

José A. Engrácia Antunes

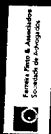
DIREITO E JUSTIÇA

VOLUME ESPECIAL 2007

Contratos Comerciais Noções Fundamentais

Contratos Comerciais

EDIÇÃO APOIADA POR



ISBN 9871-0336



9 770871 033001



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

FACULDADE
DE DIREITO



nos contratos de compra e venda mercantil. Se aquele for um particular (ou um empresário actuando em vestes civis), a lei entendeu proteger o devedor remisso: com efeito, nas relações entre empresários e os consumidores, a existência de uma organização profissional por parte do credor permite pressupor a rapidez e eficiência da cobrança dos respectivos créditos, justificando assim que o devedor beneficie de uma prescrição presuntiva de cumprimento, isto é, fundada na presunção de que o débito foi pago, a qual só dentro de limites estreitos poderá ser ilidida (cf. arts. 312.º a 314.º do CCivil), e do curto prazo de dois anos (art. 317.º, b) do CCivil). Mas se o devedor for ele próprio outro empresário que celebra o contrato em conexão com a sua actividade profissional, a lei já entendeu proteger o credor: nas relações entre empresários, para além de ser comum existirem outras circunstâncias concomitantes que podem influir no cumprimento dos respectivos créditos e débitos (v.g., contas-correntes, moratórias, compensações, etc.), os interesses da tutela do crédito no tráfico mercantil já reclamam a aplicação dos prazos gerais da prescrição ordinária (arts. 309.º e 310.º do CCivil).³⁷⁰

3.3. Outras Obrigações Mercantis

I. Paralelamente, a lei comercial prevê ainda numerosos outros regimes prescricionais especiais. Apenas a título exemplificativo, e sem preocupação de exaustividade, pense-se nos prazos de prescrição das obrigações emergentes de contratos de sociedade comercial (art. 175.º do CSC), de negócios cambiários e sobre outros títulos de crédito (arts.

³⁷⁰ Sobre as prescrições presuntivas, e os meios de defesa não admitidos, vide, na doutrina, RIBEIRO, J. Sousa, *Prescrições Presuntivas: Sua Compatibilidade com a Não Impugnação dos Factos Articulados pelo Autor*, in: V "Revista de Direito e Economia" (1979), n.º 2, 385-411; SERRA, A. Vaz, *Prescrições Presuntivas (Algumas Questões)*, in: 98 "Revista de Legislação e de Jurisprudência" (1966-67), 241-242, na jurisprudência (com particular referência aos créditos "sub iudice"), vide os Acórdãos do STJ de 19 de Junho de 1979 (HERNANI LENCASTRE), in: 288 "Boletim do Ministério da Justiça" (1979), 364-368, e de 6 de Dezembro de 1990 (JOAQUIM DE CARVALHO), in: 402 "Boletim do Ministério da Justiça" (1991), 532-536. Merece ainda ser acentuado que a jurisprudência portuguesa tem considerado que as prescrições presuntivas não têm cabimento no domínio das obrigações cambiárias - cf. Acórdão do STJ de 1 de Julho de 1975 (ACÁCIO CARVALHO), in: 109 "Revista de Legislação e Jurisprudência" (1976-77), 241-250 - e não são aplicáveis à actividade específica das instituições bancárias - cf. Acórdão da Relação de Lisboa de 23 de Fevereiro de 1984 (MOREIRA MATEUS), in: IX "Colecção de Jurisprudência" (1984), I, 141-142.

70.º e 71.º da LULL, arts. 52 e 53.º da LUC, art. 423.º do CCom), de contratos de compra e venda de bens e serviços efectuados por "estabelecimentos de alojamento, comidas e bebidas" (art. 316.º do CCivil), ou de contratos de prestação de serviços de fornecimento de gás, electricidade, telefone e água (art. 10.º, n.º 1 da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho).³⁷¹

§3. Cumprimento e Incumprimento dos Contratos Comerciais

I. Os contratos comerciais, como quaisquer outros, *devem ser pontualmente cumpridos* (art. 406.º, n.º 1 do CCivil), ou seja, devem ser cumpridos ponto por ponto: de acordo com o princípio geral "pacta sunt servanda", cada um dos contraentes realiza a prestação de facto ou de coisa a que se obrigou, na data do vencimento e nas demais condições legal ou contratualmente aplicáveis. Todavia, aqui como nos outros casos, nem sempre assim acontece: por vezes, o contraente executa a prestação devida, mas executa-a *tardamente*, continuando aquela a ser possível e subsistindo o interesse do outro contraente na mesma ("incumprimento temporário" ou mora); outras vezes, o contraente executa materialmente a prestação, mas executa-a *mal*, fora dos termos em que ela foi acordada (falando a doutrina tradicional em "cumprimento defeituoso").

II. O regime jurídico do *cumprimento e incumprimento* dos contratos comerciais é, fundamentalmente, o previsto para os contratos jurídicos em geral (arts. 790.º e segs. do CCivil).³⁷²

Tal não significa, contudo, que não existam algumas singularidades dignas de nota. Para além dos novos horizontes que o regime dos contratos comerciais abrem em sede do *cumprimento contratual* - mormente, com a concepção mais lata de cumprimento que foi adoptada nos contratos comerciais internacionais ("conformidade da prestação": cf. art. 35.º da Convenção de Viena de 1980 sobre a venda internacional

³⁷¹ SILVA, J. Calvão, *Aplicação da Lei n.º 23/96 ao Serviço Móvel de Telefone e Natureza Extintiva da Prescrição Referida no seu Art. 10.º*, 155, in: 132 "Revista de Legislação e de Jurisprudência" (1999-2000), 135-160.

³⁷² Sobre o regime geral, vide COSTA, M. Almeida, *Direito das Obrigações*, 955 e segs., 8.ª edição, Almedina, Coimbra, 2000; TELLES, I. Galvão, *Direito das Obrigações*, 299 e segs., 7.ª edição, Coimbra Editora, 1997; VARELA, J. Antunes, *Das Obrigações em Geral*, vol. II, 7 e segs., 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 1997.

de mercadorias) –, é ainda mister chamar a atenção para a existência de regimes especiais, seja em matéria do *incumprimento temporário* ou mora – mormente, os prazos supletivos de vencimento e juros moratórios nas obrigações comerciais pecuniárias (Decreto-Lei n.º 32/2003, de 17 de Fevereiro) –, seja em matéria de *(in)cumprimento defeituoso* – “rectius”, como adiante se explicará, a responsabilidade civil do produtor, do vendedor, do financiador e outros intervenientes em cadeias contratuais de distribuição comercial (Decretos-Lei n.º 383/89, de 6 de Novembro, n.º 67/2003, de 8 de Abril, e n.º 359/91, de 21 de Setembro). De todas elas daremos agora breve notícia.

I. O Cumprimento: A Conformidade com o Contrato

I.1. A Visão Tradicional

I. Tradicionalmente, o cumprimento do contrato reconduz-se exclusivamente à realização, pelo contraente devedor, da prestação de coisa ou de facto a que este se obrigou (art. 762.º, n.º 1 do CCivil).

II. De acordo com esta concepção clássica estrita, predominante nos direitos romano-germânicos, o cumprimento esgota-se na *entrega da coisa ou na prestação do serviço nas condições de lugar e tempo convecionadas*, reconduzindo-se as eventuais situações de inobservância dos demais termos da prestação debitória (“maxime”, a garantia da sua qualidade) ao regime do erro sobre o objecto (“ex vi” do art. 905.º do CCivil) e da venda de coisas oneradas e defeituosas (arts. 905.º e segs., arts. 913.º e segs. do CCivil).

I.2. A Concepção Ampla Dominante: Seu Sentido e Alcance

I. Seria precisamente pela mão do Direito Comercial, “rectius”, das normas jurídicas atinentes ao comércio internacional e aos contratos comerciais internacionais, que esta visão tradicional, de cariz estrito ou minimalista, passou a dar progressivamente lugar a uma concepção ampla ou maximalista do cumprimento contratual: falamos, naturalmente, do conceito de “conformidade com o contrato”.

II. O conceito de conformidade com o contrato (“conformity with the contract”, “Vertragsmäßigkeit”, “conformité au contrat”) é fundamentalmente um *conceito relacional*: nas palavras de C. Ferreira de ALMEIDA, ele exprime abstractamente “a relação deontica entre duas

entidades, o referente (o objecto do acto executivo) e a referência (o contrato)³⁷³. Apesar de faltar uma definição jurídico-positiva expressa, pode afirmar-se, de um modo muito genérico, que um tal conceito visa significar que as coisas entregues ou os serviços prestados, objecto de um determinado contrato, *devem possuir as características acordadas pelos contraentes (qualidade, quantidade, tipo específico de bem ou serviço, ou outras), servir as finalidades específicas a que se destinam, e serem funcionalmente adequados às utilizações habituais de coisas ou serviços idênticos*.³⁷⁴

III. Tal conceito – que surgiu originariamente com o “Uniform Commercial Code” norte-americano³⁷⁵, tendo curiosamente aforado já antes disso no próprio Código Comercial português de 1888³⁷⁶ – ganhou relevo e difusão universal fundamentalmente graças à sua consagração nos arts. 35.º a 44.º da *Convenção de Viena de 1980*, relativa ao contrato de compra e venda internacional de mercadorias.³⁷⁷

³⁷³ Sobre este conceito, merecem destaque, entre nós, as reflexões pioneiras de ALMEIDA, C. Ferreira, *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*, vol. I, 635 e segs., Almedina, Coimbra, 1992.

³⁷⁴ Sobre o ponto, vide AMADIO, Giuseppe, *Diffetto di Conformità e Tutela Sinallagmatica*, in: Fabrizio, Marco, “Il Nuovo Diritto dei Contratti”, 295-350, Giuffrè, Milano, 2004; GHESTIN, Jacques, *Conformité et Garanties dans la Vente*, LGDI, Paris, 1983; MAGNUS, Ulrich, *Die Vertragsmäßigkeit der Leistung*, in: Schulte-Nölke, Hans/Schulze, Reiner (Hrsg.), “Europäisches Vertragsrecht im Gemeinschaftsrecht”, 113-125, Bundesanzeiger, Köln, 2002.

³⁷⁵ Para uma comparação, vide HYLAND, Richard, *Conformity of Goods under the United Nations Sales Convention and the Uniform Commercial Code*, in: Schlechtriem, Peter (Hrsg.), “Einheitliches Kaufrecht und national Obligationenrecht”, 305-341, Nomos, Baden-Baden, 1987.

³⁷⁶ Com efeito, o art. 469.º do CCom consagra um regime do cumprimento dos contratos de compra e venda mercantil de acordo com o qual, nas vendas sob amostra, o negócio é celebrado sob “condição de a coisa ser conforme à amostra ou à qualidade convencionada”. Tal significa dizer que, para o mais clássico dos contratos mercantis – mas também para a troca mercantil (art. 480.º do CCom) ou mesmo outros contratos mercantis omissois onde a analogia se justificar (art. 3.º do CCom) –, o conceito de conformidade era já erigido como bitola central do cumprimento nos casos em que o objecto contratual consistisse em bem identificado por amostra ou qualidade, ficando a subsistência do negócio sujeito à condição de o comprador não invocar no prazo legal a *desconformidade* entre o bem entregue pelo vendedor e a amostra exibida por este no momento da celebração (art. 471.º do CCom).

³⁷⁷ Sobre esta Convenção internacional, vide *supra* Capítulo I, §4, 2.1. Sendo verdade que já antes disso tal conceito fora acolhido em outros instrumentos internacionais

Nos termos do art. 35.º, sobre a epígrafe geral «conformidade das mercadorias e direitos», «o vendedor deve entregar as mercadorias que, pela quantidade, qualidade e tipo, correspondem às previstas no contrato e que tenham sido embaladas e acondicionadas de acordo com a forma prevista no contrato» (n.º 1), enunciando-se depois um elenco de índices vários de aferição dessa conformidade contratual (n.º 2)³⁷⁸. Sublinhe-se que tal Convenção, enquanto reguladora dos contratos de compra e venda entre pessoas colectivas sediadas em Estados diferentes (cf. art. 1.º, n.º 1), estabelece essencialmente, na prática, um regime uniforme da compra e venda comercial (internacional): apesar de o art. 1.º, n.º 3 referir expressamente que a Convenção se aplica independentemente do «carácter civil ou comercial das partes ou do contrato», a verdade é que, não apenas semelhante previsão se explica fundamentalmente pela intenção de salvaguardar o âmbito de aplicação da mesma em face das discrepâncias dos legisladores nacionais relativamente a tal distinção³⁷⁹, como é hoje indubitável que a esmagadora maioria das transacções contratuais abrangidas pela Convenção são de natureza comercial, no sentido em que são efectuadas entre empresas no exercício da sua actividade empresarial.

IV. Não se pense, todavia, que tal conceito permaneceu exclusivo dos contratos «comerciais» e «internacionais» de compra e venda.

(é o caso da Convenção de Haia de 1964, relativa à compra e venda internacional de coisas móveis corpóreas) e em alguns ordenamentos jurídicos nacionais (nomeadamente, Reino Unido, Suécia, e Dinamarca), certo é que apenas com a sua consagração na Convenção de Viena ele se afirmaria como novo paradigma do cumprimento contratual (em matéria do contrato de compra e venda), que viria a servir de modelo a várias iniciativas internacionais e nacionais futuras, nomeadamente em matéria da compra e venda de bens de consumo. Sobre esta função modelar e pioneira, vide KRUNSSINGA, Sonja, *(Non-)Conformity in the 1980 UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: a Uniform Concept?*, Intersentia, Antwerp/ New York, 2004.

Sobre o conceito na Convenção de Viena, vide entre nós SOARES, M. Bento/ RAMOS, R. Moura, *Do Contrato de Compra e Venda Internacional – Análise da Convenção de Viena de 1980 e das Disposições Pertinentes do Direito Português*, 145 e segs., Almedina, Coimbra, 1986. Para mais desenvolvimentos, vide HENSCHL, R. Franz, *The Conformity of Goods in International Sales – An Analysis of Article 35 in the United Nations Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Forlaget Thomson, Copenhagen, 2005.

³⁷⁸ SOARES, M. Bento/ RAMOS, R. Moura, *Do Contrato de Compra e Venda Internacional – Análise da Convenção de Viena de 1980 e das Disposições Pertinentes do Direito Português*, 93, Almedina, Coimbra, 1986.

Dum lado, no domínio internacional, ele haveria de se estender progressivamente à generalidade dos *contratos comerciais internacionais*. Ilustrativo é o seu acolhimento pelos «Princípios Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais» do UNIDROIT (arts. 7.2.2., 7.2.3, e 7.3.3.)³⁸⁰ e pelos «Princípios do Direito Europeu dos Contratos» (arts. 8-103, 8-104, e 9-401).³⁸¹

Doutro lado, no domínio interno, ele tende hoje a ser adoptado pelos próprios *legisladores nacionais*. Particular destaque merecem aqui os contratos de compra e venda de bens de consumo, cujo regime do cumprimento encontra também hoje o seu centro de gravidade regulatório na noção de conformidade com o contrato (art. 2.º do Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril, na sequência da Directiva 1999/44/CE, de 25 de Maio)³⁸²: apesar de estes regimes nacional e comunitário se inspirarem confessadamente no modelo da Convenção de Viena³⁸³, os seus

³⁸⁰ CASTRONOVO, Carlo, *Inadempimento ed Esato Adempimento nei Principi Unidroit*, in: Bonelli, M. Joachim/ Bonelli, Franco, «Contratti Commerciali Internazionali e Principi Unidroit», 271-294, Giuffrè, Milano, 1997.

³⁸¹ Este acolhimento genérico tem, aliás, proporcionado subsídios interpretativos recíprocos: cf. HENSCHL, R. Ranz, *Conformity of the Goods: Interpreting or Supplementing Article 35 CISG by using the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law*, in: Felemegas, John (ed.), «An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law», 166-174, Cambridge University Press, New York, 2006.

³⁸² Sobre esta Directiva e sua transposição para o direito português, PINTO, P. Mota, *Conformidade e Garantias na Venda de Bens de Consumo. A Directiva 1999/44/CE e o Direito Português*, in: 2 «Estudos de Direito do Consumidor» (2000), 197-331; PINTO, P. Mota, *Cumprimento Defeituoso do Contrato de Compra e Venda. Anteprojecto de Diploma de Transposição da Directiva 1999/44/CE para o Direito Português – Exposição de Motivos e Articulado*, Instituto do Consumidor, Lisboa, 2002; sobre o regime da lei portuguesa, vide SILVA, J. Calvão, *Venda de Bens de Consumo – Comentário – Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril*, Almedina, Coimbra, 2003. Noutros países, vide CRISTOFARO, Giovanni, *Difetto di Conformità al Contratto e Diritto del Consumatore – L'Ornamento Italiano e la Direttiva 99/44/CE sulla Vendita e le Garanzie dei Beni di Consumo*, Cedam, Padova, 2000; VALLEJO, A. Orti, *Los Defectos de la Cosa en la Compraventa Civil y Mercantil – El Nuevo Régimen Jurídico de las Falta de Conformidad según la Directiva 1999/44/CE*, Comares, Granada, 2002; ZEIGER, Carsten, *Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG: Vergleich der Umsetzung der Gewährleistungsvorschriften in deutsches und englisches Recht*, Grin, München, 2002.

³⁸³ Para um confronto entre os regimes da Directiva Comunitária de 1999 e da Convenção de Viena de 1980, vide CORAPI, Diego, *La Direttiva 99/44/CE e la Convenzione di Vienna sulla Vendita Internazionale: Verso un Nuovo Diritto Comune nella*

âmbitos de aplicação material são diferentes e até opostos, dado que, “grosso modo”, ao passo que a última se aplica tendencialmente aos contratos de compra e venda celebrados entre empresários colectivos, excluindo-se os contratos com consumidores (art. 2.º, a) da Convenção), os primeiros aplicam-se apenas aos contratos concluídos entre empresários ou profissionais (“vendedores”) e consumidores, excluindo-se os contratos entre empresários (cf. art. 2.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril)³⁸⁴. Uma vez mais, semelhante regime interessa fundamentalmente ao Direito Comercial: como resulta implicitamente da noção legal de “vendedor” (“pessoa que exerce com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios”: cf. art. 2.º, n.º 1 da LDC, aplicável “ex vi” do art. 1.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril) e é confirmado pela prática quotidiana da sua aplicação, estes contratos terão usualmente como contraparte empresários, singulares ou colectivos (e só secundária ou residualmente outros profissionais não titulares de empresas), já que são aqueles que, por norma também, dispõem da organização de meios produtivos necessária ao fornecimento de bens e serviços (art. 1.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril).

V. Apesar de se poder sempre afirmar que a doutrina da conformidade com o contrato já se encontrava de algum modo implícita no princípio tradicional “pacta sunt servanda”, consagrado entre nós no art. 406.º, n.º 1 do CCivil³⁸⁵, parece difícil não reconhecer, em todo caso, o alcance da inovação referida.

Vendita?, in 5 “Europa e Diritto Privato” (2002), 655-670; KRUSINGA, Sonja, *What do Consumer and Commercial Sales Law Have in Common? A Comparison of EC Directive on Consumer Sales Law and the UN Convention on Contracts of International Sale of Goods*, in: 9 “European Review of Private Law” (2001), 177-188; MAGNUS, Ulrich, *Der Stand der internationalen Überlegungen: Der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie und das UN-Kaufrecht*, in: AAVV, “Europäisches Kaufgewährleistungsrecht: Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts”, 79-91, C. Heymanns, Köln, 2000.

³⁸⁴ Isto não significa que não possam existir zonas de sobreposição do âmbito de aplicação de ambos os regimes: cf. VICENTE, D. Moura, *Desconformidade e Garantias na Venda de Bens de Consumo: A Directiva 1999/44/CE e a Convenção de Viena de 1980*, especialmente 141 e segs., in: II “Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa” (2001), n.º 4, 121-144.

