



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

Os princípios do *Unidroit* no modelo de proposta-aceitação enquanto resposta à
"crise" do modelo clássico de formação dos contratos

Dissertação no âmbito do Mestrado em Direito Forense

Orientador: Doutor Pedro Eiró

Mestrando: João Maria Perestrelo Fernandes Thomaz

Lisboa, 21 de Julho de 2018

Os princípios do *Unidroit* no modelo de proposta-aceitação enquanto resposta à "crise" do modelo clássico de formação dos contratos

Abreviaturas ⁽¹⁾

Ac. - Acórdão

CIRE - Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de Março;

CC – Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de Novembro;

CCom – Código Comercial, aprovado pela Carta de Lei de 28 de Junho de 1888;

CT – Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro

CSC- Código das Sociedades Comerciais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de Setembro

CNUDCI - Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional;

CRP – Constituição da República Portuguesa, aprovada pelo Decreto de 10 de Abril de 1976;

Incoterms - International Commercial Terms

LCCG - Regime Jurídico da Cláusulas Contratuais Gerais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro;

LCS – Regime Jurídico do Contrato de Seguro, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de Abril;

Princípios *Unidroit* - Os Princípios do *Unidroit* Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais, de acordo com a redacção de 2016;

RGIC - Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro;

RGAS - Regime Jurídico de Acesso e Exercício da Actividade Seguradora e Resseguradora, aprovado pela Lei n.º 147/2015, de 9 de Setembro;

STJ – Supremo Tribunal de Justiça;

TFUE - Tratado sobre o funcionamento da União Europeia;

Unidroit - Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado;

¹ As expressões supra definidas no singular poderão ser utilizadas no plural, e vice-versa, com a correspondente alteração do respectivo significado.

Índice

Introdução	4
Formação dos Contratos	6
1. Conceito de Contrato	6
2. Modelo de Formação dos Contratos.....	7
3. Qualificação dos Contratos como Comerciais.....	10
A Contratação Comercial Moderna.....	13
1. Nota Prévia	13
2. Fontes.....	15
I. As fontes de direito internas:.....	15
II. As fontes de direito externas:.....	18
3. Características.....	23
I. A ascensão da empresa	24
II. Massificação, padronização e uniformização	28
III. Objectivação	30
Crise do Modelo Contratual.....	32
O Moderno Modelo de Formação dos Contratos.....	34
1. Princípios <i>Unidroit</i>.....	34
2. Princípios <i>Unidroit</i> na Formação dos Contratos	35
I. Formação do Contrato.....	35
II. Da Proposta	37
III. Da Aceitação.....	39
3. Princípio <i>Favor Contractus</i>	43
4. Súmula	45
Conclusões	48
Bibliografia	50

I

Introdução

A presente tese de mestrado tem por objecto a análise crítica do modelo legal clássico da formação do contrato e a sua aplicabilidade à contratação comercial hodierna.

Pretendemos com este trabalho expor a actual e progressiva “crise”⁽²⁾ do modelo legal clássico da formação do contrato, tal como previsto no CC, a sua falta de correspondência com o panorama actual das exigências da contratação comercial moderna, expondo ainda os modelos de formação do contrato tal como previstos nos Princípios *Unidroit*, elaborados pelo Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado, como possível resposta à “crise” do modelo legal clássico da formação dos contratos comerciais.

Feita a exposição do tema da tese, cumpre agora indicar o seu âmbito e os principais temas a serem abordados.

Em primeiro lugar, será analisado o modelo legal clássico da formação dos contratos tal como previsto no CC, bem como a qualificação dos contratos como comerciais, abordando-se assim os actos de comércio.

De seguida, pretende-se analisar a contratação comercial de forma genérica, abordando-se assim as principais fontes de Direito da contratação comercial, e ainda as características que dão corpo à contratação comercial moderna.

Em terceiro lugar será feita uma exposição sobre a actual “crise” do modelo legal clássico da formação dos contratos, pretendendo-se analisar o modelo legal clássico da formação dos contratos e a sua não correspondência face ao actual panorama da contratação comercial, atendendo às exigências impostas pelos empresários, enquanto principal figura da actual contratação comercial, enunciando os seus fundamentos, o seu alcance e consequências.

Será efectuada uma análise aos Princípios *Unidroit*, em particular à Secção 2.1 do Capítulo II, subordinado à epígrafe “Formação do Contrato e Poder de

² Expressão utilizada por José Engrácia Antunes, *Direito dos Contratos Comerciais*, Almedina, 2009, p. 129.

Os princípios do *Unidroit* no modelo de proposta-aceitação enquanto resposta à "crise" do modelo clássico de formação dos contratos

Representação”, sendo aprofundada na secção referente à formação dos contratos comerciais, expondo assim o procedimento de formação dos contratos neste previstos, em comparação com o modelo legal clássico de formação do contrato, e a sua correspondência com a contratação comercial moderna.

Os princípios do *Unidroit* no modelo de proposta-aceitação enquanto resposta à "crise" do modelo clássico de formação dos contratos

II

Formação dos Contratos

Tendo o presente estudo como objecto os modelos formativos do contrato comercial, parece-nos ser relevante, por uma questão de contextualização e de inserção sistemática, expor, ainda que de forma breve e em traços gerais, o conceito de contrato e a sua inserção no ordenamento jurídico português.

1. Conceito de Contrato

O Contrato no ordenamento jurídico português, ao contrário de outros ordenamentos jurídicos (por exemplo no ordenamento jurídico francês⁽³⁾) em que o contrato surge quase exclusivamente como acordo entre as partes do qual radicam obrigações para as mesmas, emerge como sendo um instituto jurídico muito amplo não limitado ao campo das obrigações⁽⁴⁾ (enquanto fonte de obrigações), estendendo-se a vários domínios do direito como os direitos reais, os direitos pessoais, entre outros.

Actualmente⁽⁵⁾ o ordenamento jurídico português não contempla uma definição⁽⁶⁾ legal de contrato. Contudo, por inserção numa classificação sequencial - facto jurídico, acto jurídico, negócio jurídico e contrato - o Professor Carlos Ferreira de Almeida define contrato, com base nos pressupostos da referida classificação, como sendo o “*facto humano, voluntário e lícito, formado por duas ou mais declarações concordantes que produzem efeitos jurídicos conformes à intenção manifestada.*”⁽⁷⁾.

³ *Code Civil*, artigo 1101 “*Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations.*”

⁴ Esta concepção da Teoria do Contrato de forma dispersa no CC é criticada pelo Professor Carlos Ferreira de Almeida – “*Com este panorama, para que serve conceber algo mais geral do que o contrato para depois o usar apenas em relação aos contratos? Se o contrato continua a ser o núcleo central e efectivo do negócio jurídico, melhor será construir directamente a teoria do contrato e enunciar claramente as regras jurídicas que lhe são aplicáveis.*” – em *Contratos I*, 5.ª edição, Almedina, 2013, pp. 16.

⁵ O Código Civil de 1867, procedido pelo CC, contemplava, no seu artigo 641.º, a definição legal de contrato - “*Contracto é o acordo, por que duas ou mais pessoas transferem entre si algum direito, ou se sujeitam a alguma obrigação.*”

⁶ Segundo o Professor Antunes Varela “*Diz-se contrato, o acordo vinculativo, assente sobre duas ou mais declarações de vontade (oferta ou proposta, de um lado, aceitação, do outro) substancialmente distintas nas correspondentes, que visem estabelecer uma regulação unitária de interesses contrapostos mas harmónicos entre si.*”, in *Das Obrigações em Geral*, I, pag. 170.

