérios fixados no número 1 e 2 do artigo 20° da CISG. Se o prazo fixado pelo proponente tiver sido feito por telegrama, este inicia-se no momento em que o telegrama é entregue para expedição. Tendo sido realizado por carta, o prazo inicia-se na data nela aposta. Caso a carta não contenha data, considera-se a data do carimbo do envelope.

Se o meio utilizado para a resposta foi telefone, fax ou qualquer outro meio de comunicação instantânea, o prazo começa a contar no momento em que é recepcionada pelo destinatário.

Nos casos em que a aceitação é tardia, a CISG considera-a validada, se o proponente informar o destinatário, sem demora, de que considera a aceitação eficaz.

Se a carta com a aceitação tardia revelar, que "foi expedida em condições tais que, se a sua transmissão tivesse sido regular, teria chegado a tempo ao autor da proposta contratual, a aceitação tardia produz efeitos como aceitação, salvo se, sem demora, o autor da proposta, verbalmente ou mediante aviso com esta finalidade, informar o destinatário de que considera extinta a sua proposta", artigo 2º nº2 da CISG.

2.8.OBRIGAÇÕES DO VENDEDOR

• Entrega das Mercadorias e Transferência da Propriedade

Os vários sistemas nacionais impõem como obrigação fundamental, a entrega de mercadorias pelo vendedor ao comprador. A CISG não foge à regra,

consagrando no seu capitulo II, que o vendedor se obriga à entrega das mercadorias, à transferência da propriedade sobre elas e se necessário, à remessa de documentos a que se lhes referem.¹⁰³

A execução do contrato, começa com a entrega das mercadorias, muito embora possa variar o entendimento de cumprimento da obrigação no caso de esta ser entregue num lugar distinto do estabelecimento do comprador. ¹⁰⁴ No entendimento da doutrina maioritária, não é necessário para que a obrigação de entrega seja cumprida, que a mercadoria tenha de estar materialmente na posse do comprador, desde que com o consentimento deste, sejam levados a cabo todos os esforços no sentido da sua entrega no tempo e lugar convencionados. ¹⁰⁵

Referimo-nos aos casos em que se elegem os INCOTERMS para regular o transporte da mercadoria, e esta em função do grupo escolhido, pode considera-se entregue no estabelecimento do comprador (grupo E), no lugar do embarque (grupos F e C), no local de destino (grupo D). ¹⁰⁶

É muito importante determinar-se o momento em que as mercadorias são colocadas à disposição do comprador, pois só ai é que o vendedor fica imiscuído da obrigação de entrega das mercadorias.

Não havendo disposição em contrário, a obrigação de entrega da mercadoria pelo vendedor consiste em (artigo 31º da CISG):

- a) Remeter as mercadorias ao transportador, que as fará chegar ao comprador, nos casos em que implique o seu transporte;
- b) Nos casos de o contrato incidir sobre coisa determinada, sobre uma coisa genérica que deva ser retirada de uma massa determinada, ou que deva ser fabricada ou produzida, e sabendo as partes, no momento da conclusão do

¹⁰³ Vide, artigo 30° CISG

¹⁰⁴ SACARRERA, Guardiola E. ob. Cit, p.54

¹⁰⁵ SACARRERA, Guardiola E. ob. Cit, p.55

Vide, INCOTERMS 2010, disponível em http://www.incoterms-2010.com/dl/tablaincoterms2010.pdf.

contrato, que as mercadorias se encontravam num certo lugar, em as colocar à disposição do comprador nesse lugar.

c) Nas outras situações em pôr as mercadorias á disposição do comprador, onde o vendedor tinha o seu estabelecimento no momento da conclusão do contrato.

As mercadorias devem ser entregues na data que tiver sido convencionada pelas partes. No caso de não ter sido feita nenhuma referência ao prazo em que as mesmas devam ser entregues, determina a CISG, no seu nº 2 do artigo 31º, que o contrato deve cumprir-se dentro de um prazo razoável a partir da celebração do mesmo.

Neste caso o critério de razoabilidade depende da natureza da mercadoria e do tempo de que dispõe para a produzir. 107

Muito embora tenha sido estabelecido um prazo, pode o vendedor proceder à sua entrega antecipada, sujeitando-se sempre à susceptibilidade de aceitação ou recusa pelo comprador, faculdade que lhe é conferida pelo nº 1 do artigo 52º da CISG.

Quanto á conformidade da mercadoria com o estipulado contratualmente, exige-se em primeiro lugar que, " a quantidade, qualidade e tipo correspondam às previstas no contrato". ¹⁰⁸

Exige-se ainda que na falta de convenção em contrário consideram-se para efeitos da CISG, que as mercadorias se encontram em conformidade com o contrato quando:

- a) Forem adequadas às finalidades habituais de mercadorias do mesmo género;
- b) Adequadas a qualquer finalidade especial expressa ou tacitamente do conhecimento do comprador aquando da conclusão do contrato;
- c) Terem qualidades apresentadas ao comprador como amostra;
- d) Forem embaladas como habitualmente são as mercadorias do mesmo género, ou na falta de modo adequado.

¹⁰⁷ MOTA, Carlos A Esplugues, ob. Cit p.47

¹⁰⁸ Vide artigo 35° da CISG

As referidas exigências deixam de existir, se o comprador conhecia ou não podia deixar de conhecer da sua desconformidade aquando da celebração do contrato.

Exige-se ainda que o vendedor transfira a propriedade das mercadorias. Ressalve-se que esta exigência só tem fundamento naqueles casos em que não existe nos sistemas internos, a transferência da propriedade por mero efeito do contrato como é o caso do ordenamento jurídico Alemão. 109

• Entrega de Documentos Relacionados com as Mercadorias

A par das mercadorias deve o vendedor remeter os documentos que a elas dizem respeito. ¹¹⁰Este preceito inclui todo o tipo de documentação relativa às mercadorias vendidas, inclusive, aqueles que conferem ao comprador o controlo sobre as mesmas, os chamados títulos de representação. ¹¹¹

Os documentos devem ser entregues no momento, no lugar e na forma prevista no contrato. O lugar para a entrega da mercadoria assume especial significado no que concerne ao modo de pagamento escolhido pelas partes, pois se por exemplo ficar convencionado o crédito documentário como modo de pagamento, o vendedor deve proceder à entrega da documentação, junto do banco creditante¹¹².

Em sentido contrário Maria Ângela Bento Soares, e Manuel Moura Ramos ¹¹³ entendem que esta especificação é totalmente inútil, pois reafirma unicamente o princípio da autonomia da vontade, e que no limite, justificar-se-ia

¹⁰⁹ PINHEIRO, Luís de Lima, ob. Cit, p. 281

¹¹⁰ Vide artigo 30° e 34° CISG

¹¹¹ CARAVACA, Alfonso L. Calvo e GANDARA, Luis Fernadez Dela, MORALES, Pilar Blanco, *ob. Cit*, 266.

¹¹² CARAVACA, Alfonso L. Calvo e GANDARA, Luis Fernadez Dela, MORALES, Pilar Blanco, *ob. Cit*, 268

¹¹³ SOARES, Maria Ângela Bento, e RAMOS, Manuel Moura, *ob. Cit*, p. 88

que se tivesse estabelecido um critério supletivo, no caso de ter que haver entrega de documentos, e o contrato fosse omisso relativamente ao lugar, forma e momento de entrega.

Caravaca realça os casos em que a exigência de uma forma especial, se subordina à circulação de documentos, os chamados títulos à ordem, pois nessas situações cabe ao vendedor proceder à entrega da documentação relativa à mercadoria ao comprador, que estará legitimado por cláusula " à ordem", mediante o expediente técnico do endosso em Branco. 114

Finalmente no que concerne à entrega, via de regra tem-se entendido que um ligeiro atraso na entrega de mercadorias, não consubstancia uma grave infracção. No entanto a não entrega da documentação quando exista tal obrigação, confere a faculdade de o comprador accionar todos os meios legais ao seu dispor pelo facto de ter havido lugar a essa omissão.

O comprador tem ao seu dispor a faculdade se exigir uma indemnização pelo incumprimento do contrato no que diz respeito à entrega dos documentos, a resolução do contrato, ou então juros de mora pela falta de remissão dos documentos.¹¹⁵

SECÇÃO I – MEIOS DE REACÇÃO DE QUE DISPÕE O COMPRADOR, EM FACE DO INCUMPRIMENTO DO VENDEDOR

Em caso de incumprimento pelo vendedor, o comprador tem à disposição os seguintes meios de reacção:

1. Execução específica:

¹¹⁴ CARAVACA, Alfonso L. Calvo e GANDARA, Luis Fernadez Dela, MORALES, Pilar Blanco, *ob. Cit*, 268.

¹¹⁵ CARAVACA, Alfonso L. Calvo e GANDARA, Luis Fernadez Dela, MORALES, Pilar Blanco, *ob. Cit*, 270.

O comprador pode "Exigir do vendedor a execução das suas obrigações, desde que não se tenha prevalecido de um meio incompatível com esta exigência", artigo 46° nº 1 CISG.

A título de exemplo, a resolução do contrato ou um pedido de indemnização é incompatível com a exigência da execução das obrigações do vendedor. 116

Pode haver lugar à execução específica do contrato, se existir desconformidade das mercadorias entregues por não se encontrarem conforme o contratado. No entanto o comprador apenas pode exigir a entrega de novas mercadorias¹¹⁷, se essa falta constituir uma violação fundamental do contrato.

Há uma violação fundamental do contrato, nos casos em que "uma das partes causa à outra um prejuízo tal, que a prive substancialmente daquilo que lhe era legítimo esperar do contrato." ¹¹⁸

2. Resolução do contrato:

Há lugar à resolução do contrato quando a falta de cumprimento das obrigações do vendedor, consubstancie uma clara" violação fundamental do contrato", ou quando não haja a entrega das mercadorias "findo o prazo suplementar concedido pelo comprador." 119

Acautele-se que a resolução pelo comprador é circunscrita a situações muito específicas, pois no caso de ter havido uma entrega tardia da mercadoria o comprador, só pode resolver o contrato num prazo razoável a partir do momento em que soube que a entrega foi efectuada. Pois tratando-se de qualquer outra violação a resolução só é permitida:

¹¹⁶ PINHEIRO, Luís de Lima, ob. Cit, p. 291

¹¹⁷ SOARES, Maria Ângela Bento, e RAMOS, Manuel Moura, *ob. Cit*, p. 114.

¹¹⁸ Vide, artigo 25° da CISG.

¹¹⁹ Vide, artigo 49° da CISG.

- a) "A partir do momento em que teve ou deveria de ter tido conhecimento da violação do contrato";
- b) "Após o decurso de qualquer prazo suplementar concedido pelo comprador",
- c) "Depois de o vendedor ter declarado que não executaria as suas obrigações nesse prazo suplementar"
- d) "Após o decurso de qualquer outro prazo suplementar indicado pelo vendedor nos termos do parágrafo 2 do artigo 48";
- e) "Depois de o comprador ter declarado que não aceitaria a execução".

3. Redução do preço ou pedido de Indemnização pelos danos sofridos:

O comprador tem ainda a faculdade de reduzir o preço¹²⁰ proporcionalmente à diferença entre o "valor que as mercadorias efectivamente entregues tinham no momento da entrega, e o valor que as mercadorias conformes teriam tido nesse momento". ¹²¹

Qualquer outra forma de redução não será admissível, pois esta só é legítima, se o vendedor proceder à entrega da mercadoria de valor inferior ao contratado. 122

À luz da CISG, o comprador tem a faculdade de exigir em caso de incumprimento do vendedor, cumulativamente com as formas de reacção anteriormente assinaladas, uma indemnização pelos da nos sofridos. Para efeitos de cálculo da indemnização, o artigo 74º da CISG, refere que, as perdas e os danos decorrentes da violação do contrato, não podem exceder o prejuízo sofrido e o lucro cessante que a parte faltosa previu ou deveria ter previsto.

43

¹²⁰ O comprador deixa de ter essa faculdade, se o vendedor reparar a falta de conformidade das mercadorias, artigo 37° da CISG.

¹²¹ Vide, artigo 50, 1ª parte da CISG.

¹²² CARAVACA, Alfonso L. Calvo e GANDARA, Luis Fernadez Dela, MORALES, Pilar Blanco, *ob. Cit*, 288.

¹²³ Vide artigo 45° da CISG.

Lima Pinheiro 124 diz que para além dos danos emergentes, ou directos, incluem-se os danos indirectos, aqueles que não são uma consequência directa do incumprimento, os chamados "consequential damages".

Acautele-se que se o vendedor não é responsável pelo incumprimento das suas obrigações, "se provar que tal inexecução se ficou a dever a um impedimento alheio à sua vontade". 125

SECÇÃO II - OBRIGAÇÕES DO COMPRADOR

" O comprador obriga-se a pagar o preço e a aceitar a entrega das mercadorias, nas condições previstas no contrato e na presente convenção". 126

1. Pagamento do preço

O artigo 54° da CISG, vem precisar que a obrigação de pagamento do preço pelo comprador, compreende a toma de medidas e o cumprimento das formalidades previstas pelo contrato ou quaisquer leis ou regulamentos, destinados a permitir o pagamento do preço.

O artigo 55° da CISG, prevê a possibilidade de um contrato ser validamente celebrado, sem que haja sido fixado um preço expressa ou implicitamente, e como critério supletivo para a determinação do preço, diz-se que se considera "que as partes, salvo indicação em contrário, se referiram tacitamente ao preço habitualmente praticado, no momento da conclusão do contrato, para as mesmas mercadorias, vendidas em circunstâncias comparáveis no ramo comercial considerado".

Este preceito parece gerar alguma contradição ¹²⁷ com o preceituado no artigo 14° da CISG, que exige que, para que uma proposta contratual seja

¹²⁶ Vide artigo 53° da CISG.

¹²⁴ PINHEIRO, Luís de Lima, ob. Cit, p. 296

¹²⁵ Vide artigo 79° da CISG.

¹²⁷ FRADERA, Véra Jacob, MOSER, Luiz Gustavo Meira, ob. Cit, 148.

suficientemente precisa, deve ter a indicação do preco ou na sua ausência, que haja a susceptibilidade de determinação do mesmo no momento da oferta. Deste modo há uma clara incoerência quanto à possibilidade de determinação do preço, no mesmo momento da conclusão do contrato, sendo posterior à sua perfeição. 128

Problemas podem surgir quanto à interpretação destas duas disposições. Existindo dois entendimentos quanto a este assunto. Ou se entende-se que, salvo se as partes tiverem feito uso do artigo 6º da CISG, em que podem excluir a aplicação da CISG, ou derrogar qualquer uma das suas disposições ou modificar os seus efeitos, o artigo 55º prevalecerá. 129 Ou por outro lado, prevalecerá a disposição do artigo 14°, pelo facto de a indicação do preço é conditio sine qua non, da validade do contrato. 130

No caso de o preço ter sido fixado " o comprador deve pagar o preco, na data fixada no contrato ou na data que resulte do contrato e da convenção, sem que seja necessária qualquer interpelação por parte do vendedor". 131

2. Aceitar a Entrega da Mercadoria

A Secção II, do Capítulo III da CISG, disciplina a aceitação da entrega das mercadorias. A obrigação de aceitar a entrega das mercadorias consiste em: "realizar qualquer acto cuja prática se possa esperar dele por forma a permitir ao vendedor, efectuar a sua entrega".

Nestas circunstâncias Lima Pinheiro 132 dá o exemplo do caso das vendas à distância, em que o transporte da mercadoria deve ser efectuado pelo comprador

¹²⁸ CARAVACA, Alfonso L. Calvo e GANDARA, Luis Fernadez Dela, MORALES, Pilar Blanco, ob. Cit, 291.

¹²⁹ SACARRERA, Guardiola E, ob. Cit, p. 80

¹³⁰ SCHILECHTRIEM, Peter. 1986. Uniform Sales Law. The UN- Convention for the International Sale of Goods, Viena. S.I. s.n. artigo 14°.

¹³¹ Vide artigo 59° da CISG.

¹³² PINHEIRO, Luís de Lima, ob. cit, p. 309

(FOB), este tem de celebrar o contrato de transporte e de indicar o navio e o carregamento, e " tomar conta das mercadorias" 133

Esta última menção refere-se àqueles casos, em que a mercadoria se encontra à disposição do comprador no estabelecimento do vendedor, ou noutro lugar que o obriga a despachar as mercadorias do local onde se encontrem depositadas.¹³⁴

O comprador só se pode recusar à aceitação das mercadorias nos termos do artigo 52° da CISG, nos casos em que haja uma entrega antecipada das mesmas, se assim quiser proceder, mesmo já se encontrando na posse daquelas, deve tomar as medidas razoáveis, tendo em conta as circunstâncias, para assegurar a sua conservação". 135

SECÇÃO III – MEIOS DE QUE DISPÕE O VENDEDOR EM FACE DO INCUMPRIMENTO DO COMPRADOR

Em princípio, quando o comprador não executar qualquer das obrigações a que está adstrito, fica autorizado a exigir do comprador a execução específica do contrato, o pagamento do preço ou a resolução, bem como de exigir uma indemnização por perdas e danos, artigo 61° da CISG.

1. Execução Específica

É reconhecida a faculdade ao vendedor de exigir do comprador, a aceitação da entrega das mercadorias, e que cumpra as demais obrigações a que se encontra

.

¹³³ Vide artigo 60° da CISG.

¹³⁴ CARAVACA, Alfonso L. Calvo e GANDARA, Luis Fernadez Dela, MORALES, Pilar Blanco, *ob. Cit*, p. 293.

¹³⁵ Vide artigo 86° nº1 da CISG.

adstrito, a não ser que se tenha socorrido de um outro meio incompatível com este. 136

Deve ter-se presente que existem excepções a este princípio geral, nomeadamente no que concerne ao artigo 28ººº da CISG. Este preceito clarifica que muito embora a parte se possa socorrer da execução específica do contrato, o tribunal não está vinculado a ordenar a execução, a não ser que a decrete por aplicação do seu próprio direito relativamente a vendas não reguladas pela CISG.

Outra faculdade do vendedor, é facultar um prazo suplementar ao comprador, de duração razoável, para a execução das suas obrigações. No entanto se for concedido esse prazo, o vendedor fica impedido de no decurso desse, fazer-se valer de qualquer meio de que dispõe em caso de violação do contrato. 137

2. Resolução do contrato

O vendedor só poderá lançar mão da resolução, se o incumprimento gerado pelo comprador constituir uma violação fundamental do contrato, se não executar a sua obrigação na eventualidade de lhe ter sido conferido um prazo suplementar, ou quando declare que não irá cumprir nesse novo prazo fixado. ¹³⁸

Todavia acrescenta o nº 2 do mesmo artigo, que se houver lugar ao pagamento do preço, o vendedor fica impedido de resolver o contrato. Objectivouse com esta redacção limitar-se o exercício do direito à resolução do contrato, sempre que exista ainda a possibilidade de assegurar a sua validade. 139

Cumulativamente com a resolução, o vendedor pode ainda exigir do comprador, uma indemnização por perdas e danos sofridos com o incumprimento, (artigo 61° n°1 b e n° 2 da CISG). Se assim proceder, para o cálculo da indemnização é tido em conta que a mesma não pode exceder o prejuízo sofrido e o lucro cessante que a parte faltosa previu como consequência do incumprimento.

¹³⁶ *Vide*, artigo 62° da CISG.

¹³⁷ Vide artigo 63° nº 2 da CISG

¹³⁸ Vide artigo 64° da CISG.

¹³⁹ SOARES, Maria Ângela Bento, e RAMOS, Manuel Moura, ob. Cit, p.159.

Resolvido o contrato, e se tiver havido uma execução total ou parcial do mesmo, a parte que o fez, tem o direito á restituição de tudo aquilo que houver sido prestado a titulo de cumprimento. 140

SECÇÃO IV - TRANSFERÊNCIA DO RISCO

A questão que aqui se coloca é a de saber, no caso de perda ou deterioração da mercadoria quem deve suportar esse risco, pois irá acarretar vários prejuízos para a parte que tem a obrigação de o suportar.