³⁸⁵ Como sucede, respectivamente para a Convenção de Viena e a Directiva Comunitária, com RAMOS, R. Moura/ SOARES, M. Bento, *Contratos Internacionais*, 90, Almedina, Coimbra, 1980; PINTO, P. Mota, *Conformidade e Garantias na Venda de Bens*

Com efeito, semelhante doutrina instituiu – para o mais clássico dos contratos mercantis em particular (a compra e venda mercantil) e, crescentemente, para os contratos comerciais internacionais em geral – uma *concepção lata e uniforme de incumprimento*, unificando debaixo de um conceito e regime comum aquilo que até então se encontrara disperso por uma variedade de noções (“defeito”, “vício”, “falta de qualidade”), regimes (cumprimento defeituoso, venda de coisas defeituosas e oneradas, erro sobre o objecto negocial) e preceitos jurídicos distintos (mormente, arts. 251.º, 799.º, n.º 1, 905.º, 913.º, e 1218.º do CCivil)³⁸⁶. Para além desta significativa renovação em termos dogmáticos, são igualmente evidentes os seus efeitos práticos: ao passo que o regime clássico do cumprimento se pautava pelo princípio “caveat emptor” (o comprador que se acatele), o regime assente na conformidade com o contrato inverte uma teleologia normativa centenária, que agora se inspira antes na máxima “caveat venditor” (o vendedor que se cuide)³⁸⁷. A falta de conformidade da prestação debitória com o contrato investe o contraente afectado (“maximé”, o comprador) numa série de medidas de tutela, que consistem essencialmente, ressaltadas algumas “nuances”, num direito à reparação e substituição do bem desconforme, à redução do preço ou à resolução do contrato (arts. 45.º e segs. da Convenção de Viena, art. 3.º da Directiva n.º 1999/44/CE, art. 4.º do Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril), cumulativamente com uma indemnização por perdas e danos (arts. 74.º e segs. da Convenção de Viena, art. 12.º, n.º 1 da LDC, na redacção que lhe foi dada pelo citado Decreto-Lei n.º 67/2003).³⁸⁸

de Consumo. A Directiva 1999/44/CE e o Direito Português, 231, in: 2 “Estudos de Direito do Consumidor” (2000), 197-331.

³⁸⁶ Neste sentido, especialmente para os contratos de consumo, vide ALMEIDA, C. Ferreira, *Direito do Consumo*, 165 e segs., Almedina, Coimbra, 2005; SILVA, J. Calvão, *Compra e Venda de Coisas Defeituosas – Conformidade e Segurança*, 102, Almedina, Coimbra, 2001.

³⁸⁷ Segundo Lord STERN, no caso “Slater v. Finning” (1997), “a mudança do «caveat emptor» para o «caveat venditor» constitui uma característica notável do desenvolvimento do Direito Comercial” (cf. ainda BRADGATE, Robert, *Commercial Law*, 300, 3ª edition, Butterworths, London, 2000). Sobre o ponto, vide ainda, entre nós, LEITÃO, L. Menezes, *Caveat Venditor? A Directiva 1999/44/CE do Conselho e do Parlamento Europeu sobre a Venda de Bens de Consumo e Garantias Associadas e Suas Implicações no Regime Jurídico do Contrato de Compra e Venda*, in: AAVV, “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor I. Galvão Telles”, vol. I, 263-303, Almedina, Coimbra, 2002.

³⁸⁸ Cf. respectivamente HERBER, Rolf, *The Rules of Convention Relating to Buyer’s Remedies in Cases of Breach of Contract*, especialmente 114 e segs., in: AAVV,

Aliás, corroborando e acentuando ainda mais esta circunstância, merece ainda ser enfatizada a amplitude com que o instituto do incumprimento é hoje concebido à luz das regras que disciplinam usualmente, por própria determinação das respectivas partes, os contratos comerciais internacionais: basta assim lembrar que, ao arripio da teoria tradicional³⁸⁹, o incumprimento do contrato (“non-performance”) é aí definido latamente como a falta de realização por uma das partes de qualquer das suas obrigações, incluindo o cumprimento defeituoso (“defective performance”) e o cumprimento tardio (“late performance”) (cf. art. 7.1.1. dos “Princípios Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais” do UNIDROIT e art. 1-301 (4) dos “Princípios do Direito Europeu dos Contratos”).³⁹⁰

2. O Incumprimento Temporário:

Os Atrasos de Pagamento nas Transacções Comerciais

2.1. Noção Geral

I. O cumprimento tardio ou intempestivo das obrigações contratuais, constituindo uma vicissitude comum do cumprimento de todo e qualquer contrato, assume um *relevo muito especial no Direito Comercial*.

Com efeito, a onerosidade típica dos contratos comerciais, especialmente em conjunturas de recessão económica, é susceptível de exponenciar os efeitos económicos e financeiros do retardamento da prestação devida: de acordo com as autoridades comunitárias, a morosidade do adimplemento dos débitos comerciais foi apontada como responsável por um quarto do total dos casos de insolvência das empresas credoras ao nível da União Europeia, envolvendo a perda anual de 450 mil

³⁸⁹ “Problems of Unification of International Sales Law”, 104-129, Oceana, New York/London/ Rome, 1980; PINTO, P. Mota, *Conformidade e Garantias na Venda de Bens de Consumo. A Directiva 1999/44/CE e o Direito Português*, 252 e segs., in: 2 “Estudos de Direito do Consumidor” (2000), 197-331; LERRÃO, L. Menezes, *O Novo Regime da Venda de Bens de Consumo*, 57 e segs., in: AAVV, “Estudos do Instituto de Direito do Consumo”, vol. II, 37-73, Almedina, Coimbra, 2005.

³⁹⁰ Que, como é sabido, distingue no incumprimento as modalidades do incumprimento definitivo, do incumprimento temporário (mora) e do cumprimento defeituoso: cf. VARELA, J. Antunes, *Das Obrigações em Geral*, vol. II, 63 e segs., 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 1997.

³⁹¹ Veja-se também LANDO, Ole/ BEALE, Hugh, *The Principles of European Contract Law. Parts I and II. Combined and Revised* (Hague, 2000), Capítulo 8 e 9.

empregos, um valor superior a 23 biliões de euros de dívidas incumpridas, e um total anual de atrasos de pagamento de 90 biliões de euros³⁹¹. Além disso, não se pode perder de vista que a actividade comercial moderna repousa fundamentalmente no crédito, elemento imprescindível que permite um movimento ininterrupto de circulação de bens e serviços³⁹²; ora, a referida morosidade acaba por produzir um efeito de domínio sobre as empresas comerciais e a economia no seu conjunto, já que, agravando os custos do crédito comercial, exponencia as situações de incumprimento empresarial e conduz ao abrandamento da economia, originando assim um círculo vicioso.

II. Na sequência da Directiva 2000/35/CE, de 29 de Junho³⁹³, o legislador português veio justamente consagrar um regime jurídico específico relativo aos *atrasos de pagamento nas transacções comerciais*, através do Decreto-Lei n.º 32/2003, de 17 de Fevereiro (doravante “lei dos atrasos de pagamento nas transacções comerciais” ou abreviadamente LAP)³⁹⁴. Antes de nos debruçarmos sobre as normas que aqui mais

³⁹¹ COMISSÃO EUROPEIA, *Guia para os Negócios – A Luta Contra o Atraso de Pagamento nas Transacções Comerciais*, Bruxelas, 2000. Cf. também, por último, STANNARD, John, *Delay in the Performance of Contractual Obligations*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

³⁹² Já J. Caeiro da MATTA, em expressão cunhada há quase cem anos, afirmava que o crédito é “a alma do comércio” (*Direito Comercial Português*, 7. Coimbra, 1910): sem ele, os empresários sofreriam intermitências insustentáveis na sua actividade, sendo obrigados designadamente a esperar pela venda dos bens produzidos para poder realizar novos investimentos, comprar novas matérias-primas, ou até pagar despesas correntes. Sobre a tutela do crédito como valor máximo e traço distintivo do Direito Comercial, vide ANTUNES, J. Engrácia, *Direito Comercial*, em publicação.

³⁹³ In: JOCE n.º L200, de 8 de Agosto de 2000, 35-38. Apesar de apenas surgida no ano 2000, as preocupações da Comissão Europeia na matéria começaram muito antes dessa data, tendo aquela instância comunitária apresentado sobre o tema a Recomendação n.º 95/198/CE (in: JOCE n.º L217, de 10 de Junho de 1995, 19-22), além de elaborado um relatório sobre o mesmo (in: JOCE n.º C216, de 17 de Julho de 1997, 10-11).

³⁹⁴ Alterado pelo art. 5.º do Decreto-Lei n.º 107/2005, de 1 de Janeiro. A situação portuguesa em matéria de pagamentos intempestivos de débitos comerciais é, de acordo com a esmagadora maioria dos relatórios internacionais e comunitários em matéria dos desempenhos nacionais desde meados da década de 90, exactamente idêntica à sua situação geográfica – ou seja, o lugar da “cauda” da Europa: assim, sendo de 57 dias a média do espaço europeu em matéria de atrasos de pagamento, estima-se que em Portugal o prazo médio de atraso seja de 91 dias (valor apenas superado pela

directamente nos interessam ("maxime", juros, prazos de vencimento, indemnização suplementar, injunção), existem alguns aspectos gerais dignos de menção prévia.³⁹⁵

III. Por um lado, no que concerne ao seu *âmbito objectivo*, o regime jurídico em apreço consubstancia uma disciplina fragmentária e parcial do cumprimento tempestivo das obrigações comerciais. Fragmentária, já que, como de algum modo resulta logo do preceito inaugural do diploma legal (art. 1.º da LAP), encontramos-nos perante um mero acervo de *medidas avulsas* destinadas a incrementar a eficácia do regime geral em sede de cumprimento e cobrança dos créditos comerciais³⁹⁶. E parcial, porque tal regime jurídico tem por objecto exclusivo as *obrigações comerciais pecuniárias*, ou seja, aquelas obrigações comerciais cuja prestação debitória consiste numa quantia em dinheiro ("pecuniae"): com efeito, o art. 2.º, n.º 1 da LAP dispõe que "o presente diploma aplica-se a todos os pagamentos efectuados como remunerações de transacções comerciais", sendo que, como melhor veremos já em seguida, tais transacções abrangem qualquer tipo de relação jurídica que, tendo por objecto a prestação de bens ou serviços, originem uma obrigação de pagamento (art. 3.º, a) da LAP).

IV. Por outro lado, e mais importante, no que concerne ao seu *âmbito subjectivo*, o regime jurídico em apreço – num eloquente testemunho jurídico-positivo da progressiva centralidade da empresa no domínio do Direito Comercial, e dos contratos comerciais em particular – tem por protagonista regulatório central a *empresa*. Com efeito, nos termos da alínea a) do art. 3.º da LAP, por «transacção comercial» entende-se

Grécia). Cf. COMISSÃO EUROPEIA, *Guia para os Negócios – A Luta Contra o Atraso de Pagamento nas Transacções Comerciais*. Bruxelas, 2000.

³⁹⁵ Sobre este regime, vide MORAIS, F. Gravato, *A Tutela do Credor Perante o Atraso no Pagamento de Transacções Comerciais*, in: LIV "Scientia Iuridica" (2005), 271-295. Para regimes estrangeiros congêneres, vide CUFARO, Vincenzo, *La Disciplina dei Pagamenti Commerciali*, Giuffrè, Milano, 2004; SCHULTE-BRAUCKS, Reinhard, *Zahlungsverzug in der Europäischen Union*, in: 54 "Neue Juristische Wochenschrift" (2001), 103-108; VISCASILLAS, M. Perales, *La Morosidad en las Operaciones Comerciales entre Empresas*, Civitas/Thomson, Madrid, 2006.

³⁹⁶ Sob a epígrafe "Objecto", reza este preceito inaugural: "O presente diploma transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2000/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Junho, a qual estabelece medidas de luta contra os atrasos de pagamento nas transacções comerciais".

"qualquer transacção entre empresas ou entre empresas e entidades públicas (...)", sendo ainda que, nos termos da sua alínea b), por «empresa» deve entender-se aqui "qualquer organização que desenvolva uma actividade económica ou profissional autónoma, mesmo que exercida por pessoa singular": estão aqui assim genericamente abrangidos todos os sujeitos jurídicos, singulares ou colectivos, que sejam titulares de uma organização empresarial que desenvolva um qualquer tipo de actividade económica (comercial, industrial, agrícola, artesanal, serviços, profissões liberais).

Daqui resulta que o diploma legal tem por objecto central as relações jurídicas (que, sendo relativas à prestação de bens ou serviços, originem uma obrigação de pagamento) intercedentes entre empresários singulares ou colectivos: para o nosso universo particular de preocupações, tal significa dizer, nuclearmente, os *contratos bilateral e subjectivamente comerciais*, abrangendo-se ainda os contratos celebrados entre empresas e entidades públicas³⁹⁷ e porventura outras fontes residuais de débitos pecuniários entre empresários (v.g., enriquecimento sem causa, gestão de negócios). Negativamente, de fora do âmbito de aplicação deste regime, ficam os débitos pecuniários emergentes de *contratos entre empresas e consumidores*, de juros relativos a pagamentos que *não constituam remuneração de transacções comerciais* ("maxime", derivados de obrigações cambiárias³⁹⁸) e de *responsabilidade civil* (art. 2.º, n.º 2 da LAP). Se a previsão legal das duas primeiras situações se pode considerar como algo redundante (uma vez que estas representam um corolário lógico do próprio âmbito geral de aplicação, desenhado no

³⁹⁷ O atraso de pagamento é um problema que, paradoxalmente, encontra nos Estados um dos seus principais protagonistas – aquilo que as instâncias europeias designam eufemisticamente como a "cultura de pagamento retardado" dos entes públicos (cf. JOCE n.º C407, de 28 de Dezembro de 1998, 50-55). E de tal modo esta perspectiva se encontra enraizada, que o legislador português nem sequer cuidou em introduzir aqui uma entorse terminológica à própria figura-mestra do regime legal ("transacção comercial"), que abrange igualmente as relações entre empresas e *entidades públicas* (art. 3.º, a) da LAP): a expressão "entidade pública" deve ser aqui tomada no seu sentido mais amplo, designando "qualquer autoridade ou entidade contratante definida nas directivas relativas aos concursos públicos" (cf. art. 2.º, n.º 1 da Directiva n.º 35/2000/CE, de 29 de Junho).

³⁹⁸ Sobre o regime dos juros moratórios de créditos comerciais titulados por letras, livranças e cheques, vide ANTUNES, J. Engrácia, *O Regime Jurídico dos Actos de Comércio*, em publicação.

n.º 1 do art. 2.º da LAP)³⁹⁹, já a última comporta um sentido autónomo relevante: o de circunscrever o perímetro legal aos pagamentos remuneratórios voluntários, com exclusão dos pagamentos indemnizatórios fundados em responsabilidade civil extracontratual (v.g., dever de indemnização resultante de facto ilícito) ou contratual (decorrente de incumprimento de obrigação contratual).⁴⁰⁰

2.2. Prazos de Vencimento, Regime Moratório, Cláusulas Abusivas e Injunção

I. O cerne do regime legal, da perspectiva que aqui nos ocupa, reside num conjunto de normas jurídicas que visam reforçar a tutela do *creditor empresarial*, estabelecendo em seu favor certos mecanismos especiais, de natureza substantiva e adjetiva: tais mecanismos são relativos aos *prazos de vencimento*, ao *regime moratório* (juros e indemnização suplementar), ao controlo das *cláusulas abusivas*, e à *injunção*.

II. Nos termos gerais, o vencimento das obrigações puras exige a interpelação do devedor por parte do credor: ou seja, as obrigações sem prazo de vencimento, se é certo que se vencem logo que o credor assim o decida (art. 777.º, n.º 1 do CCivil), também é verdade que só constituem o devedor em mora após a competente interpelação judicial ou extrajudicial (art. 805.º, n.º 1 do CCivil).

Por forma a proteger os credores comerciais contra os riscos da omissão de previsão contratual de datas ou prazos de cumprimento, os inconvenientes da exigência de uma interpelação admonitória, e as incertezas de determinação do momento "a quo" do vencimento dos juros moratórios, a lei estabeleceu *prazos supletivos de vencimento automático* das obrigações comerciais pecuniárias (art. 4.º, n.º 2 da LAP). A fixação dos referidos prazos supletivos foi feita pelo legislador basicamente em função de determinadas variáveis substantivo-temporais: assim, nas transacções comerciais que sejam omissas relativamente à data ou ao

³⁹⁹ Relembre-se que este preceito se refere apenas aos pagamentos remuneratórios de transacções entre empresas, o que sempre implicaria, "a contrario sensu", que excluídos ficariam os pagamentos remuneratórios relativos a contratos entre empresas e consumidores e os pagamentos não remuneratórios de transacções.

⁴⁰⁰ O inciso final da alínea c) do citado art. 2.º, n.º 2, que se refere genericamente aos pagamentos indemnizatórios "efectuados por companhias seguradoras", é susceptível de levantar algumas perplexidades, havendo doutrina que sustenta aqui a necessidade de uma interpretação restritiva (cf. CORREIA, M. Pupo, *Direito Comercial*, 426.ª edição, Ediforum, Lisboa, 2005).

prazo de vencimento da obrigação de pagamento, considera-se que tal obrigação *se vence "ex lege" e automaticamente no prazo de 30 dias* — ou seja, sem necessidade de qualquer aviso ou interpelação, constituindo assim o respectivo devedor em mora e iniciando-se a contagem dos juros moratórios no termo desse prazo — contado após a data em que o devedor tiver recebido a factura ou documento equivalente (art. 4.º, n.º 2, a) da LAP), após a data da recepção dos bens ou da prestação dos serviços quando seja incerta a data de recepção da factura ou quando o devedor haja recebido esta última antes do fornecimento daqueles bens ou serviços (art. 4.º, n.º 2, b) e c) da LAP), ou após a data de aceitação do devedor quando haja lugar a uma declaração de conformidade dos bens ou serviços recebidos por parte deste e ele haja já recebido a factura respectiva (art. 4.º, n.º 2, d) da LAP).⁴⁰¹

III. Uma outra medida de tutela diz respeito ao regime especial da *mora aplicável aos atrasos de pagamento nas transacções comerciais*, que inclui os juros de mora (art. 4.º, n.ºs 1 e 2 da LAP) e a chamada "indemnização suplementar" (art. 4.º, n.º 3 da LAP).⁴⁰²

Quanto aos *juros moratórios*, o legislador português optou por remeter genericamente a sua regulação para o quadro geral do art. 102.º do

⁴⁰¹ A redacção legal deixa algo a desejar, ao afirmar que "sempre que do contrato não conste a data ou prazo de pagamento, são devidos juros, os quais se vencem automaticamente, sem necessidade de novo aviso" (art. 4.º, n.º 2, proémio, da LAP). Por um lado, como é óbvio, são as obrigações de pagamento, e não as obrigações de juro decorrentes, que são objecto do vencimento automático previsto na lei: as obrigações de juros são exigíveis nos termos gerais, ou seja, apenas na data de vencimento dos próprios juros moratórios e mediante a respectiva interpelação do devedor. Por outro lado, ao referir-se à desnecessidade de um "novo aviso", o legislador inculca a ideia errónea de que terá existido um aviso anterior por parte do credor que desencadeou o vencimento: ora, o vencimento não requer qualquer acto de interpelação pelo credor, reportando-se a menção legal provavelmente às notificações entre as partes previstas nas alíneas do mesmo n.º 2.

⁴⁰² Com efeito, sendo hoje empiricamente observável que uma das razões fundamentais para o referido fenómeno maciço de incumprimento tempestivo resulta do facto de ele se ter tomado financeiramente baixo para os devedores (mercê de factores vários, v.g., o nível historicamente baixo das taxas de juro, os conhecidos problemas de ineficácia e lentidão do aparelho estadual de justiça), impunha-se garantir aos credores uma protecção adequada relativamente ao regime comum existente, desincentivando simultaneamente os prevaricadores. Cf. também Considerando 16 da Directiva 2000/35/CE, de 29 de Junho.

