



Responsabilidade e exoneração na venda internacional de mercadorias: primeiras reflexões

Catarina Monteiro Pires

I. Introdução

1. Pretendemos neste texto examinar algumas questões suscitadas pelos artigos 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.

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.

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 artigo 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 ⁽¹⁾, 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, é considerada um caso de sucesso de uniformização ⁽²⁾ e de aceitação crescente por parte dos utilizadores ⁽³⁾, pode hoje o sentido das suas

⁽¹⁾ 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.

⁽²⁾ Cf. ULRICH MAGNUS, “The Vienna Sales Convention (CISG) between Civil and Common Law: best of all worlds?”, *Journal of Civil Law Studies*, 2, 2010, (pp. 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.

⁽³⁾ 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.



disposições ser explorado através de um rico acervo de decisões, muitas delas publicadas.

4. Em Portugal, dentro do respetivo âmbito de aplicação, a Convenção é hoje 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 (4).

5. Como acima referimos, o presente estudo seleciona apenas um aspeto da Convenção: o do sentido e âmbito dos artigos 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, impõem-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 (artigo 6.º), ficando ressalvada a regra do artigo 12.º, aplicável à forma do contrato (5).

(4) 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) A tradução portuguesa do artigo 6.º impõe alguma cautela, podendo sugerir um sentido do artigo 12.º diferente do que possui (o artigo 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*



Afirma-se, por isso, que a Convenção tem caráter dispositivo ⁽⁶⁾. Esta solução do artigo 6.º é depois complementada pelo disposto nos artigos 30.º, 35.º e 53.º.

2. O “opting out” pode ser direto (contratual) ou indireto (escolha de lei), expresso ou tácito (cf. artigo 8.º da Convenção) ⁽⁷⁾. 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 de Incoterms, estabelecendo regras relativa às obrigações de cada uma das partes ⁽⁸⁾. Com efeito, tem-se admitido que esta exclusão possa operar indiretamente, por

podem excluir a aplicação da presente Convenção ou, nos termos do disposto do artigo 12.º, derogar ou modificar os efeitos de qualquer uma das suas disposições”.

⁽⁶⁾ MISTELIS, anotação ao artigo 6.º em Kröll/ Mistelis/ Perales Viscasillas, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, p. 103, INGO SAENGER, anotação ao artigo 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.

⁽⁷⁾ MAGNUS, *Staudinger BGB, Wiener UN-Kaufrecht, CISG Sellier*, De Gruyter, 2013 (STAUDINGER/ MAGNUS), anotação ao artigo 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 artigo 6º em Kröll/ Mistelis/ Perales Viscasillas, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, p. 106.

⁽⁸⁾ FRANCO FERRARI, *Contracts for the International Sale of Goods*, p. 155, ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, *Compra e Venda Internacional de Mercadorias: a CISG. Primeiros Comentários*, Almedina, Coimbra, 2021, p. 54 ss.



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 ⁽⁹⁾.

Outra hipótese exemplificativa será ainda a da remissão para uma minuta ou para um *standard* contratual específico incompatível com a Convenção ⁽¹⁰⁾.

O acordo das partes é considerado por referência à data da celebração do contrato, sendo este momento fixado nos termos da própria Convenção (artigos 14.º e ss) ⁽¹¹⁾.

Uma advertência importante é ainda a de que ao acordo que tenha em vista a exclusão de certas soluções da CISG aplica-se a própria CISG, no que respeita à formação do contrato ⁽¹²⁾.

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,

⁽⁹⁾ STAUDINGER/ MAGNUS, anotação ao artigo 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.

⁽¹⁰⁾ FRANCO FERRARI, *Contracts for the International Sale of Goods*, p. 171 ss.

⁽¹¹⁾ PETER SCHLECHTRIEM/ ULRICH G. SCHROETER, *Internationales UN-Kaufrecht*, 6.ª edição, Mohr Siebeck, Tubinga, 2016, p. 27.

⁽¹²⁾ Vide CISG-AC *Opinion no 16, Exclusion of the CISG under Article 6*, 30 de maio de 2014.



durante a execução do programa obrigacional ⁽¹³⁾.