⁷ Carlos Ferreira de Almeida, *Contratos ... cit*, 2013, p. 29.

Os princípios do *Unidroit* no modelo de proposta-aceitação enquanto resposta à "crise" do modelo clássico de formação dos contratos

O contrato figura ainda como sendo um acto complexo, na medida em que é constituído por dois ou mais factos principais que, em concurso e relacionados entre si, fundem-se num facto único, representativo do somatório e síntese dos factos principais, com a finalidade de produção de um determinado efeito jurídico, assumindo-se assim como uma verdadeira fonte de efeitos jurídicos ⁽⁸⁾.

É pacífico e unânime na Doutrina a classificação do contrato como sendo um negócio jurídico bilateral (de acordo com a inserção na *supra* referida classificação) no qual as partes estabelecem um acordo (cfr. artigo 232.º do CC – enquanto não houver acordo das partes quanto ao conteúdo do contrato, não há contrato) ⁽⁹⁾, destinado à produção de efeitos jurídicos, que é formado por duas ou mais declarações negociais através das quais as partes exteriorizam a sua vontade (tendo a vontade das partes de ser determinante dos efeitos a ser produzidos pelo contrato) de formular o contrato (cfr. artigo 217.º do CC).

2. Modelo de Formação dos Contratos

O modelo de formação do contrato que assume maior predominância no CC e cuja análise se arroga como prioritária para o presente estudo é o modelo da proposta-aceitação, denominado como modelo legal clássico da formação do contrato, sendo essencialmente regulado nos artigos 224.º e seguintes do CC. De forma simples, tendo em consideração que este tema é pacífico e unânime entre a Doutrina, podemos referir que o modelo de formação do contrato através da proposta-aceitação requer a existência de duas declarações contratuais, (i) a proposta, e (ii) a aceitação ⁽¹⁰⁾. É conferida às partes não só a liberdade de estatuição, quanto ao conteúdo do contrato, como também a liberdade de celebração, ou seja a escolha quanto à celebração ou não de determinado contrato. O contrato celebra-se no momento em que esta segunda declaração – a aceitação – se torna eficaz.

⁸ Inocêncio Galvão Telles, *Manual dos Contratos em Geral*, 3.ª edição, Lex, 1965, p.26.

⁹ Nem todos os acordos são contratos. Um acordo, para ser considerado contrato, tem de ter um conteúdo digno de protecção jurídica, cf. número 2, do artigo 398.º do CC, tendo assim as partes não só de querer que o seu acordo seja regulado pelo Direito, como também o seu objecto tem de merecer a valoração jurídica.

¹⁰ Neste sentido, podemos referir o Professor Carlos Ferreira de Almeida - *Contratos ... cit*, p. 97.- que defende “*Para a formação do contrato seriam sempre exigíveis, no mínimo, duas declarações sequentes e encadeadas: uma proposta contratual seguida da sua aceitação.*”.

Os princípios do *Unidroit* no modelo de proposta-aceitação enquanto resposta à "crise" do modelo clássico de formação dos contratos

O modelo clássico de formação do contrato tem por base dois princípios chave, o consenso ou acordo de vontades e a adequação formal ⁽¹¹⁾. O consenso enquanto elemento essencial para a formação do contrato deriva directamente da interpretação *a contrario* do artigo 232.º do CC, na medida em que não existirá acordo enquanto não existir total consenso entre as partes quanto ao conteúdo do contrato que visam celebrar. Por outro lado, o princípio da adequação formal tem por base os artigos 220.º e 223.º do CC, dos quais podemos retirar que só haverá lugar à formação do contrato quando a declaração –a proposta ou a aceitação – adopte a forma legalmente exigida ou definida pelas partes, ou seja, estamos perante um requisito formal *ad substantiam*, i.e., um requisito formal cuja não observância acarreta a nulidade da declaração negocial. Desta forma, o modelo clássico de formação do contrato nasce do encontro de duas declarações de vontade distintas que se cruzam: a proposta contratual e a respectiva aceitação (existindo coincidência material) ⁽¹²⁾.

Como referido anteriormente, o modelo clássico da formação do contrato pressupõe a existência de pelo menos duas declarações negociais, a proposta contratual e a aceitação, que deverão reunir determinados requisitos para serem consideradas como tal.

No que respeita à proposta contratual, seguindo o entendimento do Professor Carlos Ferreira de Almeida, que não difere em grande medida da maioria da Doutrina ⁽¹³⁾, uma declaração negocial poderá ser considerada como sendo uma proposta contratual quando seja (i) firme, ou seja que a declaração negocial do proponente seja “[...] *reveladora de uma vontade séria e definitiva de contratar*” ⁽¹⁴⁾ com um sujeito específico; (ii) precisa, para que com a proposta contratual não sejam deixadas quaisquer dúvidas quanto à formação e ao conteúdo do contrato a

¹¹ Segundo a concepção defendida pelo Professor Carlos Ferreira de Almeida.

¹² Ac. do STJ, de 17 de Maio de 2007, Processo n.º 07B1295, sobre o modelo de formação do contrato previsto no CC: “*paradigma do processo de contratação, que está consagrado no nosso Código Civil; ou seja, as partes contratantes, em posição de igualdade e por aproximações sucessivas, vão definindo o que consideram ser seu interesse, até alcançarem o patamar final, livremente negociado, num processo do qual nunca está ausente o poder recíproco de aceitação ou de rejeição. Os contratos são concluídos, em regra, após negociações prévias, com propostas e contrapropostas, de tal sorte que uma das partes fique a saber dos seus direitos e obrigações quando os mesmos se formalizarem.*”

¹³ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português – Vol. I – Parte Geral, Tomo I*, p. 552, refere que a proposta deve ser completa, revelar uma intenção inequívoca de contratar e revestir a forma requerida para o negócio. Inocêncio Galvão Telles, *Manual ... cit*, p. 247, refere que a proposta tem de ser completa e revestir a forma necessária.

¹⁴ Carlos Ferreira de Almeida, *Contratos ... cit*, p. 104.

Os princípios do *Unidroit* no modelo de proposta-aceitação enquanto resposta à "crise" do modelo clássico de formação dos contratos

celebrar; (iii) completa ⁽¹⁵⁾, na medida em que a proposta contratual deverá esgotar a intervenção do declarante ⁽¹⁶⁾, ficando este sujeito à aceitação por parte do destinatário da proposta contratual, cuja simples aceitação por parte do destinatário deverá bastar para a formação do contrato; e (iv) revestir a forma exigida para o contrato a celebrar, sendo que a regra geral é a da liberdade de forma tal como previsto no artigo 219.º do CC mas, nos casos em que o contrato deva ser celebrado por escrito, a proposta contratual também deverá ser feita por escrito ou qualquer outra forma legalmente exigida ou acordada pelas partes ⁽¹⁷⁾.

Nos casos em que a declaração negocial preenche os requisitos *supra* referidos e constitui uma proposta contratual, determina a sujeição do proponente, a partir do momento em que a proposta se torna eficaz (nos termos do artigo 224.º CC), à aceitação do destinatário da proposta, que dispõe do direito potestativo de aceitar e determinar a formação do contrato ⁽¹⁸⁾.