CCom (arts. 4.º, n.º 1 e 6.º da LAP)⁴⁰³. Deste modo, pode afirmar-se que esta norma do Código Comercial constitui o preceito fundamental em sede dos juros das obrigações comerciais – que abrange assim, à partida e salvo norma expressa em sentido contrário, todos os tipos de juros (remuneratórios ou moratórios) relativos a qualquer tipo de obrigação comercial (emergente de actos juscomerciais, bilaterais ou unilaterais) –, com a particularidade de o legislador ter expressamente cominado a extensão do regime especial relativo aos juros moratórios nele previsto (art. 102.º, §3 do CCom) aos juros devidos pela mora da obrigação de pagamento nas transacções comerciais no sentido do Decreto-Lei n.º 32/2003, de 17 de Fevereiro.⁴⁰⁴

Além disso, é ainda mister atentar na possibilidade de o credor comercial exigir ao devedor uma “*indenização suplementar*”, sempre que o montante dos prejuízos sofridos pelo primeiro excedam o montante dos juros devidos pelo último (art. 4.º, n.º 3 LAP). Não obstante o legislador tenha assim alargado o âmbito da protecção que já resultava do mecanismo geral do art. 806.º, n.º 3 do CCivil (que apenas prevê tal possibilidade para os casos de responsabilidade civil extracontratual por facto ilícito e pelo risco), a verdade é que ficou muito aquém do espírito da lei comunitária, uma vez que, desaproveitando as potencialidades de inversão do ónus probatório que esta lhe oferecia (art. 3.º, n.º 1, e) da Directiva 2000/35/CE), decidiu, em manifesto benefício do infractor, impor sobre os ombros dos credores o ónus da prova do montante dos prejuízos sofridos (cf. art. 4.º, n.º 3 da LAP).⁴⁰⁵

⁴⁰³ Sobre este preceito, vide já desenvolvidamente *supra* Capítulo V, §2, 2.3.

⁴⁰⁴ Verdadeiramente, a este mesmo resultado já sempre chegaria quem, como nós, sustente uma interpretação lata do art. 102.º, §3 do CCom, no sentido de considerar que o regime aí previsto se deve considerar indistintamente aplicável aos créditos e débitos emergentes de contratos comerciais, abrangendo assim naturalmente os contratos entre empresários e entidades públicas. Sobre o ponto, vide *supra* Cap. V, §2, 2.3., IV.

⁴⁰⁵ Como já vimos anteriormente (cf. *supra* Cap. V, §2, VI), mesmo com a bengala comunitária, os poderes públicos lusitanos não perdem uma oportunidade para apadrinhar os transgressores da lei, numa tão lamentável quão boçal reafirmação daquilo que uma certa geração denominou eufemisticamente por “tradição de brandos costumes”. Sem surpresa, diferente é o caminho seguido por outros países europeus, cujo superior desenvolvimento cultural, social, e económico, aliás, ninguém parece contestar: assim, plenamente consciente do problema, o legislador inglês, não só previu uma inversão do ónus probatório, como foi mesmo mais além do próprio legislador comunitário, impondo aos devedores uma sanção pecuniária compulsória (“*additional compensation*”) que acresce à própria sanção dos juros moratórios

IV. Um terceiro tipo de medida, largamente instrumental dos direitos e deveres substantivos atrás referidos, é a proibição expressa da estipulação negocial de *cláusulas abusivas* em sede do vencimento e da mora das obrigações comerciais de pagamento (art. 5.º da LAP).⁴⁰⁶

Assim, no âmbito de contratos comerciais abrangidos pela lei, serão proibidas aquelas cláusulas que “estabeleçam prazos excessivos de pagamento” (art. 5.º, n.º 1, a) da LAP) ou que “excluam ou limitem, de modo directo ou indirecto, a responsabilidade pela mora” (art. 5.º, n.º 1, b) da LAP). O preceito em questão, sendo inequivocamente tributário da lei geral em matéria do controlo dos contratos de adesão (mormente, os arts. 18.º, c) e 19.º a) LCCG)⁴⁰⁷, exhibe, todavia, algumas importantes especialidades que importa enunciar⁴⁰⁸. “Primus”, quanto ao seu âmbito de aplicação, ao passo que o regime geral respeita apenas aos contratos de adesão padronizados ou individualizados celebrados entre empresários (ou entidades equiparadas) ou entre estes e consumidores (arts. 1.º, n.ºs 1 e 2, 3.º, c), 17.º e 20.º da LCCG), a proibição constante da LAP abrange virtualmente todos os tipos de negócios jurídicos – incluindo, pois, aqueles em que as cláusulas proibidas hajam sido objecto de negociação prévia entre os contraentes – e é aplicável aos casos de contratos celebrados entre empresários e o Estado ou outras entidades públicas (art. 3.º, a) da LAP). “Secundus”, ao passo que o regime geral prevê sanções diferenciadas para as cláusulas em questão (absoluta e relativamente proibidas: cf. arts. 18.º, c) e 19.º, a) LCCG), a proibição constante

(cf. secção 5A da “Late Payment of Commercial Debts Regulation”, na versão dada pelo “Statutory Instrument n.º 1674”, de 7 de Agosto de 2002).

⁴⁰⁶ Com isto, o legislador visou evitar que a eficácia do seu regime pudesse ser posta em causa através do abuso da autonomia privada e da liberdade contratual: cf. Considerando 19 da Directiva 2000/35/CE e Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 32/2003, de 17 de Fevereiro.

⁴⁰⁷ A alínea a) do art. 18.º da LCCG prevê, entre as cláusulas negociais absolutamente proibidas, as que “excluam ou limitem, de modo directo ou indirecto, a responsabilidade por não cumprimento definitivo, mora ou cumprimento defeituoso”, e a alínea a) do seu art. 19.º, à cabeça do elenco das cláusulas relativamente proibidas, refere aquelas que “estabeleçam, a favor de quem as predisponha, prazos excessivos para o cumprimento, sem mora, das obrigações assumidas”. Sobre estas normas, vide *supra* Capítulo IV, §2, 2.2., II, e 2.3., II.

⁴⁰⁸ Mas também pontos comuns: assim, do ponto de vista adjectivo, merece realce a extensão da tutela oferecida pela acção inibitória, prevista nos arts. 25.º e segs. da LCCG, permitindo assim aos credores de obrigações pecuniárias emergentes deste tipo de contratos suscitar o controlo judicial, a título preventivo, da legalidade dos respectivos clausulados (art. 5.º, n.º 5 da LAP).

da LAP é sempre relativa, já que a nulidade das mesmas fica dependente de um juízo valorativo a efectuar nos casos concretos, mormente da inexistência de motivo injustificado ou atendível para a sua previsão contratual (cf. art. 5.º, n.º 1 da LAP)⁴⁰⁹. “Tertius”, ao passo que o regime geral consagra a faculdade de optar pela manutenção ou extinção do contrato (art. 13.º, n.º 1 da LCCG), o regime especial em apreço origina apenas a nulidade da cláusula ou cláusulas proibidas, subsistindo o negócio integrado pelas normas supletivas pertinentes e pelas regras gerais de integração dos negócios jurídicos (art. 5.º, n.º 2 da LAP).⁴¹⁰

V. Um quarto e último tipo de medidas consistiu na extensão da tutela conferida pelo procedimento da *injunção* ao cumprimento das obrigações emergentes de transacções comerciais (art. 7.º do Decreto-Lei n.º 269/98, de 1 de Setembro, na redacção que lhe foi dada pelo art. 8.º da LAP).

⁴⁰⁹ É duvidoso o alcance a atribuir ao “carácter excessivo” dos prazos de pagamento contratualmente estabelecidos. Apesar de haver quem sustente que tal será o caso de todo e qualquer prazo contratual que ultrapasse os prazos supletivos legais (SANTOS, F. Cassiano, *Direito Comercial Português*, vol. I, 141, Coimbra Editora, 2007), propendemos a considerar que tal dependerá do juízo valorativo tomando por referência o contrato de adesão em causa: tal a leitura que, a um tempo, resulta do recurso da lei a conceitos indeterminados (“prazos excessivos”, “motivo atendível e justificado face às circunstâncias concretas”), da admissibilidade de fixação judicial de prazos diversos (art. 5.º, n.º 3 da LAP), e do próprio paralelismo com o regime geral do controlo dos contratos de adesão (cf. art. 19.º, b) da LCCG). A natureza excessiva ou leonina dos prazos clausulados haverá assim de ser aferida no contexto do quadro negocial – tomando em linha de conta, designadamente, os usos comerciais (cf. em geral ANTUNES, J. Engrácia, *Os Usos e o Costume no Direito Comercial*, in: “Estudos em Comemoração dos 10 Anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa”, no prelo) –, sem prejuízo de os prazos supletivos do art. 4.º, n.º 2 da LAP possuírem aqui um valor de referência integrativo.

⁴¹⁰ Este regime especial está de acordo com o regime geral da redução do negócio jurídico previsto no art. 292.º do CCivil, embora o seu teor categórico pareça excluir a possibilidade de o credor lançar mão da ressalva contida no inciso final do preceito civilístico, que admite a invalidade total do negócio quando seja feita prova de que este não teria sido concluído sem a parte viciada: ou seja, dir-se-ia que as cláusulas nulas serão automaticamente substituídas pelas normas legais supletivas aplicáveis ou, na falta destas, pelos usos mercantis e pelas regras gerais de integração. Por outro lado, a nulidade da cláusula ou cláusulas de prazos de pagamento pode ser invocada judicial ou extrajudicialmente (art. 5.º, n.º 4), sendo o prazo aplicável o prazo supletivo legal pertinente (art. 4.º, n.º 2) ou o prazo fixado pelo juiz (art. 5.º, n.º 3).

No essencial, tal significa dizer que a falta de cumprimento tempestivo confere ao credor comercial o direito de lançar mão de uma providência tendente à criação de um título executivo extrajudicial na sequência de uma notificação de pagamento ao devedor⁴¹¹. Trata-se mesmo de um desvio ao regime geral do procedimento injuntivo, o qual, como é sabido, apenas admite créditos pecuniários de valor não superior ao da alçada da Relação (ou seja, cerca de 15 mil euros): tal não quer dizer que tal valor seja aqui indiferente, uma vez que, se as acções tendentes ao cumprimento de obrigações pecuniárias de valor inferior ao referido limiar seguirem os termos de acção declarativa especial para cumprimento de obrigações pecuniárias contratuais (art. 7.º, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 269/98, de 1 de Setembro), as acções cujo valor lhe sobrepuje já ficarão sujeitas à forma de processo comum (art. 7.º, n.ºs 2 e 3 do Decreto-Lei n.º 269/98, de 1 de Setembro).

2.3. Outros Prazos Legais de Vencimento

I. O Direito Comercial, em razão da especialidade dos interesses que lhe estão subjacentes (tutela do crédito, celeridade e segurança das transacções comerciais), demonstra uma particular atenção ao vencimento das obrigações comerciais, introduzindo numerosas entorses ao sistema geral do vencimento das obrigações civis (art. 777.º do CCivil)⁴¹². Na verdade, consubstanciando-se a actividade empresarial num movimento ininterrupto de circulação de bens e serviços e na inerente contratação de suporte, compreende-se que a preocupação do legislador seja a de estabelecer regimes de vencimento das obrigações mercantis mais céleres e flexíveis, mormente prevendo prazos legais mais curtos e automáticos de vencimento para essas obrigações.

Assim sendo, para além do regime em matéria de vencimento das obrigações comerciais pecuniárias resultantes de transacções entre empresas, atrás analisado, a lei comercial prevê ainda várias *outras disposições especiais semelhantes* a respeito de determinados tipos de contratos mercantis particulares.

⁴¹¹ COSTA, Salvador, *A Injunção e as Comexas Acção e Execução*, 153 e segs., 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2005.

⁴¹² Sobre a tutela do crédito, a celeridade e a segurança jurídica das transacções comerciais, como características distintivas das normas do Direito Comercial, vide ANTUNES, J. Engrácia, *Direito Comercial*, em publicação.

II. É o caso do *contrato de seguro*. Nos termos do Decreto-Lei n.º 142/2000, de 15 de Julho, “o prémio ou fracção inicial é devido na data da celebração do contrato” (art. 4.º, n.º 1) e “os prémios ou fracções subsequentes são devidos nas datas estabelecidas na apólice respectiva” (art. 5.º, n.º 1). Tal significa dizer que o tomador do seguro está obrigado a cumprir a sua obrigação pecuniária de pagamento nas datas referidas, que lhe devem ser comunicadas previamente pela empresa seguradora (art. 7.º), originando o seu incumprimento tempestivo ou mora a não cobertura dos riscos (art. 6.º), bem como a não renovação do mesmo ou resolução automática e imediata do contrato, consoante os casos (art. 8.º).⁴¹³

É ainda o caso do *contrato de agência*. Nos termos do art. 18.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho, no seguimento da Diretiva 86/653/CEE, de 18 de Dezembro, a comissão do agente “deve ser paga até ao último dia do mês seguinte ao trimestre em que o direito tiver sido adquirido”. Tal significa que o vencimento das obrigações de pagamento no âmbito deste tipo de contratos mercantis (remuneração do agente pelo principal) está sujeito a um prazo máximo “ex lege”: se o direito à retribuição é exigível a partir do momento em que se verifique algumas das condições previstas no n.º 1 do preceito, ele vencer-se-á, ou com o acto de interpelação do principal pelo agente (nos termos gerais do art. 805.º do CCivil), ou, na falta deste, na data legalmente fixada.⁴¹⁴

É também o caso dos contratos de *compra e venda mercantil* e de *troca mercantil*. Nas compras ou trocas de coisas à vista, “o vendedor deve pô-las à disposição do comprador dentro das vinte e quatro horas seguintes ao contrato” (arts. 473.º e 480.º do CCom). Tal vale por dizer que, ao contrário da regra geral do art. 882.º do CCivil, os negócios mercantis onerosos que tenham por objecto a transferência de propriedade de coisas que se encontram na disponibilidade do vendedor (como é, por definição, o caso das coisas à vista) devem ser cumpridos de imediato ou num curtíssimo prazo (contado nos termos gerais do art. 279.º do

⁴¹³ Era inversa a solução vigente no direito anterior: sobre o ponto, MARTINS, J. Valente, *Contrato de Seguro*, 67 e segs., Quid Juris, Lisboa, 2006; VASQUES, José, *Contrato de Seguro*, 243, Coimbra Editora, 1999.

⁴¹⁴ Sobre este prazo de vencimento, sobre o qual, aliás, a doutrina pouco elaborou, vide MONTEIRO, A. Pinto, *Contrato de Agência – Anotação ao Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho*, 84, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2000.

CCivil), sem necessidade de qualquer acto de interpelação ou outro por parte do comprador.^{415, 416}

III. Finalmente, é mister recordar ainda que o âmbito de aplicação destes regimes especiais de vencimento é tanto mais vasto quanto é certo que não se pode excluir a possibilidade da sua *extensão analógica* a outros contratos comerciais.

Com efeito, são concebíveis contratos mercantis cuja disciplina legal ou convencional seja omissa relativamente ao vencimento das respectivas obrigações emergentes – caso em que, sendo de concluir pela existência de uma lacuna de regulação, poderá fazer sentido integrar esta mediante o recurso à aplicação analógica de um dos referidos regimes especiais no lugar de recorrer ao regime geral da lei civil. Um exemplo: no contrato de aluguer mercantil (art. 481.º do CCom), tendo o locador na sua disponibilidade o bem móvel alugado, deve entender-se que a obrigação da respectiva entrega, ao arrepio do regime geral (arts. 777.º, 1023.º e 1031.º, a) do CCivil e art. 482.º do CCom), se vence no prazo de 24 horas subsequente à celebração do contrato, automaticamente e sem necessidade de acto de interpelação por parte do locatário, por força da aplicação analógica do art. 473.º do CCom sobre a compra e venda comercial.⁴¹⁷

⁴¹⁵ Da mesma forma, nos termos do art. 475.º do CCom, os contratos de compra e venda a contado, celebrados em feiras ou mercados, devem ser cumpridos “no mesmo dia da sua celebração ou, o mais tardar, no dia seguinte”, havendo-se o contrato sem efeito se estes prazos se expirarem sem que qualquer dos contratantes haja exigido o seu cumprimento (cf. GONÇALVES, L. Cunha, *Comentário ao Código Comercial Português*, vol. III, 44, Ed. José Bastos, Lisboa, 1918). Tais regras, todavia, são de natureza meramente supletiva, não impedindo a existência de convenção contratual em sentido contrário firmada por acordo entre as partes: cf. VENTURA, Raúl, *O Contrato de Compra e Venda*, 641 e seg., in: 43 “Revista da Ordem dos Advogados” (1983), 259-318, 305-248, 601-650.

⁴¹⁶ Muitos outros contratos mercantis poderiam ser ainda encontrados, em que o desiderato da celeridade e segurança das transacções comerciais, típico do Direito Comercial, levou o legislador a prever regimes especiais de vencimento das respectivas obrigações: assim, por exemplo, no contrato de conta-corrente, os juros do saldo contam-se imediata e automaticamente a partir da data da liquidação decorrente do encerramento da conta-corrente (art. 348.º do CCom).

⁴¹⁷ Em sentido idêntico, SANTOS, F. Cassiano, *Direito Comercial Português*, vol. I, 147, Coimbra Editora, 2007. Sobre as “lacunas de regulação” da lei comercial, e sobre os métodos da sua integração, vide ANTUNES, J. Engrácia, *A Analogia no Direito Comercial*, em publicação.

3. O (In)Cumprimento Defeituoso: A Responsabilidade-Objectiva dos Participantes no Circuito Económico

3.1. Noção Geral

I. Num mundo caracterizado pela produção em série de bens homogêneos, pela distribuição comercial em cadeia e pelo consumo de massas, o *circuito económico* é constituído por uma segmentação cada vez mais complexa e acentuada entre produção, distribuição e consumo.

Antes de um determinado produto ou serviço, por exemplo, um automóvel, chegar às mãos dos seus destinatários finais, ele atravessa uma longa cadeia de transmissões com significado jusnegocial: o veículo é criado, enquanto produto final ou acabado, por uma empresa dedicada ao fabrico de automóveis (*empresa produtora "stricto sensu"* ou fabricante); tal empresa produtora viu-se forçada, para o processo de fabrico e montagem, a recorrer aos produtos fabricados ou fornecidos por outras empresas, tais como partes componentes, peças acessórias ou determinadas matérias-primas (*empresas produtoras "lato sensu"* ou fabricantes periféricos); uma vez pronto o automóvel, a empresa produtora raramente o venderá directamente ao cliente final, recorrendo então a uma cadeia mais ou mais longa de distribuição comercial, que pode incluir uma ou mais grandes empresas de importação, as quais, por sua vez, usualmente processam a comercialização dos veículos através de uma rede de concessionários, agentes, mediadores ou outros distribuidores a quem cabe a colocação do automóvel no mercado de venda ao público (*empresas distribuidoras "stricto sensu"*); além disso, é igualmente natural, a jusante, que os distribuidores se hajam socorrido de outros intermediários comerciais instrumentais, tais como empresas transportadoras, empresas armazenistas, depositárias ou embaladoras, entrepostos comerciais, ou afins (*empresas distribuidoras "lato sensu"*) e ainda, a montante, que os mesmos distribuidores, a fim de promover a sua venda junto do público, garantam previamente junto de instituições de crédito a existência de linhas especiais de financiamento dos potenciais compradores (*empresas financiadoras*); e pode até suceder que o adquirente final do automóvel (comprador) não seja sequer, afinal, o seu consumidor ou utente, o qual poderá destinar-se ao uso por terceiro (v.g., aquisição de uma frota de veículos por empresas de "rent-a-car").

II. Este intrincado circuito económico, associado à crescente sofisticação dos bens oferecidos pelas empresas na moderna sociedade da abundância (veículos, computadores, televisores, electrodomésticos, brinquedos, produtos alimentares, medicamentos, base de dados, etc.), rapidamente veio tornar insuficiente e inadequado o *tradicional modelo legal do cumprimento defeituoso*.

