

RESPONSABILIDADE E EXONERAÇÃO NA VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS: PRIMEIRAS REFLEXÕES

Pela Prof. Doutora Catarina Monteiro Pires

SUMÁRIO:

I. Introdução. **II.** Âmbito da Convenção. **III.** O sistema de responsabilidade da Convenção. **IV.** A exoneração do devedor.

I. Introdução

1. Pretendemos neste texto examinar algumas questões suscitadas pelos arts. 74.º e 79.º da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos para Venda Internacional de Mercadorias, adotada em Viena, em 11 de abril de 1980⁽¹⁾.

2. O Decreto n.º 5/2020, de 7 de agosto, aprovou, para adesão, a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos para Venda Internacional de Mercadorias, adotada em Viena, em 11 de abril de 1980. Em anexo a este Decreto consta a versão inglesa e uma tradução para língua portuguesa do texto da Convenção que utilizaremos neste estudo, sem prejuízo das referências à versão em língua inglesa (que prevalece), sempre que necessário.

⁽¹⁾ Este texto constitui também um contributo para a homenagem ao Prof. Doutor Pedro Pais de Vasconcelos.

O Aviso n.º 48/2020, de 10 de outubro, tornou público que a República Portuguesa depositou, em 23 de setembro de 2020, o seu instrumento de adesão à Convenção. Ainda conforme consignado no dito Aviso, de acordo com o disposto no art. 99.º, n.º 2, da Convenção, esta entra em vigor para a República Portuguesa no dia 1 de outubro de 2021, sendo esta parte na mesma Convenção.

3. Com antecedentes em projetos anteriores⁽²⁾, a Convenção resulta dos trabalhos desenvolvidos no seio da CNUDCI, criada em 1966, nomeadamente da adoção em 1978 de um projeto de Convenção sobre os contratos de venda internacional de mercadorias.

Tendo principiado com a adesão inicial de 11 Estados, da Convenção são hoje parte 94 Estados e a mesma constitui uma peça essencial do comércio internacional de mercadorias. Entre esses Estados contam-se relevantes parceiros económicos internacionais de Portugal, como a maioria dos países da União europeia (exceto a Irlanda e Malta), o Brasil, a China, os Estados Unidos da América e a Rússia. Aplicada há largas décadas, por tribunais, judiciais e arbitrais, 'considerada um caso de sucesso de uniformização⁽³⁾ e de aceitação crescente por parte dos utilizadores⁽⁴⁾, pode hoje o sentido das suas disposições ser explorado através de um rico acervo de decisões, muitas delas publicadas.

4. Em Portugal, a partir da data de entrada em vigor, e dentro do respetivo âmbito de aplicação, a Convenção passou a ser direito aplicável por tribunais, judiciais e arbitrais. O mesmo sucede no Brasil desde 1 de abril de 2014, tendo a adesão sido também feita sem declarações ou reservas⁽⁵⁾.

(2) Nos antecedentes, salientam-se as Convenções da Haia de 1964 sobre Lei Uniforme sobre a Venda Internacional de Mercadorias e Lei Uniforme sobre a Formação dos Contratos de Venda Internacional. Sobre estes aspetos *vide per totum* FRANCO FERRARI, *Contracts for the International Sale of Goods. Applicability and applications of the 1980 United Nations Sales Convention*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2012, p. 4, ss.

(3) Cf. ULRICH MAGNUS, "The Vienna Sales Convention (CISG) between Civil and Common Law: best of all worlds?", *Journal of Civil Law Studies*, 2, 2010, (p. 67, ss), p. 71, ss, KRÖLL/MISTELIS/PERALES VISCASILLAS, *Introduction CISG*, em *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods. A Commentary*, C.H.Beck/Hart/Nomos, 2018, 2.ª ed., p. 8, ss e p. 13, ss, FRANCO FERRARI, *Contracts for the International Sale of Goods. Applicability and applications of the 1980 United Nations Sales Convention*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2012, p. 24.

(4) KRÖLL/MISTELIS/PERALES VISCASILLAS, *Introduction CISG*, em Kröll/ Mistelis/ Perales Viscasillas, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods. A Commentary*, p. 14.

(5) *Vide* o Decreto Legislativo n.º 538/2012 de 16 de outubro de 2012 e o Decreto Presidencial n.º 8.327/2014 de 16 de novembro de 2014.

5. Como acima referimos, o presente estudo seleciona apenas um aspeto da Convenção: o do sentido e âmbito dos arts. 74.º e 79.º dentro do sistema próprio de reação a perturbações do cumprimento da Convenção. Antes de nos concentrarmos neste artigo propriamente dito, impõe-se algumas considerações prévias quanto à própria Convenção.

II. O âmbito da Convenção

1. A Convenção aplica-se automaticamente, uma vez preenchidas as respetivas condições, mas pode ser afastada, total ou parcialmente, mediante acordo das partes (art. 6.º), ficando ressalvada a regra do art. 12.º, aplicável à forma do contrato⁽⁶⁾. Afirma-se, por isso, que a Convenção tem caráter dispositivo⁽⁷⁾. Esta solução do art. 6.º é depois complementada pelo disposto nos arts. 30.º, 35.º e 53.º.