Quanto à declaração negocial de aceitação apenas cabe referir que esta consiste numa declaração dirigida ao proponente ⁽¹⁹⁾ tendo por base uma “*resposta afirmativa, conforme (concordante, congruente) com os termos da proposta a que se refere.*” ⁽²⁰⁾, que deverá reflectir uma concordância com todos os aspectos contratualmente relevantes da proposta contratual e por via da qual se forma o contrato. Tal como referido anteriormente relativamente à proposta contratual, a declaração de aceitação deverá preencher dois requisitos para ser tida como aceitação, que são: a concordância total com o programa contratual apresentado pelo

¹⁵ “*deduz-se do artigo 232.º que, no direito português, só há proposta se ela própria se apresentar como iniciativa contratual completa, isto é, como projecto acabado do contrato (ou contratos) que o proponente tenciona celebrar.*” - Carlos Ferreira de Almeida, *Contratos ... cit*, p. 102.

¹⁶ Jorge Morais de Carvalho, *Os Contratos de Consumo - Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2011 - “*Este requisito não deve ser exacerbado, no sentido de se entender que o emitente deve incluir na declaração uma solução para cada situação que possa decorrer da futura relação contratual.*”

¹⁷ Nos casos em que tanto a declaração negocial da proposta contratual como a declaração negocial de aceitação não revistam a forma necessária para a formação do contrato, não será de descartar liminarmente que possa haver formação do contrato, ainda que inválido.

¹⁸ Ac. do STJ, de 17 de Junho de 2008, Processo n.º 08A1572, o proponente “*fica sujeita a ver-se envolvida na relação contratual que desencadeou, caso o destinatário exerça o direito potestativo de aceitação da proposta, mesmo que, entretanto, ela, declarante, se arrependa.*”

¹⁹ A aceitação tácita, prevista nos termos do artigo 234.º do CC (conjugado com o artigo 217.º número 1 do CC que prevê a hipótese de declarações negociais tácitas), consiste numa excepção à regra das declarações de aceitação recipiendas, na medida em que não é dispensada a aceitação, mas somente a sua declaração expressa ao proponente.

²⁰ Carlos Ferreira de Almeida, *Contratos ... cit*, p. 109.

Os princípios do *Unidroit* no modelo de proposta-aceitação enquanto resposta à "crise" do modelo clássico de formação dos contratos

proponente, sendo contudo deixada alguma margem para a aceitação na medida em que esta não terá de ser necessariamente um simples “sim, aceito”, mas dispõe de uma margem desde que não consubstancie um “[...] *aditamento, limitação ou modificação dos termos da proposta (art. 233.º)*.”; e revestir a forma exigida para o contrato a celebrar em moldes semelhantes aos referidos anteriormente para a proposta contratual, devendo ser apenas de ressaltar, que quando a proposta contratual “[...] *tiver sido formulada com nível formal superior ao exigido por lei [...], a forma adequada para a aceitação será, em regra, de nível não inferior ao que foi usado na proposta.*”⁽²¹⁾. Contudo, seguindo a orientação jurisprudencial do STJ, a aceitação poderá não obedecer à forma empegue pelo proponente na sua proposta contratual “*desde que o contrato não esteja legalmente sujeito à forma escrita, ou que esta não haja sido estipulada.*”⁽²²⁾.

Há Doutrina⁽²³⁾ que considera a tempestividade da declaração negocial como requisito para que esta possa ser tida como aceitação. Contudo, em concordância com o Professor Carlos Ferreira de Almeida, o critério da tempestividade não deverá ser tido em conta para aferir se a declaração negocial consiste efectivamente numa aceitação ou não, mas sim para aferir a eficácia ou ineficácia da aceitação, de acordo com o disposto no artigo 229.º CC.

A aceitação não pode modificar os termos do programa contratual como disposto na proposta, seja aumentando ou restringindo o seu âmbito. Desta forma “*se o destinatário da proposta concordar com todos os aspectos da proposta menos um (mesmo que não seja essencial) não se verifica a aceitação da proposta*”⁽²⁴⁾. Estamos perante a aceitação com modificações que poderá consubstanciar, nos termos do artigo 233.º do CC, uma rejeição da proposta contratual ou uma contraproposta se a aceitação com modificações reunir todos os requisitos identificados para a proposta contratual.

3. Qualificação dos Contratos como Comerciais

No que respeita à qualificação dos contratos de Direito Privado como contratos comerciais, i.e. em oposição aos contratos civis, podemos começar por referir, ainda

²¹ Carlos Ferreira de Almeida, *Contratos ... cit.*, p. 110.

²² Ac. do STJ, de 12 de Janeiro de 1984, Processo n.º 071218.

²³ Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 475.

²⁴ Jorge Morais de Carvalho, *Os Contratos ... cit.*, p.62.

Os princípios do *Unidroit* no modelo de proposta-aceitação enquanto resposta à "crise" do modelo clássico de formação dos contratos

que de forma breve, a Teoria Clássica da comercialidade dos actos de comércio (sendo que comércio, do ponto de vista económico, “consiste na mediação entra a produção e o consumo, com a finalidade de obter lucro”) ⁽²⁵⁾, assumindo esta relevância na medida em que os “*actos de comércio são maioritariamente, na sua quase totalidade, contratos comerciais*” ⁽²⁶⁾.

De acordo com a Teoria Clássica, com base no artigo 2.º do CCom, que consagra um “*sistema misto*” ⁽²⁷⁾ quanto à comercialidade dos actos jurídicos privados, na medida em que considera não só como comerciais todos os actos previsto como tal no CCom (independentemente de quem pratica o acto), bem como todos os actos praticados por comerciantes, desde que os pratiquem nessa qualidade. Podemos dividir os actos de comércio em dois grupos distintos: os actos de comércio objectivos e os actos de comércio subjectivos.

Os actos de comércio objectivos têm por base os actos característicos da actividade comercial, cuja comercialidade deriva do próprio acto se encontrar especialmente previsto e regulado na lei comercial, e não da pessoa que o pratica. Do polo oposto podemos referir os actos de comércio subjectivos cuja comercialidade deriva do sujeito que o executa, o comerciante, na qualidade de profissional de comércio, cujos actos são tidos como comerciais, partindo-se do pressuposto de que a sua actividade jurídica é, em regra, inerente à sua actividade económica logo, todos os actos praticados por este que não sejam exclusivamente civis (e.g. o casamento) nem totalmente alheios à sua actividade, são tidos como actos comerciais.

O Professor Engrácia Antunes tem vindo a criticar esta concepção, que denominada Clássica, da comercialidade dos actos de comércio, defendendo que os critérios clássicos de comercialidade se encontram ultrapassados e sem cabimento para as circunstâncias em que se insere a contratação comercial moderna. De forma simples e concisa podemos referir que a crítica feita pelo Professor Engrácia Antunes incide essencialmente sobre dois pontos.

²⁵ Paulo Olavo Cunha, *Lições de Direito Comercial*, Almedina, Lisboa, 2010, p. 4.

²⁶ Paulo Olavo Cunha, *Lições ... cit*, p. 153.

²⁷ António Menezes Cordeiro, *Direito Comercial*, Almedina, 3.ª edição, 2012, p. 139.

Os princípios do *Unidroit* no modelo de proposta-aceitação enquanto resposta à "crise" do modelo clássico de formação dos contratos

Em primeiro lugar, os actos de comércio objectivos cuja comercialidade resulta da sua previsão no CCom tem um campo de aplicabilidade reduzida, uma vez que as disposições referentes a figuras contratuais ou foram revogadas (como grande parte do CCom) ou foram alvo de reformas legislativas por via de legislação extravagante (e.g. o contrato de sociedade previsto no CSC), e os contratos comerciais que “resistiram” têm uma aplicabilidade prática reduzida.