Com efeito, é necessário ter presente que o referido circuito económico se traduz num complexo "continuum" entre produção, distribuição e consumo, constituído por uma multiplicidade de relações contratuais entre as empresas participantes, que culmina no contrato de compra e venda (ou similar) do produto entre o vendedor final e o comprador/consumidor: ora, a verdade é que, não obstante seja ostensiva a unidade económica e funcional da cadeia contratual que antecede este contrato final (contratos de distribuição, de concessão, de agência, de transporte, de depósito, de crédito, etc.), o legislador civil clássico apenas está preparado, no rigor dos princípios, para aí ver uma *pluralidade de negócios jurídicos formalmente autónomos e distintos*. As consequências deste divórcio entre direito e realidade — que, no limite, se podem projectar sobre todos e cada um dos sucessivos elos contratuais componentes da referida cadeia — tomaram-se particularmente evidentes no plano do último elo dessa cadeia, isto é, do referido contrato final. Como é bem sabido, o comprador de um produto defeituoso via-se tradicionalmente abandonado entre uma infrutífera responsabilidade contratual dos distribuidores ou do vendedor directo — que raramente funcionaria, por estes, no comum dos casos, ignorarem sem culpa os defeitos de fabrico da coisa vendida (arts. 798.º, 914.º e 915.º do CCivil) — e uma inoperante responsabilidade extracontratual do produtor — a mais das vezes, uma simples miragem, atentas as quase intratáveis dificuldades de prova dos respectivos pressupostos legais, incluindo o ilícito, o dano, o nexo de causalidade e a culpa (art. 483.º do CCivil): por exemplo, o comprador de um computador pessoal que explodiu enquanto o utilizava, para além frequentemente de nada lhe valer recorrer ao pequeno revendedor onde o adquiriu (o qual, por regra, desconhece inteiramente os seus defeitos de fabrico, alienando-o tal como este lhe chegou às mãos do produtor ou do grande distribuidor, muitas vezes sem sequer o chegar a desembalar), também não dispõe usualmente das condições necessárias para accionar com sucesso o produtor ou fabricante, exposto que está a uma verdadeira "probatio diabolica" que incluiria a necessidade de alegar e demonstrar qual o concreto defeito técnico do computador, que tal defeito foi causa adequada do acidente e dos danos

sufridos (além de se ter de desembaraçar da mais que provável imputação do acidente, por parte do fabricante, à errônea utilização do mesmo, v.g., manuseamento perigoso, má instalação eléctrica), e ainda que o fabricante conhecia ou devia conhecer a existência do mesmo defeito em termos do mesmo lhe ser imputável.

III. Não surpreende assim que esta tradicional visão “atomística” ou jurídico-formal da estrutura pluricontractual constitutiva do moderno circuito económico tenha vindo a dar progressivamente lugar a uma visão “unitária” ou material dessa estrutura, que reconhece o ligâmen íntimo existente entre os vários contratos encadeados: tal visão tem-se traduzido essencialmente na substituição dos tradicionais mecanismos de tutela jurídica – profundamente tributários do princípio geral da relação dos contratos (segundo o qual estes não produzem efeitos em relação a terceiros: cf. art. 406.º, n.º 2 do CCivil) e assentes no primado da responsabilidade subjectiva ou com base na culpa (arts. 483.º e 798.º do CCivil) – por regimes jurídicos especiais de *responsabilidade objectiva ou pelo risco dos participantes no circuito económico*, característicos da moderna contratação mercantil em massa.

Esses regimes de responsabilidade, apesar da sua profunda similitude genética e teleológica, possuem conteúdos e alcances diferenciados: de um modo necessariamente sucinto, falaremos em seguida do regime jurídico da *responsabilidade civil do produtor* por danos causados por produtos defeituosos (Decreto-Lei n.º 383/89, de 6 de Novembro), da *responsabilidade directa do produtor* e da *responsabilidade em via de regresso* no âmbito de contratos de consumo (arts. 6.º e 7.º do Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril), e da *responsabilidade solidária do financiador* (art. 11.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 359/91, de 21 de Setembro). Apesar de nos encontramos indiscutivelmente diante de casos de responsabilidade civil de natureza extracontractual, justifica-se aqui a sua alusão no âmbito do cumprimento contratual defeituoso, não apenas pelo seu relevo prático na economia da contratação mercantil em massa, mas também pela circunstância de se tratar de regimes que visam reconstituir juridicamente uma transacção económica unitária, fragmentada numa cadeia de contratos formalmente autónomos: como recorda João Calvão da SILVA, “responsabilizar directamente o produtor é fazer deste a *contraparte jurídica do consumidor*”⁴¹⁸, restituindo unidade a uma relação

⁴¹⁸ *Responsabilidade Civil do Produtor*, 93, Almedina, Coimbra, 1990.

negocial entre dois sujeitos (“maximé”, produtor e consumidor) estabelecida (também) através de outros interpostos sujeitos (distribuidores, transportadores, agentes, retalhistas, financiadores, etc.).⁴¹⁹

3.2. A Responsabilidade Civil do Produtor

I. Na sequência da Directiva 85/374/CEE, de 25 de Julho, o legislador português, através do Decreto-Lei n.º 383/89, de 6 de Novembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 131/2001, de 24 de Abril (doravante “lei da responsabilidade civil do produtor” ou abreviadamente LRCP), consagrou entre nós a *responsabilidade civil do produtor*, independente de culpa, pelos danos causados por defeitos dos produtos que colocou em circulação.⁴²⁰

II. Este regime interessa fundamentalmente aos contratos comerciais, enquanto contratos de empresa, como resulta eloquentemente da própria concepção ampla de *produtor* e de *produto* adoptada pelo legislador (arts. 2.º e 3 da LRCP)⁴²¹: no processo da produção industrial em massa, característico das sociedades contemporâneas, os “produtores” são forçosamente, pela própria natureza das coisas, titulares de empresas, cujos “produtos” chegam às mãos dos consumidores finais através de contratos de compra e venda celebrados com outros empresários dedicados à respectiva distribuição comercial.⁴²²

⁴¹⁹ Este “pecado” sistemático não é, de resto, original entre nós: vide VARELA, J. Antunes, *Das Obrigações em Geral*, vol. II, 131, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 1997. Sobre o tema, vide desenvolvidamente SILVA, J. Calvão, *Responsabilidade Civil do Produtor*, Almedina, Coimbra, 1990. Noutras latitudes, vide D’ARRIGO, ROSARIO, *La Responsabilità del Produttore*, Giuffrè, Milano, 2006; FISCHER, DAVID/ GREEN, MICHAEL/ POWERS, WILLIAM/ SANDERS, JOSEPH, *Product Liability: Cases and Materials*, 4th edition, West, St. Paul, 2006; SCHMIDT-SALZER, JOACHIM/ HERMANN, HOLLMANN, *Kommentar EG-Produkthaftung*, 2 volumes, RuW, Heidelberg, 2002.

⁴²⁰ Consagrando igualmente noções amplas de produtor e produto, confronte-se o Decreto-Lei n.º 69/2005, de 17 de Março, que veio transpor para a ordem jurídica nacional a Directiva 2001/95/CEE, de 3 de Dezembro, relativa à obrigação geral de segurança na colocação de produtos e serviços no mercado.

⁴²¹ Esta matriz eminentemente comercial da regulação foi ainda confirmada pelo próprio legislador comunitário, o qual, no preâmbulo da citada Directiva 85/374/CEE, expressamente esclareceu que o objectivo central do regime jurídico é, não tanto a defesa dos consumidores, quanto a *defesa da concorrência*: aí se lê que a harmonização dos direitos europeus na matéria se deveu “à disparidade das legislações nacionais ser susceptível de falsear a concorrência, de prejudicar a livre circulação

Relativamente ao seu âmbito subjectivo, tal responsabilidade civil abrange, desde logo, o *produtor real*, ou seja, todas as pessoas singulares ou colectivas que participaram na criação ou confecção do produto: tal inclui, quer a empresa fabricante do produto final ou acabado (v.g., automóvel), quer as empresas fabricantes das respectivas partes componentes (v.g., circuitos eléctricos, pneus) e matérias-primas (v.g., óleo, tintas) (art. 2.º, n.º 1, “ab initio”, da LRPC). Depois, tal responsabilidade abrange ainda o *produtor aparente*, isto é, aquelas pessoas que se apresentem ao público como tal, mediante a aposição no produto do seu nome, marca ou outro sinal distintivo do comércio (art. 2.º, n.º 1, “in fine”, da LRPC): estão neste caso as grandes empresas de distribuição, as grandes empresas de venda à distância, ou os principais grossistas, que frequentemente, sobretudo relativamente a bens produzidos em série, se assumem no tráfico comercial e publicitário como se dos respectivos produtores se tratasse, deixando no anonimato o produtor real.⁴²³ Finalmente, a responsabilidade directa alcança o próprio *produtor presumido*: aqui se incluem os “importadores comunitários” – isto é, aqueles empresários que, no exercício da sua actividade comercial, importam produtos de fora da União Europeia destinados à respectiva distribuição comercial (art. 2.º, n.º 2, a) da LRPC) – e até os próprios “fornecedores” de produtos anónimos – isto é, as empresas de venda

das mercadorias no mercado comum e de originar diferenças relativamente ao grau de protecção do consumidor” (Considerando 1, in: JOCE n.º L 210, de 07/08/1985, 29-33). Sob outro ângulo, é também comum fundar-se o regime de responsabilidade objectiva pelo risco (“Gefährdungshaftung”), instituído pela Directiva, no *nexo entre poder e responsabilidade* (“Herrschaft und Haftung”), segundo o qual quem pratica em proveito próprio uma determinada acção ou omissão deverá suportar as consequências negativas daí decorrentes (“ubi commoda ibi incommoda”) (assim também SILVA, J. Calvão, *Responsabilidade Civil do Produtor*, 497, Almedina, Coimbra, 1990): ora, é bem sabido que semelhante nexa tem constituído o parâmetro fundamental dos regimes legais de responsabilidade das empresas e da disciplina do risco empresarial (“rischio d’impresa”, “Unternehmensrisiko”) (sobre o ponto, vide ANTUNES, J. Engrácia, *Estrutura e Responsabilidade da Empresa*, 21, in: AAVV, “O Direito da Empresa e das Obrigações e o Novo Código Civil Brasileiro”, 18-64, Quartier Latin, São Paulo, 2006).

⁴²³ Ateno o fundamento da extensão legal (aparência de produtor), já não será considerado “produtor aparente” aquele empresário que, distribuindo ou comercializando o produto debaixo do seu próprio sinal distintivo (firma, marca, logótipo, etc.), não oculte a identidade do produtor real. Cf. SILVA, J. Calvão, *Responsabilidade Civil do Produtor*, 553, Almedina, Coimbra, 1990.

ao público que comercializem bens cujo produtor ou importador não se encontre identificado (art. 2.º, n.º 2, b) da LRPC).⁴²⁴

Relativamente ao âmbito objectivo do regime legal, algo de semelhante se passa. Com efeito, o legislador considerou produto “qualquer coisa móvel, ainda que incorporada noutra coisa móvel” (art. 3.º da LRPC): cabem aqui *todos os tipos de bens produzidos* (com excepção dos imóveis), independentemente de se tratar de bens de consumo (v.g., electrodomésticos, brinquedos), bens de produção (v.g., materiais de construção, elevadores), bens industriais (v.g., maquinaria, equipamento), ou até bens artesanais (v.g., preparado farmacêutico). Digno de nota – corroborando a concepção ampla da lei – é ainda a revogação da exclusão, prevista na versão original do diploma, de determinados bens do sector primário, como produtos agrícolas, pecuários, piscatórios ou cinegéticos não transformados (efectuada pelo Decreto-Lei n.º 131/2001, de 24 de Abril, por imposição da Directiva 1999/34/CE, de 10 de Maio de 1999).

III. No caso de o adquirente ou consumidor de um produto defeituoso⁴²⁵ sofrer danos causados por este, a lei impõe, como se disse, a responsabilidade objectiva e directa do produtor (art. 1.º da LRPC).

A disciplina dessa responsabilidade obedece a uma diversidade de pressupostos e parâmetros que aqui não é possível senão mencionar brevemente. Assim, o produtor pode afinal *não responder* perante o lesado caso prove alguma das circunstâncias excludentes da responsabilidade previstas na lei (art. 5.º da LRPC) ou, inversamente, pode *responder solidariamente* no caso de se apurar uma pluralidade de responsáveis (v.g., produtor real, aparente e presumido: cf. art. 6.º da LRPC). Por outra banda, os *danos ressarcíveis* são os danos causados à pessoa (morte ou lesão pessoal) e ao património (em coisa diversa do produto defeituoso, desde que

⁴²⁴ Daqui resulta, pela negativa, que não será considerado “produtor presumido”, nem o importador intracomunitário, isto é, o empresário que importa produtos de um dos Estados membros da União Europeia – restando assim ao lesado acionar o produtor real, o produtor aparente ou o fornecedor (cf. Acórdão da Relação do Porto de 4 de Novembro de 1999 (João BERNARDO), in: XXIV “Colectânea de Jurisprudência” (1999), IV, 177-179) –, nem o fornecedor de produtos de origem identificada ou origem anónima temporariamente identificada em resposta a notificação do lesado. Diz-se defeituoso o produto que não oferece a segurança com que legitimamente se poderia contar, tendo em atenção todas as circunstâncias, designadamente a sua apresentação, a utilização que dele razoavelmente possa ser feita, e o momento da sua entrada em circulação (art. 4.º da LRPC). Sobre a noção legal, vide SILVA, J. Calvão, *Responsabilidade Civil do Produtor*, 633 e segs., Almedina, Coimbra, 1990.

⁴²⁵ Daqui resulta, pela negativa, que não será considerado “produtor presumido”, nem o importador intracomunitário, isto é, o empresário que importa produtos de um dos Estados membros da União Europeia – restando assim ao lesado acionar o produtor real, o produtor aparente ou o fornecedor (cf. Acórdão da Relação do Porto de 4 de Novembro de 1999 (João BERNARDO), in: XXIV “Colectânea de Jurisprudência” (1999), IV, 177-179) –, nem o fornecedor de produtos de origem identificada ou origem anónima temporariamente identificada em resposta a notificação do lesado. Diz-se defeituoso o produto que não oferece a segurança com que legitimamente se poderia contar, tendo em atenção todas as circunstâncias, designadamente a sua apresentação, a utilização que dele razoavelmente possa ser feita, e o momento da sua entrada em circulação (art. 4.º da LRPC). Sobre a noção legal, vide SILVA, J. Calvão, *Responsabilidade Civil do Produtor*, 633 e segs., Almedina, Coimbra, 1990.

normalmente e especificamente destinada ao consumo privado) do lesado (com a consequente exclusão dos chamados "danos patrimoniais puros", ou seja, sofridos pelo lesado com a inutilização do produto: cf. art. 8.º da LRPC), sendo *indemnizáveis* apenas quando excedam o valor de 500 euros (art. 9.º da LRPC)⁴²⁶. Finalmente, sublinhe-se que esta responsabilidade não afasta a responsabilidade decorrente de outras disposições legais (art. 13.º da LRPC), permitindo assim ao lesado optar por outro ou outros regimes de responsabilidade porventura mais favoráveis.

3.3. A Responsabilidade Directa do Produtor

I. Na sequência da Directiva 1999/44/CE, de 25 de Maio, o Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril (doravante "lei da venda de bens de consumo" ou abreviadamente LVBC) veio consagrar entre nós a *responsabilidade directa do produtor* perante o consumidor no âmbito dos contratos de compra e venda que tenham por objecto um produto de consumo defeituoso.

Com efeito, como acabamos de ver, o regime de responsabilidade previsto na LRPC, sendo decerto fundamental para a tutela jurídica dos contratantes mais débeis ou do "elo mais fraco" no âmbito da moderna contratação mercantil de massa, possui um âmbito de aplicação que, inspirado pelo valor da segurança dos produtos, é circunscrito a direitos absolutos típicos da responsabilidade delitual (danos causados à vida, integridade física ou propriedade do lesado pelo produto defeituoso). A verdade é que tal protecção se mostra insuficiente no domínio dos produtos defeituosos de consumo, onde o consumidor/comprador, outrossim que protegido extracontratualmente contra aquele tipo de danos, necessita ainda de ser tutelado no âmbito das suas próprias relações contratuais, reconhecendo a este um conjunto de direitos e garantias especiais, inspirados pelo valor da conformidade e qualidade dos bens, exercitáveis indistintamente perante a sua contraparte contratual (vendedor) ou o produtor.⁴²⁷

⁴²⁶ Reafirmando que os danos no próprio produto defeituoso não estão abrangidos pelo regime legal, vide o Acórdão da Relação de Lisboa de 23 de Maio de 1995 (AZADINHO LOUREIRO) (in: XX "Colectânea de Jurisprudência - Acórdãos do STJ" (1995), III, 113-117).

⁴²⁷ Reconhecendo expressamente que o Decreto-Lei n.º 383/89, de 6 de Novembro, relativo à responsabilidade do produtor, não regula a responsabilidade do empresário distribuidor, vide o Acórdão do STJ de 26 de Outubro de 1995 (NASCIMENTO COSTA) (in: III "Colectânea de Jurisprudência - Acórdãos do STJ" (1995), III, 84-87).

II. Tal o objectivo que preside justamente ao art. 6.º da LVBC: segundo este preceito, "sem prejuízo dos direitos que lhe assistam perante o vendedor, pode o consumidor que tenha adquirido a coisa defeituosa optar por exigir do produtor, à escolha deste, a sua reparação ou substituição".

Já atrás se referiu "en passant" que, no âmbito dos contratos de compra e venda de bens de consumo, a desconformidade da prestação debitória com o contrato investe o consumidor/comprador numa série de garantias legais exercitáveis em face do empresário (ou profissional)/vendedor, incluindo o direito à reparação e substituição do bem desconforme, à redução do preço, ou à resolução do contrato (art. 4.º da LVBC), cumulativamente com uma indemnização por perdas e danos (art. 12.º, n.º 1 da LDC)⁴²⁸. Indo mais longe do que a própria Directiva 1999/44/CE o impunha, o legislador português veio alargar expressamente o âmbito subjectivo dessas garantias, ao consagrar uma *responsabilidade directa* (também) do produtor: na realidade, para a grande maioria dos produtos de consumo, o produtor é indubitavelmente a entidade em melhor posição para controlar a respectiva qualidade e para proceder à respectiva reparação ou substituição, sendo comum, ao invés, que o vendedor final desconheça inteiramente os seus eventuais defeitos (por não chegar sequer a desembalar os produtos antes de os vender) e não possua os meios necessários à satisfação do consumidor (v.g., falta de recursos técnicos de reparação, casos de contratação electrónica, etc.); além de que, também por esta via, se beneficia o consumidor com uma protecção contratual suplementar, adveniente da multiplicação dos sujeitos jurídicos responsáveis pela prestação debitória.⁴²⁹

III. Entre os diversos aspectos relevantes deste regime especial de responsabilidade, mencionem-se os seguintes. No que concerne ao seu perímetro subjectivo, tal regime é aplicável, seja ao *produtor em sentido amplo* na acepção da LRPC (produtor real, produtor aparente e produtor presumido na forma de importador comunitário: cf. art. 6.º, n.º 4 da LVBC), seja ainda ao *representante do produtor* na zona do

⁴²⁸ Cf. *supra* Capítulo V, §3, 1.2., V.

⁴²⁹ Para uma fundamentação circunstanciada deste regime, vide PINTO, P. Mota, *Conformidade e Garantias na Venda de Bens de Consumo. A Directiva 1999/44/CE e o Direito Português*, 275 e segs., in: 2 "Estudos de Direito do Consumidor" (2000), 197-331.

domicílio do consumidor ("maximé", distribuidor comercial próprio ou centro autorizado de serviços pós-venda: cf. art. 6.º, n.ºs 3 e 5 da LVBC). Já no que respeita ao perímetro objectivo, a responsabilidade do produtor (alternativamente com o vendedor e solidariamente com o seu representante geográfico) abrange apenas os direitos à reparação e à substituição do bem defeituoso (art. 6.º, n.º 1 da LVBC), salvo ocorrendo alguma das causas legais da sua exclusão (art. 6.º, n.º 2 da LVBC), não se estendendo, por conseguinte, aos demais direitos conferidos na lei (direitos à redução do preço, à resolução do contrato, e à indemnização), que permanecem assim exclusivamente exercitáveis perante o vendedor.

3.4. A Responsabilidade do Financiador

I. Na sequência da Directiva 87/102/CEE, de 22 de Dezembro de 1986, o Decreto-Lei n.º 359/91, de 21 de Setembro (doravante "lei do crédito ao consumo" ou LCC), veio consagrar entre nós a *responsabilidade do financiador* perante o consumidor no âmbito dos contratos de crédito para consumo.