2. O “opting out” pode ser direto (contratual) ou indireto (escolha de lei), expresso ou tácito (cf. art. 8.º da Convenção)⁽⁸⁾. Quer dizer, o acordo das partes no sentido da exclusão pode resultar de um afastamento contratual expresso, como pode resultar da escolha do direito de um Estado não contratante, como pode traduzir-se na estipulação de clausulado contratual negociado alternativo ou distinto do regime convencional ou na incorporação de modelos padronizados, nomeadamente

⁽⁶⁾ A tradução portuguesa do art. 6.º impõe alguma cautela, podendo sugerir um sentido do art. 12.º diferente do que possui (o art. 12.º estabelece uma limitação, na parte final do preceito, mas não é a norma fundamentadora da supletividade). Com efeito, na versão inglesa, determina-se “*the parties may exclude the application of this Convention or, subject to article 12, derogate from or vary the effect of any of its provisions*”. Na versão portuguesa, lê-se: “*as partes podem excluir a aplicação da presente Convenção ou, nos termos do disposto do artigo 12.º, derrogar ou modificar os efeitos de qualquer uma das suas disposições*”.

⁽⁷⁾ MISTELIS, anotação ao art. 6.º em Kröll/Mistelís/Perales Viscasillas, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, p. 103, INGO SAENGER, anotação ao art. 1.º em Ferrari, Kieninger, Mankowski, Otte, Saenger, Schulze, Staudinger, *Internationales Vertragsrecht. Rom-I, CISG, CMR, FactÜ, Kommentar*, Beck, Munique, 2018, 3.ª ed., p. 571.

⁽⁸⁾ MAGNUS, *Staudinger BGB, Wiener UN-Kaufrecht, CISG Sellier*, De Gruyter, 2013 (STAUDINGER/MAGNUS), anotação ao art. 6.º, p. 169, ss. Quanto a acordo tácito, os tribunais admitem a inferência em que esta declaração se baseia, mas salientam a necessidade de o facto do qual se infere a modificação ou derrogação dever revestir clareza (com referências, MISTELIS, anotação ao art. 6.º em Kröll/Mistelís/Perales Viscasillas, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, p. 106.

de Incoterms, estabelecendo regras relativa às obrigações de cada uma das partes⁽⁹⁾. Com efeito, tem-se admitido que esta exclusão possa operar indiretamente, por exemplo (mas não exclusivamente) através da remissão feita pelas partes para a lei de um Estado não contratante ou mesmo para normas individualizadas contrárias à solução da Convenção⁽¹⁰⁾.

Outra hipótese exemplificativa será ainda a da remissão para uma minuta ou para um *standard* contratual específico incompatível com a Convenção⁽¹¹⁾.

O acordo das partes é considerado por referência à data da celebração do contrato, sendo este momento fixado nos termos da própria Convenção (arts. 14.º e ss)⁽¹²⁾.

Uma advertência importante é ainda a de que o acordo que tenha em vista a exclusão de certas soluções da CISG aplica-se a própria CISG, no que respeita à formação do contrato⁽¹³⁾.

A hipótese de as partes considerarem a aplicação da Convenção, mas introduzirem alterações substanciais em parte das respetivas soluções, em particular se as mesmas disserem respeito a perturbações da prestação, pode incrementar a complexidade técnica no processo de aplicação prática do direito.

Em casos mais complexos, o afastamento de determinada solução da Convenção pode suceder após a conclusão do contrato, isto é, durante a execução do programa obrigacional⁽¹⁴⁾.

3. Inversamente, nada impede naturalmente que as partes incorporem regras da Convenção como cláusulas do próprio contrato ou que as partes afirmem a aplicação da Convenção a casos relativamente aos quais a aplicação das regras dos arts. 1.º a 3.º não conduzisse a uma aplicação da mesma. Tal como nada impede que as partes complementem

⁽⁹⁾ FRANCO FERRARI, *Contracts for the International Sale of Goods*, p. 155, ALEXANDRE DE SOUZA MARTINS, *Compra e Venda Internacional de Mercadorias: a CISG. Primeiros Comentários*, Almedina, Coimbra, 2021, p. 54, ss.

⁽¹⁰⁾ STAUDINGER/MAGNUS, anotação ao art. 6.º, p. 171, ss. Segundo alguns Autores, nesta hipótese exigir-se-ia que as partes tivessem “consciência da alternativa entre o regime convencional e o regime interno”. Assim, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Comercial Internacional*, p. 266.

⁽¹¹⁾ FRANCO FERRARI, *Contracts for the International Sale of Goods*, p. 171, ss.

⁽¹²⁾ PETER SCHLECHTRIEM/ULRICH G. SCHROETER, *Internationales UN-Kaufrecht*, 6.ª ed., Mohr Siebeck, Tübinga, 2016, p. 27.

⁽¹³⁾ Vide CISG-AC Opinion no 16, Exclusion of the CISG under Article 6, 30 de maio de 2014.

⁽¹⁴⁾ Sobre este aspeto e os limites de uma tal exclusão, cf. também a Opinião n.º 16, CISG-AC Opinion no 16, Exclusion of the CISG under Article 6, 30 de maio de 2014.

certas soluções da Convenção com determinadas estipulações acessórias ou suplementares. Salienta-se assim, com razão, que “um dos grandes princípios da Convenção é, precisamente, o da autonomia das partes”⁽¹⁵⁾.

III. O sistema de responsabilidade da Convenção

1. No âmbito da Convenção, uma possível consequência do incumprimento (não a única) é a indemnização pelos danos causados [cf. art. 45.º, n.º 1, alínea *b*) e n.º 2]. No caso de “violação fundamental”, o comprador tem ao seu dispor vários meios de reação e a indemnização é compatível com todos eles, incluindo a resolução (cf. arts. 75.º e 76.º). No caso de violação do contrato (fundamental ou não), a parte lesada pode pedir uma indemnização pelos danos causados, verificadas determinadas condições.