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 artigos 1.º a 3.º não conduza a uma aplicação da mesma. Tal como nada impede que as partes complementem 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” ⁽¹⁴⁾.

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. artigo 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

⁽¹³⁾ 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.

⁽¹⁴⁾ 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 artigo 6º em Kröll/ Mistelis/ Perales Viscasillas, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, p. 101 e p. 103, STAUDINGER/ MAGNUS, anotação ao artigo 6.º, p. 165. Entre nós, ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, *Compra e Venda Internacional*, p. 12.



resolução (cf. artigos 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 artigo 74.º, a qual já foi qualificada como “*brief, but powerful*”, concentrando os elementos funcionais essenciais ⁽¹⁵⁾.

3. O artigo 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 ⁽¹⁶⁾.

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 ⁽¹⁷⁾.

Em *segundo lugar*, a Convenção não se baseia no princípio da

⁽¹⁵⁾ Vejam-se também as alusões de MILENA DJORDJEVIC, Anotação ao artigo 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.

⁽¹⁶⁾ Assim também INGEBORG SCHWENZER, anotação ao artigo 74.º, em Schlechtriem, Schwenger, Schroeter, *Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG)*, pp. 1241-1242.

⁽¹⁷⁾ Assim, MILENA DJORDJEVIC, Anotação ao artigo 74.º em Kröll/ Mistelis/ Perales Viscasillas, *UN Convention on ontracts for the International Sale of Goods*, p. 966.



culpa, nem a responsabilidade depende de culpa ⁽¹⁸⁾. 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 (artigo 79.º) ⁽¹⁹⁾.

Em *terceiro lugar*, quanto ao nexo 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 ⁽²⁰⁾, limitado pela ideia de previsibilidade. Aceita-se, mesmo que a Convenção “não deixou espaço para a aplicação de teorias domésticas sobre causalidade” ⁽²¹⁾.

Em *quarto lugar*, não há rasto na Convenção da teoria da

⁽¹⁸⁾ STAUDINGER/ MAGNUS, anotação ao artigo 74.º, p. 848.

⁽¹⁹⁾ MILENA DJORDJEVIC, Anotação ao artigo 74.º em Kröll/ Mistelis/ Perales Viscasillas, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, p. 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.

⁽²⁰⁾ 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.

⁽²¹⁾ MILENA DJORDJEVIC, Anotação ao artigo 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 artigo 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.



diferença, nem a mesma deve ser convocada, como nota SCHWENZER (22).

5. A norma do artigo 74.º baseia-se num princípio de reparação integral de danos (23), mas também incorpora a ideia de previsibilidade do dano (24). Cobre o dano emergente e o lucro cessante, como resulta da própria letra do artigo 74.º (25) e a doutrina salienta que à indemnização em causa preside um princípio compensatório, com exclusão de indemnizações de natureza punitiva (26). Contudo, em causa estão apenas danos patrimoniais, e não danos morais (27).

6. Nota-se que a finalidade primária da reação prevista no artigo 74.º é colocar a parte lesada “na mesma posição económica que estaria se o contrato tivesse sido cumprido” (28) e, nessa medida, nota-se que está em causa uma indemnização pelo interesse

(22) INGEBORG SCHWENZER, anotação ao artigo 74.º, em Schlechtriem, Schwenzler, Schroeter, *Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG)*, p. 1240.

(23) STAUDINGER/ MAGNUS, anotação ao artigo 74.º, pp. 850-851, MILENA DJORDJEVIC, Anotação ao artigo 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.

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

(25) STAUDINGER/ MAGNUS, anotação ao artigo 74.º, p. 845.

(26) STAUDINGER/ MAGNUS, anotação ao artigo 74.º, p. 849.

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

(28) MILENA DJORDJEVIC, Anotação ao artigo 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.



contratual positivo ⁽²⁹⁾. Não há limitação quanto ao âmbito, nem em função da “causalidade” ⁽³⁰⁾.

7. Relativamente ao momento do cálculo do dano, alguma doutrina aponta para o momento mais próximo possível da decisão do tribunal ⁽³¹⁾, mas este ponto não é incontroverso, conhecendo-se posições, no caso de resolução do contrato, como ponto de referência ⁽³²⁾.