Como é bem sabido, um dos traços característicos das actuais vendas de bens ou prestações de serviços de consumo consiste em os compradores recorrerem ao crédito para a sua aquisição. Tornou-se assim frequente que os vendedores finais proponham aos compradores o financiamento total ou parcial da aquisição por uma empresa financiadora, usualmente uma instituição de crédito ou uma sociedade financeira⁴³⁰, para tal efeito, no acto da aquisição, paralelamente ao contrato de compra e venda celebrado com o vendedor, o comprador subscreve uma proposta de contrato de mútuo (ou outras formas de crédito alternativas: locação financeira, aluguer de longa duração, etc.) que o vendedor enviará ao financiador com que habitualmente trabalha, a fim de obter a respectiva aprovação e conclusão. Ora, atenta a conexão íntima entre os dois empresários (empresa vendedora e financiadora) e os dois contratos (contrato de venda e de mútuo) no âmbito do circuito económico dos bens e serviços, compreende-se que o legislador, olhando para lá da autonomia formal

⁴³⁰ No comum dos casos, tratar-se-á de uma sociedade financeira para aquisições a crédito (SFAC), cujo objecto consiste justamente em "financiar a aquisição ou fornecimento de bens ou serviços determinados" (art. 2.º, a) do Decreto-Lei n.º 206/95, de 14 de Agosto).

das obrigações deles emergentes, tenda a ver antes a respectiva unidade funcional por mor da protecção dos consumidores.⁴³¹

II. Tal o sentido do art. 12.º, n.º 2 da LCC: "O consumidor pode demandar o credor em caso de incumprimento ou de cumprimento defeituoso do contrato de compra e venda por parte do vendedor desde que, não tendo obtido do vendedor a satisfação do seu direito, se verifique cumulativamente as seguintes condições: a) existir entre o credor e o vendedor um acordo prévio por força do qual o crédito é concedido exclusivamente pelo mesmo credor aos clientes do vendedor para a aquisição de bens fornecidos por este último; b) ter o consumidor obtido o crédito no âmbito do acordo prévio referido na alínea anterior".

Deste preceito resulta assim o estabelecimento de uma *conexão ou dependência internegocial*, que investe a empresa financiadora numa responsabilidade perante o comprador pelo exacto e pontual cumprimento do contrato celebrado pela empresa vendedora: no caso de o bem vendido ou o serviço prestado ser desconforme ao contrato de compra e venda (v.g., defeito do bem ou serviço, falta da qualidade ou quantidade acordadas, prestação de bem ou serviço diverso, etc.)⁴³², o comprador passa a poder exercer perante a primeira os direitos e garantias, legais ou contratuais, de que é titular perante a última (arts. 3.º, 4.º, 5.º e 9.º da LVBC, art. 12.º, n.º 1 da LDC), incluindo os direitos à reparação ou substituição, à resolução contratual, à redução do preço, e à eventual indemnização⁴³³. Esta responsabilidade possui uma natureza "ex lege"

⁴³¹ Sobre esta problemática, entre nós, MORAIS, F. Gravato, *União de Contratos de Crédito e de Venda para Consumo. Efeitos para o Financiador do Incumprimento do Devedor*, Almedina, Coimbra, 2004; numa perspectiva "de iure condendo", DUARTE, Paulo, *A Posição Jurídica do Consumidor na Compra e Venda Financiada: Confronto entre o Regime em Vigor (RJCC) e o Anteprojecto do Código do Consumidor*, in: 7 "Estudos de Direito do Consumidor" (2005), 379-408. Outros quadran-tes, vide também GORGONI, Marinela, *Il Credito al Consumo*, 203 e segs., Giuffrè, Milano, 1994; HEERMANN, Peter, *Dritfinanzierte Erwerbsgeschäfte: Entwicklung der Rechtsfigur der Trilateralen Synallagmas auf der Grundlage deutscher und U.S.-amerikanische Rechtsentwicklung*, Mohr, Tübingen, 1998; LÓPEZ, M. Marín, *La Compraventa Financiada de Bienes de Consumo*, Aranzadi, Navarra, 2000.

⁴³² Sobre o conceito de conformidade ao contrato (cf. também o art. 2.º da LVBC), vide *supra* Capítulo V, § 3, I.

⁴³³ Esta interdependência contratual, aliás, é *recíproca* ou bilateral. Com efeito, não apenas o contrato de financiamento fica dependente das vicissitudes do contrato de venda (art. 12.º, n.º 2 da LCC), como, inversamente, este último fica também dependente das vicissitudes do primeiro contrato: nos termos do n.º 1 do mesmo art.

- decorrente de lei imperativa, não podendo ser afastada em caso algum -, *objectiva* - independente de culpa - e *subsidiária* - no sentido em que pressupõe que o comprador apenas pode demandar o financiador após ter exigido junto do vendedor, sem sucesso, a satisfação dos respectivos direitos (cf. art. 12.º, prómio do n.º 2, da LCC).

Em qualquer caso, a sua existência e accionamento encontram-se ainda dependentes do preenchimento de vários requisitos, a saber, que as empresas vendedora e financiadora sejam entidades juridicamente autónomas (ou seja, que o vendedor não seja parte no contrato de crédito: cf. art. 12.º, n.º 1 da LCC) e ainda que entre os dois contratos exista uma unidade económico-funcional, de natureza geral (consubstanciada num acordo geral de colaboração prévio e exclusivo entre aquelas empresas: cf. art. 12.º, n.º 2, a) da LCC) e específica (que a concessão de crédito para a venda em concreto tenha sido atribuída no quadro desse acordo de colaboração: cf. art. 12.º, n.º 2, b) da LCC).⁴³⁴

3.5. A Responsabilidade dos Participantes na Cadeia Contratual

I. Ilustração verdadeiramente inequívoca e eloquente da visão "unitária" do (in)cumprimento defeituoso, que perpassa no âmbito da moderna contratação mercantil em massa, é a consagração de *uma responsabilidade em via de regresso dos participantes na cadeia contratual* que precedeu a celebração de um contrato de compra e venda de bens de consumo (arts. 7.º e 8.º da LVBC).⁴³⁵

12.º, "se o crédito for concedido para financiar o pagamento de um bem vendido por terceiro, a validade e eficácia do contrato de compra e venda depende da validade e eficácia do contrato de crédito, sempre que exista qualquer tipo de colaboração entre o credor e o vendedor na preparação ou na conclusão do contrato de crédito". Sobre o sentido e regime desta última faceta da dependência contratual, vide MORAIS, F. Gravato, *Contratos de Crédito de Consumo*, 234 e segs., Almedina, Coimbra, 2007.

⁴³⁴ Sobre este regime jurídico, vide, na doutrina, MORAIS, F. Gravato, *Contratos de Crédito de Consumo*, 248 e segs., Almedina, Coimbra, 2007; na jurisprudência, vide o Acórdão do STJ de 5 de Dezembro de 2006 (Sousa Leite), in: xiv "Colectânea de Jurisprudência - Acórdãos do STJ" (2006), III, 148-152.

⁴³⁵ Como se verá melhor adiante, a expressão "direito de regresso" não foi aqui utilizada pelo legislador no seu sentido próprio ou estrito, habitualmente associado ao regime das obrigações plurais solidárias com uma pluralidade de convededores (art. 524.º do CCivil); na maioria das situações abrangidas pelo preceito, as posições jurídicas activas e passivas decorrentes deste direito dizem respeito a obrigações singulares e autónomas, resultantes de diferentes e sucessivas relações jurídico-contratuais.

No comum dos casos, pode afirmar-se que são os vendedores finais dos bens de consumo que arcam com os custos económicos da eventual desconformidade contratual destes bens. Com efeito, sempre que o bem alienado por um pequeno ou médio empresário retalhista/vendedor é desconforme aos termos do contrato celebrado com um consumidor/comprador, aquele será o destinatário normal do exercício dos direitos e garantias legais deste último, "maximè", do direito à sua reparação ou substituição (arts. 2.º e 4.º da LVBC): tal vale por dizer que - ainda quando tal desconformidade resulte de acto ou omissão imputável ao produtor do bem (v.g., defeito de fabrico), a um distribuidor do mesmo bem (v.g., acondicionamento impróprio do bem pelo importador ou revendedor), ou a qualquer outro tipo de intermediário comercial que o antecedeu na cadeia económico-contratual (v.g., deficiências ocasionadas pelo transportador, depositário, armazenista, ou embalador) - será sobre os ombros do vendedor final que recairá o fardo económico dos (in)cumprimentos defeituosos alheios situados a montante. E sucederá amiúde que este não tem como evitar semelhante externalidade negativa, já porque o defeito ou irregularidade não é imputável ao seu próprio vendedor ou fornecedor (o único com quem possui uma relação contratual), já porque, sendo-o, se convencionou entre ambos a exclusão da responsabilidade deste. Numa palavra, a combinação do regime jurídico dos contratos de venda de bens de consumo e da operação económica global que os antecede acaba por expor o vendedor final a uma verdadeira responsabilidade objectiva pelas vicissitudes da cadeia contratual.

II. A fim de evitar tal resultado, o art. 7.º do citada LVBC dispõe: "O vendedor que tenha satisfeito ao consumidor um dos direitos previstos no artigo 4.º, bem como a pessoa contra quem foi exercido o direito de regresso, gozam de direito de regresso contra o profissional a quem adquiriram a coisa, por todos os prejuízos causados pelo exercício daqueles direitos".⁴³⁶

Tal significa dizer que *a todos e cada um dos participantes numa cadeia económico-contratual relativa a produtos de consumo é assim*

⁴³⁶ Sobre o tema, vide DUARTE, R. Pinto, *O Direito de Regresso do Vendedor Final na Venda para Consumo*, in: II "Themis - Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa" (2001), 173-194; PINHO, P. Mota, *O Direito de Regresso do Vendedor Final de Bens de Consumo*, in: "Estudos Dedicados ao Prof. Doutor M. J. Almeida Costa", 1177-1225, UCP Editora, Lisboa, 2002.

reconhecido simultaneamente um direito e uma responsabilidade "de regresso" sobre a respectiva contraparte contratual. Com efeito, não apenas o vendedor final de um determinado bem de consumo defeituoso poderá acionar em via de regresso o seu próprio vendedor ou fornecedor, como qualquer interveniente na cadeia contratual poderá exercer idêntico direito relativamente à respectiva contraparte (v.g., o retalhista em relação ao grossista, o depositário em relação ao transportador, o grossista em relação ao grande distribuidor comercial, o distribuidor em relação ao produtor); ou seja, todos os protagonistas contratuais do circuito económico são simultaneamente sujeitos activos e passivos do instituto jurídico do regresso⁴³⁷. Aliás, regime idêntico vem hoje inspirando e enformando outros aspectos ou vertentes da disciplina legal: assim, nos termos do art. 8.º da LDC, o dever geral de informação que impede sobre os empresários fornecedores de bens ou prestadores de serviços nos contratos com os consumidores é também aplicável perante "o produtor, o fabricante, o importador, o distribuidor, o embalador, e o armazenista, por forma a que cada elo do ciclo produção-consumo possa encontrar-se habilitado a cumprir a sua obrigação de informar o elo imediato até ao consumidor, destinatário final da informação".

Esta conclusão possui um enorme alcance: ela demonstra inequivocamente que a visão "unitária" que enforma crescentemente o regime jurídico do incumprimento da contratação mercantil de bens de consumo, longe de se fundar num estrito objectivo de protecção dos consumidores, visa muito mais latamente a *própria cadeia económico-contractual no seu todo*, dirigindo-se assim nuclearmente à disciplina das relações negociais entre empresários (ou profissionais).⁴³⁸

⁴³⁷ Todos os participantes se encontram investidos nesta dupla veste activa e passiva de regresso, com excepção dos elos terminais da cadeia contratual: o vendedor final, a quem incumbe apenas um "direito", e o produtor real, a quem incumbe apenas uma "responsabilidade". De fora do alcance do instituto, ficam apenas as pessoas ou entidades estranhas à cadeia contratual, que tiveram um contacto meramente accidental ou delitual com o produto, a não ser quando a sua conduta possa ser imputada a um dos intervenientes nessa cadeia: cf. PINTO, P. Mota, *O Direito de Regresso do Vendedor Final de Bens de Consumo*, 1194, in: "Estudos Dedicados ao Prof. Doutor M. J. Almeida Costa", 1177-1225, UCP Editora, Lisboa, 2002.

⁴³⁸ Isto mesmo — que resulta directamente da referência legal aos "profissionais" como destinatários do exercício do direito de regresso (art. 7.º, n.º 1 da LVBC) — tem vindo a ser reconhecido pelos autores sob diferentes ângulos, havendo quem saliente que este regime tem por objectivo a protecção das pequenas e médias empresas (SCHMIDT-KESSEL, Martin, *Der Rückgriff des Letztverkäufers*, 669, in: 18 "Österrei-

III. Não é agora o momento de analisar em detalhe o conteúdo do regime deste direito de regresso, o qual, aliás, não é isento de dificuldades hermenêuticas. Sublinhe-se apenas que, no essencial, semelhante responsabilidade de regresso dos participantes na cadeia contratual é uma responsabilidade de natureza "ex lege" — imposta por lei, sem prejuízo de poder ser afastada convencionalmente em casos contados (cf. art. 7.º, n.º 4 da LVBC) — e de natureza *objectiva* — independente de culpa, sem prejuízo de os demandados em via de regresso dela se poderem eximir mediante prova de que o defeito do produto não lhes é imputável (cf. art. 7.º, n.º 3 da LVBC).⁴³⁹

§4. A Modificação e a Extinção dos Contratos Comerciais

I. Um dos traços fundamentais do regime dos contratos, comerciais e civis, é o princípio da sua eficácia vinculativa: tal significa dizer que os contratos, uma vez válida e eficazmente celebrados, passam a constituir *lei imperativa entre as partes* ("lex privata vel lex contractus").⁴⁴⁰

Esta vinculatividade do contrato, e das obrigações dele emergentes, encontra-se, de resto, expressamente plasmada no art. 406.º, n.º 1 do CCivil: "o contrato deve ser pontualmente cumprido, e só pode modificar-se ou extinguir-se por mútuo consentimento dos contraentes ou nos casos admitidos na lei". Pode assim afirmar-se que, para além da regra da "pontualidade" (o contrato deve ser cumprido ponto por ponto)⁴⁴¹, tal vinculatividade se consubstancia em duas regras fundamentais: a regra da *intangibilidade* do conteúdo dos contratos e a regra da *irrevogabilidade* dos contratos, de acordo com as quais, respectivamente, estes não podem ser alterados ou extintos senão mediante acordo das partes ou previsão da lei. A contratação mercantil, se bem que alinhando no

chische Juristenzeitung" (2000), 668-674) e quem prefira falar de "efeitos colaterais" sobre as regras jurídico-mercantis tradicionais (REICH, Norbert, *Die Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG in das deutsche Recht*, 2399, in: 33 "Neue Juristische Wochenschrift" (1999), 2397-2403).

⁴³⁹ Sobre o regime dos arts. 7.º e 8.º da LVBC, vide, para além dos estudos referidos (anteriores à sua entrada em vigor), LEPÃO, A. Menezes, *O Novo Regime da Venda de Bens de Consumo*, 64 e segs., in: "Estudos do Instituto de Direito do Consumo", vol. II, 37-73, Alameda, Coimbra, 2005.

⁴⁴⁰ Sobre este princípio, vide COSTA, M. Almeida, *Direito das Obrigações*, 275 e segs., 8.ª edição, Alameda, Coimbra, 2000.

⁴⁴¹ Sobre esta regra, e suas entorses no domínio da contratação mercantil, vide *infra* Cap. V, §4, 2.2., III.

essencial por estes parâmetros juscivilistas gerais, conhece, todavia, algumas especificidades dignas de nota.

1. A Alteração Contratual

I. Os contratos mercantis, como os demais, são actos de autonomia privada que envolvem a assunção de um risco por ambos os contraentes: ao contratar, as partes trocam um presente conhecido por um futuro desconhecido, instituindo entre ambas um quadro de regulação jurídica destinado a vigorar independentemente das vicissitudes de percurso, pelo que, em regra, a alteração da envolvente negocial ou económica não é causa de modificação das obrigações assumidas (*intangibilidade do conteúdo contratual*).

II. A singeleza desta proposição, todavia, não se compadece com a "praxis" da contratação mercantil, especialmente no âmbito do comércio internacional.

Na realidade, uma boa parte dos mais relevantes contratos comerciais internacionais – tais como, por exemplo, os contratos internacionais de consórcio, de "joint venture", de "leasing", de transferência de tecnologia, e outros semelhantes – são frequentemente contratos complexos, duradouros e voláteis: *complexos*, já que envolvem amiúde vários empresários ou até Estados, dando origem a um quadro regulatório das relações jurídicas entre as partes contratantes extremamente denso e intrincado, bem como a investimentos muito vultuosos; *duradouros*, já que são destinados a enquadrar relações negociais e económicas de longo prazo (por vezes superior a dez anos), cuja ruptura ou divórcio pode acarretar custos astronómicos para qualquer das partes envolvidas; e *voláteis*, dado que a combinação da complexidade e longevidade do ciclo vital negocial os torna particularmente sensíveis às alterações da envolvente externa (económica, cambiária, política, social), aumentando substancialmente o risco de alteração superveniente e imprevisível do equilíbrio das prestações contratuais.⁴²

⁴² Sobre o ponto, vide CAMELBEKE, Micheline van, *L'Adaptation du Contrat International aux Circonstances Nouvelles*, in: Rodière, René (ed.), "Les Modifications du Contrat au Cours de son Exécution en Raison des Circonstances Nouvelles", 169-184, A. Pedone, Paris, 1986.

III. O *direito comparado*, que se debate de há muito com o problema, ensaiou uma variedade de soluções jurídicas. Lançando as suas raízes remotas na teoria romana cunhada na cláusula "rebus sic stantibus" (segundo a qual todos os contratos teriam uma cláusula implícita que faria depender a respectiva validade da manutenção do "status quo" negocial), tais soluções vão desde as teorias da pressuposição ("Voraussetzung") ou da base do negócio ("Geschäftsgrundlage") na Alemanha, da excessiva onerosidade da prestação ("excessiva onerosità") em Itália, e da imprevisão ("imprévision") em França, até às teorias da frustração ("frustration") em Inglaterra ou da inviabilidade comercial nos Estados Unidos da América ("commercial impracticability"). Nalguns casos, foi o próprio legislador a consagrar expressamente os mecanismos dessa solução: assim sucede, designadamente, no *direito português*, que previu um regime jurídico especificamente dedicado à modificação e resolução do contrato por alteração superveniente das circunstâncias (arts. 437.º a 439.º do CCivil).

IV. A verdade, porém, é que o alcance destes mecanismos legais da adaptação e modificação contratual às circunstâncias supervenientes é, no âmbito da contratação mercantil internacional, *bastante limitado*: o recurso aos tribunais raramente é perspectivado pelas partes contratantes como uma solução jurídica e economicamente viável, atento o risco resultante das discrepâncias entre as diferentes legislações nacionais e das incertezas associadas à diversidade dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais existentes. Daí que, por forma a prevenir conflitos e permitir assegurar a necessária flexibilidade dos seus contratos em face de eventos futuros imprevisíveis, a preferência dos contratantes se venha inclinando para outros tipos de soluções, de natureza convencional – falamos das chamadas "*cláusulas de adaptação*", consistentes em cláusulas negociais adrede inseridas nos contratos com a finalidade de permitir e regular os termos da adaptação e modificação superveniente do conteúdo contratual⁴³. Entre as cláusulas mais frequentes na

⁴³ BERGER, Klaus-Peter, *Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators*, in: 36 "Vanderbilt Journal of Transnational Law" (2003), 1347-1380; CONSTANZA, Maria, *Claosole di Rinegoziazione e Determinazione Unilaterale del Prezzo*, in: AAVV, "Inadempiamento, Adattamento, Arbitrato. Patalogie dei Contratti e Rimedi", 311-321, Giuffrè, Milano, 1992; FABRE, Régis, *Les Clauses d'Adaptation dans les Contrats*, in: 1 "Revue Trimestrielle de Droit Civil" (1983), 1-30; FONTAINE, Marcel, *L'Adaptation*

prática da contratação mercantil, a que aludiremos muito brevemente, contam-se as cláusulas de "force majeure", as cláusulas de "hardship", as cláusulas de revisão automática, as cláusulas de revisão concorrente, e as cláusulas de primeira recusa.