Se o risco corre por conta do vendedor, em caso de perda ou deterioração da mercadoria, este deve proceder à entrega de novas mercadorias em substituição das outras. Se o risco correr por conta do comprador, então nesse caso este deve proceder ao pagamento das mercadorias sem que as tenha recebido, ou se as recebeu não se encontram de acordo pretendido.¹⁴¹

É necessário compreender em que momento é que essa transferência opera, pois " a perda ou a deterioração das mercadorias ocorrida após a transferência do risco para o comprador não libera este da obrigação de pagar o preço, salvo se a perda ou a deterioração se dever a acto ou omissão do vendedor". 142

1. Transporte de Mercadorias

Quando um contrato de compra e venda de mercadorias implicar o seu transporte, a transferência do risco dá-se para o comprador, no momento em que o vendedor as entrega ao transportador, que as faz chegar ao comprador. Isto se o vendedor não estiver obrigado a envia-las para um local determinado, pois se o estiver, o risco não se transfere para o comprador enquanto as mercadorias não forem entregues ao transportador para esse local. 143

¹⁴¹ SACARRERA, Guardiola E, ob. Cit, p. 99.

48

¹⁴⁰ Vide, artigo 81° n° 2 da CISG

¹⁴² Vide, artigo 66° da CISG

¹⁴³ Vide, artigo 67° n° 1.

O nº 2 deste preceito vem acrescentar que, muito embora se verifique a entrega da mercadoria ao transportador, a transferência do risco não opera para o comprador, enquanto a mercadoria não for claramente identificada para os fins do contrato, pela aposição de um sinal distintivo, pelos documentos de transporte, por um aviso ao comprador, ou por qualquer outro meio.

2. Mercadorias em trânsito

No caso de as mercadorias serem vendidas em trânsito " o risco transfere-se para o comprador a partir do momento da conclusão do contrato", mas se as circunstâncias o implicarem " o risco fica a cargo do comprador a partir do momento em que as mercadorias foram remetidas ao transportador, que emitiu os documentos que constatam o contrato de transporte". 144

3. Venda directa ao comprador

Nos casos de a mercadoria não ser entregue a transportador, ou não serem vendidas em trânsito, o risco só se transfere para o comprador quando ele tomar conta das mercadorias, ou não o fazendo quando as mercadorias são colocadas à sua disposição e em que ele, ao não aceitar a entrega das mercadorias comete uma violação fundamental do contrato. Lima Pinheiro considera estas normas residuais, referindo-se ao momento em que o comprador fica na posse das mercadorias. Afo

Diferente será se o comprador estiver obrigado ao levantamento das mercadorias em local diverso do estabelecimento do vendedor, pois nesses casos o risco só se transfere, quando a entrega deva ser efectuada noutro local e aquele saiba que as mercadorias se encontram à sua disposição nesse lugar (artigo 69° n° 2 da CISG).

¹⁴⁴ *Vide*, artigo 68° da CISG.

¹⁴⁵ *Vide*, artigo 69° da CISG.

¹⁴⁶ PINHEIRO, Luís de Lima, *ob. Cit*, p. 321.

Nestes casos há a presunção de que as mercadorias não se encontram na posse do vendedor, mas de um terceiro fora do *dominus* daquele. No entanto esse facto não impede que o risco continue a recair sobre o vendedor, só se transferindo para o comprador quando ele saiba que as mercadorias se encontram ao seu dispor para proceder ao seu levantamento.¹⁴⁷

Tendo sido feita uma referência às formas de regulamentação pela via conflitual, iremos de seguida abordar as alternativas existentes a essa via. Alternativas essas, que não dizem respeito ao processo conflitual ou à regulação indirecta, mas sim diferentes técnicas de regulamentação indirecta.

SECÇÃO V – BEVE ALUSÃO ÀS DIFERENTES FORMAS DE REGULAMENTAÇÃO DAS RELAÇÕES JURICAS PRIVADAS INTERNACIONAIS, BASEADAS ESSENCIALMENTE NA CRIAÇÃO DE UM DIREITO MATERIAL OU ESTADUAL ESPECIAL.

Referimo-nos a propósito das técnicas de regulamentação que os contratos internacionais poderiam ser regulados de forma indirecta pela via conflitual, determinando-se o direito material aplicável ao contrato internacional, através do *modus operandi* de uma norma de conflitos. No entanto existem outras técnicas de regulamentação indirecta, alternativas ao sistema conflitual, que iremos considerar indiciando a nossa abordagem pela regulamentação dos contratos internacionais, pela aplicação de um direito material interno comum.

Direito Material Interno Comum

As relações privadas internacionais podem ser submetidas ao direito material interno comum dos Estados ¹⁴⁸, independentemente de comportarem

.

¹⁴⁷SOARES, Maria Ângela Bento, e RAMOS, Manuel Moura, *ob. Cit*, p. 183.

¹⁴⁸ MOTA, Helena. 2004/2005. *Direito Internacional Privado* – Aulas teóricas, *ob. Cit* p. 9 Disponível em http://www.scribd.com/doc/26764350/Sebenta-DIP-direito-internacional-PRIVADO

elementos de extraneidade, como alternativa ao sistema de conflitos. Esta técnica de regulamentação faz com que os contratos internacionais sejam regulados como se de contratos puramente internos se tratassem, prescindindo da regulamentação pela via conflitual. ¹⁴⁹

Esta técnica goza da vantagem de haver uma maior facilidade de aplicação pelos juízes estaduais do seu um direito interno. O facto de haver um maior domínio do seu direito material, implica que o mesmo já não aconteça com a aplicação de direito internacional, com o qual não se encontram tão familiarizados.

Marques dos Santos refere-se no entanto, aos graves inconvenientes que soluções deste género podem acarretar, designadamente incerteza, insegurança, imprevisibilidade e frustração das expectativas dos interessados, ¹⁵⁰ podendo ainda levar a falta de harmonia internacional de soluções e a incompatibilidade com o direito internacional público, tal como acrescenta Lima Pinheiro. ¹⁵¹

Direito Material Especial

Uma outra técnica de regulamentação existente é sujeitar-se as relações privadas internacionais a normas de Direito Material Especial¹⁵² de cada Estado. Este subsistema de normas de direito especial material, é chamado à ordem jurídica do foro através do modus operandi das normas de conflito, ai ficando a vigorar ao lado das normas materiais desse estado.¹⁵³

PINHEIRO, Luís de Lima. 2008. Direito Internacional Privado, Introdução e Direito de Conflitos Parte Geral. vol I. Coimbra: Almedina, ISBN 978-972-40-3455-3, p.68

SANTOS, António Marques dos. 1987. Direito Internacional Privado, Sumários. Lisboa:
 Associação académica da Faculdade de Direito, p. 7

¹⁵¹¹⁵¹ PINHEIRO, Luís de Lima. 2008. *Direito Internacional Privado. Introdução e Direito de Conflito. ob. Cit*, p.69

¹⁵² MOTA, Helena. 2004/2005. *Direito Internacional Privado* – Aulas teóricas, *ob. Cit* p. 10. Disponível em http://www.scribd.com/doc/26764350/Sebenta-DIP-direito-internacional-PRIVADO

¹⁵³ MACHADO, João Batista, ob. Cit, p. 14

Estas soluções de fonte material especial de fonte interna¹⁵⁴constituem uma técnica de regulamentação que permite uma maior adequação às exigências internacionais, sendo mais manifesto no tráfico de bens, mormente mercadorias, no tocante às especificidades das cláusulas dos contratos internacionais.

Ressalvasse, que só relativamente a certas questões muito restritas em que o direito de conflitos não permite uma solução adequada à circunstância concreta, é que se legitima a criação de normas especiais de fonte interna, que de outro modo poderá conduzir a muitos inconvenientes mantendo-se a ausência de segurança e harmonia¹⁵⁵ de soluções.

Referimo-nos por exemplo aos casos em que o direito material especial for aplicável a quaisquer situações transnacionais, independentemente de uma ligação com o estado do foro, ¹⁵⁶pois só nestes casos é que nos encontramos face a uma técnica de regulamentação directa.

Lima Pinheiro faz referência à existência de dois grupos de normas de direito material especial a saber: as normas de aplicação dependente do sistema de direito de conflitos e as normas de conexão especiais.¹⁵⁷

Desconhecimento do carácter internacional

Uma outra circunstância é aquela em que se desconhece o cariz internacional das relações jurídicas, e se regulam como se de situações puramente internas se tratassem, aplicando se a lei do foro. ¹⁵⁸ O método, é afastar a lei estrangeira, ampliando o campo de aplicação da lei da *lex fori*, ignorando o seu

¹⁵⁵ PINHEIRO, Luís de Lima. 2008. *Direito Internacional Privado*, *Introdução e Direito de Conflitos*, ob. cit p. 51 e ss

52

¹⁵⁴ PINHEIRO, Luís de Lima, ob. Cit, p. 89

¹⁵⁶ VITTA, Edoardo. 1990. Diritto Iternazionale Privato. vol I. Turim. nº2

¹⁵⁷PINHEIRO, Luís de Lima. 2001. Direito *Internacional Privado. Introdução*, ob. Cit, p.77.

¹⁵⁸ SANTOS, António Marques *ob. cit.* p.10.

carácter internacional tratando-as como se não comportassem elementos de extraneidade. 159

Regimes Específicos ou Cláusulas Especiais

Nas relações puramente internas não é admissível o estabelecimento de Regimes Específicos ¹⁶⁰, o mesmo se passa com as relações transnacionais cuja internacionalidade não construi um factor capaz de lhes permitir beneficiar de um regime autónomo aos direitos nacionais, daí que não se tratando de nenhuma dessas situações, seja possível existir a aplicação de direito a material a um contrato internacional, criando-se regimes específicos ou até mesmo cláusulas especiais. ¹⁶¹

Restrições à capacidade dos Estrangeiros

A regulamentação directa é ainda possível nas situações em que existem disposições que restringem a capacidade dos estrangeiros, para serem titulares de determinados direitos privados ou para gozarem dos mesmo direitos de carácter patrimonial que os cidadãos portugueses. ¹⁶²

Em sentido contrário, Gonçalves Proença refere que estas normas reguladoras da capacidade ou actividade dos estrangeiros, não devem ser consideradas como um direito especial, por se tratarem de questões que implicam uma conexão com um outro ordenamento jurídico. Este refere que não pode ser considerado como um direito especial nem como um direito destinado à resolução de um conflito de leis, pelo facto não se tratar de determinar o regime aplicável a

¹⁵⁹ SANTOS, António Marques dos. 1991. *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado*, Esboço de uma Teoria Geral, Vol I, Coleção Teses: Almedina, p. 43.

¹⁶⁰ No ordenamento jurídico Português existem alguns regimes específicos, é o caso do Decreto-lei 321/95 que possibilita às pessoas singulares ou colectivas, que não tenham residência em Portugal de beneficiarem do quadro jurídico dos seus países, para adquirirem bens Imóveis em território Português.

MOTA, Helena. 2004/2005. *Direito Internacional Privado* – Aulas teóricas, *ob. Cit* p. 10 Disponível em http://www.scribd.com/doc/26764350/Sebenta-DIP-direito-internacional-PRIVADO SANTOS, António Marques dos, *ob. Cit*, p. 9

essas relações, mas tão só de proibir ou condicionar a participação de estrangeiros em determinadas relações, não se procurando resolver um conflito de leis. 163

Direito Material Uniforme

Nos casos em que o Direito material especial de fonte Supra estadual¹⁶⁴ se aplique aos contratos internacionais, quer exista ou não uma conexão entre os contratos e um dos Estados onde Vigore esse Direito,¹⁶⁵ é também possível o emprego da via material¹⁶⁶.

A fonte supra estadual que releva para o efeito é a Convenção Internacional de Unificação ¹⁶⁷ de direito Material, e a regulamentação dos contratos internacionais por este direito material especial de fonte Supra estadual, é dotada de especificidades no que concerne à técnica de regulação com recurso à via conflitual.

Nestes casos o que acontece é que não depende do sistema conflitual a aplicação de direito Material unificado, mas sim de normas de conexão especiais contidas em convenção internacional. 168

No entanto ressalva-se que as Convenções de Direito Unificado, limitam a aplicação da via material, no sentido em que aquelas não dispensam a aplicação da via conflitual, tendo necessariamente de existir uma conexão com um Estado contratante, contestando a sua aplicação universal, a todas as situações que se

¹⁶³PROENÇA, José João Gonçalves de. 1992. *Direito Internacional Privado*, Parte Geral, Porto: Universidade Lusíada, p. 33.

¹⁶⁴ PINHEIRO, Luís de Lima ob. Cit, p. 82

¹⁶⁵ FRANK, Vicher.1992. *General Course on Private International Law*, RCADI 232:9-256, p. 123 e ss.

¹⁶⁵SANTOS, António Marques, ob. Cit, p.10.

¹⁶⁶SANTOS, António Marques, ob. Cit, p.10.

¹⁶⁷ As contribuições mais relevantes nesse sentido são da comissão das Nações Unidas para o direito Comercial Internacional (CNUDCI), Instituto para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT).

¹⁶⁸ No entanto nada impede que os estados se vinculem por via da convenção, à aplicação de direito Material Especial contido na Convenção às situações que sejam submetidas à via conflitual ao direito material vigente internamente.

encontrem no âmbito do domínio material de aplicação. E nesse caso estamos face não a um processo de regulamentação directa, mas sim indirecta.

Esta aplicação universal foi alvo de muitas criticais, pelo facto de esta contribuir para o *Fórum Shopping*, no sentido de as partes poderem interpor uma acção num outro estado, apenas para obter algum benefício dessa lei. Ou então pelo facto desse direito material unificado poder ser aplicado a situações em que não exista conexão comesse direito, sacrificando-se a segurança jurídica. ¹⁶⁹

Como exemplos de unificação de direito material criado por fonte supra estadual temos a Convenção de Viena sobre a lei aplicável à compra e venda internacional de mercadorias, a Convenção de Varsóvia sobre transporte internacional de 1929, ou a Convenção de Berna sobre transporte ferroviário internacional.¹⁷⁰

Normas Materiais de Direito Internacional Privado

Também como técnica de regulamentação enquadramos as normas materiais de dip ¹⁷¹, que em virtude da sua internacionalidade, regulam especificamente relações internacionais, reclamando uma solução concreta para um caso concreto. ¹⁷²

As normas materiais de Direito internacional Privado, sobrepõe-se a lei designada como competente pelo direito conflitual. 173

¹⁶⁹PINHEIRO, Luís de Lima. 2001. *Direito Internacional Privado. Introdução*, ob. Cit, p. 86.

¹⁷⁰SANTOS, António Marques, ob. Cit, p. 10.

¹⁷¹ MOTA, Helena. 2004/2005. *Direito Internacional Privado* – Aulas teóricas, *ob. Cit* p. 11.. Disponível em http://www.scribd.com/doc/26764350/Sebenta-DIP-direito-internacional-PRIVADO

¹⁷² É o caso do artigo 51° nº 2 do Código civil Português, " Em qualquer caso, o casamento deve ser precedido de processo preliminar de publicações, organizado pela entidade competente, a menos que seja dispensado, nos termos do artigo 1599°", ou do artigo 2223° " necessidade de forma solene para o testamento de um português no estrangeiro.

¹⁷³ SANTOS, António Marques dos, *ob. Cit*, p. 10.

Normas de Auto limitadas e de Aplicação Imediata

Existe ainda um outro tipo de normas cuja sua aplicação não depende do direito conflitual, as normas auto limitadas ou de aplicação imediata. Incidem sobre situações que embora reguladas pelo dip, têm um campo de aplicação limitado, quer porque se fazem acompanhar de uma norma de conflitos especial, quer pela valoração casuística feita pelo intérprete, em face da integração de uma lacuna que deve ser integrada numa solução conflitual criada *ad hoc*¹⁷⁴

Delimitam ¹⁷⁵ o seu espaço de aplicação de forma autónoma ao sistema conflitual do foro. São normas materiais que salvaguardam, um reduto inviolável de direitos, que imperam e que afastam o sistema conflitual, aplicando-se as relações internacionais.

Normas Remissivas

O *modus operandi* deste tipo de normas faz com que remetam para aplicação de outras normas, constituindo uma limitação à aplicação do direito conflitual, impondo condicionalismos para a sua aplicação, ou preconizando soluções de direito material em situações específicas, em virtude do resultado a que se chegaria *abinicio* através da aplicação directa das normas de conflito.

¹⁷⁴PINHEIRO, Luís de Lima. 2001. Direito Internacional Privado. Introdução, ob. Cit, p.93.

¹⁷⁵O artigo 1682-A do Código civil Português é um claro exemplo, "A alienação, oneração, arrendamento ou constituição de outros direitos pessoais de gozo sobre a casa de morada da família carece sempre do consentimento de ambos os cônjuges", aplica-se quer às relações internas, quer às relações internacionais

SUB-SECÇÃO I – CRITICAS À APLICAÇÃO DAS TÉCNICAS ESPECIAIS NA VIA DE REGULAMENTAÇÃO INDIRECTA

Poder-se-á afirmar que as exigências do comércio internacional, não se bastam com a resolução que a via material pode assegurar.

A lei interna vocaciona-se exclusivamente à resolução de questões internas, e as relações comerciais internacionais têm características muito próprias, e a sua aplicação leva a resoluções desadequadas, colocando e causa a segurança e o tráfico jurídico.

Quanto ao entendimento segundo o qual as normas de conflito deveriam substituir-se a um conjunto de normas de direito material especial, somos a referir que, mesmo sendo aplicáveis directamente a uma situação jurídica internacional, vigorando como um "sistema especial de normas existentes a par das normas materiais", implicariam problemas ao nível da interpretação e da aplicação das normas de conflito, continuando a colocar em causa a certeza e a previsibilidade das decisões judiciais, originando sempre uma conexão com a situação a regular e o "portador" do direito material especial. ¹⁷⁶

O processo de unificação de um direito especial de fonte supra estadual, é complicado e afigura-se bastante dispendioso, e além do mais nunca se trata de uma unificação puramente universal, no sentido em que nem todos os Estados são parte deste direito material unificado, e mesmo que se tratem de questões de matéria unificada se a questão for colocada num estado não aderente há o inevitável recurso à via conflitual para determinar a lei competente. ¹⁷⁷

No que concerne ao direito material privado uniforme, por norma refere-se a regras exclusivamente destinadas a regular aspectos em específico das relações internacionais, e a par deste subsiste sempre o direito interno de cada estado

57

¹⁷⁶ MIMOSO, Maria João, SOUSA C. Sandra – Nótulas de Direito Internacional Privado: Lisboa, Quid iuris, 2009 ISBN: 978-972-724-467-6, p. 80

¹⁷⁷ PINHEIRO, Luís de Lima, ob. Cit, p. 85 a 87.

contratante, e de todo o modo também aqui tem de haver lugar a uma conexão entre a situação a regular e o estado que está a apreciar a questão. ¹⁷⁸

No mesmo sentido, Lima Pinheiro assinala que " o direito material especial vê a sua aplicação depender de uma ligação com o estado do foro. Trata-se, então de uma das técnicas de regulação indirecta, que não prescinde de normas de conexão. 179

Perante uma situação que derive de uma relação constituída ao abrigo desses instrumentos, os tribunais da *lex fori* devem aplicar essa lei uniforme. Esta solução é desajustada a partir do momento em que a relação internacional em crise, não tenha conexão efectiva com a lei a aplicar. ¹⁸⁰

Relativamente ao Direito material comum, sendo aplicado a qualquer contrato internacional, independentemente de conterem elementos internacionais, resolvendo-se o problema como de uma relação puramente interna se tratasse, seria proveitoso a partir do momento em que, se prescindiria definitivamente da via conflitual. No entanto os operadores do comércio continuariam sempre com a incerteza quanto ao direito aplicável, subsistiria sempre a insegurança e a incerteza jurídica, frustrando-se os seus interesses. ¹⁸¹

E manifesta a desadequação dos direitos nacionais às exigências do comércio internacional, pelo que deve ser defendida a aplicação de outros instrumentos mais eficazes, que salvaguardem as expectativas dos operadores do comércio e o próprio desenvolvimento das economias das comunidades internacionais, devendo ser consideradas outras alternativas existentes, essas sim pensadas para as especificidades do comércio internacional.