2. A indemnização em causa surge organizada em torno da disposição do art. 74.º, a qual já foi qualificada como “*brief, but powerful*”, concentrando os elementos funcionais essenciais⁽¹⁶⁾.

3. O art. 74.º não alude a “incumprimento fundamental” (ou “violação fundamental”), mas apenas a “incumprimento” (na tradução portuguesa, na versão inglesa *breach of contract*). Em causa está, portanto, qualquer situação de violação de um dever do vendedor. Pode estar em causa uma situação de falta de cumprimento, de entrega de bem defeituoso, de atraso na entrega, entre outras: também aqui, a perspetiva da Convenção é funcional, e não analítica e conceptual. Naturalmente que ficam de fora preterições de meros ónus ou encargos⁽¹⁷⁾.

(15) FRANCO FERRARI, *Contracts for the International Sale of Goods*, p. 151, ss, KRÖLL/MISTELIS/PERALES VISCASILLAS, *Introduction CISG*, em *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods. A Commentary*, p. 7, MISTELIS, anotação ao art. 6.º em Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, pp. 101 e 103, STAUDINGER/MAGNUS, anotação ao art. 6.º, p. 165. Entre nós, ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, *Compra e Venda Internacional*, p. 12.

(16) Vejam-se também as alusões de MILENA DJORDJEVIC, Anotação ao art. 74.º em Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, p. 957, recordando os comentários de Honnold e Flechtner.

(17) Assim também INGEBORG SCHWENZER, anotação ao art. 74.º, em Schlechtriem, Schwenger, Schroeter, *Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG)*, pp. 1241-1242.

4. A responsabilidade depende de vários requisitos. Interessa notar que a Convenção difere em vários aspetos das soluções do Código Civil português.

Em *primeiro lugar*, no sistema da Convenção, está em causa uma indemnização pecuniária, e não a reparação natural⁽¹⁸⁾.

Em *segundo lugar*, a Convenção não se baseia no princípio da culpa, nem a responsabilidade depende de culpa⁽¹⁹⁾. Entende-se mesmo que a Convenção se baseia num princípio de *strict liability*, em que a responsabilidade é afastada apenas quando verificado um impedimento imprevisível, insuperável e fora de controlo (art. 79.º)⁽²⁰⁾.

Em *terceiro lugar*, quanto aonexo causal, os comentadores notam que a Convenção não elegeu uma determinada teoria de causalidade própria dos sistemas internos, renunciando a uma teorização excessiva e parecendo preferir o enquadramento da ideia de ligação causal ao serviço do princípio da compensação integral dos danos⁽²¹⁾, limitado pela ideia de previsibilidade. Aceita-se, mesmo que a Convenção “não deixou espaço para a aplicação de teorias domésticas sobre causalidade”⁽²²⁾.

Em *quarto lugar*, não há rasto na Convenção da teoria da diferença, nem a mesma deve ser convocada, como nota SCHWENZER⁽²³⁾.

5. A norma do art. 74.º baseia-se num princípio de reparação integral de danos⁽²⁴⁾, mas também incorpora a ideia de previsibilidade do

⁽¹⁸⁾ ASSIM, MILENA DJORDJEVIC, Anotação ao art. 74.º em Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, *UN Convention on contracts for the International Sale of Goods*, p. 966.

⁽¹⁹⁾ STAUDINGER/MAGNUS, anotação ao art. 74.º, p. 848.

⁽²⁰⁾ MILENA DJORDJEVIC, Anotação ao art. 74.º em Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, pp. 961-962, KATIA RENER, *Rechtsmängelhaftung in internationalen Warenkaufverträgen. Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Regelungen im deutschen Recht, im UN-Kaufrecht sowie im Verordnungsvorschlag über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht*, Duncker & Humblot, Berlim, 2019, p. 160.

⁽²¹⁾ Salientando o acolhimento pela CISG do princípio da “full compensation”, *CISG-AC Opinion no 6, Calculation of Damages under CISG, Article 74*, 2006. Rapporteur: Professor John Y. Gotanda, Villanova University School of Law, Villanova, Pennsylvania, U.S.

⁽²²⁾ MILENA DJORDJEVIC, Anotação ao art. 74.º em Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, p. 961. No mesmo sentido, STAUDINGER/MAGNUS, anotação ao art. 74.º, p. 853. Em sentido análogo, BRUNO ZELLER, *Damages under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 109.

⁽²³⁾ INGBORG SCHWENZER, anotação ao art. 74.º, em Schlechtriem, Schwenger, Schroeter, *Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG)*, p. 1240.

⁽²⁴⁾ STAUDINGER/MAGNUS, anotação ao art. 74.º, pp. 850-851, MILENA DJORDJEVIC, Anotação ao art. 74.º em Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, p. 958, KATIA RENER, *Rechtsmängelhaftung in internationalen Warenkaufverträgen*, p. 160.

dano⁽²⁵⁾. Cobre o dano emergente e o lucro cessante, como resulta da própria letra do art. 74.º⁽²⁶⁾ e a doutrina salienta que à indemnização em causa preside um princípio compensatório, com exclusão de indemnizações de natureza punitiva⁽²⁷⁾. Contudo, em causa estão apenas danos patrimoniais, e não danos morais⁽²⁸⁾.

6. Nota-se que a finalidade primária da reação prevista no art. 74.º é colocar a parte lesada “na mesma posição económica que estaria se o contrato tivesse sido cumprido”⁽²⁹⁾ e, nessa medida, nota-se que está em causa uma indemnização pelo interesse contratual positivo⁽³⁰⁾. Não há limitação quanto ao âmbito, nem em função da “causalidade”⁽³¹⁾.