1.1. As Cláusulas de "Force Majeure"

I. Designam-se por cláusulas de "force majeure" aquelas cláusulas que exoneram uma das partes contratuais do cumprimento das suas obrigações quando a execução destas se tornou impossível devido a determinado evento imprevisível, extraordinário e irresistível.⁴⁴⁴

II. Tais cláusulas, bastante divulgadas nos contratos mercantis transnacionais, encontram-se hoje também previstas em diversas fontes internacionais do Direito Comercial, sejam elas de natureza legal (art. 79.º da Convenção de Viena de 1980⁴⁴⁵) ou autónoma (cf. o art. 7.1.7 (1) dos "Princípios UNIDROIT Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais" de 1994⁴⁴⁶ e o art. 8.108 (I) dos "Princípios do Direito Europeu

des Contrats Internationaux au Changement de Circonstances, in: AAVV, "Nuove Tendenze del Commercio Internazionale", vol. I, 450-458, Ed. Tirrenia-Stampatori, Torino, 1980.

⁴⁴⁴ Sobre tais cláusulas, vide BERNARDINI, Piero, *Hardship e Force Majeure*, in: Bonelli, M. Joachim/Bonelli, Franco (eds.), "Contratti Commerciali Internazionali e Principi Unidroit", 193-214. GIUFFRÈ, Milano, 1997; COSTA, J. Fontoura/NUSDEO, A. Oliveira, *As Cláusulas de Força Maior e de "Hardship" nos Contratos Internacionais*, in: 97 "Revista de Direito Mercantil" (1995), 76-103; DRAEITA, Ugo, *Les Clauses de Force Majeure et de Hardship dans les Contrats Internationaux*, in: 3 "Revue du Droit des Affaires Internationales" (2002), 347-358; MASKOW, Dietrich, *Hardship and Force Majeure*, in: 3 "The American Journal of Comparative Law" (1992), 657-669; OMEZLAGHE, Pierre, *Les Clauses de Force Majeure et d'Imprévision (Hardship) dans les Contrats Internationaux*, in: LVII "Revue de Droit International et de Droit Comparé" (1980), 7-59.

⁴⁴⁵ De acordo com o seu n.º 1, "uma parte não é responsável pela inexecução de qualquer das suas obrigações se provar que tal inexecução se ficou a dever a um impedimento independente da sua vontade e que não era razoável esperar que ela tomasse em consideração no momento da conclusão do contrato, o prevenisse ou o ultrapassasse, ou que prevenisse ou ultrapassasse as consequências respectivas". Sobre este regime, vide SOARES, M. Ângela/RAMOS, Rui, *Do Contrato de Compra e Venda Internacional - Análise da Convenção de Viena de 1980 e das Disposições Pertinentes do Direito Português*, 243 e segs., GDDC, Coimbra, 1981.

⁴⁴⁶ Dispõe esta norma: "Non-performance by a party is excused if that party proves that the non-performance was due to an impediment beyond its control and that

dos Contratos" de 1998⁴⁴⁷). A redacção, o conteúdo e os efeitos de tais cláusulas não é inteiramente uniforme.⁴⁴⁸

Em teoria, a redacção de tais cláusulas pode seguir um modelo genérico, recorrendo a uma noção geral e abstracta de força maior ("force majeure", "Ummöglichkeit"), ou a um modelo casuístico, que enumera os casos concretos abrangidos pela mesma: na prática, mau grado não seja impossível topar contratos mercantis que contenham apenas um conceito de força maior, na esmagadora maioria dos casos as cláusulas em apreço são redigidas segundo um modelo casuístico ou misto, que contém um elenco tendencialmente exaustivo dos tipos de eventos ou factos concretos a que é atribuída tal natureza (v.g., guerra, insurreição civil ou militar, invasão, actos de terrorismo, sabotagem, epidemias, desastres naturais, greves e "lock-out", etc.)⁴⁴⁹. Relativamente ao respectivo conteúdo, é igualmente frequente que aos eventos de força maior seja associado o valor de uma presunção relativa ou "iuris tantum" de impedimento ou impossibilidade de cumprimento do contrato: tal vale por dizer que, verificado um dos referidos factos, a parte devedora se considerada exonerada do cumprimento da sua prestação, sem prejuízo

it could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences". Sobre tal norma, vide FONTAINE, Marcel, *Les Dispositions Relatives au Hardship et à la Force Majeure*, in: Bonelli, M. Joachim/Bonelli, Franco (eds.), "Contratti Commerciali Internazionali e Principi Unidroit", 183-191. GIUFFRÈ, Milano, 1997; PERILLO, Joseph, *Force Majeure and Hardship under the Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, in: AAVV, "Contratación Internacional: Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del Unidroit", 111-133, Universidad Autónoma, México, 1998.

⁴⁴⁷ Reza o preceito: "A party's non-performance is excused if it proves that it is due to an impediment beyond its control and that it could not reasonably have been expected to take the impediment into account at the time of the conclusion of the contract, or to have avoided or overcome the impediment or its consequences".

⁴⁴⁸ Dada a sua proeminência na "praxis" da contratação mercantil internacional, sublinhe-se ainda a existência de uma significativa jurisprudência arbitral na matéria: cf. RYKIN, David, *Lex Mercatoria and Force Majeure*, in: AAVV, "Transnational Rules in International Commercial Arbitration", 161-208. ICC, Paris, 1993; STROHBACH, Heinz, *Force Majeure and Hardship Clauses in International Commercial Contracts and Arbitration*, in: 1 "Journal of International Arbitration" (1984), 39-51.

⁴⁴⁹ A Câmara de Comércio Internacional dispõe de um modelo de cláusula de força maior, bastante utilizada nos contratos mercantis internacionais: a "ICC Force Majeure Clause 2003". Cf. INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *ICC Force Majeure Clause 2003 and ICC Hardship Clause 2003: Make Sure That Contract Protects You If Disaster Strikes*, Paris, 2003.

de a outra parte poder ilidir a presunção, provando que, no caso concreto, o evento invocado não revestiu carácter imprevisível (isto é, era ou devia ser conhecido pela parte devedora) ou irresistível (isto é, se situava na esfera de controlo da parte devedora, não originando assim uma verdadeira impossibilidade de cumprimento da prestação mas tão-só tornando esta excessivamente difícil ou onerosa)⁴⁵⁰. Finalmente, relativamente aos seus *efeitos*, o accionamento da cláusula de força maior dá fundamentalmente lugar à suspensão do dever de execução das obrigações contratuais da parte devedora, exonerando esta da respectiva responsabilidade, embora já seja diferenciada na "praxis" contratual a sua projecção relativamente aos demais direitos e obrigações contratuais (v.g., em matéria do direito de rescisão contratual das partes, do destino das prestações já realizadas em caso de extinção do contrato, etc.)⁴⁵¹

1.2. As Cláusulas de "Hardship"

I. Designam-se por cláusulas "hardship" – literalmente, "dificuldade" – aquelas cláusulas que estabelecem a renegociação do contrato quando a execução das obrigações contratuais se tornou excessivamente onerosa para uma das partes devido a uma alteração substancial das circunstâncias susceptível de afectar o equilíbrio global do contrato.⁴⁵²

⁴⁵⁰ Cf. também proémio do parágrafo 3 do "ICC Force Majeure Clause 2003".

⁴⁵¹ Vejam-se assim também as diferenças existentes entre os instrumentos internacionais na matéria: por exemplo, ao passo que os arts. 7.1.7 (4) e 7.3.1 (1) dos "Princípios UNIDROIT Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais" de 1994 conferem apenas o direito de resolução contratual ao contraente incumpridor, o parágrafo 3 do "ICC Force Majeure Clause 2003" atribui tal direito a ambos os contraentes.

⁴⁵² Sobre tais cláusulas, para além dos estudos já referidos *supra* (nota 444), vide, entre nós, MONTEIRO, A. Pinto/ GOMES, Júlio, A "Hardship Clause" e o Problema da Alteração das Circunstâncias (Breve Apointamento), in: AAVV, "Iuris et de Iure", 17-40, UCP Editora, Porto, 1998. Lá fora, onde a doutrina é abundante, FRIGNANI, Aldo, *Hardship Clause*, in: "Factoring, Leasing, Franchising, Venture Capital, Leveraged Buy-Out, Hardship Clause, Countertrade, Cash-and-Carry, Merchandising", 391-437, 4ª edição, Giappichelli, Torino, 1991; HAERYNCK, Wouter den, *Drafting Hardship Clauses in International Contracts*, in: AAVV, "Structuring International Contracts", 231-245, Kluwer, London, 1996; MELO, J. Silva, *Contratos Internacionais e Cláusula de Hardship*, Adaneiras, São Paulo, 2000; PERILLO, Joseph, *Hardship and its Impact on Contractual Obligations: A Comparative Analysis*, CSR, Roma, 1996; SCHMITTHOFF, Clive, *Hardship and Intervener Clauses*, in: "The Journal of Business Law" (1980), 82-91; ULLMANN, Harold, *Droit et Pratique des Clauses de Hardship dans le Système Juridique Américain*, in: 7 "Revue de Droit des Affaires Internationales" (1988), 889-904.

II. As cláusulas de "hardship" e de "force majeure", sendo figuras vizinhas, não se podem confundir. Tendo ambas em comum o facto de serem cláusulas típicas da contratação comercial internacional e visarem disciplinar convencionalmente a adaptação do contrato às alterações supervenientes e essenciais de circunstâncias, elas distinguem-se fundamentalmente em função da natureza e alcance destas alterações⁴⁵³: ao passo que as últimas respeitam a alterações consubstanciadas em eventos imprevisíveis e irresistíveis que tornam impossível a execução do contrato, as primeiras reportam-se a alterações substanciais do condicionalismo negocial envolvente que tornam esta execução particularmente onerosa para uma das partes, embora não impossível.⁴⁵⁴

III. Tais cláusulas, igualmente conhecidas nos contratos comerciais internacionais, são objecto de regulação em diversas fontes jurídicas do comércio internacional – é o caso do art. 6.2 dos "Princípios UNIDROIT Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais" de 1994⁴⁵⁵ e do

⁴⁵³ Muito embora seja comum caracterizar tais cláusulas como excepções ao princípio "pacta sunt servata" (HAERYNCK, Wouter den, *Drafting Hardship Clauses in International Contracts*, 234, in: AAVV, "Structuring International Contracts", 231-245, Kluwer, London, 1996), tal não é rigoroso: representando em si mesmas pactos ou estipulações contratuais, pode até afirmar-se que, ao invés, tais cláusulas justamente repousam em, e fazem uso de, um tal princípio.

⁴⁵⁴ FRIGNANI, Aldo, *Hardship Clause*, 412, in: "Factoring, Leasing, Franchising, Venture Capital, Leveraged Buy-Out, Hardship Clause, Countertrade, Cash-and-Carry, Merchandising", 391-437, 4ª edição, Giappichelli, Torino, 1991. Outros autores referem que a diferença reside em que as cláusulas de "force majeure" têm por objecto a resolução do contrato, ao passo que as de "hardship" apenas a respectiva modificação (CONSTANZA, Maria, *Cláusula di Rinegoziazione e Determinazione Unilaterale del Prezzo*, 314, in: AAVV, "Inadempimento, Adattamento, Arbitrato. Patologie dei Contratti e Rimedi", 311-321, Giuffrè, Milano, 1992).

⁴⁵⁵ É a seguinte a definição prevista no art. 6.2.2: "There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, and (a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract; (b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract; (c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and (d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party". Sobre esta noção e respectivo regime, vide PRADO, Maurício, *La Théorie du Hardship dans les Principes de L'Unidroit Relatifs aux Contrats du Commerce International: Une Approche Comparative des Principes et des Solutions Adoptées*

e não já de atingirem um acordo a todo o custo⁴⁵⁸. Os critérios específicos que orientam tal processo negocial são bastante variáveis – incluindo critérios objectivos (usualmente, o âmbito da renegociação é extremamente amplo, abrangendo o preço, o prazo, a quantidade ou a qualidade das coisas ou serviços, e vários outros itens negociais) e critérios temporais (que fixam o “dies a quo” do início da renegociação, que estabelecem um período mínimo e máximo para a obtenção do acordo, etc.) –, não sendo também isento de divergências a compatibilização do regime desta cláusula com os outros direitos contratuais – mormente, o direito de resolução por incumprimento do contraente “in bonis”⁴⁵⁹.

1.3. As Cláusulas de Revisão Automática

I. Designam-se por cláusulas de revisão automática aquelas que *estabelecem a revisão ou modificação do conteúdo de um contrato comercial ou das suas prestações (mormente, das prestações pecuniárias) de forma mais ou menos automática, sem necessidade de qualquer negociação ou acordo posterior das partes a tal respeito*.⁴⁶⁰

⁴⁵⁸ Questão complexa é a de saber quais as consequências do *insuccesso da renegociação*: em termos muito genéricos, tal insuccesso não originará responsabilidade para qualquer das partes, excepto se a falta de acordo se deveu ao incumprimento culposo do dever de renegociação, v.g., recusa de renegociar, propostas não sérias de modificação contratual, ou dilatações artificiais ou má fé na renegociação. A fim de evitar estes escolhos, as cláusulas de “hardship” prevêem ocasionalmente sanções para ambas as partes pela falta de acordo (HAEYRNCK, Wouter den, *Drafting Hardship Clauses in International Contracts*, 238 e 241, in: AAVV, “Structuring International Contracts”, 231-245, Kluwer, London, 1996) ou a atribuição de poderes de renegociação a um terceiro ou a um tribunal arbitral (assim também o art. 6.2.3 dos “Princípios UNIDROIT Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais” de 1994; cf. PRADO, Maurício, *La Théorie du Hardship dans les Principes de L'Unidroit relatifs aux Contrats du Commerce International: Une Approche Comparative des Principes et des Solutions Adoptées par le Droit Français et le Droit Américain*, in: AAVV, “Dritto del Commercio Internazionale”, 323-373, Milano, Giuffrè, 1997).

⁴⁵⁹ Com efeito, ao passo que os “Princípios do Direito Europeu dos Contratos” de 1998 fazem prevalecer o direito à renegociação sobre o direito à resolução do contraente “in bonis”, já os “Princípios UNIDROIT Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais” de 1994 parecem apontar no sentido contrário (FONTAINE, Marcel, *Droit des Contrats Internationaux. Analyse et Rédaction de Clauses*, 287, Feducci, Paris, 1989).

⁴⁶⁰ Semelhantemente às cláusulas de “hardship”, estas têm por objecto uma adaptação do contrato a novos circunstancialismos envolventes – só que agora realizada de forma automática e sem necessidade de novo acordo negocial das partes. Tal não

art. 6-111 dos “Princípios do Direito Europeu dos Contratos” de 1998⁴⁵⁶ –, não faltando também aqui a existência de importantes modelos contratuais⁴⁵⁷. A redacção, os requisitos e os efeitos destas cláusulas exibem significativas variações na “praxis” contratual.

No que concerne à sua *redacção*, e diferentemente das cláusulas de “force majeure”, as cláusulas de “hardship” são frequentemente modeladas na base de uma cláusula geral e abstracta – o que se explica em virtude da sua própria finalidade precípua, que é assegurar a manutenção do equilíbrio global do contrato –, embora não seja incomum a combinação com uma enumeração casuística dos principais tipos concretos de alteração substancial das circunstâncias. Relativamente aos seus *pre-supostos*, para além de requisitos de ordem genérica – “maxime”, que estamos diante de contratos bilaterais, de carácter duradouro e sem carácter aleatório –, o accionamento da figura está ainda dependente de determinados requisitos específicos cuja conformação e alcance variam bastante consoante os casos: de entre estes, deve ser destacada, naturalmente, a superveniência de uma alteração das circunstâncias (embora não necessariamente imprevisível, sendo apenas exigível que a mesma não pudesse ser razoavelmente prevista pelas partes ao momento da conclusão do contrato) que, pela sua importância ou gravidade, altere o equilíbrio ou a identidade global do contrato. Enfim, relativamente aos seus *efeitos*, tais cláusulas são essencialmente geradoras de um dever de renegociação do contrato: tal dever configura-se como uma mera obrigação de meios e não de resultado, traduzindo-se apenas, pois, no mero dever de as partes entabularem negociações sérias tendentes ao restabelecimento do equilíbrio originário das prestações contratuais,

par-le Droit Français et le Droit Américain, in: AAVV, “Dritto del Commercio Internazionale”, 323-373, Milano, Giuffrè, 1997.

⁴⁵⁶ “(1) A party is bound to fulfil its obligations even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of the performance it receives has diminished. (2) If, however, performance of the contract becomes excessively onerous because of a change of circumstances, the parties are bound to enter into negotiations with a view to adapting the contract or terminating it, provided that: (a) the change of circumstances occurred after the time of conclusion of the contract, (b) the possibility of a change of circumstances was not one which could reasonably have been taken into account at the time of conclusion of the contract, and (c) the risk of the change of circumstances is not one which, according to the contract, the party affected should be required to bear”.

⁴⁵⁷ INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *ICC Force Majeure Clause 2003 and ICC Hardship Clause 2003: Make Sure That Contract Protects You If Disaster Strikes*, Paris, 2003.

II. Exemplos são, entre muitas outras, as “cláusulas de estabilização” (“stabilization clauses”), que introduzem factores de correcção destinados a neutralizar as flutuações do preço decorrentes da inflação ou de alterações cambiais (“maxime”, o vencimento de juros compensatórios)⁴⁶¹; as “cláusulas de revisão de preço” (“price adjustment”, “Preispassungsklauseln”), que permitem a revisão ou redução do preço em caso de violação de alguma das garantias contratualmente acordadas⁴⁶²; as cláusulas de “indexação” ou de “escala móvel”, que permitem ajustar os montantes a restituir ou os juros a pagar por referência a uma determinada mercadoria (v.g., ouro, prata, trigo) ou índice (“Euribor”, “Mibor”)⁴⁶³; e as cláusulas de pagamento em ouro ou moeda determinada (v.g., divisas estrangeiras), que permitem adequar o pagamento em espécies monetárias mais estáveis.

I.4. As Cláusulas de Revisão Concorrente

I. Denominam-se cláusulas de revisão concorrente aquelas que *prevêm a readaptação do contrato (desde a sua modificação até à sua extinção) quando uma das partes contratantes recebeu de, ou ofereceu a,*

significa, note-se, que essas cláusulas dispensem uma intervenção dos contratantes, sendo até comum que elas atribuíam a uma das partes uma faculdade de modificação unilateral do contrato, sempre que sobrevenha a alteração ou evento concretos nelas previstos, mediante mera notificação imediata à contraparte. Cf. FABRE, Régis, *Les Clauses d'Adaptation dans les Contrats*, in: LXXXII “Revue Trimestrielle de Droit Civil” (1983), 1-30; FONTAINE, Marcel, *L'Adaptation des Contrats Internationaux au Changement de Circonstances*, in: AAVV, “Nuove Tendenze del Commercio Internazionale”, vol. I, 450-458, Ed. Tirrenia-Stampatori, Torino, 1980.

⁴⁶¹ Sobre este tipo de cláusulas, particularmente frequentes nos contratos de compra e venda de empresas, vide ANTUNES, J. Engrácia, *A Empresa como Objecto de Negócios* – “Asset Deals” versus “Share Deals”, em publicação. Noutros quadantes, CERRIA, L. Hernando, *El Contrato de Compraventa de Empresa*, 218, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005; KÄSTLE, Florian/ OBERBACHT, Dirk, *Unternehmenskauf – Share Purchase Agreement*, 43 e segs., Beck, München, 2005.

⁴⁶² Dubout, Hubert, *La Distinction des Clauses d'Ajustement de Prix et des Clauses de Garantie dans les Contrats d'Acquisition d'Entreprise*, in: “Bulletin Joly – Bulletin Mensuel d'Information des Sociétés” (2004), n.º 6, 891-903; Iorio, Giovanni, *Strutture e Funzione delle Clausole di Garanzia nella Vendita di Partecipazioni Sociali*, 334 e segs., Giuffrè, Milano, 2006.

⁴⁶³ CONSTANZA, Maria, *Claosole di Rinegoziazione e Determinazione Unilaterale del Prezzo*, in: AAVV, “Inadempimento, Adattamento, Arbitrato. Patologie dei Contratti e Rimedi”, 311-321, Giuffrè, Milano, 1992.