Terminadas as criticas às técnicas de regulação conflitual, introduziremos a análise de outra via de regulamentação, das relações comerciais internacionais, a via material ou substantiva.

100

¹⁷⁸ MIMOSO, Maria João, SOUSA C. Sandra, *ob. Cit* p. 80

¹⁷⁹ PINHEIRO, Luís de Lima, ob. Cit, p. 91

¹⁸⁰ MIMOSO, Maria João, SOUSA C. Sandra, ob. Cit p. 81

¹⁸¹ MIMOSO, Maria João, SOUSA C. Sandra, *ob. Cit* p. 83

b) VIA MATERIAL OU SUBSTÂNTIVA

É possível para além das diversas técnicas de regulação da via conflitual, disciplinar a forma e o conteúdo do contrato Comercial internacional, através de uma regulamentação material.

Por contraposição via conflitual, a regulamentação directa visa regular materialmente as questões, atendendo ao seu resultado. Neste contexto iremos destacar como regulamentação material da compra e venda internacional a *lex mercatória*, e como instrumentos de *soft law* os princípios do UNIDROIT, os Princípios Europeus dos Contratos e o Quadro Comum de Referência Europeu para os Contratos.

Iniciaremos o nosso percurso primeiramente com a análise da *Lex Mercatória* como regulamentação da compra e venda internacional de mercadorias com base nos usos e costumes do comércio internacional, que relevando pela sua prática reiterada, no seio da comunidade internacional.

1. LEX MERCATÓRIA

Antecedentes

È volta do século XI, que se começa a desenvolver-se um direito próprio dos mercadores. No seio das suas negociações e com o objectivo de expandir as suas relações comerciais, os mercadores começaram por se unir em comunidades, para fazerem as suas viagens fornecendo segurança aos comerciantes nas suas trocas. 182

¹⁸² VOLCKART, Oliver Mangels, Antej. 1999. *Are The Rootes of the Modern Lex Mercatória Really Medieval*. Southern Economic Journal. vol. 65 issue 3 p. 437.

O crescimento das cidades e a queda do império, e dos regimes feudais propiciaram um maior desenvolvimento de regras consuetudinariamente estabelecidas entre os comerciantes. O direito desta época advinha do costume e das práticas reiteradas pelos mercadores, e o intercâmbio de povos fez com que se estendesse por toda a Europa. 183

Neste processo de crescimento, a difusão de usos e costumes foi sendo feita quase que de uma forma inconsciente e foi sendo enraizado de tal forma que, por volta do século XVI as práticas mais importantes e as soluções aplicadas, foram sendo incorporadas nos direitos nacionais dos estados, a chamada " nacionalização do "Ius mercatorum" 184

A primeira referência à existência de um direito autónomo aos direitos nacionais e internacionais reporta-se a 1928 com uma publicação de Edouard Lambert dando conta de um direito corporativo que teria por objecto as relações económicas internacionais compreendidas sobretudo em codificações de usos comerciais e em contratos tipo. 185

Como resultado dessas relações comerciais edificou-se um direito anacional, um direito formado à margem das legislações nacionais, baseado em usos e costumes e tal como refere Fernando Granda " é assim que surge a lex mercatória que se apresenta como uma regulação nascida do costume, especialidade que ultrapassa os direitos locais e tende a ser universal dentro da sua época e especialidade". 186

¹⁸³ STOECKER, Christoph. W. O. 1990. The Lex Mercatória: To What Extend does Exist?, Journal of international Arbitration, vol 7 nº 1. P. 102

¹⁸⁴ KADENS, Emily. 2004. Order within Law, Variety with Costum: The Character of The Medieval Merchant Law: Chicago Journal of International Law, vol 5, n°1, p. 46

¹⁸⁵ VICENTE, Dário Moura. 1990. Da Arbitragem Comercial Internacional, Direito aplicável ao Mérito da Causa. Lisboa: Coimbra, ISBN 972-32-0444-4, p. 135

¹⁸⁶GRANDA, Fernando Trazegnies. El Poder Judicial peruano en la historia, disponível em: http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/images/Fernando_de_Trazegnies._El poder_judicial_peruano_en_la_historia.pdf_

Os diversos sistemas jurídicos reconhecem a existência de um direito que se forma à margem da lei, como os usos e o costume na contratação Internacional. A *Lex Mercatória* nasce com a necessidade de dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas comerciais, encontrando-se actualmente, redimensionada pelo fenómeno globalizador.

Pode mesmo ser entendida como um direito criado pela "Business Community", sem a intervenção do poder estadual "destinadas a disciplinar de modo Uniforme, além da unidade política dos Estados, as relações comerciais, que se estabelecem dentro da unidade económica dos mercados". ¹⁸⁷

A doutrina não é unânime no que diz respeito à sua definição, para Schmitthoff¹⁸⁸, Lew¹⁸⁹, Goldstajn¹⁹⁰, Lando¹⁹¹ este direito anacional, formado à margem dos sistemas nacionais, teria em vista a acautelar possíveis conflitos de leis estaduais e tratar-se-ia de regras de fonte consuetudinária, usos e costumes do comércio internacional, as leis nacionais baseadas na mesma fonte de regulação, e ainda condições contratuais de entidades privadas.

Uma concepção mais restritiva é apresentada pela doutrina francesa representada por Goldman ¹⁹² que sustenta que o critério para chegar a uma definição de *Lex Mercatória* não deve residir no objecto das regras que a integram, mas nos usos e costumes, na sua origem costumeira. Este autor entende que a *Lex Mercatória* é um direito instintivo, que se integra nos usos do comércio, em típicas

¹⁸⁷ GALGANO, Francesco, MARRELLA, Fabrizzio. 2001. *Interpretación del Contrato y Lex Mercatória*, Revista de Derecho Comparado nº 3, p. 20

¹⁸⁸SCHMITTHOFF, Clive. 1990. *The Law of International Trade*, London,. S.n. p. 15 e ss

¹⁸⁹LEW, Julian. 1978. *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, New York, s.n. p. 436 e ss.

¹⁹⁰GOLDSTAJN, Aleksander. The New Law Merchant Reconsidered, J. Bus .L, p. 171 e ss

¹⁹¹LANDO, Ole. *The LexMercatória in Internacional Commercial Arbitration*, Int. Comp. L. Q.34, p.748 e ss

¹⁹²GOLDMAN, Berthold. 1983. *LexMercatória*, Forum Internationale nº 3 e *The Applicable Law: General Principles of Law- Lex Mercatória*, Julian Lew (org), Contemporary Problems in International Arbitration, 1987, p. 113 e ss

cláusulas contratuais, contratos tipo, princípios gerais de direito, e jurisprudência arbitral.

Embora reconheça que se trata de um direito limitado pela sua formação, reconhece a sua aplicação esclarecendo que a mesma radica num "conjunto de regras de direito que operam à margem da lei própria das relações económicas internacionais". ¹⁹³

Para além dos seus defensores, há quem critique a sua existência tal como Feldstein e

Kahn, que consideram que a *lex mercatória* é demasiado ampla, e vasta, levando à incerteza e imprevisibilidade em sede de litigio. ¹⁹⁴ Para estes autores a *lex mercatória* é limitada pela sua existência, não oferecendo uma resposta eficaz às necessidades ao nível da contratação internacional.

Estes autores defendem que a pretensão de regulação pela *Lex Mercatória* como universal ou transnacional é geograficamente limitada e depende da condescendência dos próprios estados que a aceitem. Esta obedece a existências específicas de um grupo social, e não é legítima pois dentro do direito internacional, "já que os seus promotores são um grupo social poderoso, uma nova *societas mercatorum*, que busca criar uma normatividade e um aparato jurisdicional ao seu serviço, desfasado do direito nacional". ¹⁹⁵

Não se tratando de um ordenamento jurídicos os autores entendem que a sua aspiração universal e efectiva coerência eliminam qualquer possibilidade de esta coexistir no plano internacional. 196

¹⁹³ GOLDMAN, Berthold. 1979. *La lex Mercatoria dans les contrats et l.árbitrage internationaux:* realities et perpectives. Clunet 106. pág. 475.

¹⁹⁴MORALES, Jennifer Rebeca. 2007. *Relevancia de La Aplicacion de la Lex Mercatória en controvérsias sometidas ante la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.* Guatemala, p. 40, disponível em http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04 7020.pdf.

¹⁹⁵MORALES Jennifer Rebeca, ob. Cit, p. 41.

¹⁹⁶MORALES Jennifer Rebeca, ob. Cit, p. 42.

Há quem vá mais longe e negue mesmo a sua existência como é o caso de Lagarde ¹⁹⁷. Mas para quem a defende como Delgado Barreto, Delgado Menéndez y, Candela Sánchez, a *Lex Mercatória* entendida como um conjunto de normas transnacionais que nascem no seio do comércio comercial e que se desenvolvem através da prática comercial. ¹⁹⁸

Segundo Rodolfo Miramontes, a Lex Mercatória encontra fundamento nas decisões arbitrais, e trata-se de " usos seguidos pelos comerciantes que os consideram obrigatórios e as decisões arbitrais devem ser consideradas na justa medida como um reflexo de realidades económicas e disposições de acordo com as necessidades do comércio internacional". 199

Fontes da Lex Mercatória

Os usos do comércio internacional constituem uma das principais fontes da *lex Mercatória* vários são os autores que os consideram como codificações privadas de usos elaborados pela CCI, como é o caso de Fouchard²⁰⁰ ou Schmittoff. Para estes autores e para os que defendem a *lex mercatória* como uma ordem jurídica autónoma consideram que os usos do comércio constituem verdadeiras normas jurídicas.²⁰¹

¹⁹⁷LAGARDE, Paul. 1982. *Approche Critique de la Lex Mercatória*, Études Berthold Goldman. Paris, s.n. p. 142

¹⁹⁸ BARRETO, Delgado, César, María Antonieta Delgado Menéndez, César Lincoln Candela Sánchez. 2006. *Introducciónal Derecho Internacional Privado. Conflicto de leyes Parte General*, Tomo I PontificiaUniversidad Católica del Perú, Dirección Académica de Investigación, Fondo Editorial, p. 76.

¹⁹⁹MIRAMONTES, Rodolfo Cruz. 2006. *Derecho internacional del comercio, derecho del comércio internacional o derecho del comercio exterior?* In: Revista Latino americana de Derecho. Ano III, nº 6, p. 125 disponível em www.bibliojuridica.org/estrev/pdf/derint/cont/6/cmt/cmt16.pdf.153, p. 150. ²⁰⁰FOUCHARD, Philip. 1982. *Les usages, Lárbitreet le juge*, in Études Berthold Goldman, Paris,

s.n. p.67.

²⁰¹SCHMITTHOFF, Clive, *ob. Cit*, p. 16.

No entendimento da doutrina dominante²⁰² as cláusulas contratuais gerais e os contratos tipo constituem também uma fonte da *lex mercatória*. As cláusulas contratuais gerais são condições elaboradas por um das partes contratantes para integrar o contrato. ²⁰³ Já os contratos tipo são contratos celebrados entre determinadas entidades com vista à uniformização contratual de contratos futuros a serem realizados por si. ²⁰⁴

A doutrina dominante entende como acontece nos usos do comércio, que às cláusulas gerais são verdadeiras normas jurídicas ²⁰⁵. Segundo Lima Pinheiro ²⁰⁶ estas cláusulas " reproduzem a terminologia peculiar de um determinado mercado ou sector, uma referência directa ao significado que essas cláusulas e termos, é normalmente atribuído no mercado ou no sector do comércio de que são originárias".

Inclui-se ainda como fonte da *lex mercatória* o costume. Este tem vindo a ser criado pelos operadores do comércio e a sua prática reiterada tem vindo a ser aceite na comunidade internacional.²⁰⁷ Lima Pinheiro refere que o valor do costume enquanto fonte do comércio internacional, se afere através do sistema de fontes de direito vigente, e que no seu entendimento a existência do costume " não depende de reconhecimento legal.²⁰⁸

www.fd.ul.pt/portals/0/docs/Institutos/ICJ/LusCommune/Ascensãojoseoliveira6.pdf

²⁰²KAHN, Philippe. 1961. La ventre Commerciale Internacionale. Paris, s.n. p.366; FOUCHARD, Philippe. 1965. Lárbitrage Commercial Internacional. Paris. S.n. p.409, e GOLDMAN, Berthold. 1964. Frontiéres 'du Droit et LexMercatória, Archives de Philosophie du Droit 9, p.179.

ASCENSÂO, José Oliveira: Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e o Novo Código
 civil, p. 5 disponível em

²⁰⁴ COSTA, Mário de Almeida. 2005. *Direito das Obrigações* 9ª Ed. S.I. Coimbra, p. 186.

²⁰⁵KAHN, Philippe, *ob. Cit*, p. 37 e ss; FOUCHARD, ob. Cit, p .409, e GOLDMAN, Berthold – Frontiéres, *ob. Cit*, p. 180.

²⁰⁶PINHEIRO, Luís de Lima, *ob. Cit*, p. 226.

²⁰⁷MORALES Jennifer Rebeca, *ob. Cit*, p. 25.

²⁰⁸PINHEIRO, Luís de Lima, *ob. Cit*, p.222.

Para Schmitthoff é possível ainda incluir-se como fonte da Lex Mercatória a Legislação Internacional, como convenções de unificação de direito interno como a CISG, leis uniformes, como a Convenção de Haia sobre a compra e venda internacional e leis modelo, como é o caso da lei modelo da CNUDCI sobre a arbitragem internacional.²⁰⁹

Por fim como última fonte da lex mercatória a doutrina refere-se aos princípios gerais de direito reconhecido pelas nações, ²¹⁰ incorporados no direito privado dos seus sistemas jurídicos.

Considerando que a prática reiterada de determinadas condutas ter levado à consolidação de princípios anacionais reconhecidos por toda a comunidade comercial, considera-se necessária uma breve alusão aos mais significativos princípios que componhem lex mercatória, são eles²¹¹:

- a) O equilíbrio das prestações contratuais;
- b) A boa-fé contratual;
- c) A presunção de competência profissional;
- d) O compromisso em caso de incumprimento de minimizar os prejuízos;
- e) O dever de cooperação entre as partes;
- f) A exigência de uma normal diligência, útil e razoável para as partes de acordo com os seus interesses;
- g) A validade de aceitação tácita de um contrato;
- h) As regras de interpretação contratual como a boa-fé, verdadeira intenção das partes, utilidade das normas e a regra da *inclaris non fitinterpretacio*;
- i) A presunção de incumprimento e renuncia às sanções contratuais.

²⁰⁹SCHMITTHOFF, Clive. 1965. *International Trade Law and Private International Law*, in Clive. M Schmithoff's Select Essays on International Trade Law. S.I. s.n. p. 267.

²¹⁰FOUCHARD, Philippe, *ob. Cit*, p. 423, GOLDMAN, Berthold. 1963. *Les Conflits de Lois dans L'arbitrage International de Droit Privé*. RCADI 109. p.479, e LANDO, Ole. The Lex Mercatória, ob. Cit, p.749.

²¹¹ LANDO, Ole. 1985. *The Lex Mercatória, International Comercial Arbitration*, 34 Ints e Comp LQ, p.749.

O fenómeno de incorporação da Lex Mercatória, não se circunscreve ao direito interno dos Estados, consolidando-se no comércio Internacional nos distintos instrumentos de regulamentação. A Convenção de Viena aplicável aos Contratos Internacionais de Mercadorias é um dos instrumentos que reconhece os usos e as práticas do comércio internacional.

O seu artigo 8º refere que para determinar a intenção das partes se deve atender-se a quaisquer práticas e usos que as partes tenham estabelecido entre elas. A obrigatoriedade de observância de qualquer uso ou praticas estabelecidas pelas partes (artigo 9°). Estes dois artigos possuem a função normativa e interpretativa dos usos e costumes.

A grande importância que lhes é atribuída na CISG, leva a que se considere que em caso de conflito, estes prefiram supletivamente à própria convenção.²¹²

Fernandez de la Gandara e Caravaca²¹³referem que a validade e eficácia dos usos e costume vêm-se unicamente limitados pelas normas de ordem pública internacional, e nessas circunstâncias "prevalecerá a disposição internacionalmente imperativa do direito nacional que vier a ser aplicado no caso de não estar vigente a Convenção de Viena.

Os UNIDROIT, também são fruto do fenómeno de consolidação da lex mercatória, reconhecendo os usos e costumes do comércio internacional. O artigo 1.8 vem estabelecer que as partes se encontram vinculadas a qualquer uso ou prática estabelecida entre as partes, estabelecendo o respeito pelo costume internacional.²¹⁴

Também nos Unidroit é estabelecido a prevalência dos usos sobre os princípios. ²¹⁵. A boa-fé contratual, o dever de cooperação entre as partes, exigência

²¹²VISCASILLAS, Maria del Pilar Perales. 2001. El contrato de Compraventa Internacional de Mercancías (Convención de Viena de 1980) p.21 disponivel em http://www.cisg.law.pace.edu.

²¹³CARAVACA, Alfonso L. Calvo e GANDARA, Luis Fernadez Dela. 1995. Derecho Mercantil. Madrid, Tecnos, p. 599

²¹⁴Vide artigo 4.3 UNIDROIT

²¹⁵Vide comentário ao artigo 1.8, edição do Ministério da justiça.

de uma normal diligência, útil e razoável para as partes de acordo com os seus interesses encontram-se previstos também nas suas disposições.

Relativamente à aceitação e à oferta previstas no artigo 18, o transporte de mercadorias regulado no artigo 32, e à conformidade das mercadorias do artigo 35, são outros exemplos de disposições que consagram o respeito pelos usos e práticas convencionadas entre as partes.

SECÇÃO III - DOS PRINCIPAIS INSTRUMENTOS DE SOFT LAW APLIVÁVEIS AO CONTRATO DE COMPRA E VENDA INERNACIONAL DE MERCADORIAS

A crescente internacionalização da economia faz com que as relações económicas transnacionais, tenham uma importância bastante significativa nas economias dos países.

Assiste-se a um crescente tráfico internacional de mercadorias, bens e serviços, mas a inadequação dos direitos nacionais mantém-se na regulamentação da contratação internacional, colocando em jogo os interesses do comércio.

Um direito material uniforme à escala mundial seria a única forma de suprimir esta inadequação dos sistemas, pois tal como refere Batista Machado²¹⁶ " Só um verdadeiro direito material uniforme, comum a vários estados, e concebido para regular certas relações do comércio internacional em contacto com esses estados, é susceptível, não de substituir o direito de conflitos, mas de fazer desaparecer o problema que este tem por objecto".

²¹⁶MACHADO, João Batista. 2009. *Lições de Direito Internacional Privado*. Coimbra, Almedina, ISBN 978-972-40-0273-6, p. 15.

A lei interna vocaciona-se para a resolução de problemas internos, e a sua utilização para a resolução de situações puramente internacionais implica tratar igual, aquilo que é diferente.

Em face desta inadequação e com o objectivo de suprir algumas das necessidades do Comércio internacional, foram sendo criados instrumentos de regulação autónoma, harmonizando as diferentes legislações.

Com esse propósito foram criados os princípios do UNIDROIT que compreendem uma base de regras e princípios relativos à compra e venda, comuns a quase todos os sistemas jurídicos, ajustados às necessidades internacionais.

Com o mesmo objectivo foram criados os Princípios Europeus dos contratos, que Representam um marco importante pela tentativa de supressão das diferenças existentes entre os sistemas da Common Law e da Civil Law, proporcionando a utilização de regras que objectivam atenuar as diferenças entre os diversos sistemas, eliminando os obstáculos para um melhor funcionamento do mercado, provendo os agentes do comércio de princípios relativos às obrigações contratuais.

Objectivando uma maior coerência legislativa comunitária, e a garantia de uma maior transparência e simplificação do direito dos contratos, a Comissão Europeia criou um Quadro Comum de Referência Europeu para os Contrato. Este Quadro proporciona um "instrumento de Referência não Vinculativo de princípios, definições e regras padrão" aplicáveis aos contratos internacionais.