Em segundo lugar, a referência à figura do “comerciante”, com desenvolvimento mais aprofundado *infra* aquando da exposição sobre a ascensão da empresa, já não tem aplicabilidade nem cabimento na realidade económica em que se insere a contratação comercial moderna, tendo o mesmo sido suplantado pela figura da empresa enquanto principal sujeito de Direito Comercial.

III

A Contratação Comercial Moderna

1. Nota Prévia

A contratação comercial está inserida no ramo jurídico do Direito Comercial, cujo objecto de estudo recai sobre a regulação de um facto económico específico – o comércio – e sobre a actuação dos seus intervenientes, actualmente, mormente as sociedades comerciais (tidas como comerciantes enquanto pessoa colectiva) e a Empresa (cuja ascensão veio suplantar a figura do comerciante em nome individual), bem como sobre a regulação da actividade e relações empresariais. O Direito Comercial mantém relações estreitas com o instituto do contrato, tendo este contribuído, em larga medida, através da inovação, para a ampliação deste velho ramo do Direito Privado.

A contratação comercial, enquanto secção do Direito Comercial, materializa-se na figura do contrato comercial ou mercantil que, por sua vez, consubstancia “*o mais relevante instrumento jurídico da constituição, organização e exercício da actividade empresarial*”⁽²⁸⁾. O Professor José Engrácia Antunes acrescenta, ainda, que o contrato consiste no principal acto jurídico comercial de “*criação e regulação das relações jurídicas pertinentes à actividade empresarial*”⁽²⁹⁾, sendo certo que a actividade empresarial, enquanto actividade económica profissional destinada à produção e distribuição de bens e serviços no mercado, está indissociavelmente ligada a determinadas figuras contratuais em função do sector da actividade económica⁽³⁰⁾.

É pertinente referir, apesar de não ser o objecto do presente estudo, que a contratação comercial incide sobre as relações comerciais na sua totalidade, não se limitando às relações entre empresários (ou entre sociedades comerciais), mas

²⁸José Engrácia Antunes, *Direito ... cit*, p. 20.

²⁹*Ibidem*, p. 20.

³⁰ A título de exemplo, podemos referir os contratos de seguro ligados à actividade empresarial das empresas de seguro e os contratos de intermediação financeira ligados à actividade de investimento financeiro desenvolvido pelas empresas de investimento em instrumentos financeiros.

Os princípios do *Unidroit* no modelo de proposta-aceitação enquanto resposta à "crise" do modelo clássico de formação dos contratos

também às relações entre empresários e terceiros que actuam fora do âmbito da sua actividade económica, que são os consumidores⁽³¹⁾.

A elevada importância que a figura do contrato, em concreto o contrato comercial, representa na vida corrente das empresas é facilmente comprovável com o recurso a um exemplo, recorrentemente utilizado pela doutrina, ao relembrar que a própria sociedade comercial, enquanto forma jurídico-empresarial, tem a sua origem num contrato de sociedade, o que demonstra que a própria origem da vida societária ou empresarial nasce da celebração de um contrato, no qual estará previsto o pacto social da sociedade e que regerá a vida futura.

A importância da contratação comercial no âmbito do Direito Comercial, enquanto pedra basilar da vida empresarial, está igualmente plasmada no CCom, tendo o legislador previsto no Livro II, sob a epígrafe “Dos Contratos Especiais de Comércio”, não só regras de aplicação geral aos vários contratos comerciais (i.e. artigos 96.º a 102.º do CCom), mas ainda um, então, vasto elenco legal de tipos de contratos comerciais singulares⁽³²⁾.

Contudo, tendo decorrido mais de um século desde a promulgação do CCom, este é uma “*venerável relíquia do passado*”⁽³³⁾, sendo que, tanto o CCom, como o vasto leque de contratos comerciais nele previstos, atendendo à alteração de circunstâncias, própria do evoluir dos tempos, da economia, dos mercados e dos seus intervenientes, deixaram de conseguir reflectir a contratação comercial moderna. Esta disparidade entre os tipos de contratos comerciais previstos no CCom e a realidade da contratação comercial, conduziu invariavelmente à revogação de grande parte do referido Livro II do CCom. Alguns tipos contratuais foram alvo de

³¹ A figura do Consumidor é vista, na contratação comercial hodierna, como a parte vulnerável sem poder negocial ou sem especiais conhecimentos técnicos, o que o torna na parte susceptível de ser “explorada”, no âmbito dos contratos comerciais, onde do outro lado estará, presumivelmente, uma empresa organizada e profissionalizada, com uma oferta ilimitada de produtos ou serviços, em constante renovação. Esta conjuntura levou a que o legislador, ao tentar tutelar os interesses do consumidor, tratasse o consumidor como sendo a parte débil (como o será, por exemplo, o segurado ou o investidor financeiro nos respectivos contratos) da relação contratual, o que culminou na criação de mecanismos jurídicos destinados à protecção do consumidor, como o são, por exemplo, a LCCG, destinada a tutelar os interesses dos consumidores nos contratos de adesão ao impedir a inserção de determinadas cláusulas.

³² Nomeadamente, os contratos de: “sociedades” (artigos 278.º a 343.º), “mandato” (artigos 231.º a 277.º), “operações de bolsa” (artigos 351.º a 361.º), “operações de banco” (artigos 362.º a 365.º), “transporte” (artigos 366.º a 394.º), “empréstimo” (artigos 394.º a 396.º), “compra e venda” (artigos 463.º a 476.º), etc.

³³ José Engrácia Antunes, *Estudos Dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, volume II, Direito e Justiça, 2011, p. 258.

Os princípios do *Unidroit* no modelo de proposta-aceitação enquanto resposta à "crise" do modelo clássico de formação dos contratos
regulação autónoma sectorial, como é o caso do contrato de sociedade (regulado pelo CSC), ou o contrato de seguro (regulado pela LCS), entre outros.

É fundamental referir o relevo da iniciativa e criatividade (a "*vis criativa*") dos empresários no desenvolvimento da contratação comercial que, através da recorrente adaptação da vida comercial e empresarial às exigências dos mercados, levaram à criação de inúmeros tipos de contratos comerciais (que progressivamente foram regulados em lei extravagante avulsa, ou simplesmente sedimentados na prática negocial comercial), como o são, a título de exemplo, os contratos de cessão financeira ("*factoring*"), de locação financeira ("*leasing*"), ou de franquia ("*franchising*").

2. Fontes

As fontes de direito, enquanto formas de criação e manifestação de normas jurídicas, que disciplinam e regem os contratos comerciais podem ser divididas em fontes internas e fontes internacionais.

Neste Ponto 2., serão elencadas as fontes de direito dos contratos comerciais, mas por uma questão de simplificação apenas serão desenvolvidas as fontes que nos parecem mais relevantes tanto para o objecto do presente estudo, como para a formação dos contratos comerciais.

I. As fontes de direito internas:

i. Autonomia Privada

O princípio da autonomia privada constitui não só a principal fonte da disciplina dos contratos comerciais, como também um princípio dominante em toda a matéria do direito dos contratos. Este princípio foi expressamente consagrado pelo legislador no artigo 405.º do CC, permitindo às partes, dentro dos limites da lei, estabelecer livremente as cláusulas contratuais e o seu respectivo conteúdo, bem como, de acordo com a letra da lei, "*celebrar contratos diferentes dos previstos neste código*" criando assim um elenco aberto ⁽³⁴⁾, o que permite um número e tipo quase ilimitado de contratos comerciais.

³⁴ Definido como um princípio geral de "*numerus apertus*" pelo Professor António Menezes Cordeiro, *Direito... cit*, p. 532.