*um terceiro condições contratuais mais favoráveis do que relativamente à sua contraparte.*⁴⁶⁴

II. Tais cláusulas são também típicas e bastante frequentes no âmbito dos contratos mercantis, especialmente de carácter internacional e duração (v.g., contratos de transferência de tecnologia, de licença, de concessão comercial, etc.). Por vezes, elas estabelecem a possibilidade de adaptação contratual perante uma alteração das condições de mercado consubstanciada na superveniência de uma oferta formulada por um terceiro a um dos contraentes, cujas condições são mais vantajosas do que as oferecidas pelo outro contratante no âmbito do contrato vigente (cláusula de “*offerta concorrente*”): v.g., num contrato de concessão comercial de longo prazo, a previsão de tal cláusula permite ao concedente A optar pela modificação ou resolução do contrato celebrado com o concessionário B, caso um terceiro C lhe enderece uma proposta contratual mais vantajosa. Outras vezes, alternativa ou simultaneamente, tais cláusulas prevêm idêntica faculdade no caso de conclusão superveniente de um contrato análogo com terceiro em condições contratuais mais vantajosas (cláusula do “*contratante mais favorecido*”): v.g., no exemplo anterior, se o concedente A celebrar com um terceiro D um contrato de concessão cujos termos são mais favoráveis, o concessionário B tem o direito de exigir um tratamento “*pari passu*” relativamente ao contratante mais favorecido.⁴⁶⁵

2. A Extinção Contratual

I. Os contratos comerciais, como todos os restantes, estão condenados ao desaparecimento: mais tarde ou mais cedo, o complexo dos vínculos negociais criado pelo contrato será extinto, seja por disposição da lei,

⁴⁶⁴ FONTAINE, Marcel, *Droit des Contrats Internationaux. Analyse et Rédaction de Clauses*, 287 e segs., Feduci, Paris, 1989.

⁴⁶⁵ Outro tipo de cláusulas que regulam o relevo jurídico das relações com terceiros no plano da adaptação do contrato mercantil – embora pela negativa agora – são as chamadas cláusulas de preferência ou de “*primeira recusa*”: de acordo com estas, cada uma das partes vincula-se a não celebrar um novo contrato, análogo ou semelhante com um terceiro, sem previamente ter endereçado a respectiva proposta contratual à contraparte, que é livre de a aceitar ou não (FONTAINE, Marcel, *Droit des Contrats Internationaux. Analyse et Rédaction de Clauses*, 302, Feduci, Paris, 1989).

iniciativa das partes ou intervenção judicial⁴⁶⁶. Não obstante sejam aqui válidos os princípios gerais em matéria de cessação contratual, a verdade é que os contratos comerciais, enquanto contratos de empresa, exibem, também nesta sede, algumas *particularidades dignas de nota*.

II. Desde logo, começaremos por passar em revista os *fundamentos gerais da extinção dos contratos* e dos vínculos jurídicos deles emergentes (revogação, resolução, denúncia, caducidade), cotejando este regime geral com a disciplina dos contratos mercantis: para além de especialidades avulsas diversas, veremos que tal disciplina prevê mesmo eventos extintivos originais, como sucede eloquentemente com o chamado *direito de desistência*. Por outro lado, importa recordar que, em via geral, a extinção dos contratos implica a cessação dos seus efeitos, não produzindo ulteriores vinculações entre as partes: como veremos, ao invés, a *eficácia pós-contratual* está presente em alguns dos contratos mercantis mais típicos. Depois ainda, numa renovada confirmação da interação recíproca existente entre os institutos da empresa e do contrato⁴⁶⁷, não se podem perder de vista as importantes incidências que a crise dos empresários contratantes pode possuir sobre as respectivas relações contratuais em curso: referimo-nos à importante disciplina dos contratos comerciais em caso de *insolvência*. Enfim, por último, importa ainda sublinhar que a complexidade e a magnitude económica da moderna contratação mercantil, associada às limitações dos aparelhos jurisdicionais estaduais e aos imperativos de celeridade e segurança jurídica que são próprios da actividade empresarial, têm levado ao desenvolvimento e à adopção crescentes, por parte dos empresários contratantes, de métodos alternativos de resolução de conflitos emergentes dos seus contratos (“Alternative Dispute Resolution”), com particular relevo para a *arbitragem*.

2.1. A Cessação Contratual: Conspéctio Geral

I. Os contratos comerciais estão sujeitos às *causas gerais de extinção dos negócios jurídicos*: tomando aqui esta expressão no seu sentido mais lato, os contratos mercantis e os respectivos efeitos podem cessar por força de eventos contemporâneos à sua formação (nulidade ou

⁴⁶⁶ Sobre a extinção dos contratos em geral, vide VARELA, J. Antunes, *Das Obrigações em Geral*, vol. II, 273 e segs., 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 1997.

⁴⁶⁷ Cf. *supra* Capítulo I, §5, 2. VI.

anulabilidade do negócio jurídico) ou de eventos posteriores à sua celebração (revogação, resolução, denúncia e caducidade).⁴⁶⁸

Esta subordinação ao regime geral não significa, todavia, que a disciplina legal da contratação mercantil, impregnada dos seus valores próprios, não exiba algumas *especialidades* que importa conhecer.

II. Assim, e desde logo, os contratos comerciais estão sujeitos à *invalidade* em virtude de vícios genéticos ou contemporâneos à sua formação, seja aquela uma invalidade absoluta e insanável (nulidade) ou relativa e sanável (anulabilidade). Todavia, existem vários negócios jusmercantis cujo regime de nulidade ou anulabilidade se distancia de forma muito significativa do regime civil geral (arts. 285.º e segs. do CCivil).

Sirva aqui o exemplo do *contrato de sociedade comercial*, cujo regime de invalidade se encontra previsto nos arts. 41.º e segs. do CSC. Desde logo, no que toca ao seu acionamento, ao invés do previsto na lei civil (invocabilidade a todo o tempo: cf. art. 286.º do CCivil), as acções de nulidade apenas podem ser propostas no *prazo* máximo de três anos a contar do registo comercial do contrato (art. 44.º, n.º 1 do CSC). Depois ainda, em matéria de sanção dos vícios, de novo ao invés da lei civil (insanabilidade absoluta: cf. art. 288.º do CCivil, “a contrario sensu”), o sistema da lei comercial aparece inteiramente dominado por um “favor societatis” que explica a possibilidade de sanção de determinados vícios contratuais (art. 42.º, n.ºs 2 e 3 do CSC), de regularização perante notificação do Ministério Público (art. 172.º do CSC), e ainda a previsão de um prazo suspensivo para a propositura de eventual acção (art. 44.º, n.º 1, “in fine” do CSC). Finalmente, e mais importante, as consequências jurídicas substantivas da invalidade societária são inteiramente diversas das decorrentes dos negócios jurídicos em geral: com efeito, ao invés do efeito retroactivo previsto na lei civil geral (art. 289.º do CCivil), a declaração judicial de nulidade ou anulação do contrato social tem apenas como efeito fundamental a entrada da sociedade em liquidação (art. 52.º, n.º 1 do CSC), mantendo-se intocada a eficácia dos negócios sociais até então concluídos (art. 52.º, n.º 2 do CSC).⁴⁶⁹

⁴⁶⁸ Sobre esta matéria, vide em geral MARTINEZ, P. Romano, *A Cessação do Contrato*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2006; PINTO, C. Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª edição, 605 e segs., Coimbra Editora, 1985.

⁴⁶⁹ Pode assim afirmar-se que a sociedade inválida liquidanda é, afinal, tratada praticamente como se de uma sociedade válida se tratasse, salvaguardando o respectivo passado e futuro. A montante, mantêm-se intactos todos os efeitos jurídicos decor-

III. De resto, não se pode excluir liminarmente – e agora por outro lado – que outras especialidades possam também ser encontradas relativamente aos eventos extintivos posteriores à celebração dos contratos mercantis, “rectius”, às causas da sua extinção ou cessação: *revogação, resolução, denúncia e caducidade*.

Sirvam como exemplo os *contratos comerciais de duração longa ou mesmo indeterminada*. O carácter organizado e profissional do exercício das actividades empresariais explica a frequência com que os contratos comerciais possuem prazos de duração muito extensos ou mesmo não prevêem qualquer prazo de duração (v.g., contratos de sociedade, de empreendimento comum, de consórcio, de distribuição comercial, de fornecimento, etc.). Não podendo deixar de valer aqui o princípio geral de ordem pública segundo o qual são proibidas vinculações perpétuas ou excessivamente duradouras (cf. art. 280.º do CCivil), tal significa dizer que tais contratos comerciais poderão ser extintos mediante *denúncia*, a todo o tempo e sem causa justificativa especial, por qualquer das partes contratantes.⁴⁷⁰ Ora, a integração do regime deste direito de denúncia não pode deixar de ser profundamente tributária das normas e valores específicos do Direito Comercial e da contratação mercantil. Assim, para além das normas gerais eventualmente aplicáveis (vejam-se, por exemplo, os arts. 18.º, j) e f) e 22.º, n.º 1, a) e b) da LCCG), a determinação dos pressupostos e efeitos da denúncia contratual haverá de arrancar primordialmente das normas especiais previstas pelo legislador comercial: assim, nos contratos de sociedade comercial de pessoas com duração indeterminada ou por período superior a trinta anos, em homenagem aos interesses da estabilidade empresarial, a “denúncia” dos sócios, que aí recebe a designação de *exoneración sem justa causa* (“appraisal right”, “Abfindungsrecht”, “droit de retrait”, “diritto di recesso”), apenas pode ser exercida após o prazo de 10 anos a contar da data de aquisição da qualidade de sócio (art. 185.º, rentes das relações internas e externas da sociedade constituídas até ao trânsito em julgado da sentença judicial que declarou nulo o contrato de sociedade, “maxime”, são plenamente eficazes os actos e negócios celebrados entre a sociedade e terceiros. E a jusante, a sociedade inválida mantém a sua personalidade jurídica para efeitos do seu processo de liquidação (art. 146.º, n.º 2 do CSC), em termos quase idênticos ao de qualquer outra sociedade (arts. 146.º e segs. do CSC, com as especialidades previstas no art. 165.º do CSC).

⁴⁷⁰ Sobre tal princípio geral, vide MARTINEZ, P. Romano. *A Cessação do Contrato*, 229 e segs., 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2006.

n.º 1, a) do CSC⁴⁷¹); do mesmo modo, nos contratos de associação em participação com duração indeterminada, idênticas razões explicam que associado e associado apenas disponham da faculdade de denunciar o contrato após o decurso de 10 anos de vigência (art. 30.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 231/81, de 28 de Julho); nos contratos de agência por tempo indeterminado, o legislador consagra já a liberdade de denúncia “ad nutum” e a todo o tempo do principal e do agente, desde que observados determinados prazos mínimos de pré-aviso (que oscilam entre um e três meses, em função do período de vigência contratual); e assim sucessivamente.⁴⁷²

2.2. O Direito de Desistência

I. Por direito de desistência ou de arrendimento, também conhecido noutras ordens jurídicas por designações díspares (“Widerrufsrecht”, “withdrawal right”, “diritto di ripensamento”, “droit de repentir”, “derecho al desistimiento”), denominamos aqui genericamente o *direito que a lei atribui a uma das partes de um contrato mercantil já celebrado de, durante um determinado prazo e através de mera declaração unilateral e discricionária, se desvincular desse mesmo contrato*.⁴⁷³

II. O direito de desistência, numa revivescência do “ius poenitendi”, constitui um traço típico do regime legal da contratação mercantil em massa, especialmente dos contratos comerciais celebrados com consumidores.⁴⁷⁴

⁴⁷¹ Recorde-se, aliás, que as sociedades comerciais gozam de “imortalidade”: verdadeiro “corpus mysticum”, a pessoa moral nascida do contrato social foi concebida para sobreviver às vicissitudes do respectivo substrato pessoal, presumindo-se mesmo, no silêncio do contrato constitutivo, a sua duração ilimitada (art. 15.º do CSC).

⁴⁷² Autores há mesmo que chegam a afirmar que a denúncia dos contratos mercantis sem prazo seria de integrar à luz de um princípio geral do direito mercantil, extraído de tais normas especiais, segundo o qual aquela está sempre condicionada por uma duração mínima de vigência contratual ou pela observância de um pré-aviso (SANTOS, F. Cassiano, *Direito Comercial Português*, vol. I, 161, Coimbra Editora, 2007).

⁴⁷³ Para diferentes paragens, vide FUCHS, Andreas, *Zur Disponibilität gesetzlicher Widerrufsrechte im Privatrecht*, in: 196 “Archiv für die zivilistische Praxis” (1996), 313-361; HOWELLS, Geraint, *The Right of Withdrawal in European Consumer Law*, in: Schulte-Nölke, Hans/ Schulze, Reiner (Hrsg.), “Europäisches Vertragsrecht im Gemeinschaftsrecht”, 229-238, Bundesanzeiger, Köln, 2002; VICENTE, J. García, *Ley de Contratos Celebrados Fuera de los Establecimientos Mercantiles: El Derecho de Revocación*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

⁴⁷⁴ Segundo alguns autores, estaríamos aqui diante do “elemento central da estratégia de tutela do interlocutor do empresário em algumas categorias dos contratos de

Com efeito, a massificação da oferta das empresas vendedoras de bens e serviços, assistida por sofisticadas e agressivas técnicas de comercialização, envolve frequentemente a ausência de uma verdadeira ou plena liberdade contratual por parte dos compradores/consumidores, seja pela pressão psicológica exercida sobre a decisão de contratar, seja pela vulnerabilidade excessiva aos métodos promocionais da venda, seja ainda pela falta de informação suficiente sobre os produtos adquiridos. Justamente a fim de proteger o “elo fraco” nestes contratos mercantis contra o risco de precipitação na hora de contratar e de lhe permitir um período de reflexão e informação – mas também assegurar a lealdade e liberdade da concorrência em mercado –, *são hoje já bastante numerosas as disposições legais que consagram um tal direito de desistência ou de arrendimento*, embora sob designações terminológicas muito variadas: é o caso do “direito de resolução” nos contratos negociados fora do estabelecimento comercial (arts. 6.º e 18.º do Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril), do “direito à livre resolução” nos contratos financeiros comercializados à distância (arts. 19.º e segs. do Decreto-Lei n.º 95/2006, de 29 de Maio), do “direito de revogação” nos contratos de crédito ao consumo (art. 8.º, n.ºs 2 e 3 do Decreto-Lei n.º 359/91, de 21 de Setembro), do “direito à rescisão” nos contratos de viagem organizada (art. 29.º do Decreto-Lei n.º 209/97, de 13 de Agosto), do “direito à renúncia” nos contratos de seguro de vida (art. 22.º do Decreto-Lei n.º 176/95, de 26 de Julho), do “direito de arrendimento” nos contratos de intermediação mobiliária (art. 322.º, n.º 2 do CVM), ou do “direito à retractação” nos contratos de consumo em geral (art. 9.º, n.º 7 da LDC).⁴⁷⁵

III. Como é evidente, a crescente consagração legal deste direito, permitindo a uma das partes contratantes retractar-se ou desistir do contrato, *desfere uma forte machadada no clássico princípio “pacta sunt servanda”*: aliás, a vocação expansiva de tais excepções é de tal modo marcante que não falta mesmo quem tenha considerado que o direito de

empresa” (BUONOCORE, Vincenzo, *Contrattazione d'Impresa e Nuove Categorie Contrattuali*, 153, Giuffrè, Milano, 2000).

⁴⁷⁵ Sublinhe-se ainda a extensão de alguns destes direitos a outras formas típicas da contratação mercantil, tal como a contratação electrónica: cf. OLIVEIRA, E. Dias, *A Protecção dos Consumidores nos Contratos Celebrados através da Internet*, 91 e segs., Almedina, Coimbra, 2002.

desistência “se converteu num traço característico do actual direito dos contratos”.⁴⁷⁶

Não é este o momento para analisar em profundidade a natureza, as características e os regimes legais deste novel direito que veio colocar em cheque, para um sector cada vez mais relevante da contratação mercantil hodierna, uma das “vacas sagradas” da doutrina contratualista tradicional⁴⁷⁷. Relativamente à sua *natureza jurídica*, que a flutuação terminológica vigente torna ainda mais nebulosa, tudo dependerá essencialmente do próprio regime que a lei associou à concessão desse direito: o mais que poderá ser dito, em termos necessariamente genéricos, é que o accionamento de tal direito representa um evento relativo a contratos já formados, e não (ou só muito raramente) à sua formação⁴⁷⁸. Já no que concerne às suas *características* fundamentais, encontram-nos perante um direito de carácter “ex lege” (embora nada impeça que as partes, em regra, o possam convencionar noutros contratos mercantis onde não exista previsão legal), de carácter temporário (que caduca no termo do prazo fixado na lei para o seu exercício), e de carácter potestativo e arbitrário (que, semelhantemente às “conditio si voluerit”, confere a um dos contraentes o poder de, mediante declaração unilateral e imotivada, determinar o início ou termo de um negócio jurídico).

⁴⁷⁶ MORENO, M. Álvarez, *El Desistimiento Unilateral en los Contratos con Condiciones Generales*, 24, Edersa, Madrid, 2000.

⁴⁷⁷ HOWELLS, Geraint, *The Right of Withdrawal in European Consumer Law*, 232, in: Schulte-Nölke, Hans/ Schulze, Reiner (Hrsg.), “Europäisches Vertragsrecht im Gemeinschaftsrecht”, 229-238, Bundesanzeiger, Köln, 2002.

⁴⁷⁸ Com efeito, na generalidade dos casos, o direito de desistência atribui ao titular um período de reflexão *posterior* à celebração do contrato, durante o qual lhe é permitido revogar um consentimento já dado – e só muito raramente configurando um período de reflexão adicional *anterior* à conclusão do contrato, que permite retardar ou adiar a prestação do próprio consentimento. Mesmo assentando neste aspecto, existe ainda espaço para ulteriores diferenciações, podendo o regime legal concreto emprestar a tal direito uma eficácia suspensiva (o contrato celebrado é originariamente ineficaz, apenas produzindo os seus efeitos após o termo do período de reflexão sem exercício do direito de desistência) ou uma eficácia extintiva (o contrato é eficaz, vendo todavia os seus efeitos cessar se, durante tal período, o direito for exercido). Sobre o ponto, vide entre nós ALMEIDA, C. Ferreira, *Direito do Consumo*, 110 e segs., Almedina, Coimbra, 2005; noutros quadrantes, distinguindo entre os modelos de eficácia suspensiva (“Unwirksamkeitsmodell”) e de eficácia extintiva (“Wirksamkeitsmodell”), vide REINER, Günter, *Der verbraucher-schützende Widerruf im Recht der Willenserklärung*, 3 e segs., in: 203 “Archiv für die zivilistische Praxis” (2003), 1-45.

2.3. A Eficácia Pós-Contratual

I. De acordo com a visão clássica dos contratos, os negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais nascem apenas com o encontro de vontades dos sujeitos jurídicos e morrem com a extinção das obrigações (por cumprimento, compensação, remissão, etc.) ou do negócio no seu todo (por resolução, revogação, caducidade, etc.).

Tal visão — que trata como uma espécie de “vazio jurídico” tudo aquilo que está antes da celebração e após a cessação do contrato — não reflecte com fidelidade o “status quo” da contratação mercantil: tal como já vimos oportunamente que os contratos comerciais são frequentemente precedidos de uma fase pré-contratual de enorme relevo prático e comercial⁴⁷⁹, é mister chamar agora a atenção para a existência e progressiva densificação da fase pós-contratual no domínio da contratação mercantil dos nossos dias, especialmente a internacional e de grande vulto.⁴⁸⁰

II. Dois singelos exemplos ilustram esta asserção fundamental.

Por um lado, atenta a sua instrumentalidade em relação à actividade empresarial, tornou-se extremamente frequente em alguns tipos de contratos mercantis a incorporação de cláusulas contratuais criadoras de direitos e obrigações cujo exercício e exigibilidade apenas se verifica justamente após e por causa da extinção do próprio contrato: é o caso das cláusulas de destino dos “stocks” (comuns nos contratos de concessão comercial, de agência ou outros contratos de distribuição comercial), das cláusulas de devolução de propriedade industrial (sobretudo no quadro dos contratos de transferência de tecnologia, que prevêem a restituição dos manuais, planos, fórmulas, e outros dados relativos ao “know-how”, ou dos contratos de franquia, que estabelecem a restituição dos sinais distintivos e dos métodos comerciais do franquizador), as cláusulas de confidencialidade (difundidas nos contratos de fusão, cisão e venda de participações sociais, que estabelecem a proibição genérica de utilização das informações obtidas pelos contratantes em proveito pessoal ou a sua divulgação a terceiros)⁴⁸¹, ou as cláusulas de comunhão

⁴⁷⁹ Cf. desenvolvimentos *supra* Cap. II.