1. PRINCIPIOS DO UNIDROIT

Uns dos mais importantes contributos para a unificação dos direitos privados foram os Princípios da UNIDROIT. Criados pelo Instituto Internacional para Unificação do Direito Privado em 1994, constituem uma fonte não legislativa de direito uniforme de regras relativas à contratação internacional. Note-se que embora o grupo incumbido da sua elaboração se tenha constituído em 1980, os mesmos só foram publicados em 1994.

Representadas todas as tradições jurídicas na elaboração dos trabalhos, os princípios da UNIDROIT têm tido uma crescente aceitação e aplicação aos contratos internacionais. E o facto de os mesmos terem vindo a ser aplicados pelos tribunais arbitrais na grande maioria das situações sujeitas à sua apreciação ²¹⁷, prova a sua maior adequação às exigências comerciais internacionais.

São considerados como fonte de unificação e harmonização, no entanto em face do seu carácter não vinculativo, apenas são tidos em consideração como um conjunto de condições gerais a observar limitadas, exclusivamente pelo direito interno dos estados, sobretudo pela ordem pública internacional, e pelas normas de aplicação imediata²¹⁸

A criação deste instrumento não teve a pretensão de regular nenhuma categoria contratual em especial, mas tão só traçar um escopo de normas gerais, que podem servir de base à contratação internacional, servindo como instrumento alternativo ao direito estadual nacional, como critério de fundamentação das decisões ou tão só legitimando práticas ou regras de conduta no seio da comunidade comercial internacional.

Note que muito embora os princípios possam servir de base a fundamentações de decisões arbitrais, não constituem jurisprudência arbitral, não sendo de *per si* fonte de direito, relevando apenas como critérios de decisão e não como direito objectivo²¹⁹.

Muito embora se trate de *Soft Law*, não impondo força jurídica obrigacional, os princípios da UNIDROIT são um conjunto sistematizado de soluções que se

²¹⁷Estudo publicado em *Uniform Law Review* pelo UNIDROIT, disponível em, www.unidroit.org, e as decisões com recurso à aplicação dos princípios encontra-se disponível em www.unilex.info.

²¹⁸ BONELL, Michael Joaquim, ob. Cit, p. 5-40.

²¹⁹ Neste sentido, CANARIS, Claus. wilhelm. 2000. Stellung der UNIDROIT Principles, und der Principles of European ContractLaw, im Sistem der Rechtsquellen, Europaische Vertragsrechts vereinheitlichung und deutsches Recht, org. por Jurgem Basedow: Tubinga, b, p. 16 e ss

consideraram ser comuns aos principais sistemas jurídicos, elaborados com o objectivo de prover os agentes do comércio internacional de instrumentos uniformes, reguladores dos vários aspectos da relação comercial internacional.

A sua primeira edição²²⁰ estabeleceu regras para a formação dos contratos, interpretação, validade, relativamente ao conteúdo, cumprimento e incumprimento contratual. Mais tarde foi elaborada uma 2ª edição em 2004, onde acresceram o instituto da representação, compensação, assunção de dívidas, cessão de créditos, transmissão da posição contratual, prescrição e contratos a favor de terceiro²²¹.

Estes princípios são susceptíveis de aplicação " quando as partes aceitem que o seu contrato seja regido pelos princípios gerais de Direito", ou "à *lex mercatória*" ou "outra forma equivalente ", " quando se revelar impossível determinar qual a regra pertinente da lei aplicável", "para a interpretação ou a integração de instrumentos de direito internacional Uniforme" e finalmente como " modelo aos legisladores nacionais e internacionais". ²²²

Princípios Fundamentais

• Principio da Liberdade contratual – Artigo 1.1

A implicação deste princípio ao nível da contratação internacional, reveste grande importância, pois permite que as partes possam modelar o conteúdo do contrato como lhes aprouver, tendo uma total liberdade para contratar como, quando, e com quem entenderem, da forma que julgarem ser a mais conveniente.

²²⁰ PINHEIRO, Luís de Lima, *ob. Cit*, p. 192

BONELL, Michael. 2004. The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law, Uniform Law R. p. 5 a 40

²²² UNIDROIT, Instituto para a Unificação do Direito Privado. 1995. *Princípios Relativos aos contratos Comerciais Internacionais*. Roma: Versão Publicada pelo Ministério da Justiça, p. 21

Relativamente à liberdade de determinação do seu conteúdo, ressalva-se que muito embora as partes possam excluir a aplicação dos princípios, derrogar qualquer uma das suas disposições ou inclusive de modificar os seus efeitos, esta é limitada pela inderrogabilidade prevista para as partes. Devida a importância de determinadas disposições, que revestem carácter imperativo, não se permite que as partes as derroguem ou as modifiquem, veja-se o artigo 1.5.

Também existem normas imperativas de direito publico ou privado, que podem afastar a aplicação dos princípios, fazendo prevalecer as suas regras internas, pois tal como o previsto no artigo 1.4, os princípios " não limitam a aplicação de regras imperativas, de origem nacional, internacional ou supranacional aplicáveis segundo as normas pertinentes de direito Internacional Privado".²²³

• Liberdade de forma – Artigo 1.2 (Principio do consensualismo)

Relativamente à forma que o contrato comercial internacional deva revestir, permite-se a sua liberdade de forma, não havendo imposição de que o mesmo deva ser celebrado ou provado por escrito. Desta forma o contrato, não se encontra sujeito a nenhum requisito de forma em especial.

Este princípio teve em vista a maior adequação ao comércio internacional, uma vez que o desenvolvimento tecnológico sofreu um progresso significativo, permitindo às partes a realização de contratos, que não se formam em suporte físico, material, tal como o papel. ²²⁴

A liberdade de forma, pode ser limitada, por disposições especiais previstas na lei escolhida pelas partes, podendo este principio ser derrogado por uma norma imperativa da *lex contratus*.

²²³UNIDROIT, ob. Cit, p. 28

²²⁴UNIDROIT, *ob. Cit*, p. 28

Refira-se que as partes podem sujeitar o seu contrato a uma determinada forma em específico, desde que haja acordo relativamente a essas exigências. Nomeadamente que a realização de determinado contrato, fique dependente da verificação de questões de fundo ou de forma. ²²⁵

• Força vinculativa do contrato – Artigo 1.3 (Pacta Sun servanda)

"Um contrato validamente celebrado vincula as partes contratantes. Só pode ser modificado ou terminado nos termos do disposto nas respectivas cláusulas, por comum acordo entre as partes ou ainda pelas cláusulas enunciadas nestes princípios"

Consagra-se a *pacta sund servanda*, pressupondo-se que um contrato quando realizado é vinculativo para as partes, e só existe a possibilidade de modificação, ou cessação por estas quando haja comum acordo nesse sentido. Pois no caso de não existir acordo quanto à modificação ou cessação do contrato, só é permitida quando admitida a nível contratual, ou quando se encontrar expressamente previsto nos princípios.²²⁶

• Regras imperativas – Artigo 1.4

Em primeiro lugar estas regras têm por finalidade, restringir a autonomia das partes aplicando-se com força obrigatória geral. Os princípios só vinculam as partes quando, não haja a afectação de regras imperativas, das ordens interna, internacional, ou transnacional, que as partes não podem derrogar pela via contratual. Pelo que serão sempre observadas em primeira instância, essas as normas imperativas.

.

²²⁵ UNIDROIT, ob. Cit, p. 65, 74, e 75.

²²⁶Cfr artigos 3.10 (2), 3.10 (3), 3.13, 5.8, 6.1.16, 6.2.3, 7.1.7, 7.3.1 e 7.3.3.

A ordem pública interna é formada por um conjunto de todas as normas, regras e princípios, que num determinado sistema jurídico gozam natureza imperativa. A ordem internacional é "um conjunto também ele de normas e princípios, que se formam nos quadros fundamentais de um sistema, e que por isso impedem a aplicação, na respectiva esfera de influência, da lei estrangeira normalmente competente, ou o reconhecimento dos respectivos efeitos"²²⁷.

Analogamente serão observadas, as normas imperativas da lei do foro ou de Estados Terceiros, sempre que resulte na exigibilidade da sua aplicação, e quando haja uma conexão entre o contrato e o estado terceiro.

• Exclusão ou modificação dos princípios – Artigo 1.5

As partes podem em princípio afastar em totalidade ou em parte a sua aplicação, bem como proceder à sua adaptação, consideradas as especificidades do contrato em causa, alterando o seu conteúdo.

Esse afastamento pode ser feito de forma expressa ou tácita, sendo que se verifica para todos os efeitos que, quando as partes introduzam regras incompatíveis com as restantes disposições impostas pelos princípios, a escolha é tácita. Presume ainda que quando as partes decidam por comum acordo, aplicar apenas parte dos princípios, que os mesmos se conjugam com as disposições gerais previstas para aquelas matérias.

De realçar ainda que a modificação ou exclusão do conteúdo destes princípios, não se pode verificar quando: os mesmos tenham natureza imperativa, como é o caso do princípio da boa fé previsto no artigo 1.7, bem como as

²²⁷ MIMOSO, Maria João. 2009. *Arbitragem do Comércio Internacional, Medidas provisórias e Cautelares*. Lisboa, Quid Juris, ISBN 978-972-724-470-6, P. 89

disposições sobre a validade substancial²²⁸, sobre a determinação do preço, (artigo 5.2), e indemnização em caso de incumprimento, (artigo 7.1.6).²²⁹

• Interpretação e Integração dos Princípios – Artigo 1.6

É objectivo dos princípios criar um enquadramento uniforme ao nível da contratação internacional, e nesse sentido também se deve considerar que ela exista aquando da sua aplicação. Deve ter-se em atenção que a forma de interpretação do contrato, deve ser distinta da interpretação dos princípios.

Estes devem ser interpretados de acordo com o sistema de regras a que pertencem, pois o critério utilizado para a sua interpretação dispõe, que os conceitos devem ser interpretados no espírito e no contexto dos próprios princípios, e não como referência ao modo de interpretação, utilizado no estado da lei eleita pelas partes.

No caso de existir alguma circunstância a regular, não prevista no presente instrumento, deve-se atender numa primeira instância, a uma solução dentro dos próprios princípios, tentando uma aplicação analógica das disposições específicas. Quando a solução não se baste pela extensão às disposições específicas, deve atender-se aos princípios gerais, que gozam um campo de aplicação mais vasto, e mais amplo.

• Boa-Fé – Artigo 1.7

O número 1 do artigo 1.7, refere que as partes devem proceder segundo a boa fé do comércio internacional, pautando-se por ela, quer na elaboração do contrato, quer durante toda a sua vigência.

²²⁸Salvo os casos do artigo 3.19

²²⁹UNIDROIT, *ob. Cit*, p. 33

Este conceito não deve ser interpretado de acordo com os padrões, que via de regra são adoptados nos sistemas jurídicos nacionais. O que deste princípio decorre, é que deve ser interpretado em consonância com " as regras da boa fé no comércio Internacional" ou seja, de acordo com os padrões utilizados no âmbito da contratação internacional.

O que está na *rácio* da boa-fé contratual, é a salvaguarda de comportamentos abusivos, de protecção da confiança e a lealdade a que as partes se encontram adstritas. Tem carácter imperativo, razão pelo qual não pode ser afastada ou excluída pelas partes no contrato.

Formação do contrato

Relativamente à formação do contrato, o artigo 2.1.1²³¹ do capítulo II, iniciase com a ideia fundamental de que o acordo das partes em si mesmo, é suficiente para a conclusão do contrato. A proposta e a aceitação via de regra são conceitos utilizados, para estabelecer se e quando, é que as partes chegam a um consenso.²³²

Existem contratos em que é especialmente delicado determinar se foi e quando foi, concluído, nomeadamente quando à lugar à conclusão após negociações prolongadas. Deste modo subentende-se que " um contrato pode ser considerado concluído mesmo que o momento da sua formação não possa ser determinado, desde que a conduta das partes mostre com suficiente clareza o consenso".

Pretendendo definir e distinguir a oferta de outro tipo de comunicações, o artigo 2.1.2 estabelece dois requisitos: a necessidade de uma proposta precisa e suficientemente clara, para que se possa retira dela a conclusão do contrato

²³⁰ UNIDROIT, *ob. Cit*, artigo 1.7, p. 36.

Uma vez que os últimos aditamentos aos princípios do UNIDROIT foram realizados em 2010, e uma vez que a publicação a que nos referidos dos princípios da UNIDROIT serem uma publicação anotada do Ministério da Justiça de 1995, Dora em diante a referencia ao principio será realizada à renumeração actual dos mesmos, mas com referência à pagina em que os mesmos se encontram na publicação por nós utilizada.

²³² UNIDROIT, *ob. Cit*, artigo 2.1, p. 46.

mediante uma aceitação e a manifestação de uma vontade pelo proponente de vinculação, em caso de anuência pela outra parte.²³³

Para que um contrato se considere perfeito, basta que haja a aceitação de uma proposta contratual, e é por esse motivo que se ressalvam as exigências de clareza e precisão da declaração negocial. No entanto não é possível de forma abstracta, determinar se a proposta cumpre ou não esses requisitos. O que realmente importa é saber, se o proponente e o destinatário da proposta, pretenderam a sua vinculação com a conclusão do contrato, ou se é possível retirar das disposições contratuais, uma interpretação conforme o artigo 4.1.²³⁴

No que diz respeito à retratação da proposta, o preceituado pelo artigo 2.1.3 determina que uma proposta se considera eficaz logo que chega ao destinatário. A importância da determinação do momento em que a proposta se torna eficaz, é essencial no sentido de precisar, quando é que a proposta pode ser aceite pelo destinatário.

No entanto existe ainda outra razão de ordem prática, que justifica a determinação dessa eficácia, nomeadamente a de permitir, que o proponente possa decidir, pela não manutenção da proposta ou até mesmo pela substituição da inicial.²³⁵

Uma proposta contratual pode ainda ser revogada até à conclusão do contrato, se a revogação chegar ao destinatário antes de este ter expedido a sua aceitação. Um dos pontos mais controversos da formação do contrato é o da revogação da proposta contratual, pelo facto de ser impossível conciliar as posturas adoptadas pelos países da common law, onde tradicionalmente uma proposta é em

-

²³³ UNIDROIT, ob. Cit, artigo 2.1.2. p. 48.

²³⁴ UNIDROIT. Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. 2007. *Princípios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales*. Roma. ISBN 88-86449-15-1, p. 37, disponível em http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2488/10.pdf

²³⁵ UNIDROIT, ob. Cit, artigo 2.1.3. p. 50.

regra revogável, e os países da civil law que contrariamente a consideram como uma excepção. 236

Só quando o destinatário manifesta a sua aceitação oralmente ou pela prática de um acto sem notificação, é que se mantém a possibilidade de revogação pelo proponente até ao momento da conclusão do contrato. De contrário esse direito cessa no momento em que é expedida a aceitação pelo destinatário, tornando-se a proposta irrevogável.

No entanto, são ressalvadas duas excepções para a revogabilidade a saber: a menção expressa à irrevogabilidade na proposta contratual e no de o destinatário agir em conformidade com essa irrevogabilidade, por entender que existem fundadas razões para a considerar a proposta como irrevogável.²³⁷

A proposta contratual pode ainda ser expressa ou tacitamente rejeitada, prevendo o artigo 2.1.5, que "a proposta caduca logo que a sua rejeição chegue ao proponente". A rejeição expressa opera com a comunicação do destinatário de que não tenciona aceitar a proposta do proponente. Já a rejeição tácita refere-se aos casos em que em resposta, o destinatário introduz aditamentos, alterações ou modificações. ²³⁸

No que diz respeito aos modos de aceitação o destinatário deve sempre declarar o seu acordo com a proposta, pois não basta a comunicação do seu recebimento ou a demonstração de interesse nela, nem mesmo a imposição de qualquer exigência suplementar a ser efectuada pelo proponente, para que seja considerada como aceitação.²³⁹

O silêncio do destinatário não permite concluir pela aceitação da proposta pois tal como refere o artigo 2.1.6 nº 1 " o silencio ou a inércia, por si só, não valem

.

²³⁶ UNIDROIT. Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, ob. Cit, p. 40.

²³⁷ UNIDROIT, ob. Cit, artigo 2.1.4, p. 51.

²³⁸ UNIDROIT, ob. Cit, artigo 2.1.5, p. 53.

²³⁹ *Vide* artigo 2.1.6.

como aceitação". Diz-se "só por si" pois a aceitação é possível, nos casos em que as partes convencionem que o silêncio como aceitação. 240

Relativamente ao prazo para a aceitação da proposta, o artigo 2.1.7 vem distinguir diferentes prazos, em função de a proposta ter sido realizada oralmente ou por escrito. Tendo sido efectuada oralmente, a proposta considera-se aceite no imediato. Se tiver sido realizada por escrito, ai valerá o prazo convencionado pelas partes. No caso de as partes não terem convencionado nenhum prazo para a sua aceitação, a aceitação deve chegar " num prazo razoável tendo em conta as circunstâncias".²⁴¹

Nos casos em que haja uma aceitação tardia da proposta contratual, em regra não produz efeitos e há susceptibilidade de não ser considerada pelo proponente. No entanto o nº 1 do artigo 2.1.9 estabelece que o proponente pode considerar a aceitação tardia considerando eficaz logo que 2 sem atraso justificado disso informe o aceitante ou lhe envie uma notificação com esse fim". 242

Uma última consideração a realizar relativamente à formação do contrato, é a retratação da aceitação. Assim uma aceitação pode ser retirada desde que " a retratação chegue ao proponente o mais tardar, no momento em que a aceitação se teria tornado eficaz". O que está na base desta redacção são os mesmos fundamentos utilizados, relativamente à retratação da proposta, podendo o destinatário querendo, retirar a sua aceitação.²⁴³

Validade da declaração negocial

O capítulo III dos UNIDROIT trata dos problemas relativos à validade do contrato, excluindo do seu âmbito a questões relativas à invalidade resultante da

²⁴⁰ UNIDROIT, ob. Cit, artigo 2.1.6, p. 55.

²⁴¹ UNIDROIT, ob. Cit, artigo 2.1.8, p. 59.

²⁴²Vide artigo 2.1.9.

²⁴³ UNIDROIT, *ob. Cit*, artigo 2.1.10, p. 61.

incapacidade das partes. A opção de exclusão desta matéria deve-se à complexidade inerente a esta questão, que obtêm um distinto tratamento nos vários sistemas nacionais.²⁴⁴

Ao contrário de alguns sistemas jurídicos, os UNIDROIT permitiram no seu artigo 3.1.3 que uma impossibilidade originária, que impeça o cumprimento das suas obrigações no momento da conclusão do contrato, não afecte a validade do contrato. Os direitos e deveres das partes decorrentes dessa impossibilidade, devem ser estabelecidos de acordo com as regras do incumprimento.²⁴⁵

Nos casos em que por falta de legitimidade, a parte que se compromete à entrega de coisa determinada, não pode por esse motivo dispor dela, não é suficiente para que se considere a sua invalidade. À luz do nº 2 do mesmo artigo a validade do contrato não é afectada. Pretendeu-se salvaguardar aqueles casos em que uma das partes adquire legitimidade ou poder de disposição, em momento posterior à conclusão do contrato. Nos casos em que isso não aconteça, aplicam-se as regras relativas ao incumprimento.

Pode acontecer ainda que uma das partes represente uma falsa convicção a respeito dos factos ou do direito existentes no momento da conclusão do contrato. Nestas circunstâncias só pode ser considerado para efeitos de anulação, o erro grave apreciado através de critérios objectivos e subjectivos, no sentido do que teria decidido " um contraente razoável colocado nas mesmas circunstâncias" se conhecesse da real situação. Mas este critério não é suficiente para que o erro seja considerado relevante. ²⁴⁶

O nº 1 do artigo 3.2.2 consagra que um contrato só pode ser anulado pela parte que se encontra em erro, se o comportamento do outro contraente preencher um dos quatro²⁴⁷ requisitos:

²⁴⁵ UNIDROIT, ob. Cit, artigo 3.1.3, p. 88.