Os princípios do *Unidroit* no modelo de proposta-aceitação enquanto resposta à "crise" do modelo clássico de formação dos contratos

A autonomia privada assume especial relevância no âmbito da contratação comercial, na medida em que confere aos empresários total liberdade, tendo como limite as disposições legais imperativas, para formularem e reformularem os contratos comerciais de acordo com as necessidades dos mercados e da própria actividade empresarial, isto porque a moldura legal existente nem sempre acompanha e reflecte as exigências dos mercados, podendo assim os empresários recorrer ao contrato como instrumento de adaptação aos mesmos. O conteúdo das cláusulas contratuais válidas e livremente acordadas pelas partes, nomeadamente as obrigações e direitos decorrentes das mesmas, pauta as relações jurídicas entre elas.

Este princípio permite aos empresários potencializar a sua "*vis criativa*", através da criação, renovação, ou alteração de modelos e tipos de contratos que, através da sua consolidação na prática negocial comercial e no próprio tráfego comercial, passam a ser tidos como contratos socialmente típicos, ou mesmo legalmente típicos quando consagrados em diplomas legais.

ii. Leis e Regulamentos

As leis ordinárias e os regulamentos, quer de carácter imperativo ou supletivo, são sempre relevantes no âmbito da interpretação e aplicação dos contratos.

Sendo relevante destacar a importância tanto do CC como do CCom (nomeadamente as disposições gerais do Livro II – “Dos Contratos Especiais de Comércio”), porém a principal regulação dos contratos comerciais encontra-se prevista em legislação extravagante (como referido anteriormente, os Códigos Sectoriais que determinaram a revogação quase integral do Livro II do CCom, ou a legislação especial criada para regular os novos contratos comerciais que surgiram da iniciativa privada dos empresários e que se consolidaram na prática negocial comercial passando a ser contratos socialmente típicos) ou em regulamentos emanados de entidades administrativas com poderes de regulação ou supervisão de mercado (como por exemplo os Avisos do Banco de Portugal ou os Regulamentos da Comissão do Mercado dos Valores Mobiliários).

iii. Usos Mercantis

Os usos mercantis remontam aos primórdios da contratação comercial, enquanto fonte de regulação dos contratos comerciais, consistindo assim em práticas sociais reiteradas no mundo comercial, em particular a observância voluntária pelos

Os princípios do *Unidroit* no modelo de proposta-aceitação enquanto resposta à "crise" do modelo clássico de formação dos contratos

empresários, então mercadores, de regras de conduta uniformes e sedimentadas na prática negocial.

Quanto à relevância dos usos mercantis em detrimento dos possíveis “costumes mercantis”, podemos recorrer à posição defendida pelo Professor Menezes Cordeiro, na medida em que os costumes impõem regras imperativas, cuja não observância tem como cominação a aplicação de sanções, enquanto, por outro lado, os usos têm carácter supletivo, ao qual só adere aquele que quiser. Posto isto e tendo em consideração que os usos mercantis surgem como práticas reiteradas de condutas negociais sedimentadas entre os mercadores, mas dos quais não resulta a convicção de obrigatoriedade da sua observância (ao contrário dos costumes que é composto por este elemento subjectivo), tendo uma natureza supletiva apenas aplicável quando as partes para ele remetam ou cuja aplicação não afastem no âmbito da formação e interpretação dos contratos³⁵.

O artigo 3.º do CCom, sob a epígrafe “Critério de Integração”, nada refere quanto ao recurso aos usos comerciais como forma de integração das lacunas, antes remetendo para o disposto no CC. Este, por outro lado, no seu artigo 3.º, sob a epígrafe “Valor Jurídico dos Usos”, prevê no seu número 1, que “*Os usos que não forem contrários aos princípios da boa fé são juridicamente atendíveis quando a lei o determine.*”. Ou seja, para que os usos comerciais sejam atendíveis será necessário que não sejam contrários à boa-fé e ainda que tenha de haver uma remissão legal para os usos enquanto forma de interpretação do contrato, ou de integração em caso de cláusulas omissas. Desta forma, os usos foram remetidos para um âmbito de aplicação quase inexistente. Tal como afirma o Professor António Menezes Cordeiro, “*O Código Civil não se refere aos usos em matéria de interpretação (236.º a 238.) ou de integração de negócios (239.º), nem no tocante à execução das obrigações (762.º/2). Tão-pouco se lhes reporta como hipótese de remissão das partes.*”³⁶ Os usos comerciais assumem ainda relevância quando as partes, através da autonomia privada, através das cláusulas contratuais, estipulam ou remetem para as práticas sedimentadas em determinada actividade económica, passando assim a ter força vinculativa.

³⁵ António Menezes Cordeiro, *Direito... cit*, p. 238.

³⁶ *Ibidem*, p. 241.

Os princípios do *Unidroit* no modelo de proposta-aceitação enquanto resposta à "crise" do modelo clássico de formação dos contratos

Contudo, são ainda várias as remissões feitas para os usos nas normas legais que regulam a contratação comercial. Apesar de a maioria da actual legislação relevante no âmbito da contratação comercial consistir em legislação extravagante, como anteriormente referido, cabe-nos referir algumas das remissões feitas pelo CCom para a figura dos usos comerciais, como é o caso do número 2, do artigo 232.º, que regula o mandato comercial e remete para os "*usos da praça*" para decidir a remuneração do mandatário, quando não haja acordo entre as partes; ou o caso previsto no artigo 248.º, que remete para os usos comerciais quanto à consideração de determinada pessoa como agente de comércio ou não.

No CC podemos também encontrar remissões para os usos, como é o caso do artigo 234.º que remete para esta figura no âmbito da conclusão dos contratos, ao permitir a dispensa da aceitação se esta não for necessária de acordo com os usos, dando-se o contrato por concluído; ou o caso previsto no artigo 218.º, que prevê a possibilidade de ser atribuído valor declarativo ao silêncio se este valer como declaração nos termos dos usos aplicáveis ao contrato a celebrar.

Por fim, cabe-nos ainda referir que os usos comerciais estão expressamente consagrados no artigo 1.9 dos Princípios *Unidroit*, que não só prevê que as partes estão obrigadas aos usos e costumes acordados entre si, como aos usos que tenham sido estabelecidos na sua relação (i.e. usos específicos criados entre as partes no âmbito do historial da sua relação negocial), mas também a todos os usos e costumes cuja aplicação não tenha sido expressamente acordada pelas partes, mas que, no comércio internacional, sejam aplicáveis àquela actividade económica, excepto se a aplicação desses usos for injustificada.

II. As fontes de direito externas:

i. Direito Comercial Europeu

Quando abordamos o Direito Comercial Europeu e o Direito Comercial Internacional, enquanto fontes externas do Direito Comercial, temos de ter em consideração o seguinte.