7. Relativamente ao momento do cálculo do dano, alguma doutrina aponta para o momento mais próximo possível da decisão do tribunal⁽³²⁾, mas este ponto não é incontroverso, conhecendo-se posições, no caso de resolução do contrato, como ponto de referência⁽³³⁾.

8. A Convenção não tem uma referência expressa ao “método” (concreto ou abstrato) de cálculo do dano, parecendo que pode abranger ambos⁽³⁴⁾. Contudo, observando a versão inglesa, diferente da tradução portuguesa (“*damages for breach of contract by one party consist of a sum...*”) tem-se aludido a uma preferência por uma determinação concreta do dano⁽³⁵⁾.

(25) Pode ver-se FRANCO FERRARI, *Contract Damages: domestic and international perspective*, ed. Djankhongir Saidor e R Cunnigton. Oxford 2008.

(26) STAUDINGER/MAGNUS, anotação ao art. 74.º, p. 845.

(27) STAUDINGER/MAGNUS, anotação ao art. 74.º, p. 849.

(28) SCHLECHTRIEM/SCHROETER, *Internationales Kaufrecht*, p. 308.

(29) MILENA DJORDJEVIC, Anotação ao art. 74.º em Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, p. 957. Em sentido análogo, BRUNO ZELLER, *Damages under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, p. 141.

(30) INGEBORG SCHWENZER, anotação ao art. 74.º, em Schlechtriem, Schwenzler, Schroeter, *Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG)*, p. 1239. Entre nós, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Comercial Internacional*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 297.

(31) ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, *Compra e Venda Internacional*, p. 76.

(32) INGEBORG SCHWENZER, anotação ao art. 74.º, em Schlechtriem, Schwenzler, Schroeter, *Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG)*, p. 1255.

(33) BRUNO ZELLER, *Damages under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, pp. 262-263.

(34) INGEBORG SCHWENZER, anotação ao art. 74.º, em Schlechtriem, Schwenzler, Schroeter, *Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG)*, pp. 1253-1254. Sobre o problema, YESIM ATAMER, *Die abstrakte Schadensberechnung und ihr Verhältnis zum Anspruch auf den entgangenen Gewinn am Beispiel von Artikel 74 und 76 CISG*, FS Magnus, 2014, p. 145, ss.

(35) BRUNO ZELLER, *Damages under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, p. 142.

9. Na determinação da previsibilidade do dano, importa, como ensina SCHWENZER, uma determinação objetiva perante as circunstâncias do caso concreto, sendo decisivo saber se uma pessoa racional no lugar do devedor e tendo o mesmo conhecimento das circunstâncias no momento da celebração do contrato teria previsto⁽³⁶⁾. O critério da “previsibilidade” é um critério normativo⁽³⁷⁾, podendo ser imputados danos que de acordo com as circunstâncias correntes ou normais do Comércio Internacional devam ser indemnizados.

10. Finalmente, apesar do silêncio da Convenção e das dúvidas sobre se a mesma deveria ter subjacente opções em matéria de ónus da prova, aceita-se que a parte que alega a aplicação tem o ónus de provar os factos relevantes para o efeito, tal como a parte que alega o impedimento resultante da falta de conhecimento tem o ónus de o provar⁽³⁸⁾.

Quanto ao *standard* da prova, é interessante notar que a interpretação da Convenção tem confluído no sentido do entendimento de que uma “razoável verosimilhança” é suficiente, tendo o Advisory Council emitido opinião favorável a este entendimento, na Opinião n.º 6⁽³⁹⁾.

IV. Sentido e âmbito do artigo 79.º

1. A disposição do art. 79.º diz respeito apenas ao afastamento da responsabilidade do devedor e, portanto, da pretensão indemnizatória do credor, não afetando outros meios de reação de que este possa dispor⁽⁴⁰⁾. Subjacente ao preceito está a ideia de que o devedor não deve responder

⁽³⁶⁾ INGBORG SCHWENZER, anotação ao art. 74.º, em Schlechtriem, Schwenzler, Schroeter, *Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG)*, p. 1257.

⁽³⁷⁾ STAUDINGER/MAGNUS, anotação ao art. 74.º, p. 854.

⁽³⁸⁾ MILENA DJORDJEVIC, Anotação ao art. 74.º em Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, p. 963, ss.

⁽³⁹⁾ CISG-AC Opinion no 6, Calculation of Damages under CISG Article 74, Spring 2006. Rapporteur: Professor John Y. Gotanda, Villanova University School of Law, Villanova, Pennsylvania, U.S. “*The aggrieved party has the burden to prove, with reasonable certainty, that it suffered loss. The aggrieved party also has the burden to prove the extent of the loss but need not do so with mathematical precision*”.

⁽⁴⁰⁾ Esta ressalva resulta claramente do n.º 5 do preceito: “*nada no presente artigo impede qualquer parte de exercer qualquer outro direito para além de pedir indemnização por perdas e danos, nos termos da presente Convenção*”.

pela violação do contrato (*breach of contract*), se as circunstâncias que o impediram de cumprir não forem por si controláveis, nem previsíveis⁽⁴¹⁾.

Ora, parece ser hoje opinião dominante a de que o artigo em apreço se aplica a qualquer situação que possamos conceber dentro da ideia de *breach of contract*, independentemente do dever violado⁽⁴²⁾. Seja porque a letra da mesma não diferencia, seja porque as posições convergiram nessa direção, inclusivamente com um Parecer do *Advisory Council* (Opinião n.º 7)⁽⁴³⁾.