8. A Convenção não tem uma referência expressa ao “método” (concreto ou abstrato) de cálculo do dano, parecendo que pode abranger ambos ⁽³³⁾. 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 ⁽³⁴⁾.

9. Na determinação da previsibilidade do dano, importa, como ensina SCHWENZER, uma determinação objetiva perante as

⁽²⁹⁾ INGEBORG SCHWENZER, anotação ao artigo 74.º, em Schlechtriem, Schwenger, Schroeter, *Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG)*, p. 1239. Entre nós, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Comercial Internacional*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 297.

⁽³⁰⁾ ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, *Compra e Venda Internacional*, p. 76.

⁽³¹⁾ INGEBORG SCHWENZER, anotação ao artigo 74.º, em Schlechtriem, Schwenger, Schroeter, *Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG)*, p. 1255.

⁽³²⁾ BRUNO ZELLER, *Damages under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, pp. 262-263.

⁽³³⁾ INGEBORG SCHWENZER, anotação ao artigo 74.º, em Schlechtriem, Schwenger, 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.

⁽³⁴⁾ BRUNO ZELLER, *Damages under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, p. 142.



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 ⁽³⁵⁾. O critério da “previsibilidade” é um critério normativo ⁽³⁶⁾, podendo ser imputados danos que de acordo com as circunstâncias correntes ou normais do comércio internacional ocorreriam devem ser indenizados.

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 ⁽³⁷⁾.

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 ⁽³⁸⁾.

⁽³⁵⁾ INGEBORG SCHWENZER, anotação ao artigo 74.º, em Schlechtriem, Schwenger, Schroeter, *Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG)*, p. 1257.

⁽³⁶⁾ STAUDINGER/ MAGNUS, anotação ao artigo 74.º, p. 854.

⁽³⁷⁾ MILENA DJORDJEVIC, Anotação ao artigo 74.º em Kröll/ Mistelis/ Perales Viscasillas, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, p. 963 ss.

⁽³⁸⁾ 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*”.



IV. Sentido e âmbito do artigo 79.º

1. A disposição do artigo 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 ⁽³⁹⁾. Subjacente ao preceito está a ideia de que o devedor não deve responder pela violação do contrato (*breach of contract*), se as circunstâncias que o impediram de cumprir não forem por si controláveis, nem previsíveis ⁽⁴⁰⁾.

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 ⁽⁴¹⁾. 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) ⁽⁴²⁾.

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

⁽³⁹⁾ 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*”.

⁽⁴⁰⁾ SCHLECHTRIEM/SCHROETER, *Internationales Kaufrecht*, p. 286.

⁽⁴¹⁾ Assim, STAUDINGER/MAGNUS, anotação ao artigo 79.º, p. 911.

⁽⁴²⁾ 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.



mundo de *common law*.

3. Pode discutir-se o artigo 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 ⁽⁴³⁾. Contudo, deve notar-se que o critério subjacente ao artigo 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 ⁽⁴⁴⁾.

Seja como for, parece ser de acolher a visão segundo a qual subjacente ao artigo 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 ⁽⁴⁵⁾. Os riscos remotos são alocados *ex post*

⁽⁴³⁾ INGEBOG SCHWENZER, anotação ao artigo 79.º, em Schlechtriem, Schwenger, Schroeter, *Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG)*, p. 1313, STAUDINGER/ MAGNUS, anotação ao artigo 79.º, p. 911.

⁽⁴⁴⁾ 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.

⁽⁴⁵⁾ Assim, YESIM ATAMER, anotação ao artigo 79.º, em Kröll/ Mistelis/ Perales Viscasillas, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods. A Commentary*, p. 1041.



através de uma decisão por um tribunal ⁽⁴⁶⁾.

4. Observemos, porém, com maior detalhe os requisitos da norma que nos ocupa, os quais revestem natureza cumulativa ⁽⁴⁷⁾. Preliminarmente, cabe notar que o artigo 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 artigo 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.