-

²⁴⁴ UNIDROIT, *ob. Cit*, artigo 3.1.1, p. 85.

²⁴⁶ UNIDROIT, ob. Cit, artigo 3.2.2, p. 90.

²⁴⁷ *Vide* artigo 3.2.2, no 1 alinea a) b).

- a) "Tiver cometido o mesmo erro";
- b) "Tiver sido causa dele":
- c) "Conhecia ou tinha a obrigação de conhecer, a existência do erro e que era contrário às exigências da boa-fé em matéria comercial";
- d) Ou se "a outra parte não tiver ainda agido, no momento da anulação, em conformidade com o estipulado no contrato".

Só estas circunstâncias tornam o erro suficientemente relevante, para ser levado em consideração para efeitos de anulação. Nos casos em que a parte incorra em erro por culpa grave, ou tenha assumido o risco correspondente, o contrato não poderá ser anulado, com fundamento em erro, é aquilo é prescrito pelo nº 2 do mesmo artigo.²⁴⁸

Ainda como fundamento de anulação do contrato, encontram-se previstos o dolo e a coação. No que ao dolo diz respeito, o contrato é anulado com base numa conduta que tenha a pretensão de induzir em erro a contraparte para dela obter um benefício. No que concerne à coação, a ameaça só por si não basta para fundamentar a anulação do contrato. Esta deve ser grave o suficiente para que a pessoa ameaçada, não tivesse outra opção, que não a da conclusão do contrato.²⁴⁹

Cumprimento do contrato

Com o objectivo de determinar o momento em que deve haver lugar ao cumprimento das obrigações contratualmente assumidas, o artigo 6.1.1 determina 3 momentos possíveis. A primeira refere-se ao caso em tenha sido aposta pelas partes uma data para o cumprimento das suas obrigações, e nesse caso deverá ser essa data a ser levada em conta. A segunda circunstância refere-se ao prazo estipulado para a conclusão do contrato, ou no caso em que não tenha sido convencionado, o prazo que possa determinar com base nele. Por último o momento a ter em consideração

-

²⁴⁸ *Vide* artigo 3.2.2, nº 2.

²⁴⁹ *Vide* artigo 3.2.5 e 3.2.6, p. 96 e 97.

para efeitos de cumprimento é um prazo razoável a seguir à conclusão do contrato, nos casos em que nada tiver sido estipulado.²⁵⁰

Relativamente ao lugar em esse cumprimento se deve efectivar, via de regra é o lugar eleito pelas partes, frequentemente designado em cláusula contratual expressa no contrato. No entanto os UNIDROIT estabelecem regras supletivas para as situações em que, esse lugar não é por elas designado e não pode ser determinado com base no contrato. ²⁵¹ Nestes caos releva como lugar de cumprimento:

- a) o estabelecimento do credor, no caso de se tratar de uma prestação pecuniária,
- b) o estabelecimento do devedor, em todos os outros casos.

O nº 2 prevê ainda as consequências da alteração de estabelecimento em momento posterior à conclusão do contrato. Deste modo qualquer das partes que proceda à sua alteração, deve suportar qualquer acréscimo nas despesas resultantes da execução da prestação que essa mudança eventualmente acarrete.

Incumprimento

Para efeitos de incumprimento releva, a " não realização por uma parte de qualquer das prestações a se que encontra vinculada pelo contrato, incluindo a realização defeituosa ou tardia da prestação". ²⁵²Duas considerações devem ser tecidas a este respeito.

Primeiro a redacção do preceito é clara ao incluir para além do incumprimento total, todas as formas de cumprimento defeituoso. Segundo para

.

²⁵⁰ *Vide* artigo 6.1.1.

²⁵¹ UNIDROIT, ob. Cit, artigo 6.1.6, p. 148.

²⁵² *Vide*, artigo 7.1.2.

efeitos do presente artigo, é considerado o incumprimento justificado, a mora do credor, e o incumprimento injustificado, a excepção de não cumprimento.²⁵³

No tocante ao incumprimento justificado os UNIDROIT compreendem duas situações distintas. A situação em o devedor não tem possibilidade de cumprir total ou parcialmente a sua obrigação, por comportamento da contra parte que procedeu de modo a que o cumprimento fosse impossível. A outra situação diz respeito ao incumprimento causado " por um acontecimento cujo risco" foi assumido pela parte que reclama o incumprimento.²⁵⁴

Relativamente ao incumprimento injustificado, o artigo 7.1.3 refere-se a dois casos concretos em que à lugar à excepção de não cumprimento. Nomeadamente quando " uma parte, obrigada a realizar a sua prestação ao mesmo tempo que a outra parte, pode recusar a sua prestação enquanto a outra não oferecer o cumprimento da que lhe cabe", bem como quando " uma parte obrigada a realizar a sua prestação depois de a outra, pode recusar prestá-la enquanto esta ultima não cumprir".

Não é nossa pretensão esgotar todas as temáticas relativas à aplicação dos princípios do UNIDROIT, mas tão só deixar uma breve auscultação das questões que entendemos mais pertinentes no seio da contratação internacional, em concreto pela importância que reveste como instrumento aplicável à compra e venda internacional de mercadorias.

Seguidamente é nosso ensejo demarcar as características mais importantes de um outro instrumento, com um importante papel unificador regional dos direitos dos contratos comerciais, os PECL.

²⁵³ UNIDROIT, *ob. Cit*, artigo 7.1.1, p. 184.

²⁵⁴ UNIDROIT, *ob. Cit*, artigo 7.1.2, p. 186.

2. PRINCIPIOS EUROPEUS DOS CONTRATOS

A propósito da análise de outros instrumentos de regulação, foi referida a necessidade de criar instrumentos, que assegurassem um funcionamento eficaz das relações comerciais internacionais no mercado. Cada vez mais são necessárias medidas apropriadas, que permitam uma maior flexibilização dos direitos, por forma a assegurar a segurança e a harmonia contratual, afastando os obstáculos fundamentalmente incompatíveis com o mercado comum.

Os PECL, tal como os UNIDROIT, constituem mais um instrumento de regulamentação autónoma, que visam a aproximação das legislações nacionais e internacionais, instituindo uma base de regulamentação para a contratação internacional.

O seu projecto inicial, deveu-se à iniciativa de vários juristas Europeus, que constituíram uma comissão de trabalhos²⁵⁵, sob a presidência de Ole Lando, facto pelo qual também sejam comummente denominados por Lando.

Esta comissão iniciou os seus trabalhos em 1980 até 1990, no entanto só com a constituição de uma segunda comissão entre 1992 e 1995 é que formam terminados os trabalhos, findando-se as partes primeiras e segundas dos princípios.

Os PECL não constituem direito objectivo directamente aplicável, tratam-se pois de um instrumento de Soft Law que tem por objectivo facilitar o comércio Europeu, facultando às partes a possibilidade de optarem por uma regulação do seu contrato, diferente das dos sistemas nacionais.

A primeira parte dos princípios diz respeito à execução, inexecução e " remedies", meios de defesa, e a segunda sobre formação do contrato, representação, interpretação, e conteúdo.

-

²⁵⁵ LANDO, Ole. 1992. Principles of European Contract Law. An Alternative or precursor of European Legislation, Rabels Z, s.n. p. 261 a 273

No ano de 2003 foi publicada uma parte terceira relativa a cessão de créditos, transmissão da posição contratual, pluralidade de partes, compensação, prescrição, ilegalidade condições e capitalização de juros. ²⁵⁶

Tal como os UNIDROIT, os Princípios Europeus do Contactos, doravante designados por PECL não possuem carácter vinculativo, constituindo apenas uma fonte de regulação para as relações comerciais internacionais, traçando uma base comparativa aos sistemas jurídicos europeus, muito embora aspirem a uma aplicação progressiva.²⁵⁷

São passíveis de aplicação, sempre que as partes convencionem a sua incorporação no contrato ou a submissão do contrato aos princípios (artigo 1:101, nº 2), quando haja convenção no sentido de que o contrato seja regido por princípios gerais de direito, à *lex mercatória*, ou quando utilizem expressões similares (nº 3 a). Destinam-se ainda a ser aplicados no caso de as partes, não terem elegido nenhuma lei ou sistema legal para reger o seu contrato (nº 3 b).

Os PECL apresentam uma base comparativa bem mais vincada que os UNIDROIT, sendo certo que quer num caso ou noutro, não constituem direito objectivo, aplicável no âmbito da contratação internacional.

Representam um marco importante pela tentativa de supressão das diferenças existentes entre os sistemas da Common Law e da Civil Law, proporcionando a utilização de regras que objectivam atenuar as diferenças entre os Ordenamentos os diversos Jurídicos, eliminando os obstáculos para um melhor funcionamento do mercado.²⁵⁹

²⁵⁶ PINHEIRO, Luís de Lima, ob. Cit, p. 193

²⁵⁷ LANDO, Ole e BEALE, Hugh. 1995. *The Principles of European Contract Law.* Dordrecht: Boston e; Londres. cap. XVI

²⁵⁸ LANDO, Ole e BEALE Hugh. 2000. *Principles of European Contract Law*, La Haya: Kluwer Law International. P.. 1-93.

²⁵⁹VILLANUEVA, Pedro Alfonso Labariega. 2006. *Los Principios del DerechoEuropeo de los Contratos y el Favor Contratos*. p. 5, disponível em www.bibliojuridica.org/libros/5/2348/21.pdf

Pelo facto de ter sido criado um quadro comum de referência europeu para o direito dos contratos, e este ter na sua base a revisão dos PECL e um guia orientação criado para uma melhor interpretação das suas disposições, entendemos que a nossa análise relativamente a estes princípios, deverá incidir sobre este novo instrumento, que altera e actualiza a estrutura dos PECL.

Deste modo iniciaremos a nossa abordagem com uma breve caracterização deste instrumento, compreendendo qual a necessidade de revisão e actualização do conteúdo e o porquê da criação de um guia de orientação

3. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS: QUADRO COMUM DE REFERÊNCIA EUROPEU PARA O DIREITO DOS CONTRATOS (THE COMMON FRAME OF REFERENCE)

Com o objectivo de conduzir a uma maior coerência legislativa comunitária, garantir uma maior transparência e simplificação do direito dos contratos, fazendo-o corresponder às realidades dos mercados internos, e às necessidades práticas dos operadores do comércio, a Comissão Europeia promoveu a iniciativa de um projecto de um Quadro Comum de Referência Europeu para os Contratos.²⁶⁰

A Comissão em 2001, em comunicado dava conhecimento de que iria lançar mão de um processo de consulta relativo às eventuais medidas a tomar no âmbito do direito contratual Europeu. Em resposta a este processo de Consulta ²⁶¹ resultou unanimemente na necessidade de uma maior Coerência da legislação Europeia. ²⁶²Pese embora inconclusiva relativamente aos obstáculos a superar e a acção necessária a ultrapassa-los.

2

²⁶⁰Comunicado da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, Maior coerência no Direito Europeu dos Contratos: Plano de Acção, COM (2003) 68 final.

²⁶¹Disponível em http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law /non_paper_en.pdf)

²⁶²Jornal Oficial da EU, JO C 255 DE 13 de Setembro de 2001, p. 1

Em 2003, é publicado assim um plano de acção intitulado " Maior coerência no Direito Europeu dos Contratos", propondo a criação de um Quadro Comum de Referência. ²⁶³O plano inicial da proposta da Comissão teve por base propor uma terminologia comum de conceitos fundamentais e soluções jurídicas para os problemas típicos que se levantavam no plano comercial.

Este Quadro proporcionaria um "instrumento de Referência não Vinculativo de princípios, definições e regras padrão para a revisão da legislação da União em vigor e a elaboração de nova legislação no domínio do direito dos contratos". ²⁶⁴

Assim em 17 de Dezembro de 2007 foi apresentada e publicada uma versão provisória do CFR, fruto da investigação proposta em 2004 ²⁶⁵, resultando um conjunto de princípios, definições e modelos de normas de Direito Europeu dos Contratos. ²⁶⁶

Esta versão provisória, foi preparada pelo grupo de trabalhos do Código Civil Europeu e pelo Acquis Group, baseada na sua grande maioria na revisão dos Princípios Europeus dos contratos e publicada pela Sellier European Law Publisher num volume intitulado "Principles, Definicions and Model Rules Of European Private Law. Draft Common Frame Of Reference.²⁶⁷

Terminologia

Na sua elaboração foi dada uma grande relevância às terminologias utilizadas, tendo sido efectuado um estudo comparativo dos vários conceitos nos diversos sistemas jurídicos. Centraram-se principalmente naqueles que levantavam maior dificuldade prática ao nível do direito contratual, nomeadamente o conceito

²⁶⁴ Jornal Oficial da EU, JO C de 15 de Março de 2003, p.1

²⁶³Jornal Oficial da EU, JO C de 15 de Março de 2003, p.1

²⁶⁵ Disponível em http://europa.eu.int/eur-lex/de/com/cnc/de_cnc_month_2004_10.html.

²⁶⁶Disponível em eur-lex,europa,cu/lexurisery/lexurisery.do? uri =OJ:C:2004:076:0097: PT:PDF

²⁶⁷ CAPITANT, Henri, Association dêsamis de la Culture juridique Française, e COMPAREÉ, Sociéte de Legislation. 2008. *European Contract Law – Material for a Common Frame of reference: Terminology, Guiding Principles and Model Rules*. Munich: Sellier European Law Publishers, ISBN 978-3-86653-067-6, p. 1

de obrigação, deveres, actos e factos jurídicos, normas imperativas, ordem pública, boa-fé, incumprimento, dano, e resolução. ²⁶⁸

Como bem se compreende cada um destes conceitos tem um sentido característico muito próprio no contexto legal dos sistemas em que se inserem, e esses mesmos conceitos podem divergir noutros sistemas jurídicos.

Este Quadro Comum de Referência não pretendeu criar uma dogmática terminológica diferente, mas tão só adoptar esses conceitos como ponto de partida, analisando as dificuldades que podem levar a diferentes entendimentos, e dar-lhe um sentido o mais exacto quanto possível dentro das suas limitações.

4. Revisão dos Princípios Europeus dos Contratos

A Revisão dos PECL, representam um estudo comparativo das diferentes culturas Europeias, tendo como fontes complementares as leis internacionais que regem os contratos, nomeadamente a Convenção de Viena de 1980 aplicável à Compra e Venda Internacional de Mercadorias. Deste modo procedeu-se à sua revisão com o objectivo do aperfeiçoamento, da sua maior efectividade e intangibilidade. ²⁶⁹

Este processo de revisão foi efectuado de uma forma muito peculiar e cuidada, de modo que num primeiro momento tivesse havido uma análise detalhada de cada artigo, com o intuito de melhorar o seu conteúdo, percebendo quais as dificuldades práticas que os acompanhavam. Nesses casos houve lugar à sua reformulação, por forma a tornar a sua redacção mais clara e mais coerente. ²⁷⁰

Retiraram-se os comentários aos Capítulos I, X, XI, XIII, XIV, e XVII, com o propósito de não dispersar as atenções em problemas secundários, permitindo um maior enfoque de atenção para lei contratual. Quanto à sua estrutura, esta foi alvo

²⁶⁸COSSON, Bénédite Fanvarque, MAZEAND, Denis. 2008. Capitant, Henri, Association dês amis de la Culture juridique Française, e COMPAREÉ, Sociéte de Legislation, *ob. Cit*, p. 2

²⁶⁹WICKER Guillaume, RACINE Jean-Baptiste, ob. Cit, p. xxxiii

²⁷⁰ WICKER, Guillaume, RACINE, Jean Baptiste. 2008. Capitant,, Henri, Association dês amis de la Culture juridique Française, e COMPAREÉ, Sociéte de Legislation, ob. Cit, p. xxxiv

de alterações. Decidiram-se pela manutenção dos capítulos II, III, e V, e a título de exemplo, no que toca ao capítulo IV e XV optou-se pela sua fusão, sendo renumerado como IV, intitulado de forma distinta como "Invalidade".

Relativamente ao capítulo VI, foi subdividido em dois capítulos, passando a ter um capítulo relativo ao conteúdo numerado como VI e um VII relativo aos efeitos, tendo os subsequentes sido renumerados.²⁷¹

Este Grupo de trabalhos entendeu ainda, no âmbito deste processo de revisão, que seria conveniente a criação de um guia de orientação para princípios, muito embora criado para ser autónomo dos mesmos.

Essa necessidade deveu-se à percepção da carência de esclarecimentos quanto ao seu entendimento, valor e até mesmo com o objectivo de clarificar o conteúdo das suas disposições, assentando nos princípios fundamentais de certeza, justiça e liberdade contratual.²⁷²

Contrato

Relativamente à noção de contrato houve o cuidado, de mais uma vez fazer um estudo comparativo do seu regime nos diversos sistemas jurídicos, tentando uma maior aproximação do conceito, com base nos traços comuns às diferentes definições que assume nos planos em que se inserem. Assim acorda-se numa definição do conceito de contrato como "uma aproximação, ou um encontro de intenções de vontades, tendentes à produção de efeitos jurídicos." A tónica é colocada na vontade da parte que assume uma obrigação e deve cumprir escrupulosamente com a promessa feita.

²⁷¹WICKER, Guillaume, RACINE, Jean Baptiste. 2008. Capitant,, Henri, Association dês amis de la Culture juridique Française, e COMPAREÉ, Sociéte de Legislation,, ob. Cit, p.xxxv

²⁷²CAPITANT, Henri, Associationdê amis de la Culture juridique Française, e COMPAREÉ, Sociéte de Legislation, ob. Cit, p. 7.

²⁷³ CAPITANT, Henri, Associationdêsamis de la Culture juridique Française, e COMPAREÉ, Sociéte de Legislation, *ob. Cit* 3.

Os acordos feitos em contexto doméstico não fazem parte desta noção de contrato. Muito embora se tratem de contratos, no que diz respeito à vontade das partes, a sua intenção não é a da produção de efeitos jurídicos, não indo de encontro à *rácio* da definição legal, por forma a que consideram excluídas do seu contexto.

Considerou-se a possibilidade de saber se os contratos gratuitos, deveriam ou não incluir-se na noção de contrato assumido pelo CFR, mas duas grandes dificuldades se impuseram. A primeira é que em certos Sistemas jurídicos uma promessa gratuita não é considerada como um contrato ²⁷⁴, nem tem força obrigatória, salvo tratando-se de uma disposição por morte. Em segundo lugar não são conformes a ideia de reciprocidade e visão económica assumida pelos PECL, pelo que se consideraram excluídos do seu âmbito. ²⁷⁵

Deveres e Obrigações

O termo obrigação independentemente do contexto em que está inserido, é inequívoco em ser entendido com o sentido de se referir a algo, que uma parte acorda em executar sobre determinados termos de um acordo. Seguindo esta linha de raciocínio, a contrapartida dessa obrigação é o direito conferido a uma das partes, nomeadamente, ao credor que se encontra habilitado, ou autorizado a receber do devedor.²⁷⁶

A utilização do termo obrigação no CFR é ambígua pelo facto de poder ser utilizado para diferentes situações. Esta pode ser utilizada para se referir à relação contratual entre as partes, ou para se referir aos termos e às condições a que as partes se obrigaram.

²⁷⁴ É o caso do Ordenamento Jurídico Inglês.

²⁷⁵CAPITANT, Henri, Association dês amis de la Culture juridique Française, e COMPAREÉ, Sociéte de Legislation, *ob. Cit* 4.

²⁷⁶CAPITANT, Henri, Association dês amis de la Culture juridique Française, e COMPAREÉ, Sociéte de Legislation, *ob. Cit* 39

Essa ambiguidade levou a que fosse incluído um outro termo "Dever", objectivando um uso específico, para que não suscitasse confusão com o termo obrigação.

O duplo critério utilizado pelo CFR, deve-se essencialmente ao objectivo de diferençar dever, de obrigação, em função da fonte, que diz respeito a um dever, de assumir determinados comportamentos conformes com os princípios de justiça contratual, e da pessoa a quem pertence esse dever. ²⁷⁷

A justificação reside no facto de um contrato produzir dois tipos distintos de efeitos: um padrão de comportamentos de natureza moral e social, e a criação de um bloco económico de obrigações ligados às particularidades do contrato.