O problema estava sobretudo em saber se o cumprimento defeituoso também estaria abrangido, isto é, se em relação ao defeito podia operar o mesmo raciocínio de exoneração ou se quanto a este aspeto seria de acolher uma responsabilidade estritamente objetiva. O tema é interessante, porque nos remete para uma discussão sobre o sentido das *warranties* no mundo de *civil law* e no mundo de *common law*.

2. Pode discutir-se o art. 79.º deve ser interpretado como um verdadeiro desvio ao princípio, acolhido na Convenção, da responsabilidade do devedor independente de culpa. A doutrina tem realçado este aspeto e podemos aceitá-lo, em termos práticos⁽⁴⁴⁾. Contudo, deve notar-se que o critério subjacente ao art. 79.º, enquanto causa de exoneração, não corresponde *stricto sensu*, em termos conceptuais, à ausência de culpa conforme prevista no direito português, dado que, neste, esta se refere a um juízo de censura ética relativa a um devedor que agiu *aquém* da diligência exigível de acordo com a bitola do bom pai de família⁽⁴⁵⁾.

Seja como for, parece ser de acolher a visão segundo a qual subjacente ao art. 79.º está a ideia de que as partes num contrato só devem responder por danos causados por riscos que razoavelmente podiam ter tido em conta e acautelado aquando da celebração do contrato⁽⁴⁶⁾. Os

(41) SCHLECHTRIEM/SCHROETER, *Internationales Kaufrecht*, p. 286.

(42) Assim, STAUDINGER/MAGNUS, anotação ao art. 79.º, p. 911.

(43) CISG-AC Opinion no 7, Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG, 12 October 2007. Rapporteur: Professor Alejandro M. Garro, Columbia University School of Law, New York, N.Y., USA.

(44) INGEBORG SCHWENZER, anotação ao art. 79.º, em Schlechtriem, Schwenzler, Schroeter, *Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG)*, p. 1313, STAUDINGER/MAGNUS, anotação ao art. 79.º, p. 911.

(45) Uma circunstância pode estar dentro da esfera de influência do devedor, mas a sua superação pode exigir esforços além da diligência devida por um homem médio: à luz do Código Civil parece que deveria excluir-se a culpa, mas tal conclusão afigura-se já duvidosa ao abrigo da Convenção, dado que, como veremos, o conceito de bom pai de família ou de homem médio não é tomado em conta.

(46) Assim, YESIM ATAMER, anotação ao art. 79.º, em Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods. A Commentary*, p. 1041.

riscos remotos são alocados *ex post* através de uma decisão por um tribunal⁽⁴⁷⁾.

3. Observemos, porém, com maior detalhe os requisitos da norma que nos ocupa, os quais revestem natureza cumulativa⁽⁴⁸⁾. Preliminarmente, cabe notar que o art. 79.º não faz referência à boa-fé, não estando, pois, em causa um mecanismo de limitação de direitos imposto por esta via.

O primeiro ponto a reter é que este art. 79.º, n.º 1 prevê uma causa de exoneração sempre que exista um impedimento fora do controlo do devedor, que ele não podia razoavelmente esperar à data da celebração do contrato ou cujas consequências não podia evitar, nem superar. Vamos pensar na obrigação do vendedor, nomeadamente o dever de entrega da mercadoria em conformidade com o contrato. Ora, à luz do citado preceito, o vendedor não é responsável pela inexecução da obrigação se provar cumulativamente que: (i) esta se ficou a dever a um impedimento alheio à sua vontade; (ii) que não era razoável esperar que o tomasse em consideração no momento da conclusão do contrato (iii) que não era razoável esperar que prevenisse ou ultrapassasse esse impedimento ou que prevenisse ou ultrapassasse as suas consequências. Vejamos cada um dos requisitos isoladamente.

4. O conceito de impedimento é controverso. Parece albergar impedimentos absolutos, como situações de impossibilidade física absoluta, mas pode perguntar-se se um impedimento é também um acréscimo de custos ou dispêndios.

Procurando compreender melhor o critério de exoneração resultante do art. 79.º, vários Autores convocam para este domínio a ideia de esferas de risco⁽⁴⁹⁾. A ideia de esferas de risco tem sido invocada em quadrantes diversos do direito civil, amiúde para resolver problemas de imputação, em casos difíceis. Com efeito, conhecem-se posições que consideram que

(47) YESIM ATAMER, anotação ao art. 79.º, em Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods. A Commentary*, p. 1041.

(48) SCHLECHTRIEM/SCHROETER, *Internationales Kaufrecht*, p. 286.

(49) SCHLECHTRIEM/SCHROETER, *Internationales Kaufrecht*, p. 289, aludindo a um “domínio de influência” do devedor e, com igual referência, INGEBORG SCHWENZER, anotação ao art. 79.º, em Schlechtriem, Schwenger, Schroeter, *Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG)*, p. 1317, INGO SAENGER, anotação ao art. 79.º em Ferrari, Kieninger, Mankowski, Otte, Saenger, Schulze, Staudinger, *Internationales Vertragsrecht. Rom-I, CISG, CMR, FactÜ, Kommentar*, p. 1155. Aludindo mesmo a “esferas de risco”, STAUDINGER/MAGNUS, anotação ao art. 79.º, p. 913.

a norma do art. 79.º teria subjacente uma divisão de esferas de atividade ou esferas de risco, de tal modo que o fundamento de exoneração do devedor corresponderia apenas a circunstâncias localizadas fora do seu âmbito de influência. Os comentários incluem vários atos de força maior, como incêndios e inundações fortuitas, guerra, revolução e mesmo epidemias⁽⁵⁰⁾. A primazia pertence à interpretação do contrato e ao modo como neste se “desenham” esferas internas e esferas externas⁽⁵¹⁾. Mas há casos que podem ser mais difíceis.