5. 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

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

⁽⁴⁷⁾ SCHLECHTRIEM/SCHROETER, *Internationales Kaufrecht*, p. 286.



acréscimo de custos ou dispêndios.

Procurando compreender melhor o critério de exoneração resultante do artigo 79.º, vários Autores convocam para este domínio a ideia de esferas de risco ⁽⁴⁸⁾. 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 a norma do artigo 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 ⁽⁴⁹⁾. A primazia pertence à interpretação do contrato e ao modo como neste se “desenham” esferas internas e esferas externas ⁽⁵⁰⁾. Mas há casos que podem ser mais difíceis.

Pergunta-se, pois, qual a esfera de risco, domínio ou controlo do devedor, referida à prestação devedora? Uma hipótese será a de considerar o artigo 79.º, n.º 1 como uma norma de exclusão da

⁽⁴⁸⁾ SCHLECHTRIEM/SCHROETER, *Internationales Kaufrecht*, p. 289, aludindo a um “domínio de influência” do devedor e, com igual referência, INGEBORG SCHWENZER, anotação ao artigo 79.º, em Schlechtriem, Schwenger, Schroeter, *Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG)*, p. 1317, INGO SAENGER, anotação ao artigo 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 artigo 79.º, p. 913.

⁽⁴⁹⁾ SCHLECHTRIEM/SCHROETER, *Internationales Kaufrecht*, p. 287.

⁽⁵⁰⁾ INGEBORG SCHWENZER, anotação ao artigo 79.º, em Schlechtriem, Schwenger, Schroeter, *Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG)*, p. 1317, STAUDINGER/MAGNUS, anotação ao artigo 79.º, p. 913.



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 ⁽⁵¹⁾. 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 ⁽⁵²⁾.

6. 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 artigo 79.º refere *taking into account*, diferentemente do artigo 74.º, este sim utilizando a partícula *foresee*.

Este requisito parece trazer alguma diferenciação entre o artigo 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

⁽⁵¹⁾ No mesmo sentido, INGO SAENGER, anotação ao artigo 79.º em Ferrari, Kieninger, Mankowski, Otte, Saenger, Schulze, Staudinger, *Internationales Vertragsrecht. Rom-I, CISG, CMR, FactÜ, Kommentar*, p. 1156.

⁽⁵²⁾ SCHLECHTRIEM/SCHROETER, *Internationales Kaufrecht*, p. 289.



esta ser tomado em consideração, mas há eventos fora da sua esfera de controlo que podem também ser tomados em consideração. Por exemplo, certos fenómenos meteorológicos, podem ser extremos, mas recorrentes e, por isso, suscetíveis de ser tomados em consideração ⁽⁵³⁾. Os exemplos surgem também em outros domínios, como autorizações de importação ou exportação ⁽⁵⁴⁾.

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 artigo 79.º, ao contrário do artigo 25.º ou do artigo 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.

7. 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.

⁽⁵³⁾ 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 artigo 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*”.

⁽⁵⁴⁾ SCHLECHTRIEM/SCHROETER, *Internationales Kaufrecht*, p. 291.



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 ⁽⁵⁵⁾.

8. Perante o exposto, é compreensível a advertência de que se trata de uma norma a ser aplicada com contenção, a casos limitados ⁽⁵⁶⁾ e que alguma doutrina tem reservado mesmo para “casos extremos”.

9. 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. 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 devida. 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 artigo 79.º, embora o credor não esteja obrigado a aceitar esse *aliud* ⁽⁵⁷⁾. Quer

⁽⁵⁵⁾ SCHLECHTRIEM/SCHROETER, *Internationales Kaufrecht*, p. 292.

⁽⁵⁶⁾ INGBORG SCHWENZER, anotação ao artigo 79.º, em Schlechtriem, Schwenger, Schroeter, *Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG)*, Beck, Munique, 2019, 7.ª ed., p. 1316.

⁽⁵⁷⁾ SCHLECHTRIEM/SCHROETER, *Internationales Kaufrecht*, p. 294.



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 artigo 79.º ⁽⁵⁸⁾.