O direito comercial e em particular a contratação comercial têm uma tendência para a globalização. Desta forma, tem-se manifestado desde a segunda metade do século XX que "*o volume do comércio internacional mais do que quadruplicou, processando-se hoje diariamente, em breves fracções de segundos, uma miríade de*

Os princípios do *Unidroit* no modelo de proposta-aceitação enquanto resposta à "crise" do modelo clássico de formação dos contratos

contratos no valor de biliões ou mesmo triliões de euros entre empresas localizadas em Nova Iorque, Londres ou Pequim, separadas por milhares de quilómetros de distância."⁽³⁷⁾. Podemos afirmar que o comércio não tem fronteiras. Face à crescente globalização e internacionalização dos mercados, cabe ao Direito adaptar-se à nova conjuntura e circunstancialismo que define os mercados e acautelar as suas exigências, mormente as exigências contratuais, através da regulação de "situações que, permanentemente, poriam em contacto pessoas de diversos espaços jurídicos."⁽³⁸⁾

Por força da integração de Portugal na União Europeia, cabe-nos apenas referir que, o TFUE tem vindo a consagrar inúmeros princípios que assumem grande relevo na globalização, uniformização e internacionalização dos mercados europeus, visando sempre a harmonização do Direito Comercial dos Estados-membros.

ii. Direito Comercial Internacional

Quanto ao Direito Comercial Internacional, em paralelo com o processo de harmonização e integração do Direito levado a cabo pelo Direito Comercial Europeu, tendo por base os mesmos factores *supra* referidos, nomeadamente a globalização e internacionalização dos mercados que têm impacto na contratação comercial, em concreto na formação e regulação dos contratos comerciais, o que, conseqüentemente, conduz a uma tentativa de aproximação dos ordenamentos jurídicos nacionais, neste caso através da criação e aplicação de normas jurídicas especialmente concebidas para a harmonização do tráfico jurídico internacional. O Direito Comercial Internacional visa assim a adopção de regras uniformes aplicáveis aos contratos e à sua formação, compatíveis com os diferentes sistemas sociais, económicos e jurídicos. Contribuindo desta forma para a eliminação dos obstáculos jurídicos às trocas internacionais.

No âmbito do Direito Comercial Internacional, a produção legislativa surge através de convenções internacionais⁽³⁹⁾ cuja aplicação directa no ordenamento

³⁷ José Engrácia Antunes, *Direito ... cit*, p. 61.

³⁸ António Menezes Cordeiro, *Direito... cit*, p. 177.

³⁹ A título meramente exemplificativo podemos referir algumas das Convenções Internacionais que incidem sobre a contratação comercial, como é o caso da: Convenção de Haia de 1964 sobre os contratos de venda internacional de coisas móveis corpóreas, dirigida pelo *Unidroit*; ou a Convenção das Nações Unidas sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias (ou Convenção de Viena) de 1980, da qual Portugal não é signatário, que regula a formação, os deveres e o regime do incumprimento dos contratos de compra e venda internacional de mercadorias;

Os princípios do *Unidroit* no modelo de proposta-aceitação enquanto resposta à "crise" do modelo clássico de formação dos contratos

jurídico português, ao contrário da regulamentação comunitária, depende de prévia ratificação e publicação em Diário da República.

As convenções internacionais são maioritariamente celebradas sob “*os auspícios de organismos internacionais vocacionados à regulação do comércio internacional*”⁽⁴⁰⁾, dos quais podemos destacar a (i) CNUDCI⁽⁴¹⁾, responsável pela preparação da *supra* referida Convenção de Viena de 1980; (ii) a Organização Mundial do Comércio (consiste na institucionalização da *General Agreement on Tariffs and Trade*), que tem como principal finalidade a liberalização do comércio mundial; e (iii) o *Unidroit*, cuja finalidade recai na unificação de institutos do Direito privado, prosseguindo não só essa finalidade através da preparação de conferências diplomáticas que culminaram na criação de convenções internacionais, mas também por via do estudo e aprofundamento levado a cabo por grupos de juristas de diversos ordenamentos jurídicos com vista à criação de textos, cuja autoridade própria é inquestionável, sendo exemplo paradigmático deste trabalho os já referidos Princípios do *Unidroit*.

iii. Lex Mercatoria

O comércio, em concreto o comércio internacional, tem a característica de permitir a ligação de agentes económicos de todo o mundo, actualmente com a existência de um mundo económico globalizado em permanente contacto e sem limites espaciais ou temporais. Podemos afirmar que esta característica, própria do comércio, é actualmente ainda mais acentuada.

A *lex mercatoria* é referida pelo Professor Engrácia Antunes como sendo “*uma “fonte” emergente do Direito Comercial, verdadeiramente única e distintiva da sua natureza*”⁽⁴²⁾, tendo a sua origem no *ius mercatorum*, i.e., as regras comuns conhecidas e respeitadas pelos comerciantes da Idade Média que surgem dos usos e práticas das mais variadas praças de comércio da Europa Ocidental de forma a regular as suas transacções. Disto podemos retirar que, já desde a Idade Média, os comerciantes que negociavam e levavam a cabo a sua actividade económica nas

⁴⁰ José Engrácia Antunes, *Direito ... cit*, p. 62, nota de rodapé número 62.

⁴¹ É uma agência especializada das Nações Unidas, criada pela Resolução da Assembleia Geral de 17 de Dezembro de 1966, cujo número I previa como objecto “*[...] which shall have for its object the promotion of the progressive harmonization and unification of the law of international trade [...].*”

⁴² José Engrácia Antunes, *Direito ... cit*, p. 64.

Os princípios do *Unidroit* no modelo de proposta-aceitação enquanto resposta à "crise" do modelo clássico de formação dos contratos

praças e feiras da Europa Ocidental, os então polos económicos de transacções e vida comercial, precisavam de regras uniformes próprias que regulassem as relações entre si no âmbito da contratação mercantil, regras essas que teriam de ser semelhantes nas várias praças.

Desta forma, a *lex mercatoria* assume-se como o conjunto de princípios e regras costumeiras e específicas ⁽⁴³⁾ sedimentadas nas relações derivadas das transacções do comércio internacional e que, em conjunto, constituem um complexo normativo autónomo aplicável ao comércio internacional. Este complexo normativo de princípios, práticas e regras promana da auto-regulação das relações entre os comerciantes, i.e. surgem da elaboração e aplicação espontânea dos comerciantes, tendo sido criados em paralelo à legislação estatal sem fazer qualquer referência a um específico ordenamento jurídico nacional, estando em permanente evolução e criação pelos próprios comerciantes, enquanto destinatários das regras por si criadas, que vão adaptando as suas práticas e regras comerciais à evolução e necessidades dos mercados e, conseqüentemente, das suas relações comerciais.

Tal como referido no ponto antecedente dedicado ao Direito Comercial Internacional, a *lex mercatoria* foi objecto de estudo e desenvolvida por organizações internacionais do comércio em diversos documentos que consagram os princípios e regras de conduta ou contratos-modelo próprios do comércio internacional, como é o caso das leis-modelo e códigos de conduta (exemplo do “Código de Conduta sobre as Práticas Restritivas da Concorrência”) elaborados pela CNUDCI, ou os *Incoterms* ⁽⁴⁴⁾ elaborados e publicados em 1936 pela Câmara do Comércio Internacional, ou ainda os já anteriormente referidos Princípios do *Unidroit*.

Por fim, cabe referir que a *lex mercatoria* não é unanimemente aceite pela doutrina, tanto nacional como internacional, como sendo uma fonte autónoma do Direito Comercial. Tem sido discutido qual o alcance, autoridade e obrigatoriedade

⁴³ Carlos Ferreira de Almeida, *Contratos ... cit*, pp. 68., define como fontes da *lex mercatoria* as “[...] práticas e usos profissionais, códigos deontológicos, regras relativas a transacções comerciais, cláusulas contratuais gerais e modelos contratuais publicados pela Câmara do Comércio Internacional e por outras organizações internacionais de índole corporativa, a jurisprudência dos tribunais arbitrais e os princípios gerais de direito, desde que, em qualquer caso, digam respeito ao comércio internacional.”

⁴⁴ Os *Incoterms* surgem com a finalidade de harmonizar e uniformizar as regras de interpretação aplicáveis aos contratos de compra e venda internacional, mormente para a interpretação de algumas das obrigações emergentes do próprio contrato tanto para o comprador como para o vendedor.