Pergunta-se, pois, qual a esfera de risco, domínio ou controlo do devedor, referida à prestação devida? Uma hipótese será a de considerar o art. 79.º, n.º 1 como uma norma de exclusão da responsabilidade relativa a impedimentos da prestação situados fora do “âmbito de influência do devedor”, o qual corresponderia à esfera de domínio deste sujeito no que respeita à preparação, organização e execução do cumprimento. Assim, por exemplo o devedor responderia pela sua capacidade financeira, bem como pela sua capacidade de produção no caso de produzir as mercadorias, o que incluiria materiais, fornecimentos, meios de produção, entre outras⁽⁵²⁾. Inversamente, não estaria em condições de controlar uma guerra ou um embargo económico geral. Ou proibições de importação.

Há quem distinga entre os casos em que o vendedor produz a mercadoria e aqueles em que este é apenas um intermediário comercial⁽⁵³⁾.

5. O segundo requisito diz respeito à razoável consideração. O termo *razoável consideração*, embora não seja o mais comum entre juristas, parece ser o mais correto na lógica da Convenção, dado que o art. 79.º refere *taking into account*, diferentemente do art. 74.º, este sim utilizando a partícula *foresee*.

Este requisito parece trazer alguma diferenciação entre o art. 79.º e as novas tendências quanto ao conceito de força maior, dado que em relação a esta a previsibilidade parece ser neste último âmbito discutível.

Em regra, o que está na esfera de controlo da parte poderá por esta ser tomado em consideração, mas há eventos fora da sua esfera de controlo que podem também ser tomados em consideração. Por exemplo, certos

⁽⁵⁰⁾ SCHLECHTRIEM/SCHROETER, *Internationales Kaufrecht*, p. 287.

⁽⁵¹⁾ INGEBORG SCHWENZER, anotação ao art. 79.º, em Schlechtriem, Schwenger, Schroeter, *Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG)*, p. 1317, STAUDINGER/MAGNUS, anotação ao art. 79.º, p. 913.

⁽⁵²⁾ No mesmo sentido, INGO SAENGER, anotação ao art. 79.º em Ferrari, Kieninger, Mankowski, Otte, Saenger, Schulze, Staudinger, *Internationales Vertragsrecht. Rom-I, CISG, CMR, FactÜ, Kommentar*, p. 1156.

⁽⁵³⁾ SCHLECHTRIEM/SCHROETER, *Internationales Kaufrecht*, p. 289.

fenómenos meteorológicos, podem ser extremos, mas recorrentes e, por isso, suscetíveis de ser tomados em consideração⁽⁵⁴⁾. Os exemplos surgem também em outros domínios, como autorizações de importação ou exportação⁽⁵⁵⁾.

Na lógica da Convenção, o devedor que estava em condições de “*tomar em consideração*” certo impedimento e não o fez aquando da conclusão do contrato, responde nos termos do contrato pelo cumprimento das suas obrigações.

De notar ainda que o art. 79.º, ao contrário do art. 25.º ou do art. 8.º, n.º 2, não alude a uma referência de normalidade social, por exemplo *reasonable person*. Está em causa o juízo do concreto devedor, com as suas características. O devedor que cumpre abaixo do que ele próprio é capaz, incumpre.

6. Vejamos o terceiro requisito. Suscetibilidade de evitar ou superação. Esta exigência, ao contrário da anterior, não se coloca no momento da celebração do contrato, mas no momento em que as diligências devem ser adotadas, o que pode ser no momento da celebração do contrato ou no momento da execução do contrato. Tem-se ainda entendido que, neste âmbito, a diligência exigida é a do concreto devedor, e não a de uma pessoa razoável ou de um homem médio⁽⁵⁶⁾.

7. Perante o exposto, é compreensível a advertência de que se trata de uma norma a ser aplicada com contenção, a casos limitados⁽⁵⁷⁾ e que alguma doutrina tem reservado mesmo para “casos extremos”.

8. Uma distinção conhecida do domínio das obrigações contratuais — e que não é afastada pela Convenção — é a que separa obrigações genéricas e obrigações específicas. O critério diferenciador reporta-se à determinação do objeto da prestação no momento da celebração do contrato.

⁽⁵⁴⁾ Num caso de 2004, julgado por tribunais norte-americanos (United States District Court for the Northern District of Illinois 2004 WL 1535839 (2004), a Raw Materials demandou a alemã Manfred Forberich por incumprimento do contrato ao abrigo da CISG. A discussão em torno do art. 79.º concentrou-se em saber se o congelamento do porto de São Petersburgo era um evento fora da esfera de controlo da demandada. Esta decisão tem sido criticada porque teria interpretado a Convenção à luz do direito estado-unidense. A Demandante não teve sucesso. A Demandada convenceu que haveria “*unexpected weather conditions*”.

⁽⁵⁵⁾ SCHLECHTRIEM/SCHROETER, *Internationales Kaufrecht*, p. 291.

⁽⁵⁶⁾ SCHLECHTRIEM/SCHROETER, *Internationales Kaufrecht*, p. 292.

⁽⁵⁷⁾ INGBORG SCHWENZER, anotação ao art. 79.º, em Schlechtriem, Schwenzler, Schroeter, *Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG)*, Beck, Munique, 2019, 7.ª ed., p. 1316.