10. O artigo 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 (artigo 6.º). Podem, por exemplo, afastar o regime do artigo 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 artigo 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 diz respeito é o da relação do artigo 79.º com cláusulas de exclusão ou de limitação da responsabilidade

⁽⁵⁸⁾ INGEBORG SCHWENZER em SCHECHTRIEM/SCHWENZER/SCHOETER, *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, anotação ao artigo 79.º, p. 1323, INGO SAENGER, anotação ao artigo 79.º em Ferrari, Kieninger, Mankowski, Otte, Saenger, Schulze, Staudinger, *Internationales Vertragsrecht. Rom-I, CISG, CMR, FactÚ, Kommentar*, p. 1156.



civil. Estas cláusulas tendem a ser admitidas em contratos internacionais e, naturalmente, que, havendo clausulado deste tipo, o problema da exoneração poderá não se colocar, operando antes uma exclusão do dever de indemnizar, dentro dos limites do artigo 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”* (59).

11. No n.º 2 do artigo 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, de que o terceiro se possa considerar também exonerado, se as disposições do artigo em apreço lhe forem aplicáveis (60). 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

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

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



do cumprimento ⁽⁶¹⁾. 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 ⁽⁶²⁾.

Impõe-se algumas notas adicionais sobre este mesmo número 2 do artigo 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 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

⁽⁶¹⁾ Nesse sentido, STAUDINGER/ MAGNUS, anotação ao artigo 79.º, p. 914.

⁽⁶²⁾ Assim, YESIM ATAMER, anotação ao artigo 79.º, em Kröll/ Mistelis/ Perales Viscasillas, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods. A Commentary*, p.1063.



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 artigo 79.º, n.º 1, quanto à esfera de risco do devedor mais estreito será o âmbito de aplicação do artigo 79.º, n.º 2 ⁽⁶³⁾.

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 artigo 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 artigo 79.º. O problema tem de ser resolvido com recurso ao artigo 80.º, que veremos em seguida.

12. Verificando-se os requisitos do artigo 79.º, n.º 1, a consequência é a exoneração de responsabilidade, com afastamento

⁽⁶³⁾ Assim, SCHLECHTRIEM/SCHROETER, *Internationales Kaufrecht*, 6.ªed., p. 299.



do dever de indenizar. As vinculações do devedor que não tenham sido afetadas pelo impedimento e pelo mecanismo do artigo 79.º mantêm-se. A Convenção não regula o caso em que o devedor, em virtude do artigo 79.º, recebe uma vantagem na sua esfera, mas a doutrina dominante não rejeita a hipótese de operar uma transferência do benefício para o credor, por analogia com o disposto no artigo 84.º, n.º 2 alínea b) (64).

13. A exoneração pode não ser total, vigorando apenas pelo período que durar o impedimento, conforme clarifica o n.º 3 do artigo 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*.

14. Verificando-se um caso do artigo 79.º, impõe-se deveres de comunicação, conforme previsto no n.º 4 deste mesmo preceito (65).

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

(65) 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”.



Esta notificação deve conter elementos detalhados acerca do tipo de impedimento, dos respectivos efeitos no cumprimento do programa obrigacional e de medidas para o mitigar ⁽⁶⁶⁾. Não existem, porém, requisitos de forma ⁽⁶⁷⁾. É, contudo, duvidoso que a falha de comunicação retire ou suprima o efeito útil do artigo 79.º, parecendo que este pode continuar a fundamentar uma exoneração do devedor ⁽⁶⁸⁾. 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.

Catarina Monteiro Pires

⁽⁶⁶⁾ YESIM ATAMER, anotação ao artigo 79.º, em Kröll/ Mistelis/ Perales Viscasillas, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods. A Commentary*, p. 1077.

⁽⁶⁷⁾ INGEBOG SCHWENZER em SCHECHTRIEM/SCHWENZER/ SCHOETER, *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, anotação ao artigo 79.º, p. 1330.

⁽⁶⁸⁾ Assim, INGO SAENGER, Anotação ao artigo 79.º em Ferrari, Kieninger, Mankowski, Otte, Saenger, Schulze, Staudinger, *Internationales Vertragsrecht. Rom-I, CISG, CMR, FactÚ, Kommentar*, p. 1159.