O termo "dever", reveste uma maior amplitude em relação ao termo "obrigação". Um dever poderá recair não só sobre as partes da relação contratual, mas também para com terceiros não contratantes. ²⁷⁸

Poderíamos ser levados a pensar que o uso destes dois termos consubstancia apenas, uma minuciosidade sem qualquer utilidade prática, mas o certo é que o estudo comparativo efectuado, revelou que "dever" pode ser utilizado única e exclusivamente para o "dever de confidencialidade", como acontece por exemplo no direito Inglês.

E se os PECL utilizam estes dois termos, existe a necessidade de concluir se, quando há referência a um dever, este apenas se encontra limitado ao "dever de confidencialidade", ou se o seu âmbito de aplicação ser ampliado por forma a permitir os deveres gerais como o de colaboração ou o dever de Boa-fé.

O problema é que os PECL, utilizam estes dois termos muitas vezes como sinónimos²⁷⁹, em que ambos se referem à relação contratual, ou aquilo que é devido

²⁷⁸CAPITANT, Henri, Association dês amis de la Culture juridique Française, e COMPAREÉ, Sociéte de Legislation, *ob. Cit*, p. 41

²⁷⁷CAPITANT, Henri, Association dês amis de la Culture juridique Française, e COMPAREÉ, Sociéte de Legislation, *ob. Cit*, p. 40

²⁷⁹ CAPITANT, Henri, Associationdêsamis de la Culture juridique Française, e COMPAREÉ, Sociéte de Legislation, *ob. Cit* 41

ao devedor pelo credor. Determinadas obrigações são na maioria das vezes utilizadas com o sentido de dever, como é caso do direito Francês.

Os PECL, classificam um dever como um acto conforme a boa fé, fidelidade e cooperação. Deste modo acaba por trazer algum esclarecimento quanto ao significado da sua utilização para fazer referência aos deveres gerais a que as partes se encontram adstritas. E mesmo que a sua menção não seja clara o que se retira é que, as obrigações que respeitam a deveres geralmente são as padronizadas pelos comportamentos implícitos de ética contratual e solidariedade entre as partes.²⁸⁰

5. GUIA DE ORIENTAÇÃO DOS PECL

Na nossa abordagem inicial ao CFR, referimos a existência de um guia criado para servir como instrumento de orientação dos PECL, objectivando a clarificação do conteúdo das suas disposições, fornecendo esclarecimentos adicionais quanto à sua interpretação ou valor.

O guia não aspira à substituição das disposições dos PECL, pelo contrário o objectivo é que estes dois instrumentos se compatibilizem e se complementem. Este instrumento poderá ser muito útil contribuindo para uma melhor interpretação e aplicação dos PECL.²⁸¹

Muito embora os próprios PECL, no seu capítulo I referente às disposições gerais forneça informação bastante completa, em função dos resultados obtidos com a investigação do grupo de trabalhos, podem os restantes capítulos ser complementados com a informação necessária para uma maior coerência dos mesmos.

Os PECL assentam em três pilares fundamentais, a liberdade, a certeza e a justiça contratual, e estes encontram-se presentes em quase todos os sistemas

²⁸⁰

²⁸¹ CAPITANT, Henri, Association dês amis de la Culture juridique Française, e COMPAREÉ, Sociéte de Legislation. Guiding Principles of European contract Law, p. 420.

jurídicos Europeus, sendo que o seu âmbito de aplicação varia em função do sistema em que estão inseridos.

O guia reforça essas ideias fundamentais, fornecendo uma maior informação, com base num estudo comparativo centrado especialmente nas leis Alemã, Norueguesa, Suíça, Francesa, Espanhola, Inglesa, e Galesa, muito embora haja referência a outras legislações internacionais e de outros sistemas Europeus.²⁸²

Este "Guiding Principles Of European Contract Law", encontra-se dividido em três capítulos, liberdade contratual, (capítulo I), certeza contratual, (capítulo II) e justiça contratual, (capítulo III), desenvolvendo esses pilares fundamentais ao longo de todo o processo da relação jurídica contratual.

LIBERDADE CONTRATUAL

Liberdade das partes para contratar

No que respeita à liberdade contratual²⁸³, os PECL pouco acrescentam ao disposto nos UNIDROIT, pois também aqui, é permitido às partes a possibilidade de estabelecer livremente o seu conteúdo como bem lhes aprouver. A única diferença é a sua menção expressa, à conformidade dessa liberdade com o princípio da boa fé e das normas imperativas dispostas nos próprios princípios.

Os PECL no seu artigo 1:102, determina que as partes são livres de contratar e determinar o conteúdo do seu contrato, em conformidade com o princípio da boa fé e em respeito pelas regras imperativas estabelecidas pelos princípios.

A segunda parte deste preceito acrescenta que as partes são ainda livres de excluir a aplicação de qualquer disposição, bem como revoga-las ou modificar os seus efeitos, salvo se for outra a intenção. O princípio da liberdade contratual

²⁸²Guiding Principles of European contract Law, *ob. Cit.* p. 421.

²⁸³ LANDO, Ole e BEALE Hugh, 2000, ob. Cit, p. 2

implica o respeito pelas naturezas de normas imperativas ²⁸⁴do direito nacional, supranacional ou internacional. A interpretação, desta segunda parte causa algumas dúvidas, não sendo possível retirar dela com precisão o seu escopo de acção.

Grande parte das disposições dos princípios tem implicações específicas do princípio da liberdade contratual. A liberdade de contratar permite que as partes possam determinar as suas obrigações, nomeadamente definir qual o lugar para a execução do contrato (Artigo 7:101 PECL)., ou o prazo para pagamento (Artigo 7:108 PECL).

Esta liberdade de contratar é apenas limitada pelas normas de natureza imperativa ²⁸⁶, em particular na determinação do conteúdo do contrato. As disposições contratuais contrárias aos princípios fundamentais de moral ou de ordem pública não são susceptíveis de produzir efeitos jurídicos, pois a liberdade que é conferida às partes de submeter o seu contrato aos PECL, não pode iludir a aplicação da lei interna, internacional ou supra estadual. ²⁸⁷

A liberdade de contratar implica ainda que as partes possam escolher a forma que o seu contrato deve revestir, determinando o artigo 1:107 que um contrato ou qualquer outro acto jurídico não tem necessariamente de ser concluído por escrito.

Em princípio, os contratos internacionais estabelecidos ao abrigo dos PECL não estão sujeitos a qualquer exigência de forma para que se considere válido e eficaz. A liberdade de forma é comum em países da Civil Law, ao contrário do que se verifica em países da Common Law.²⁸⁸

²⁸⁵ Guiding Principles of European contract Law, *ob. Cit.* p. 425.

²⁸⁴ LANDO, Ole e BEALE Hugh, 2000, *ob. Cit*, p. 2

²⁸⁶ A Convenção de Roma refere 3 categorias de normas imperativas, normas imperativas ordinárias, directamente aplicáveis e normas imperativas de ordem publica internacional.

²⁸⁷ CAPITANT, Henri, Association dês amis de la CulturejuridiqueFrançaise, e COMPAREÉ, Sociéte de Legislation, *ob. Cit*, p. 429.

²⁸⁸ VISCASILLAS, Maria del Pilar Perales. 2002. *A Formação dos Contratos e os Princípios Europeus dos contratos*, in PaceLaw Scholl Institute of International Commercial Law. p. 2

Tão pouco se exige forma especial para que se prove a existência de declarações de vontade. Um contrato pode ser celebrado verbalmente ou por escrito, incluindo por via electrónica.²⁸⁹

O guia de orientação dos PECL, sugere como interpretação para esta liberdade que cada parte é livre de contratar e escolher a outra parte, e que ambas são livres de determinar o seu conteúdo e forma que o contrato deve revestir, sempre em respeito com as normas de natureza imperativa.²⁹⁰

Respeito pelos direitos e Liberdades de Terceiros

A liberdade contratual das partes não pode comprometer os direitos e liberdade de terceiros não contratantes. Esta implica que em princípio que os efeitos do contrato só se produzam entre as partes, e não se estendam a terceiros que não deram o seu assentimento para o acto, pese embora as partes quando decidem contratar não podem ignorar os direitos e liberdades de terceiros.²⁹¹

Apesar desta preocupação, nos PECL nenhuma disposição lhe foi dedicada só por si, apenas foi incluída uma excepção no artigo 6:110 às estipulações a favor de terceiro.²⁹²

A disposição prevê que um terceiro possa exigir a execução de uma obrigação se esse direito, tiver sido expressamente acordado entre os contratantes ou quando esse acordo possa inferir-se da proposta contratual ou das circunstâncias do caso.

A necessidade de aperfeiçoar esta matéria com o guia dos PECL, deveu-se essencialmente à consciência de que os efeitos relativamente a terceiros se

²⁹⁰Guiding Principles of European contract Law, p. 437

²⁹²CAPITANT, Henri, Association dês amis de la Culture juridique Française, e COMPAREÉ, Sociéte de Legislation, ob. Cit, p.439

²⁸⁹ LANDO, Ole e BEALE Hugh, 2000, ob. Cit p. 6

²⁹¹Guiding Principles of European contract Law, p. 439

produzem na ordem jurídica pré-existente, podendo haver uma afectação dos seus direitos e liberdades.

A proposta de interpretação do guia de orientação seria que cada uma das partes só pode contratar por elas próprias ressalvando-se disposição em contrário, e que um contrato apenas pode produzir efeitos se não resultar numa violação para terceiros.²⁹³

Liberdades de as partes modificarem ou colocarem fim à relação contratual

O princípio da liberdade contratual tem implicação no decurso de todo o contrato, desde a sua formação até à sua conclusão. Os PECL nas disposições relativas à liberdade contratual, apenas especificam os termos em que essa liberdade pode ser exercida durante o decurso do contrato, sendo omisso em relação aos termos de modificação e término do contrato.²⁹⁴

A questão que se colocou foi a de saber se a liberdade contratual das partes contempla, a faculdade de estas se libertarem das obrigações assumidas colocando termo ao contrato. Em nenhum dos sistemas comparados é feita referência a este assunto, pelo menos de uma forma expressa.²⁹⁵

Tendencialmente a interpretação a fazer seria a de permitir que as partes pudessem por fim à sua relação contratual por comum acordo, pois se o acordo das partes se basta para dar inicio a um contrato, então também bastaria o seu acordo para lhe por fim. Mas o problema sempre se colocaria nos casos dos contratos de duração indeterminada, de saber se uma parte unilateralmente lhe poderia por fim.

Os PECL não dedicaram nenhuma disposição específica para estas questões, no entanto o guia de orientação sugere a aplicação analógica dos princípios prevista no artigo 1:107, ²⁹⁶ servindo-se da previsão do artigo 1:102 permitindo as partes a

²⁹⁴Guiding Principles of European contract Law, ob. Cit. p 449

95

²⁹³Guiding Principles of European contract Law, ob. Cit. p.448

²⁹⁵Guiding Principles of European contract Law, ob. Cit. p 449

²⁹⁶Guiding Principles of European contract Law, ob. Cit. p. 449

possibilidade de efectuarem as necessárias modificações ou por fim ao contrato por acordo.

Relativamente aos contratos de duração indeterminada o artigo 6:109, consagra a possibilidade de as partes unilateralmente ou de comum acordo, colocarem termo ao contrato, devendo a comunicação ser efectuada com um prazo de pré-aviso razoável.

O guia propõe para uma maior clarificação desta disposição, em que devia dela constar, que as partes por mútuo acordo, são livres de a qualquer momento terminar ou modificar o contrato, sendo que a rescisão unilateral só é possível nos casos dos contratos de duração indeterminada.²⁹⁷

CERTEZA CONTRATUAL

Princípio da força obrigatória

No que ao princípio diz respeito o guia de orientação dos PECL alerta para a importância da definição de força obrigatória, mas também para a clarificação das limitações do mesmo. Nomeadamente saber qual a consequência que o efeito de obrigatoriedade contratual tem para as partes.²⁹⁸

Esta obrigatoriedade baseia-se no facto de as partes que acordam em se vincular através de um contrato, devem cumprir escrupulosamente as obrigações assumidas em conformidade com a boa fé contratual. Estas devem empenhar-se para levar a cabo todos os esforços para cumprir o convencionado, mas também absterem-se de adoptar algum comportamento que comprometa o acordado.

O guia pretende clarificar se este principio é inabalável ou se por ventura, em determinadas circunstâncias é possível ser colocado em causa. A maior problemática coloca-se no caso de haver lugar a uma alteração das circunstâncias.²⁹⁹

²⁹⁸Guiding Principles of European contract Law, p ob. Cit. 456

²⁹⁹Guiding Principles of European contract Law, ob. Cit. p 456

²⁹⁷Guiding Principles of European contract Law, p, ob. Cit. 454

A partir de o momento em que as partes acordam em iniciar uma relação contratual, o contrato adquire força obrigatória, sujeitando a que as partes cumpram com o que dele resulta.

Os PECL tendem em autorizar a reconsideração da força obrigatória no caso de ocorrer uma forçosa alteração das circunstâncias. O guia de orientação esclarece que muitas das disposições dos PECL não são mais do que meras ilustrações da força obrigatória do contrato. 300

Refere-se a esse propósito o artigo 6:102, alertando para três factores que devem ser considerados no que toca ao cumprimento de obrigações implícitas. Nomeadamente deve ser relevada a vontade presumida das partes, a natureza que o contrato assume e a boa fé contratual.

Ainda neste âmbito é esclarecido que as obrigações implícitas que possam resultar da boa fé e da justiça contratual, podem resultar de obrigações não contratualmente previstas, mas que obrigam pelo simples facto de terem de actuar segundo a boa fé.³⁰¹

Alteração das Circunstâncias

O artigo 6:111 dos PECL prevê a possibilidade de as partes renegociarem os termos convencionados, no caso de haver lugar a uma alteração forçosa das circunstâncias que intervenha com as condições visadas pelas partes.

O guia de orientação refere, que o reconhecimento da alteração das circunstâncias se deve ao imperativo de justiça contratual, e que a prática tem revelado a perigosidade e inadequação de recusa de tal alteração.

A interpretação fornecida para um melhor entendimento deste preceito seria, que um contrato concluído de forma legal e legítima tem força obrigatória e como complemento das suas obrigações cada parte é obrigada a cumprir com os seus deveres. No decurso do contrato a força obrigatória do contrato só poderá ser

_

³⁰⁰Guiding Principles of European contract Law, *ob. Cit.* p 457

³⁰¹Guiding Principles of European contract Law, *ob. Cit.* p 459.

colocada em causa, se uma forçosa alteração das circunstâncias comprometer seriamente a vantagem ou proveito do contrato para as partes.³⁰²

Direito à Execução

No que diz respeito ao direito à execução o guia de orientação, visa clarificar o sentido e alcance do conceito de força obrigatória, em consonância com as obrigações do devedor e os direitos do credor. Para tal coloca-se a questão de saber o que poderá o credor reclamar em face de uma forçosa alteração das circunstâncias, e por outro lado que meios é que o devedor se poderá socorrer nessas situações.³⁰³

Um contrato pressupõe um desempenho das partes em conformidade com o contratado. O estudo comparativo revelou que os maiores problemas se colocam não nos casos em que à lugar ao pagamento de uma quantia pecuniária, mas nos casos em que é convencionada uma prestação de serviços. Aí será importante esclarecer se o devedor é obrigado a realizar essa prestação em espécie, ou se será possível um desempenho equivalente. 304

As disposições dos PECL conduzem à adopção do princípio regra da execução em espécie, não significando com isto que essa escolha seja imposta ao devedor em todos os casos de alteração das circunstâncias, existindo excepções previstas no artigo 9:102, que sem o esclarecimento do guia podem passar despercebidas.

O direito à execução encontra-se estabelecido no capítulo 9. No entanto não é especificado que esse direito à execução deva ser conforme o contrato. Este princípio vem reconhecido em diversas disposições dos PECL, como é o caso do lugar da execução (7:101), ou a data em que deve ser cumprida (7:103). 305

³⁰³Guiding Principles of European contract Law, ob. Cit. p. 476

³⁰²Guiding Principles of European contract Law, *ob. Cit.* p 476.

³⁰⁴Guiding Principles of European contract Law, *ob. Cit.* p. 477

³⁰⁵Guiding Principles of European contract Law, *ob. Cit.* p. 478

O princípio da execução obrigatória abarca aquelas obrigações que concretizam a entrega de uma quantia pecuniária, como as obrigações que não têm por base a entrega monetária. Nas obrigações em que à lugar ao pagamento do preço o artigo 9:101 confere ao credor a possibilidade de ser ressarcido da quantia que lhe é devida, sendo uma clara manifestação da *Pacta Sun Servanda*. 306

No que diz respeito às obrigações que não implicam o pagamento de uma quantia pecuniária, o artigo 9:102 prevê a possibilidade de o lesado ser autorizado a lançar mão da execução específica do contrato, exigindo o cumprimento de uma obrigação diferente do pagamento do preço, podendo mesmo exigir que haja lugar à reparação de um cumprimento defeituoso.

Referimos que as disposições dos PECL conduzem à adopção do princípio regra da execução em espécie. No entanto ressalvam-se algumas excepções a esta regra, que dizem respeito aos casos em que o pagamento em espécie pode ser recusado, nomeadamente:

- a) Quando o cumprimento de uma obrigação implique para parte um esforço monetário descomedido;
- b) Quando a execução da obrigação tenha por base uma prestação de serviços, ou uma relação pessoal;
- Quando o lesado razoavelmente consegue através de outra fonte obter essa mesma execução.³⁰⁷

A Proposta de interpretação do guia será a de que cada parte, pode ser demandada pela outra para exigir o cumprimento de uma obrigação contratualmente prevista. ³⁰⁸

2/

³⁰⁶Guiding Principles of European contract Law, *ob. Cit.* p. 479

³⁰⁷ Uma situação em que se considera razoável a utilização de uma outra fonte é o caso que vem contemplado no artigo 15:104, para os casos em que não é possível a restituição, pode haver o pagamento de uma quantia razoável em função daquilo que foi prestado.

³⁰⁸Guiding Principles of European contract Law, *ob. Cit.* p. 484.

Direitos e Deveres de Terceiros

O guia de orientação dos PECL vem deixar claro, que o facto de existir a presunção de que as partes cumpram com o contratualmente estabelecido, não será suficiente se houver desconhecimento da situação jurídica contratual por terceiros.³⁰⁹

Refere a este propósito que a força obrigatória imposta pelo contrato deve em qualquer caso prevalecer sobre a situação jurídica de terceiros, não podendo estes adoptar qualquer comportamento que possa comprometer aquela relação contratual.

O objectivo é compreender quais as consequências que podem advir, com a integração da relação contratual na ordem jurídica. O facto dessa relação poder dar origem à evocação de direitos por e contra terceiros, significa que também se estabelece na sua esfera jurídica direitos e deveres que estes devem honrar.

A relação jurídica estabelece o dever de terceiros se absterem de qualquer comportamento que possa comprometer a execução daquele contrato, bem como o direito de invocar a situação jurídica contra as partes. È dado o exemplo de o terceiro poder invocar a responsabilidade de uma das partes pelo cumprimento defeituoso do contrato afectar o seu direito. 310

Os PECL são omissos no que diz respeito aos efeitos do contrato em relação a terceiros, e não havendo nenhuma disposição em vigor em que se pudessem sustentar, entendeu-se criar um princípio orientador no guia, que esclarecesse os direitos e deveres a que esses terceiros se encontram adstritos na relação jurídica contratual. ³¹¹

Na sua elaboração foi entendido que esses terceiros, não se tratando de partes contratantes, não seria adequado facultar-lhes o direito à execução do contrato. Assim foi proposto o seguinte princípio orientador: O contado cria a uma

³¹⁰Guiding Principles of European contract Law, *ob. Cit.* p. 487.

³⁰⁹Guiding Principles of European contract Law, ob. Cit. p. 486.