Nas obrigações genéricas, não está definido o objeto com que o devedor cumprirá, havendo apenas uma determinação quanto ao género (sem prejuízo de limitações ou de qualidades do género). Nas específicas, há desde logo uma individualização do objeto da prestação debitória. Ora, numa obrigação genérica, a falha do fornecedor habitual é superável através da celebração de um contrato com um fornecedor alternativo. Numa obrigação específica, pode perguntar-se se o devedor está obrigado a encontrar uma mercadoria que seja um *reasonable substitute* da contratada. Há quem entenda que essa exigência se coloca para que o devedor possa invocar o art. 79.º, embora o credor não esteja obrigado a aceitar esse *aliud*⁽⁵⁸⁾. Quer dizer que nas obrigações genéricas em que o vendedor adquire o bem a um terceiro e é possível adquiri-lo no mercado (ainda que não ao terceiro com quem o devedor projetara contratar ou contratara) o risco é do vendedor, não havendo lugar à aplicação da causa de exoneração do art. 79.º⁽⁵⁹⁾.

9. O art. 79.º n.º 1 pode ser afastado por regulação convencional. Como vimos, a modelação do regime aplicável pode resultar da própria autonomia privada das Partes. Com efeito, estas podem afastar, total ou parcialmente, o regime da Convenção (art. 6.º). Podem por exemplo afastar o regime do art. 79.º através da estipulação de uma cláusula de força maior. O clausulado pode ainda não ser tão amplo — como em regra são as cláusulas de força maior e de *hardship* —, mas dizer respeito a uma contingência determinada: por exemplo, a recusa de uma licença de importação ou de exportação.

Podem ainda verificar-se situações que não são propriamente de clausulado alternativo expresso. Pensamos em particular em condutas da parte da qual possa ser extraído um determinado sentido. Neste âmbito, cabe recordar o art. 8.º, nos termos do qual “as declarações e demais atos de uma parte devem ser interpretados de acordo com a sua intenção, quando a outra parte tinha conhecimento dessa intenção ou não a podia ignorar” (n.º 1).

Outro ponto digno de menção é o da relação do art. 79.º com cláusulas de exclusão ou de limitação da responsabilidade civil. Estas cláusulas tendem a ser admitidas em contratos internacionais e, naturalmente, que,

(58) SCHLECHTRIEM/SCHROETER, *Internationales Kaufrecht*, p. 294.

(59) INGBORG SCHWENZER em SCHECHTRIEM/SCHWENZER/SCHOETER, *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, anotação ao art. 79.º, p. 1323, INGO SAENGER, anotação ao art. 79.º em Ferrari, Kieninger, Mankowski, Otte, Saenger, Schulze, Staudinger, *Internationales Vertragsrecht. Rom-I, CISG, CMR, FactÜ, Kommentar*, p. 1156.

havendo clausulado deste tipo, o problema da exoneração poderá não se colocar, operando antes uma exclusão do dever de indenizar, dentro dos limites do art. 4.º e do controlo de validade pelos direitos nacionais. Segundo LIMA PINHEIRO, a tendência do direito nacional seria para “*aceitar a validade das cláusulas limitativas da responsabilidade (que restringem o montante da indemnização ou os pressupostos da responsabilidade ou excluem a presunção legal de culpado devedor), desde que não sejam contrárias à ordem pública, não conduza a uma indemnização irrisória e não abranjam casos de dolo ou negligência grosseira*”⁽⁶⁰⁾.

10. No n.º 2 do art. 79.º estão em causa situações em que o não cumprimento é consequência do não cumprimento por terceiro a quem o devedor confiou a execução do contrato, no todo ou em parte. Ora, nestas hipóteses, a exoneração da responsabilidade depende, além dos requisitos já examinados, que o terceiro se possa considerar também exonerado, se as disposições do artigo em apreço lhe forem aplicáveis⁽⁶¹⁾. Quer isto dizer, o devedor tem de provar as condições exigidas no número 1 quanto a si e que provar as condições relativas ao terceiro, o que implica provar que o terceiro, se fosse parte no contrato, seria exonerado devido a uma circunstância imprevisível e alheia à sua vontade. Dito de outro modo, na prática, o âmbito da responsabilidade do devedor abrange não só o seu próprio comportamento, quanto os atos de auxiliares do cumprimento⁽⁶²⁾. Esta prova é exigida cumulativamente, o que implica, naturalmente, que a exoneração ao abrigo do n.º 2 seja mais exigente. Como nota ATAMER, se o devedor o terceiro tiver previsto, ou tivesse podido prever, o impedimento, não haverá exoneração⁽⁶³⁾.

Impõe-se algumas notas adicionais sobre este mesmo número 2 do art. 79.º em análise. A *primeira nota* é a de que o ponto de partida da leitura da norma não poderá deixar de ser o de que o devedor de uma obrigação fungível não deverá ficar em melhores condições (isto é, com a sua responsabilidade “aligeirada”) por ter incluído terceiros na execução do programa obrigacional. Naturalmente que a distribuição final do âmbito de responsabilidade de cada um dependerá em último termo, já o sabemos, de estipulações contratuais. Não obstante, vamos partir do pressuposto de que

⁽⁶⁰⁾ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Comercial Internacional*, p. 249.

⁽⁶¹⁾ SCHLECHTRIEM/SCHROETER, *Internationales Kaufrecht*, p. 296, ss.

⁽⁶²⁾ Nesse sentido, STAUDINGER/MAGNUS, anotação ao art. 79.º, p. 914.