Os princípios do *Unidroit* no modelo de proposta-aceitação enquanto resposta à "crise" do modelo clássico de formação dos contratos

das práticas, costumes e usos que se desenvolveram no âmbito do comércio internacional.

As teses anti-autonomistas ocorreram no final do séc. XIX e no primeiro quartel do séc. XX, sobretudo centradas na defesa do Direito imperativo e na impossibilidade de converter as partes em legislador, ou seja, não permitir que as partes regulassem as suas relações contratuais com base em regras e normas supranacionais criadas com base nos costumes e usos comerciais desenvolvidos por essas mesmas partes.

Do ponto de vista da doutrina internacional, podemos destacar o conceituado jurista Berthold Goldman que, enquanto um dos impulsionadores do Direito Internacional durante a segunda metade do sec. XX, defendeu a existência de um direito específico que regula as relações supranacionais, estabelecidas entre os comerciantes internacionais, tendo como finalidade procurar a uniformização das regras jurídicas e contratuais do tráfego comercial internacional com vista à agilização e simplificação das transacções deste mesmo comércio internacional. Desta forma, Goldman defendia a existência de um Direito autónomo do comércio internacional, ao qual corresponderia a *lex mercatoria*, cuja existência estaria não só livre como também desvinculada dos ordenamentos jurídicos e respectivos Direitos nacionais.

Neste sentido, podemos ainda referir o Professor Clive Maximilian Schmitthoff, que via na *lex mercatoria* uma fonte autónoma de Direito comercial internacional, que surgia como evolução autónoma ao Direito dos Estados soberanos e aos seus princípios, sendo totalmente regulada pelos “*universally accepted standards of business*”⁽⁴⁵⁾.

Entre nós, o Professor Engrácia Antunes defende que a *lex mercatoria*, mesmo que não sendo consentaneamente considerada um fonte autónoma de Direito Comercial, enquanto “[...] *corpo normativo e principiológico actua hoje decerto, no mínimo, como direito dispositivo para o qual as empresas remetem frequentemente*

⁴⁵ Clive Maximilian Schmitthoff, in *Clive M. Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law, 1988, p.138*: “*This new lex mercatoria might be the beginning of an autonomous international mercantile law which would be no longer fashioned by the principles of national law. The evolution of an autonomous law of international trade, founded on universally accepted standards of business conduct, would be one of the most important developments of legal science in our time.*”

Os princípios do *Unidroit* no modelo de proposta-aceitação enquanto resposta à "crise" do modelo clássico de formação dos contratos

a regulação das suas relações contratuais plurilocalizadas, sendo assim perfeitamente admissível, por exemplo, que as partes de um contrato jusmercantil internacional escolham o direito aplicável através de uma remissão, directa ou indirecta, para semelhante "lex mercatoria"."⁽⁴⁶⁾ Desta forma, defende a existência inegável de um conjunto normativo composto por regras profissionais, usos e costumes comerciais, para os quais as partes, ao abrigo do princípio da autonomia privada, poderão remeter no que respeita à regulação de determinado contrato internacional.

3. Características

A contratação comercial, enquanto segmento do Direito Comercial, assenta em alicerces muito próprios que estão em constante evolução a par das necessidades dos comerciantes e da evolução dos mercados e dos sistemas económicos, quer nacionais quer internacionais, que estão sujeitos às regras da concorrência e é com base nesta concorrência que estamos perante uma constante reinvenção das figuras contratuais. A adaptação legislativa tem-se demonstrado, muitas vezes, demorada, não conseguindo acompanhar a "*praxis*" contratual praticada pelos comerciantes, sendo prova disso o facto da principal legislação referente a contratos comerciais constar de legislação extravagante o que, conseqüentemente, determinou a revogação quase total do já centenário CCom, conforme *supra* referido, sendo que as disposições que não foram revogadas têm pouca ou quase nenhuma aplicação à conjuntura económica actual do grande comércio internacional e mesmo grandes operações económicas nacionais, estando assim limitada ao pequeno comércio nacional.

Dito isto, podemos afirmar que a contratação comercial moderna não só assenta em alicerces diferentes, como também está inserida numa conjuntura económico-social distinta daquela em que se encontrava aquando da entrada em vigor do CCom, em 1888. Alicerces esses que não só se alteraram quanto aos sujeitos que intervêm na contratação comercial e cuja disciplina visa regular a sua actividade, *maxime* com a ascensão da figura da empresa que veio substituir o comerciante, mas também com a multiplicação de figuras contratuais (algumas previstas em leis extravagantes) decorrentes da criatividade e necessidade de adaptação dos

⁴⁶ José Engrácia Antunes, *Direito ... cit*, p. 66.

Os princípios do *Unidroit* no modelo de proposta-aceitação enquanto resposta à "crise" do modelo clássico de formação dos contratos

comerciantes, com a massificação da celebração de contratos comerciais e consequente uniformização dos mesmos, e “emergência da problemática do consumidor”⁽⁴⁷⁾, entre outros factores que em conjunto constituem a contratação comercial moderna e que em grande medida justificam a “crise” do modelo legal clássico de formação dos contratos.

I. A ascensão da empresa

Sem prejuízo de já ter sido abordada, em sede de qualificação dos contratos comerciais, a relevância e pertinência da inserção da figura do “comerciante” nos critérios clássicos da comercialidade dos actos jurídico-privados, em concreto nos actos de comércio subjectivos (cuja comercialidade deriva do sujeito que praticou o acto), conforme previsto na segunda parte do artigo 2.º do CCom, pode actualmente ser questionada. Isto é, os actos jurídico-privados cuja comercialidade resulta de terem sido praticados por um agente que actua na qualidade de comerciante, desde que tais actos possuam uma conexão abstracta e concreta com o respectivo comércio/actividade profissional.

Do ponto de vista histórico, a figura do comerciante surge indissociavelmente ligado ao Direito Comercial, na medida em que, durante a Idade Média e durante o Renascimento, o Direito Comercial enquanto ramo do Direito destinado à regulação de um facto económico específico – o comércio – tinha a sua aplicação delimitada àqueles que, por integrarem a corporação do ofício de comerciante, dispunham de um *status* específico e de um Direito específico que regulava a sua actividade. Tendo posteriormente, com a regulação estatal do Direito Comercial, este começado a compreender e a regular, impulsionado pelas concepções filosóficas, políticas e sociais predominantes, não só os actos jurídicos praticados por aqueles que dispunham do estatuto de comerciante, mas também os actos tidos por objectivamente de comércio, e ainda os negócios jurídicos mistos, nos quais apenas uma das partes actua na qualidade de comerciante.

A figura clássica do comerciante, prevista no número 1 do artigo 13.º do CCom e definida pelo Professor Paulo Olavo Cunha como “*aquela que faz do exercício do comércio profissão, a pessoa que se dedica habitualmente, como meio de vida, à*

⁴⁷ Expressão utilizada por José Engrácia Antunes, *Direito ... cit*, p. 69.

Os princípios do *Unidroit* no modelo de proposta-aceitação enquanto resposta à "crise" do modelo clássico de formação dos contratos

prática de actos de comércio (absolutos), nomeadamente compra e revenda"⁽⁴⁸⁾, enquanto agente económico individual, o dito comerciante individual, para além de dispor de reduzida significância (e cada vez menos) na contratação comercial, já não pode ser visto como o principal sujeito que actua no Direito Comercial, o sujeito cuja acção o Direito Comercial visa regular.