³¹¹Guiding Principles of European contract Law, ob. Cit. p. 488

situação jurídica que os terceiros devem respeitar e de que se poderão fazer valer, sem que possam requerer a sua execução. 312

Favorecimento da Manutenção Contratual

Uma vez verificada a obrigatoriedade de as partes cumprirem com as obrigações assumidas, o guia propõe uma clarificação quanto á possibilidade de uma das partes exigir a manutenção dos direitos criados pelo contrato, quando algum acontecimento leva à susceptibilidade de destruição do contrato.³¹³

Foi pensada a possibilidade de dedicar um princípio orientador ao favorecimento da manutenção do contrato. Este princípio apelaria à preferência da conservação da efectividade do contrato, a uma que levaria à sua destruição. Seria aplicado nos casos em que o contrato estivesse sujeito a interpretação, ou quando a validade ou execução do contrato pudessem ser comprometidas, levando à afectação dos interesses de uma das partes.³¹⁴

São diversas as disposições dispersas pelos PELC que apelam ao favorecimento da manutenção contratual. O preceito relativo à interpretação do contrato previsto no artigo 5: 106 dispõe, que deve ser preferida a interpretação no sentido da efectiva produção de efeitos jurídicos do contrato, a uma que não os atribua.³¹⁵

È também o caso dos artigos 6:104 a 6:107, que referem a possibilidade de serem criadas regras especificas que possam ser usadas para conservar o contrato. ³¹⁶ Sempre que a destruição do contrato implique a afectação dos legítimos interesses de uma das partes deve haver lugar à sua preservação.

A manutenção a que nos referimos pode acontecer nos casos em que a modificação do contrato, originará a sua inutilidade ou até mesmo nos casos em que

101

³¹²Guiding Principles of European contract Law, *ob. Cit.* p. 495.

³¹³Guiding Principles of European contract Law, ob. Cit. p. 496.

³¹⁴Guiding Principles of European contract Law, ob. Cit. p. 496

³¹⁵Guiding Principles of European contract Law, *ob. Cit.* p. 497.

³¹⁶Guiding Principles of European contract Law, *ob. Cit.* p, 499.

a destruição parcial do contrato deve ser preferida à sua destruição total, permitindo-se que pelo menos uma parte desse contrato possa produzir efeitos. ³¹⁷O comentário a esta disposição é muito claro quando refere que em muitas circunstâncias a destruição do contrato é demasiado severo para o devedor.

Deste modo deveria constar da redacção da disposição, que nos casos em que o contrato deva ser objecto de interpretação, ou quando a validade ou execução possam eventualmente estar comprometidas, a efectividade do contrato deve preferir à sua destruição nos casos em que esta afecte os legítimos interesses de uma das partes. 318

JUSTIÇA CONTRATUAL

Relativamente a este princípio fundamental o guia de orientação teve a preocupação de clarificar o sentido e alcance do dever de boa fé contratual. Referem a importância de compreender em que fase do contrato são as partes obrigadas a cumprir com esse dever.³¹⁹

Aparecendo como um dever geral, as partes encontram-se subjugadas à sua observação desde o inicio da contratação, durante a execução e até mesmo após a sua conclusão.

Acrescentam que na eventualidade de um contrato não ser validamente celebrado, as partes devem provar a sua boa fé durante todo o processo contratual, desde a sua conclusão até à sua extinção. 320

Decidiram também que seria imprescindível estabelecer a força desse dever nas partes, afirmam que o que realmente importa é o carácter imperativo da disposição, pois à contrário seria totalmente ineficaz, se as partes a pudessem limitar ou derrogar.

³¹⁸Guiding Principles of European contract Law, ob. Cit. p, 514.

³¹⁹Guiding Principles of European contract Law, *ob. Cit.* p, 515.

³¹⁷Guiding Principles of European contract Law, *ob. Cit.* p, 498.

³²⁰Guiding Principles of European contract Law, *ob. Cit.* p 515.

Os PECL consagram o princípio da boa fé contratual no seu artigo 1:201, e a maior preocupação do guia, deveu-se ao facto de este princípio surgir como uma obrigação geral quando se trata do pilar central de todos os Princípios de Direito Contratual Europeu. 321

Percebe-se no entanto a sua importância pelo seu frequente emprego durante todo o decurso da relação contratual, pelas várias disposições dispersas pelos PECL. O artigo 1:102 é uma das disposições em que lhe é feita referência, estabelecendo que as partes são livres de contratar e estabelecer o conteúdo do contrato em conformidade com o dever de boa fé. Também o artigo 2:301 refere que a parte que negociar ou terminar um contrato que seja contrário a boa fé, é responsável pelos danos causados à outra parte.³²²

A boa fé deve ainda ser observada em caso de haver lugar à renegociação do contrato, é o que estabelece o artigo 6:111 prevendo que o tribunal, deve sancionar a parte que se recusou a negociar causando com esse comportamento, danos à outra parte ou quando tenha posto fim às negociações, de forma contrária ao princípio da boa fé.³²³

A percepção da boa fé contratual é ainda reforçada pela proibição da parte que economicamente se encontra numa situação de vantagem, e a utiliza contratando com condições injustas para com a parte mais débil, é o que estabelece o artigo 4:110.

A proibição da fraude e de ameaças são ainda manifestações do princípio da boa fé contratual.

A proposta do texto de interpretação do guia será a que cada parte é obrigada a agir em conformidade com a exigência da boa fé, desde a negociação do contrato até que todas as suas previsões tenham produzido efeito, não podendo as partes em momento algum excluir ou limitar este dever. 324

³²²Guiding Principles of European contract Law, *ob. Cit.* p 516.

-

³²¹Guiding Principles of European contract Law, *ob. Cit.* p 516.

³²³Guiding Principles of European contract Law, *ob. Cit.* p 517.

³²⁴Guiding Principles of European contract Law, *ob. Cit.* p 537.

Execução em Boa Fé

Abordada a boa fé enquanto princípio geral, o guia de orientação entendeu ainda necessário clarificar o âmbito de aplicação desse dever em sede de execução do contrato. O objectivo é alertar as partes do que realmente constitui boa fé contratual tendo para tal distinguido três situações³²⁵:

- a) A primeira é que a boa fé pressupõe que as partes possam invocar as disposições contratuais e que possam exercer os seus direitos em consonância com a boa fé contratual;
- Segundo é que a boa fé implica necessariamente a abstenção de uma das partes de comportamentos que possam comprometer a exequibilidade do contrato;
- c) E que haja uma prévia aceitação da execução pela parte, desde que não afecte de forma irrazoável os seus interesses.

Muito embora a boa fé na execução do contrato não figure só por si como disposição contratual autónoma nos PECL, os preceitos gerais previstos no artigo 1:201 são claros referindo que cada parte deve actuar de acordo com a boa fé.

Este dever impede que o credor obrigue o devedor a cumprir com alguma obrigação que lhe cause um esforço pouco razoável ou que torne o cumprimento dessa obrigação extremamente dispendioso (artigo 9:102). 326

A boa fé é ainda imposta na implementação das condições contratualmente estabelecidas e direitos que resultem do contrato.³²⁷

O guia dos PECL estabelece como proposta de interpretação para o texto o seguinte: "Todos os contratos devem ser executados segundo a boa fé. As partes podem-se servir dos direitos e termos contratados, apenas de acordo com o objectivo, de que justifica a conclusão do contrato. Aqui uma das partes sem

³²⁵Guiding Principles of European contract Law, *ob. Cit.* p 538.

³²⁶Guiding Principles of European contract Law, ob. Cit. p 538

³²⁷Guiding Principles of European contract Law, *ob. Cit.* p 539.

comprometer a execução do contrato actuou, de forma a reduzir o benefício que a outra parte, podia legitimamente esperar do contrato. A parte é sujeita ao pedido da outra parte para renegociação do conteúdo do contrato".

CAPÍTULO III – A IMPORTÂNCIA DA ARBITRAGEM PARA O COMÉRCO INTERNACIONAL.

Ao longo de toda a nossa abordagem relativamente aos diversos modos de regulamentação das relações comerciais internacionais, foi referido que a sua dinâmica em razão da especificidade que as acompanha, não se coaduna com o tradicional modo de regulamentação conflitual.

Em virtude das divergências influídas pelos Estados, o anseio do direito internacional privado por uma regulamentação uniforme não tem sido alcançada. Como sabemos o tradicional método conflitual conduz indubitavelmente à aplicação de uma lei estadual, pensada para relações internas, com especificidades distintas das relações comerciais internacionais, não correspondendo desta forma, aos interesses dos agentes do comércio internacional. 328

Assim foi sendo sustentando a necessidade de um sistema autónomo ao direito conflitual, característico da arbitragem internacional. Dada a sua importância prática no plano comercial internacional, apenas procuraremos realçar a sua pertinência, na medida em que esta se torna necessária para assegurar as especiais exigências do comércio.

Neste contexto a arbitragem internacional pela sua neutralidade e eficiência, emerge como um mecanismo adequado para a resolução de litígios emergentes das relações comerciais internacionais.

Esta nova ordem mundial que se tem vindo a erigir, implica que se superem grandes desafios, como a resolução de conflitos entre contratantes com diferentes valores culturais, provenientes de distintos ordenamentos jurídicos e com sistemas de direitos por vezes incompatíveis.

E é com esse fundamento, que a arbitragem transnacional assume hoje um papel preponderante no seio da comunidade internacional. O manifesto recurso à

-

³²⁸MIMOSO, Maria João. 2009. Arbitragem, ob. Cit, p. 203.

via arbitral para resolução de litígios emergentes das relações comerciais internacionais, revela uma maior consciência por parte dos operadores do comércio da sua maior adequação relativamente aos sistemas estaduais.³²⁹

Os factores que fundamentam o seu crescente recurso justificam-se pela sua maior adequação às exigências comerciais, pelo facto de os árbitros serem pessoas com qualificações especiais, sensíveis aos interesses das partes. ³³⁰Por outro lado a neutralidade do foro arbitral implica que os árbitros não tenham a sua decisão condicionada em nome de nenhum estado. ³³¹

Actualmente em muitos sectores da actividade comercial, a arbitragem já é considerada como uma primeira opção para a resolução de possíveis disputas. Se pensarmos que nos sistemas judiciais estaduais uma resolução efectiva pode levar anos, os tribunais arbitrais apresentam uma justiça mais expedita, com menos formalidades, com procedimentos ajustados às necessidades dos agentes económicos.

Daí que maior celeridade e a menor formalidade do processo arbitral, as soluções individualizadas, a maior flexibilização das regras, a confidencialidade do procedimento, a maior facilidade de execução das sentenças, apelem para o seu crescente recurso.³³²

No entanto apraz-nos tecer algumas considerações acerca dos seus possíveis inconvenientes. O procedimento arbitral tem vindo a tornar-se num sistema ordinário, sendo sujeito às mesmas formalidades que o processo judiciário, sendo utilizadas frequentemente manobras dilatórias pelas partes que tentam por todos os meios satisfazer as suas pretensões.³³³

22

³²⁹VICENTE, Dário Moura, *ob. Cit*, p. 17.

³³⁰PINHEIRO, Luís de Lima. Direito Comercial Internacional, *ob. Cit*, p. 346

³³¹VICENTE, Dário Moura, ob. Cit, p. 19.

³³² CORREIA, António Ferrer. 1989. *Da Arbitragem Comercial Internacional*, in Temas de Direito Comercial. Arbitragem Comercial Internacional. Reconhecimento de Sentenças Estrangeiras. Conflitos de Leis. Coimbra: Coimbra Editora. p. 4 e ss.

³³³MIMOSO, Maria João. 2009. Arbitragem do Comércio Internacional, *ob. Cit*, p. 152.

O risco de os árbitros actuarem como julgadores não independentes em representação das partes que os elegem e o grande dispêndio económico que implica a constituição do tribunal arbitral, também não abonam a seu favor. 334

Muito embora existam alguns inconvenientes na aplicação do instituto, nitidamente que os benefícios e as vantagens ao seu recurso ultrapassam em larga escala os possíveis impróprios.

Procurando as partes um modo de justiça alternativo aos sistemas estaduais através do recurso à arbitragem, pretendem com essa escolha uma resolução mais conforme aos seus diferendos, e nessas situações caberá ao arbitro ponderar os interesses e as necessidades em jogo, e deliberar o fundo da questão.

³³⁴VICENTE, Dário Moura, *ob. Cit*, p. 19.

CONCLUSÕES FINAIS

A importante função económica que a Compra e Venda de Mercadorias assumiu no plano internacional fez com que, esta se tornasse no maior instrumento de regulamentação comercial transnacional. A eficiência das novas vias de comunicação e o desenvolvimento económico dos países, permitiu a sua crescente internacionalização, assumindo um papel fundamental no plano comercial internacional.

No entanto, como constatamos a compra e venda enquanto mecanismo integrador das relações económicas comerciais, para além da estabilidade entre os operadores do comércio, carecia de uma maior adequação dos direitos nacionais, no que diz respeito à dinâmica do comércio internacional.

Demos conta a este propósito que não existia um corpo normativo de regras universais que a regesse, e que criação de um direito transnacional regulador da compra e venda implicaria grandes obstáculos difíceis de ultrapassar.

Que o objectivo de prover a algumas das necessidades do Comércio internacional, permitiu a criação de vários instrumentos de regulação, harmonizados pelas diferentes legislações.

Afigurava-se imprescindível a criação de instrumentos eficazes, e adequados a reger as relações comerciais internacionais, considerando a pouca flexibilidade dos direitos nacionais e a sua inadaptação à realidade económica actual.

Concebemos que o método tradicionalmente adoptado de regulamentação das relações comerciais internacionais opera através da via conflitual, e que a sua dinâmica em razão da especificidade que a acompanha, não se coaduna com o tradicional modo conflitual.

Constatamos ainda que, o método conflitual conduz indubitavelmente à aplicação de uma lei estadual, pensada para relações internas, com especificidades distintas das relações comerciais internacionais. E nesse sentido verificamos que a regulamentação indirecta se podia consubstanciar num

conjunto de técnicas de regulamentação, que podiam ter como fonte os direitos estaduais, ou os direitos inter-estaduais.

Apresentamos como principais instrumentos de regulação indirecta, o Regulamento Roma I, 593/2008 sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, e a Convenção de Viena de 1980 sobre a lei aplicável à Compra e Venda Internacional de Mercadorias.

No que diz respeito a Roma I destacamos que a sua instituição pela Comunidade Europeia, permitiu que independentemente do lugar da propositura da acção, os Estados-Membros designassem a mesma lei nacional, facilitando a unificação do direito conflitual.

Constatamos que muito embora este instrumento tivesse derrogado a Convenção de Roma, os mesmos se complementariam, no sentido em que um abarcaria o que o outro não permitisse.

Demos especial enfoque à consagração do princípio da liberdade contratual e referimos a esse propósito, que a única limitação imposta à escolha de lei pelas partes, se devia às normas imperativas da lei, que seriam aplicáveis no caso de as partes não terem elegido uma lei reguladora para o seu contrato.

Abordamos a possibilidade dos chamados pactos privativos de jurisdição, e referimos que os tribunais da *lex fori* deviam respeitar a lei eleita pelas partes, mas também considerar as limitações que essa escolha sofria, em obediência à remissão implícita para as disposições imperativas do Estado onde essa relação se localizasse.

Concluímos ainda pela possibilidade de um contrato monolocalizado poder ser regulado pela lei de um Estado diferente, daquele, em que a relação se encontrasse monolocalizada desde que com a sua escolha, não resultasse a violação das disposições imperativas da lei do foro.

Finalmente referimo-nos aos mecanismos de determinação de lei, que operam na falta de escolha pelas partes presentes no artigo 4º de Roma I. Mecanismos esses que se estabeleciam em critérios fixos para determinados tipos contratuais. E colocada a tónica ainda, na prestação característica do contrato, nos casos de em que o contrato não faz parte do catálogo ou quando se tratem de contratos mistos.

A necessidade de uniformizar as regras relativas à Compra e Venda Internacional Mercadorias, levaram a que várias organizações de vocação Internacional, tivessem a iniciativa de elaborar regras uniformes relativas ao Comércio Internacional.

De entre as várias iniciativas destacamos a Convenção de Viena Aplicável à Compra e Venda Internacional de Mercadorias. Esta não regula de forma exaustiva o regime da Compra e Venda, fazendo com que alguns aspectos regular, fiquem excluídos do seu âmbito de aplicação, nomeadamente a validade do contrato, das suas cláusulas, ou aos efeitos que o contrato pode ter, sobre a propriedade das mercadorias vendidas.

Demos conta que a CISG não avança nenhuma definição relativamente ao conceito de mercadorias, sendo entendimento maioritário da doutrina, que se tratam de coisas corpóreas de natureza móvel de qualquer tipo. 335

Foram excluídas do seu âmbito, as vendas a consumidores, compradas para uso pessoal, familiar ou doméstico, que respeitem a vendas de mercadorias em leilão, em processo executivo, de valores mobiliários, títulos de créditos e moeda, de navios, barcos, hovercraft, aeronaves e finalmente vendas de electricidade.³³⁶

No que concerne à formação do contrato, aferimos que o seu processo, se inicia com uma proposta contratual, sendo exigido pelo artigo 14 ° da

•

³³⁵ CARAVACA, Alfonso L. Calvo e GANDARA, Luis Fernadez Dela, MORALES, Pilar Blanco, ob. Cit, p. 147. No mesmo sentido Cfr MOTA, Carlos A Esplugues *ob. Cit*, p. 18

³³⁶ Cfr artigo 2° da CISG

CISG uma série de elementos de verificação obrigatória, para que uma declaração de vontade se manifeste numa verdadeira proposta contratual.

A proposta contratual considera-se eficaz, quando chega ao seu destinatário.³³⁷ Esta, ainda que irrevogável, pode ser retirada, se a retratação chegar ao destinatário antes ou ao mesmo tempo que a proposta.

Constatamos que a aceitação é um elemento imprescindível no processo de formação do contrato de Compra e Venda Internacional, manifestandose numa declaração ou outro comportamento pelo destinatário, que demonstre o seu assentimento a uma proposta contratual, (artigo 18º nº 1 da CISG), não valendo a inacção e o silêncio só por si como aceitação.

Como principais obrigações do Vendedor referimos, a entrega das mercadorias, a transferência da propriedade e a entrega de documentos relacionados com as mercadorias. Pelo Comprador, a obrigação de pagamento do preço e a entrega da mercadoria.

Os meios de reacção de que dispõe o Comprador em caso de incumprimento pelo Vendedor desembocam na execução específica, a Resolução do contrato e a redução do preço ou pedido de Indemnização pelos danos sofridos. E para o vendedor a execução específica e a resolução do contrato.

Em caso de perda ou deterioração da mercadoria, se o risco correr por conta do vendedor, este deve proceder à entrega de novas mercadorias em substituição das outras. Se o risco corre por conta do comprador, então nesse caso deve este proceder ao pagamento das mercadorias mesmo que não as tenha recebido.

Terminada a análise da CISG, demos conta da existência de outras técnicas de regulamentação indirecta, alternativas ao sistema conflitual. Efectuamos uma breve alusão às diferentes formas de regulamentação das relações jurídicas privadas internacionais, baseadas essencialmente na criação de um direito material ou estadual especial.

-

³³⁷ Vide CISG artigo 15°

Que as relações privadas internacionais podem ser submetidas ao direito material interno comum dos estados, independentemente de comportarem elementos de extraneidade. Que podiam sujeitar-se essas relações, a normas de direito material especial de cada estado chamado à ordem jurídica do foro, através do modus operandi das normas de conflito, aí ficando a vigorar ao lado das normas materiais desse estado.³³⁸

A possibilidade de desconhecer o cariz internacional das relações jurídicas, regulando-as como se de situações puramente internas se tratassem, aplicando se a lei do foro, e a susceptibilidade de aplicação de direito a material a um contrato internacional, criando-se regimes específicos ou mesmo cláusulas especiais.

Vimos que regulamentação directa era ainda possível quando determinadas disposições restringem a capacidade dos estrangeiros, para serem titulares de determinados direitos privados ou para gozarem dos mesmo direitos de carácter patrimonial que os cidadãos portugueses. 339

O emprego pela via material nos casos em que o Direito material especial de fonte Supra estadual, ³⁴⁰ se aplique aos contratos internacionais, quer exista ou não uma conexão entre os contratos e um dos Estados onde Vigore esse Direito.