⁽⁶³⁾ ASSIM, YESIM ATAMER, anotação ao art. 79.º, em Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods. A Commentary*, p.1063.

estas não existem e de que o devedor pode contratar terceiros para executar o programa obrigacional (*maxime* por não estar contratualmente impedido de o fazer). Este ponto de partida permite, entre outros aspetos, extrair a conclusão de que a aferição da responsabilidade do devedor não depende apenas de um juízo sobre o zelo que possa ter depositado na escolha do terceiro: não se tratará de uma responsabilidade *in eligendo*.

Passemos à *segunda nota*. O terceiro em causa, atenta a extensão do n.º 1, é alguém que é alheio à esfera de controlo do devedor ou à esfera da sua organização. Por exemplo, alguém que o vendedor contratou para instalar o bem na unidade industrial do comprador, ou um transportador contratado pelo vendedor. Inversamente, funcionários e colaboradores do devedor, ou, mais latamente, pessoas incluídas na sua esfera de organização e de controlo, não devem ser considerados terceiros. Naturalmente que quanto mais generosa for a interpretação do art. 79.º, n.º 1, quanto à esfera de risco do devedor mais estreito será o âmbito de aplicação do art. 79.º, n.º 2⁽⁶⁴⁾.

Terceira nota. O critério referido no número anterior revela alguma plasticidade e alguma indefinição em certos casos. Assim, por exemplo, a doutrina tem discutido se os fornecedores de matéria-prima e outros devem ser considerados terceiros. A Opinião n.º 7 do Advisory Council já se pronunciou sobre o assunto, mas este aspeto continua a gerar alguma controvérsia, até porque se liga ao objeto da prestação debitória de cada sujeito e a ligação que entre elas se estabelece.

Quarta nota. O art. 79.º, n.º 2, literalmente, não faz referência ao vendedor. Contudo, não é incomum em certos contratos internacionais a estipulação de necessidade de consentimento do credor para que o devedor possa contratar terceiros ou a estipulação de uma lista de terceiros “autorizados” pelo credor. O que se questiona é se uma tal intervenção do credor tem efeitos quanto à aplicação do art. 79.º. O problema tem de ser resolvido com recurso ao art. 80.º, que veremos em seguida.

11. Verificando-se os requisitos do art. 79.º, n.º 1, a consequência é a exoneração de responsabilidade, com afastamento do dever de indemnizar. As vinculações do devedor que não tenham sido afetadas pelo impedimento e pelo mecanismo do art. 79.º mantêm-se. A Convenção não regula o caso em que o devedor, em virtude do art. 79.º, recebe uma vantagem na sua esfera, mas a doutrina dominante não rejeita a hipótese de operar uma

(64) Assim, SCHLECHTRIEM/SCHROETER, *Internationales Kaufrecht*, 6.ª ed., p. 299.

transferência do benefício para o credor, por analogia com o disposto no art. 84.º, n.º 2, alínea *b*)(⁶⁵).

12. A exoneração pode não ser total, vigorando apenas pelo período que durar o impedimento, conforme clarifica o n.º 3 do art. 79.º. Questão interessante, e que não parece ter resolução óbvia no sistema da Convenção, é a de saber até que ponto o devedor, mesmo não sofrendo os efeitos indemnizatórios, deverá ficar vinculado. Por um lado, porque a passagem do tempo pode implicar uma espécie de “retenção” da capacidade de prestar do devedor, não permitindo que se dedique a prestações alternativas. Por outro lado, porque essa mesma passagem do tempo pode implicar custos adicionais para o devedor, remetendo-nos para um problema de *hardship*.

13. Verificando-se um caso do art. 79.º, impõe-se deveres de comunicação, conforme previsto no n.º 4 deste mesmo preceito(⁶⁶).

Esta notificação deve conter elementos detalhados acerca do tipo de impedimento, dos respetivos efeitos no cumprimento do programa obrigacional e de medidas para o mitigar(⁶⁷). Não existem, porém, requisitos de forma(⁶⁸). É, contudo, duvidoso que a falha de comunicação retire ou suprima o efeito útil do art. 79.º, parecendo que este pode continuar a fundamentar uma exoneração do devedor(⁶⁹). Não obstante, o incumprimento do dever de notificação poderá, ele próprio, causar danos e, se for o caso, a parte faltosa poderá ter de responder pelos danos que a preterição da informação, ou a informação incorreta, tiverem causado na esfera do lesado.

(⁶⁵) Nesse sentido e salientando tratar-se de visão dominante, INGBORG SCHWENZER em SCHECHTRIEM/SCHWENZER/SCHOETER, *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, anotação ao art. 79.º, p. 1331.

(⁶⁶) De acordo com o n.º 4: “*a parte que não cumpre as suas obrigações tem que notificar a outra parte do impedimento e dos efeitos deste sobre a sua capacidade de cumprir. Se a outra parte não receber a notificação num prazo razoável após a data em que a parte em incumprimento teve ou devesse ter tido conhecimento do impedimento, esta última é responsável pelas perdas e danos decorrentes da falta de receção*”.

(⁶⁷) YESIM ATAMER, anotação ao art. 79.º, em Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods. A Commentary*, p. 1077.

(⁶⁸) INGBORG SCHWENZER em SCHECHTRIEM/SCHWENZER/SCHOETER, *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, anotação ao art. 79.º, p. 1330.

(⁶⁹) Assim, INGO SAENGER, Anotação ao art. 79.º em Ferrari, Kieninger, Mankowski, Otte, Saenger, Schulze, Staudinger, *Internationales Vertragsrecht. Rom-I, CISG, CMR, FactÜ, Kommentar*, p. 1159.