⁴⁸⁰ FONTAINE, Marcel, *Droit des Contrats Internationaux. Analyse et Rédaction de Clauses*, 323 e segs., Feduci, Paris, 1989.

⁴⁸¹ DRAGETTA, Ugo, *Documenti Pre-Contrattuali ad Acquisiti di Società: Confidentiality Agreements e Protezione Contro Hostile Takeovers*, in: 2 “Il Diritto del Commercio Internazionale” (1988), 181-188; LESCHER, Rupert, *Negotiating Confidentiality*

nos lucros sociais (que figuram por vezes nos contratos de compra e venda de empresa como método de determinação do preço, que é parcialmente calculado por referência aos lucros anuais futuros eventualmente gerados pela empresa alienada durante um certo período após a própria celebração do negócio aquisitivo).⁴⁸²

Por outro lado, o próprio legislador, a jurisprudência e a doutrina vêm admitindo esta eficácia pós-tuma (“Nachwirkung”) dos contratos mercantis, mediante o reconhecimento de determinadas obrigações e responsabilidades pós-contratuais à margem de qualquer previsão pelas partes. Um caso eloquente é o da chamada “obrigação de não-concorrência” nos contratos de trespasse, a qual impõe genericamente sobre o trespasante o dever de, durante um determinado tempo e num certo espaço geográfico, não exercer uma actividade económica corrente ou similar à da empresa trespasada susceptível de perturbar a sua fruição plena por parte do trespasário: ora, como é reconhecido (quase) pacificamente pelos tribunais e autores, encontramos-nos perante uma obrigação de natureza implícita, que valerá mesmo na ausência de cláusula expressa das partes nesse sentido.⁴⁸³

2.4. Os Contratos Comerciais na Insolvência

I. Os contratos comerciais, enquanto instrumentos jurídicos de suporte da constituição, organização e exercício da actividade empresarial, são negócios jurídicos cujo nascimento, vida e morte se encontram intimamente ligados às vicissitudes do próprio empresário e

Agreements and Letters of Intent, in: AAVV, “International Joint Ventures, Mergers, and Acquisitions”, 53-61, Transnational Publications, New York, 2000.

⁴⁸² ANTUNES, J. Engrácia, *A Empresa como Objecto de Negócios — “Asset Deals” versus “Share Deals”*, em publicação. Outros ordenamentos jurídicos estrangeiros, vide POITRINAL, François-Denis/ PAROT, Jean Claude/ REIG, Philippe, *Cessions d'Entreprise: Les Conventions d'Earn Out*, in: “Droit des Sociétés — Actes Pratiques” (1998), 5-22.

⁴⁸³ Em algumas ordens jurídicas, a obrigação de não concorrência tem assento expresso na lei: é o caso da Itália (art. 2257.º do “Codice Civile”) e do Brasil (art. 1147.º do “Código Civil”) (cf. COLOMBO, Giovanni, *L'Azienda e il Divieto di Concorrenza dell'Alienante*, in: GALGANO, F. (dir.), “Trattato di Diritto Civile e Commerciale”, vol. III, 179-283, Cedam, Padova, 1979). Esta obrigação constitui uma cláusula implícita natural, embora não essencial, do trespasse, sendo assim lícito às partes, no âmbito da respectiva autonomia privada e no respeito das normas legais imperativas, moldar os seus contornos concretos ou até excluir-la.

respectiva empresa⁴⁸⁴. Ilustração lídima desta conexão íntima entre “contrato” e “empresa” são as relevantes repercussões que a chamada crise da empresa, consubstanciada na insolvência do empresário, produz sobre os contratos celebrados por este: falamos, de modo particular, no regime jurídico relativo aos “efeitos sobre os negócios em curso” em caso de declaração de insolvência do empresário (arts. 102.º a 119.º do CIRE).⁴⁸⁵

De um modo muito genérico, a estrutura do regime legal é composta por um princípio geral e por um conjunto de normas sobre diversos negócios jurídicos particulares.⁴⁸⁶

II. Por um lado, ao contrário do que sucedia no direito pretérito, o legislador estabeleceu um princípio “geral” regulador dos contratos em que seja parte o empresário insolvente (art. 102.º do CIRE): de acordo com o n.º 1 deste preceito, “em qualquer contrato bilateral em que, à data da declaração de insolvência, não haja total cumprimento nem pelo insolvente nem pela outra parte, o cumprimento fica suspenso até que o administrador da insolvência declare optar pela execução ou recusar o cumprimento”.

⁴⁸⁴ Cf. *supra* Capítulo I, §5, 2.º V.

⁴⁸⁵ Sobre este regime, vide ASCENÇÃO, J. Oliveira, *Insolvência: Efeitos sobre os Negócios em Curso*, in: “Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa” (2005), edição especial, 105-130; FERNANDES, L. CARVALHO/ LABAREDA, João, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, vol. I, 392 e segs., 3.ª edição, Quid Juris, Lisboa, 2005; LEITÃO, L. Menezes, *Os Efeitos da Declaração de Insolvência sobre os Negócios em Curso*, in: Ministério da Justiça, “Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas”, 61-68, Coimbra Editora, 2004. Relativamente ao direito anterior, contido no Código de 1993, vide EPIFÂNIO, M. Rosário, *Os Efeitos Substantivos da Falência*, 183 e segs., UCP Editora, Porto, 2000.

⁴⁸⁶ Por motivos que se prendem com a presente exposição, optaremos por falar genericamente em empresário insolvente. Como é sabido, sujeito passivo da declaração de insolvência pode ser hoje qualquer pessoa jurídica singular ou colectiva, ainda que não titular de uma empresa (arts. 1.º, 2.º, n.º 1 e 3.º, n.º 1 do CIRE). Tal não significa, todavia, que a empresa não continue a ser, hoje como ontem, o verdadeiro protagonista do direito insolvencial (cf. art. 5.º do CIRE): o empresário é o sujeito natural dos processos de insolvência e é mesmo o sujeito exclusivo do plano de insolvência tendente à recuperação (art. 1.º, “in fine”, do CIRE). Para uma visão mais desenvolvida sobre a estrutura e conteúdo deste regime legal, vide ANTUNES, J. Engrácia, *Direito Comercial*, em publicação.

Relativamente ao seu âmbito de aplicação, tal princípio aplica-se assim a todos os contratos que hajam sido celebrados pelo empresário insolvente (com exclusão dos negócios jurídicos unilaterais, salvo analogicamente: v.g., negócios cambiários, sociedades unipessoais, ofertas públicas de aquisição), de natureza bilateral (com exclusão dos que criam obrigações apenas para uma das partes), que estejam em curso à data da declaração de insolvência (com exclusão dos contratos passados, que se extinguíram antes dessa data, ou futuros, que hajam sido concluídos após essa data: cf. ainda art. 81.º, n.º 6 do CIRE), e que não hajam sido ainda integral e bilateralmente cumpridos (com exclusão dos que não foram cumpridos apenas por uma das partes). Já relativamente aos seus efeitos, decorre da aplicação de tal princípio “geral” que os contratos do empresário são, em princípio, suspensos até ao administrador da insolvência optar pela sua execução ou inexecução, ressalvados os casos em que a lei determina as respectivas manutenção automática (v.g., no caso dos contratos de agrupamentos complementares de empresas, que subsistem, podendo o membro insolvente exonerar-se deste: cf. art. 118.º do CIRE) ou extinção automática (v.g., no caso dos contratos de associação em participação, que terminam pela insolvência do associante: cf. art. 117.º, n.º 1 do CIRE).⁴⁸⁷

III. Paralelamente, à semelhança do direito anterior, prevê-se ainda um conjunto extenso de normas que estabelecem efeitos especiais relativamente a determinados contratos particulares e outras situações jurídicas.

Estão neste grupo alguns contratos naturalmente comerciais – é o caso dos contratos constitutivos de agrupamentos complementares de empresas, de agrupamentos europeus de interesse económico, e de associações em participação (arts. 117.º e 118.º do CIRE) –, embora a grande maioria seja relativa a contratos de direito comum que, todavia, não deixam de ser frequentemente relevantes ou instrumentais da actividade empresarial – é o caso do contrato de compra e venda (arts. 104.º e 105.º

⁴⁸⁷ Sobre este princípio “geral”, com uma perspectiva bastante crítica, vide ASCENÇÃO, J. Oliveira, *Insolvência: Efeitos sobre os Negócios em Curso*, 111 e segs., in: “Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa” (2005), edição especial, 105-130; LEITÃO, L. Menezes, *Os Efeitos da Declaração de Insolvência sobre os Negócios em Curso*, 63 e seg., in: Ministério da Justiça, “Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas”, 61-68, Coimbra Editora, 2004.

do CIRE)⁴⁸⁸, dos contratos a prazo (art. 107.º do CIRE)⁴⁸⁹, dos contratos de locação (arts. 108.º e 109.º do CIRE)⁴⁹⁰, dos contratos de mandato, de comissão e de gestão (art. 110.º do CIRE)⁴⁹¹, e dos contratos de conta-corrente (art. 116.º do CIRE).⁴⁹²

2.5. A Resolução de Conflitos: A Arbitragem

I. A génese histórica do Direito Comercial está estreitamente associada a um modo específico de resolução de conflitos: falamos da chamada “jurisdição consular” (cujo exemplo mais célebre são os “consules mercatorum” de Florença instituídos no séc. XII), a quem competia o julgamento de litígios entre os mercadores medievais, e cujas decisões, fundadas na aplicação das regras consuetudinárias e corporativas, foram sendo gradualmente reduzidas a escrito e compiladas, constituindo assim o embrião longínquo deste ramo jurídico⁴⁹³. Decorrido quase um milénio sobre tal génese, é curioso verificar que, numa espécie de “retorno às origens”, as empresas, esses novos “mercatores” do séc. XXI, recorrem frequentemente a meios próprios de resolução dos seus conflitos, diferenciados e alternativos relativamente aos tribunais estaduais comuns⁴⁹⁴: entre tais métodos, ressalta indubitavelmente a *arbitragem*.

⁴⁸⁸ VASCONCELOS, L. Pestana, *O Novo Regime Insolvencial da Compra e Venda*, in: III “Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto” (2005), 521-559.

Estes preceitos são também aplicáveis à compra e venda mercantil, questionando-se apenas a vigência actual do art. 468.º do CCom.

⁴⁸⁹ Incluindo aqueles que tenham por objecto a entrega de mercadorias ou a realização de prestações financeiras, v.g., contratos sobre acções, derivativos (v.g., opções, futuros, “swaps”, “forwards”), ou metais preciosos.

⁴⁹⁰ Também aplicável aos contratos de “arrendamento comercial” (arts. 1108.º a 1113.º do CCivil), incluindo a locação de empresa (art. 1109.º do CCivil).

⁴⁹¹ Também aplicável aos contratos de mandato mercantil (art. 231.º do CCom: cf. EPIFÂNIO, M. Rosário, *Os Efeitos Substantivos da Falência*, 312, UCP Editora, Porto, 2000), aos contratos de comissão (ou mandato mercantil não representativo: cf. art. 266.º do CCom), e aos contratos de gestão (v.g., contratos de gestão de carteiras, de gestão de patrimónios, de gestão de empresas: cf. art. 110.º, n.º 4 do CIRE).

⁴⁹² Também aplicável às contas-correntes mercantis e bancárias (art. 344.º do CCom).

⁴⁹³ Sobre esta génese histórica, vide ANTUNES, J. Engrácia, *Direito Comercial*, em publicação.

⁴⁹⁴ Sobre tais processos alternativos (negociação, mediação ou conciliação, “ombudsman”, arbitragem), vide em geral JARONSSON, Charles, *Les Modes Alternatifs de Règlement des Conflits*, in: XLIX “Revue Internationale de Droit Comparé” (1997), 325-357; NOLAN-HALEY, Jacqueline/ ABRAMSON, Harold/ CHEW, Pat, *International Dispute Resolution: Consensual ADR Processes*, West Group, St. Paul, 2005; VILAR,

II. A arbitragem consiste num modelo de resolução jurisdicional de conflitos emergentes de relações jurídicas cuja decisão, por acordo das partes ou imposição da lei, é confiada a um terceiro.⁴⁹⁵

Múltiplas e relevantes razões explicam o sucesso deste método: no confronto com a justiça estadual, a justiça arbitral é, em geral, mais expedita (não enfermando da morosidade típica da justiça estadual), mais competente (dado que os árbitros são usualmente juristas diferenciados, dotados de qualificações profissionais de excelência e de uma preparação especializada nas matérias em litígio), e mais segura (especialmente no domínio dos contratos internacionais, porque mais previsível, obtida na base na aplicação de um direito uniforme, escapando assim às idiossincrasias das construções legais e jurisprudenciais nacionais) em matéria da solução dos litígios atinentes à actividade das empresas em geral, e à contratação mercantil em particular.

III. Pode hoje afirmar-se, sem receio de faltar à verdade, que uma parte significativa, e sempre crescente, dos litígios emergentes de contratos comerciais vão sendo resolvidos mediante o recurso à arbitragem.⁴⁹⁶

Isso é incontestável, desde logo, no plano dos *contratos comerciais internacionais*, estimando-se que cerca de 90% destes contratos incluem convenções ou cláusulas arbitrais⁴⁹⁷: como refere Luís Lima PINHEIRO, “a arbitragem transnacional é o modo normal de resolução de litígios no comércio internacional, sendo o recurso aos tribunais estaduais, neste domínio, marginal”⁴⁹⁸. Mas igualmente no domínio dos *contratos*

S. Barona, *Solución Extrajudicial de Conflictos – “Alternative Dispute Resolution” (ADR) y Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

⁴⁹⁵ Sobre a arbitragem comercial, vide STRAATMANN, Kunof/ ULMER, Peter, *Handelsrechtliche Schiedsgerichtsbarkeit*, O. Schmidt, Köln, 1982.

⁴⁹⁶ Tal não significa que os demais modelos alternativos sejam desconhecidos na contratação mercantil: pense-se assim, por exemplo, na relevância da “conciliação” no domínio da contratação marítima (Parte II do “Código de Conduta das Conferências Marítimas”, aprovado pela Convenção de Genebra de 6 de Abril de 1974 no âmbito da CNUDCI: cf. também o art. 3.º, n.º 3 do Regulamento n.º 954/79/CEE, de 15 de Maio de 1979).

⁴⁹⁷ GOTTFALD, Peter (Hrsg.), *Internationales Schiedsgerichtsbarkeit: Generalbericht und Nationalberichte*, 3, Gieseking, Bielefeld, 1997.

⁴⁹⁸ *Direito Comercial Internacional*, 180, Almedina, Coimbra, 2005. O legislador português previu expressamente o recurso a tribunais arbitrais com vista à resolução de questões “que põem em jogo interesses de comércio internacional” (art. 32.º da “Lei da Arbitragem Voluntária”, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto),

comerciais internos se verifica uma tendência crescente para o recurso à arbitragem. A par da importância que o legislador português lhe reconheceu (cf. Resolução do Conselho de Ministros n.º 175/2001, de 28 de Dezembro), merece ser salientada a verdadeira multiplicação de procedimentos arbitrais especiais, pertinentes às relações e contratos de sectores jusmercantis concretos⁴⁹⁹: pense-se, entre outros, na *arbitragem de consumo* – bem patente nos centros de arbitragem de conflitos de consumo criados ao abrigo das leis da arbitragem voluntária institucionizada⁵⁰⁰, na *arbitragem de propriedade industrial* – que o legislador português expressamente consagrou como modalidade alternativa de recurso para todas as decisões do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (cf. arts. 48.º a 50.º do CPI)⁵⁰¹, na *arbitragem de seguros* – presente em diversos contratos de seguros, como, por exemplo, o seguro de responsabilidade civil automóvel (cf. art. 31.º da apólice

permitindo assim às partes tomear os escolhos resultantes da diversidade dos direitos potencialmente aplicáveis (art. 33.º), suprimir as instâncias processuais de recurso (art. 34.º), e até evitar as elevadas custas judiciais em jurisdições estrangeiras. Sobre o relevo deste instituto, vide PARK, William, *Arbitration of International Business Disputes – Studies in Law and Practice*, Oxford University Press, New York, 2006; entre nós, PINHEIRO, L. Lima, *Arbitragem Transnacional – Estatuto Jurídico da Arbitragem*, Almedina, Coimbra, 2005; VICENTE, D. Moura, *Da Arbitragem Comercial Internacional – Direito Aplicável ao Mérito da Causa*, 17 e segs., Coimbra Editora, 1990.

⁴⁹⁹ Em via geral, as partes de um qualquer contrato mercantil podem determinar, mediante *convenção de arbitragem* concluída ao abrigo da “Lei da Arbitragem Voluntária” (art. 1.º do Decreto-Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto), que o litígio entre elas intercedente seja resolvido, no lugar dos tribunais judiciais, mediante o recurso a árbitros ou a um tribunal arbitral, trate-se de litígio actual que se encontre já afecto a um tribunal judicial (*compromisso arbitral*) ou de eventuais litígios futuros (*cláusula compromissória*).

⁵⁰⁰ Dando cumprimento à previsão do art. 38.º do Decreto-Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto, o Decreto-Lei n.º 425/86, de 27 de Novembro, veto definir o acesso e regime das entidades de arbitragem voluntária institucionalizada, cujo elenco consta actualmente da Portaria n.º 81/2001, de 8 de Fevereiro, sucessivamente alterada: usualmente, os referidos tribunais arbitrais têm um âmbito territorial de competência circunscrito, apenas conhecendo litígios de consumo de valor relativamente pequeno. Cf. CAPELO, M. José, *A Lei de Arbitragem Voluntária e os Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo*, in: 1 “Estudos de Direito do Consumidor” (1999), 101-116; CARRAPICO, Joaquim (org.), *Arbitragem de Conflitos de Consumo*, Instituto do Consumidor, Lisboa, 1997.

⁵⁰¹ BOSCH, C. Tortras, *La Propriedad Industrial como Objeto de Arbitraje*, in: 11 “Boletín del Tribunal Arbitral de Barcelona” (2002), 53-77; OFFERT, Bruno, *L'Arbitrage en Matière de Brevets d'Invention*, in: XXIV “Revue de l'Arbitrage” (1979), 83-94.

uniforme, aprovada pela Norma Regulamentar do ISP n.º 12/96, de 18 de Abril)⁵⁰², na *arbitragem marítima* – em especial em matéria de contratos marítimos, de transporte e de fretamento de navios⁵⁰³, na *arbitragem societária* – que abrange actualmente uma enorme variedade de matérias societárias, em especial em sede dos acordos parassociais⁵⁰⁴, na *arbitragem da concorrência*⁵⁰⁵, na *arbitragem de transportes*, e assim por diante.

⁵⁰² HAGOPIAN, Mikael, *De l'Arbitrage en Matière de Réassurance. À Propos de la Nouvelle Clause Compromissaire Anglaise*, in: LXIX “Revue Générale des Assurances Terrestres” (1992), 771-788.

⁵⁰³ GAYÁN, E. Rodríguez, *El Arbitraje Internacional en la Pólizas de Fletamento y en los Conocimientos de Embarque*, in: XIII “Revista de la Corte Española de Arbitraje” (1996), 10-28; JAMBU-MERLIN, Roger, *L'Arbitrage Maritime*, in: “Études Offertes à René Rodière”, 401-408, Dalloz, Paris, 1981; LÓPEZ, M. Roca, *Arbitraje Marítimo en Londres*, Aranzadi/ Thomson, Pamplona, 2007.

⁵⁰⁴ BIAVATI, Paolo/ CARPI, Federico/ GALLI, Zucconi/ FONSECA, Elena, *Arbitrato Societario*, Zanichelli, Bologna, 2004; BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz, *Schiedsgerichtbarkeit in gesellschaftsrechtlichen und erbrechtlichen Angelegenheiten*, Köln, C. Heymann, 1996; LIEBANA, M. Carazo, *El Arbitraje Societario*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

⁵⁰⁵ ABDELGAWAD, Walid, *Arbitrage et Droit de la Concurrence*, LGDJ, Paris, 2001; FUGLSANG, Eric, *The Arbitrability of Domestic Antitrust Disputes: Where Does the Law Stand?*, in: XLVI “DePaul Law Review” (1997), 779-791.