Também como técnica de regulamentação referimo-nos às normas materiais de dip, que em virtude da sua internacionalidade, regulam especificamente relações internacionais.

Vocacionando-se a lei interna exclusivamente à resolução de questões puramente internas e o facto de as relações comerciais internacionais terem características muito próprias, a aplicação destas técnicas de regulação indirecta, levaria a resoluções desadequadas, colocando em causa a segurança e o tráfico jurídico, permanecendo a incerteza e imprevisibilidade das decisões judiciais.

_

³³⁸ MACHADO, João Batista, ob. Cit, p. 14

³³⁹ SANTOS, António Marques dos, ob. Cit, p. 9

³⁴⁰ PINHEIRO, Luís de Lima ob. Cit, p. 82

Sendo manifesta desadequação dos direitos nacionais às exigências do comércio internacional, defendemos a aplicação de instrumentos mais eficazes.

Com esse propósito abordamos alguns instrumentos jurídicos de regulamentação como a *Lex Mercatória*, os UNIDROIT, os PECL, e o quadro comum de referência Europeu para contratos.

Relativamente à *Lex Mercatória* vimos que os diversos sistemas jurídicos reconhecem a existência de um direito que se forma à margem da lei, como os usos e o costume no plano comercial internacional, nascendo da necessidade de dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas contratuais.

No entanto é contraditória a posição da doutrina no que concerne à sua definição. A discordância vai mais além havendo quem a aceite como um verdadeiro direito, e quem negue completamente a sua existência.

As cláusulas contratuais gerais e os contratos tipo constituem uma fonte da *lex mercatória*, considerando-se as primeiras como condições elaboradas por um das partes contratantes para integrar o contrato e os segundos como contratos celebrados entre determinadas entidades com vista à uniformização contratual de contratos futuros a serem realizados por si. 341

Incluímos como fonte da Lex Mercatória, a Legislação Internacional, como convenções de unificação de direito interno, a CISG, leis uniformes, a Convenção de Haia sobre a compra e venda internacional e leis modelo, como é o caso da CNUDCI sobre a arbitragem internacional.³⁴²

.

³⁴¹ COSTA, Mário de Almeida, ob. cit. p. 186.

³⁴²SCHMITTHOFF, Clive, ob. Cit, p. 267.

Defendido ainda pela doutrina como fonte da *lex* mercatória, os princípios gerais de direito reconhecido pelas nações, ³⁴³ constituindo um direito comum das nações incorporados no direito privado dos sistemas jurídicos.

Demos conta da incorporação da *lex mercatória*, nos vários instrumentos comerciais internacionais de regulamentação. Nesse sentido abordamos o reconhecimento dos usos e as práticas comerciais, na Convenção de Viena aplicável aos Contratos Internacionais de Mercadorias, e nos princípios dos Unidroit, muito embora não sejam os únicos.

A propósito dos UNIDROIT foi referido que se tratam de um conjunto sistematizado de soluções, que se consideraram ser comuns aos principais sistemas jurídicos, elaborados com o objectivo de prover os agentes do comércio internacional de instrumentos uniformes, reguladores dos vários aspectos da relação comercial internacional.

É um instrumento de carácter não vinculativo, que visa traçar um escopo de normas gerais, que podem servir de base à contratação internacional, servindo como instrumento alternativo ao direito estadual nacional, como critério de fundamentação das decisões.

Os UNIDROIT permitem que as partes possam modelar o conteúdo do contrato, tendo uma total liberdade para contratar como, quando, e com quem entenderem.

Quanto à forma que o contrato comercial internacional deva revestir, permitiu-se a sua liberdade de forma, não havendo imposição de que o mesmo deva ser celebrado ou provado por escrito.

2

³⁴³FOUCHARD, Philippe, ob. Cit, p. 423, GOLDMAN, Berthold – Les Conflits de Lois dans L'arbitrage International de Droit Privé. Ob. Cit. p.479, e LANDO, Ole – The Lex Mercatória, ob. Cit, p.749.

Um contrato validamente celebrado vincula as partes, e só pode ser modificado ou terminado nos termos do disposto nas respectivas cláusulas, por comum acordo entre as partes ou ainda pelas cláusulas enunciadas nos princípios.

Estes só vinculam as partes quando, não haja a afectação de regras imperativas, das ordens interna, internacional, ou transnacional, devendo ser interpretados de acordo com o sistema de regras a que pertencem, no espírito e no contexto dos próprios princípios.

As partes devem proceder segundo a boa fé do comércio internacional, pautando-se por ela, quer na elaboração do contrato, quer durante toda a sua vigência.

Relativamente aos PECL, referimos que estes constituem mais um instrumento de regulamentação autónoma, que visam a aproximação das legislações nacionais e internacionais, instituindo uma base de regulamentação para a contratação internacional.

A Revisão dos PECL, teve por base um estudo comparativo das diferentes culturas Europeias, com o objectivo do aperfeiçoamento, da sua maior efectividade e intangibilidade. ³⁴⁴ No âmbito desse processo de revisão, entendeu-se conveniente a criação de um guia de orientação para princípios, que demos especial enfoque na nossa abordagem.

Concluímos que PECL assentavam em três pilares fundamentais, a liberdade, a certeza e a justiça contratual, encontrando-se presentes em quase todos os sistemas jurídicos Europeus.

Demos conta ainda que grande parte das disposições dos princípios tem implicações específicas do princípio da liberdade contratual. Esta liberdade de contratar permite que as partes possam determinar as suas obrigações, e apenas é limitada pelas normas de natureza imperativa.

³⁴⁴WICKER Guillaume, RACINE Jean-Baptist, ob. Cit, p. xxxiii

Implica ainda que as partes possam escolher a forma que o seu contrato deve revestir, determinando que um contrato ou qualquer outro acto jurídico não tem necessariamente de ser concluído por escrito.

A propósito dos direitos de terceiros observamos que a liberdade contratual das partes não pode comprometer os seus direitos e liberdades, implicando que em princípio os efeitos do contrato só se produzam entre as partes.

Os PECL nas disposições relativas à liberdade contratual, apenas especificam os termos em que essa liberdade pode ser exercida durante o decurso do contrato, havendo omissão em relação aos termos de modificação e término do contrato.

Alertamos para a importância da definição de força obrigatória, mas também para a clarificação das limitações do mesmo. Nomeadamente quanto às consequência que o efeito de obrigatoriedade contratual tem para as partes.

A possibilidade de as partes renegociarem os termos convencionados, no caso de haver lugar a uma alteração forçosa das circunstâncias que intervenha com as condições visadas pelas partes.

No que diz respeito ao direito à execução clarificamos o sentido e alcance do conceito de força obrigatória, em consonância com as obrigações do devedor e os direitos do credor. A força obrigatória imposta pelo contrato, deve em qualquer caso prevalecer sobre a situação jurídica de terceiros, não podendo estes adoptar qualquer comportamento que possa comprometer aquela relação contratual.

Nos casos em que um contrato seja objecto de interpretação, ou quando a validade ou execução possam eventualmente estar comprometidas, referimos que a sua efectividade deve preferir à sua destruição nos casos em que esta afecte os legítimos interesses de uma das partes.

Finalmente a propósito da arbitragem sustentamos a necessidade de um sistema autónomo ao direito conflitual, característico da arbitragem internacional, necessário para assegurar as especiais exigências do comércio.

Afirmamos que a arbitragem transnacional assume hoje um papel preponderante no seio da comunidade internacional, e que o manifesto recurso à via arbitral para resolução de litígios emergentes das relações comerciais internacionais, revela uma maior consciência por parte dos operadores do comércio da sua maior adequação relativamente aos sistemas estaduais

Esse recurso justifica-se pela sua maior conformidade às exigências comerciais, à maior sensibilidade dos árbitros aos interesses das partes, e à neutralidade do foro arbitral. No entanto a este propósito referimos ainda a existência de alguns inconvenientes, nomeadamente o facto de o procedimento arbitral ter vindo a ser sujeito às mesmas formalidades que o processo judiciário, e ao risco de os árbitros actuarem como julgadores não independentes em representação das partes, e o dispêndio económico.

Muito embora existam alguns inconvenientes ao seu recurso, somos da opinião que as suas vantagens enaltecem este instituto. Permite-se um maior equilíbrio de interesses, onde subjaz a ideia de equidade, de não permitir que uma das partes "ganhe tudo"e que a outra não "perca tudo". O árbitro de acordo com a consciência dos interesses em causa, compõe o conflito de interesses de forma justa e equilibrada, de forma a que não haja frustração das expectativas de nenhuma das partes.

Cabe no entanto tecer ainda algumas considerações no que diz respeito à aplicação de todos estes instrumentos de regulação, no âmbito da contratação internacional.

Gostaríamos de acrescentar que nenhum dos instrumentos analisados, é totalmente completo ou infalível. Entendemos que a Convenção de Viena de entre todos os instrumentos em análise, é o único pensado para a compra e venda de mercadorias em específico, dai que relativamente à formação do contrato seja o que melhor se adequa às características da venda internacional.

Saliente-se que quando nos referimos a uma maior adequação, fazemos referência apenas à parte relativa à formação do contrato, e mesmo assim existem alguns reparos a fazer, pois a CISG está longe de ser perfeita.

Consideradas as diferenças sócio-económicas e diferenças culturais dos Países que fizeram parte das negociações, várias foram as matérias excluídas do seu âmbito de aplicação, regulando exclusivamente as matérias relativas à formação do contrato de compra e venda e os direitos e obrigações que esse contrato faz nascer.

Mas mesmo aspectos importantes relativos às vendas de mercadorias comuns, abrangidas pela CISG, não foram abordados, tais como a validade do contrato, ou relativamente aos institutos da compensação, cessão de direitos ou prazos de prescrição.

Um outro aspecto importante não contemplado pela CISG foi a referência às comunicações efectuadas electronicamente que se relacionam com a formação do contrato. Entendemos que a opção da não inclusão deste aspecto, se deveu ao facto, de á data da sua negociação, os meios de comunicação e as técnicas de informação, não terem a relevância que hoje possuem.

Mas o certo é que hoje grande parte dos contratos internacionais de venda são concluídos electronicamente via internet, o que acaba por levantar diversos problemas relativamente à perfeição ou aceitação da proposta contratual, ou até mesmo execução do contrato.

Pretende-se que estes instrumentos internacionais sejam mais adequados às especificidades comerciais, não se compreendendo a opção de relegar á apreciação do direitos internos, questões como os requisitos formais do contrato, ou o facto se saber se há ou não lugar à execução específica.

De todo o modo não há dúvidas de que, relativamente a formação contratual, este instrumento constitui um regime normativo adequado às especificidades da compra e venda internacional de mercadorias. Mas, no que diz respeito às matérias não contemplas por ele, deve ser defendida uma integração de

outros instrumentos reguladores, que permitam a supressão de lacunas, dando lugar a uma regulação mais completa e eficaz.

Os princípios do UNIDROIT, ajustam-se com as disposições da CISG, tratando-se de um instrumento mais recente com um direito uniformizador mais coerente e sistemático permitindo um menor recurso às instituições judiciais nacionais.

Os UNIDROIT constituem uma base se regras mais flexíveis que a própria CISG, e por se tratar de um instrumento não vinculativo, não sofre das mesmas limitações da CISG, podendo ser alterados muito mais facilmente permitindo uma maior adequação às exigências comerciais internacionais.

BIBLIOGRAFIA

BARRETO, Delgado, César, María Antonieta Delgado Menéndez, César Lincoln Candela Sánchez. 2006. *Introducción al Derecho Internacional Privado*. Conflicto de leyes Parte General. Tomo I. Pontificia Universidad Católica del Perú, Dirección Académica de Investigación, Fondo Editorial.

BONELL, Michael. 2004. The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law, Uniform Law Review. p. 5 a 40

BORTOLOTTI, Fabio. 2001. Manuale di diritto commerciale internazionale, vol I, dirito dei contratti internazionale, 2^a ed Milão.

BORYSEWIZ M. 1980. Conventions et projets de Conventions sur la Ventre Internacionale de Marchandises en Les Ventres Internacionales de Marchandises, Aix-en-Provence: Ed. Éconómica..

CARAVACA, Alfonso L. Calvo e GANDARA, Luis Fernadez Dela. 1995. *Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos.

CARAVACA, Alfonso L. Calvo e GANDARA, Luis Fernadez Dela, MORALES, Pilar Blanco. 1997. *Contratos Internacionales*. Madrid: Editorial Tecnos, SA. ISBN 84-309-3037-X

COLLAÇO, Magalhães. 1954. Da Compra e Venda em Direito Internacional Privado, vol I, Aspectos Fundamentais, Lisboa.

CORREIA, António Ferrer. 1989. *Da Arbitragem Comercial Internacional*, in Temas de Direito Comercial. Arbitragem Comercial Internacional. Reconhecimento de Sentenças Estrangeiras. Conflitos de Leis. Coimbra, p. 4 e ss.

DELGADO, J. Hernando. 1973. La Exportacion, Manual de su regulación Jurídico-administrativa, Madrid: Instituto de Estudios de Administracion Local. p. 26.

FOUCHARD, Philippe. 1965a. Lárbitrage Commercial Internacional. Paris.

FOUCHARD, Philippe. 1982b. Les usages, Lárbitre et le juge, in Études Berthold Goldman. Paris, p. 67.

FRADERA, Véra Jacob, MOSER, Luiz Gustavo Meira. 2011. *Compra e Venda Internacional de Mercadorias, Estudos sobre a Convenção de Viena de 1980*. São Paulo: Editora Atlas. ISBN 978-85-224-6103-5

GALGANO, Francesco, MARRELLA, Fabrizzio. 2001. *Interpretación del contrato y Lex Mercatória*, Revista de Derecho Comparado nº 3.

GOLDMAN, Berthold. 1963a. Les Conflits de Lois dans L'arbitrage International de Droit Privé, RCADI 109.

GOLDMAN, Berthold. 1964b. *Frontiéres du Droit et Lex Mercatória*. Archives de Philosophie du Droit 9,

GOLDMAN, Berthold. 1979c. *La lex mercatoria dans les contrats et l.árbitrage internationaux: realities et perpectives.* Clunet 106.

GOLDMAN, Berthold. 1983d. Lex *Mercatória*, Forum Internationale nº 3.

GOLDMAN, Berthold. 1987e. *The Applicable Law: General Principles of Law-Lex Mercatória*, Julian Lew (org), Contemporary Problems in International Arbitration.

GOLDSTAJN, Aleksander - The New Law Merchant Reconsidered, J. Bus .

GRANDA, Fernando Trazegnies - *El Poder Judicial peruano en la historia*, disponível em:

http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/images/Fernando_de_Trazegnies._El poder_judicial_peruano_en_la_historia.pdf.

KADENS, Emily. 2004. Order within Law, Variety with Costum: The Charater of The Medieval Merchant Law. Chicago Journal of International Law, vol 5, n°1.

KAHN, Philippe. 1961. *La ventre Commerciale Internacionale*. Paris, p. 366; **LAGARDE**, Paul. 1982. *Approach Critique de la Lex Mercatória*, Études Berthold Goldman, Paris, p. 142

LANDO, Ole. 1992a. Principles of European Contract Law. An Alternative or precursor of European Legislation, RabelsZ.

LANDO, Ole e BEALE, Hugh. 1995b. *The Principles of European Contract Law Dordrecht*, Boston; Londres. cap. XVI

LANDO, Ole e BEALE Hugh. 2000c. *Principles of European Contract Law*. La Haya.: Kluwer Law International, p. 1-93

LANDO, Ole. The Lex Mercatória in International Commercial Arbitration, Int. Comp. L. Q.34, p.748 e ss

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. 2009. *Direito das Obrigações*. Contratos em especial. 6ª Edição, volume III. ISBN 978-972-40-3850-6.

LEW, Julian. 1978. *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, New York. p.436 e ss.

MACHADO, João Batista. 2009. *Lições de Direito Internacional Privado*. Coimbra: Almedina. ISBN 978-972-40-0273-6

MIMOSO, Maria João. 2009. Arbitragem do *Comércio Internacional, Medidas* provisórias e Cautelares. Lisboa: Quid Juris, ISBN 978-972-724-470-6

MIMOSO, Maria João, SOUSA C. Sandra. 2009. Nótulas de Direito Internacional Privado: Lisboa, Quid juris. ISBN: 978-972-724-467-6, p. 80

MORALES Jennifer Rebeca. 2007. *Relevancia de La Aplicacion de la Lex Mercatória en controvérsias sometidas ante la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*. Guatemala, p. 40, disponível em http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_7020.pdf.

MOTA, Carlos A Esplugues. 1993. *Compraventa Internacional de Mercaderías*, Valencia: IMPIVA, ISBN 84-482-0120-5.

MOTA, Helena. 2004/2005. Direito Internacional Privado – Aulas teóricas, *ob. Cit* p. 16. Disponível em http://www.scribd.com/doc/26764350/Sebenta-DIP-direito-internacional-PRIVADO

PINHEIRO, Luís de Lima. 2005. *Direito Comercial Internacional: Contratos Comerciais Internacionais, Convenção de Viena sobre a Compra e Venda de Mercadorias, Arbitragem Transnacional*, Coimbra: Almedina.

PINHEIRO, Luís de Lima. 2008. *Direito Internacional Privado, Introdução e Direito de Conflitos Parte Geral*. vol I. Coimbra: Almedina, ISBN 978-972-40-3455-3.

PINHEIRO, Luís de Lima. 2009. *Direito Internacional Privado, Direito dos Conflitos em Especial*. 3ª ed. *vol II*. Coimbra: Almedina, ISBN 978-972-40-4032-5.

PROENÇA, José João Gonçalves de. 1992. *Direito Internacional Privado*, Parte Geral, Universidade Lusíada.

SACARRERA, Guardiola E. 1994. *La Compraventa intenacional: Importaciones y Exportaciones*, Barcelona: Bosch casa editorial, SA. ISBN 84-7676-273-9, p.15.

SANTOS, António Marques dos. 1991. *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado*, Esboço de uma Teoria Geral, vol I, Colecção Teses: Almedina.

SCHILECHTRIEM, Peter. 1986. *Uniform Sales Law*. The UN- Convention for the International Sale of Goods, Vienna.

SCHMITTHOFF, Clive. 1990. The Law of International Trade, London. p. 15 e ss

SERRA, Catarina. 2009. *Direito Comercial: Noções Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora. ISBN 978-972-32-1756-8.

STOECKER, Christoph . W. O. 1990. The Lex Mercatória: To What Extend does Exist? Journal of international Arbitration, vol 7 no 1. P. 102

UNIDROIT, Instituto para a Unificação do Direito Privado. 1995. *Princípios Relativos aos contratos Comerciais Internacionais*. Roma : Versão Publicada pelo Ministério da Justiça

UNIDROIT. Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, 2007. *Princípios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales*. Roma. ISBN 88-86449-15-1. disponível em http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2488/10.pdf.

VICENTE, Dário Moura. 1990. *Da Arbitragem Comercial Internacional, Direito aplicável ao Mérito da Causa*. Lisboa, Coimbra: ISBN 972-32-0444-4.

VICHER. 1992. General Course on Private International Law. RCADI 232:9-256

VILLANUEVA, Pedro Alfonso Labariega. 2006. Los Principios del Derecho Europeo de los Contratos y el Favor Contratos.

VISCASILLAS, Maria del Pilar Perales. 2002. *A Formação dos Contratos e os Princípios Europeus dos contratos*, in Pace Law Scholl Institute of International Commercial Law.

VISCASILLAS, Maria del Pilar Perales. 2001. *El contrato de Compraventa Internacional de Mercancías (Convención de Viena de 1980)*.

VITTA, Edoardo. 1990. Diritto Iternazionale Privato. Turim. Vol I, nº2.

VOLCKART, Oliver Mangels, Antej. 1999. *Are The Rootes of the Modern Lex Mercatoria Really Medieval?* Southern Economic Journal , vol. 65. issue 3