Atendendo à evolução económica e às exigências próprias da contratação comercial, enquanto principal manifestação da prática de actos de comércio, a figura do comerciante já não tem cabimento num panorama no qual imperam, enquanto base da formação e celebração de contratos, a "*celeridade, segurança, padronização e objectivização*"⁽⁴⁹⁾ dos mesmos. Desta forma, podemos actualmente defender que o comerciante, enquanto principal sujeito do Direito Comercial, foi suplantado não só pelo comerciante enquanto pessoa colectiva (as sociedades comerciais)⁽⁵⁰⁾, mas também pela figura da empresa.

O legislador, ao referir-se à figura da empresa no artigo 230.º do CCom, não procurou a definição de empresa, nem determinar que a empresa dispusesse de um estatuto idêntico ao do comerciante; quis, sim, sujeitar algumas pessoas, que exerciam uma actividade que não era propriamente de comércio, ao regime aplicável aos comerciantes. Desta forma, o artigo 230.º prevê um elenco fechado de actividades desenvolvidas por empresas que são consideradas objectivamente comerciais, prevendo ainda que serão consideradas como comerciais as empresas que desenvolvam essas actividades, sendo, desta forma, equiparadas aos comerciantes⁽⁵¹⁾. Passou-se do conceito estrito de comércio ao sentido amplo.

Não dispomos no nosso ordenamento jurídico, nem tampouco na Doutrina, de uma definição unânime de empresa. Para melhor compreensão, podemos indicar a definição dada pelo Professor Paulo Olavo Cunha que define empresa como "*organização autónoma e intencional de meios (humanos e materiais) apta à*

⁴⁸ Paulo Olavo Cunha, *Lições ... cit*, p. 44.

⁴⁹ José Engrácia Antunes, *Contratos Comerciais - Noções Fundamentais*, Direito e Justiça, Lisboa, 2007, pp. 46.

⁵⁰ Cujos actos também são previsto como actos de comércio, conforme dispõe o n.º 2 do artigo 13.º do CCom.

⁵¹ Neste sentido o Professor Fernando Olavo, defendeu que "[...] o artigo 230.º [...] vem a caracterizar as empresas pelo seu objecto, por aquilo que o empresário há-de exercer (e que vem indicado nos vários números do art. 230.º, cada um dos quais se refere a uma actividade)", in *Direito Comercial*, vol. 1, 2.ª edição, Coimbra Editora, 1978, pp. 88 e ss.

Os princípios do *Unidroit* no modelo de proposta-aceitação enquanto resposta à "crise" do modelo clássico de formação dos contratos

realização de uma finalidade útil"⁽⁵²⁾, ou a definição dada pelo Professor Menezes Cordeiro que define a empresa como não sendo pessoa colectiva nem um conjunto de elementos materiais, sendo assim “[...] *um conjunto concatenado de meios materiais e humanos, dotados de uma especial organização e de uma direcção, de modo a desenvolver uma actividade segundo regras de racionalidade económica.*”⁽⁵³⁾, sendo que esta organização de factores de produção, ainda de acordo com o defendido pelo Professor Menezes Cordeiro, seria composta por quatro elementos distintos⁽⁵⁴⁾, o (i) elemento pessoal, correspondente à globalidade de pessoas que colaboram com a empresa, o (ii) elemento material, referente a todos os bens elementos corpóreos e incorpóreos (no qual se integram as relações, contactos, conhecimentos) da empresa, a (iii) organização, que consiste na articulação entre os elementos pessoais e materiais de forma a permitir a produção conjunta de bens e serviços e (iv) uma direcção, enquanto elemento congruente dos demais elementos.

A ideia de empresa não está limitada à ideia de Direito Comercial, está presente em diversos sectores normativos, que procuram uma definição da figura empresarial, sendo abordada tanto pela Doutrina como pelos respectivos textos legais. Vejamos, a título de exemplo, o CT refere-se maioritariamente à figura da empresa (como o é no caso do artigo 14.º e ss. que aborda os “Direitos de Personalidade” do trabalhador integrado na empresa), chegando mesmo o Professor António Monteiro Fernandes a definir empresa como “[...] *uma organização de meios estável predisposta para a realização de certo fim útil pelo seu titular, o qual, mediante contratos de trabalho, emprega outras pessoas na realização desse fim.*”⁽⁵⁵⁾; ou a definição simplista de empresa prevista no artigo 5.º do CIRE que prevê, sob a epígrafe “Noção de Empresa”, “*Para efeitos deste Código, considera-se empresa toda a organização de capital e de trabalho destinada ao exercício de qualquer actividade económica.*”

⁵² Paulo Olavo Cunha, *Lições ... cit*, p. 53.

⁵³ António Menezes Cordeiro, *Direito... cit*, p. 322.

⁵⁴ Por outro, lado o Professor Paulo Olavo Cunha defende que a noção jurídica de empresa tem apenas por base a conjugação de dois factores, um factor pessoal referente ao trabalho de todas as pessoas que, em conjunto, desenvolvem a actividade económica da empresa, mas também o enquadramento do empresário na estrutura organizativa; e um segundo factor patrimonial, referente a todos os bens com valor económico unificados pela finalidade a que estão adstrito, cf. Paulo Olavo Cunha, *Lições ... cit*, p. 59.

⁵⁵ António Monteiro Fernandes, *A empresa – perspectiva jurídica*, in Enciclopédia PÓLIS, vol. II., cols. 928-934.

Os princípios do *Unidroit* no modelo de proposta-aceitação enquanto resposta à "crise" do modelo clássico de formação dos contratos

Podemos ainda referir, de acordo com a aceção do Professor Engrácia Antunes, os contratos normativamente/necessariamente empresariais e os contratos naturalmente/funcionalmente empresariais, enquanto manifestação da ascensão da empresa na contratação comercial. No primeiro grupo integramos os contratos comerciais nos quais uma das partes contraentes tem de ser obrigatoriamente uma empresa, como o é o caso dos contratos bancários que, por imposição legal do artigo 2.º do RGIC, deverão ser celebrados por empresas que revistam a forma de instituições de crédito ou sociedades financeiras; ou, outro caso paradigmático, como o dos contratos de seguro que, igualmente por imposição legal do artigo 5.º do RGAS, deverão ser celebrados por empresas de seguros que poderão assumir a forma de sociedades comerciais anónimas. No segundo grupo estão inseridos os contratos comerciais, nos quais embora a presença da empresa como parte contratual não seja legalmente obrigatória, cuja *ratio* e aplicação está indissociavelmente ligada à actividade empresarial (não sendo vedada a celebração dos mesmos por partes que não sejam empresas) e muitas vezes à regulação das relações entre empresas, mormente à interligação de estruturas organizativas, como é o caso dos contratos de consórcio (regulado no Decreto-Lei n.º 231/81, de 28 de Julho); ou destinado à organização da própria estrutura empresarial e relações internas, como o serão o caso dos contratos de sociedade (previsto no artigo 7.º do CSC e no artigo 980.º do CC) e contratos parassociais (previsto no artigo 17.º do CSC) ⁽⁵⁶⁾.

Desta forma, face ao exposto, podemos concluir que a empresa, enquanto organização de factores de produção com vista ao exercício de uma actividade económica, enquanto sujeito autónomo no âmbito do Direito Comercial, e se tornou o principal interveniente na contratação comercial, na medida em que o comerciante individualmente considerado tem vindo a perder significância face às necessidades e evolução dos mercados actuais, tendo sido, desta forma, suplantado pelo empresário inserido numa organização estável, estruturada e profissional, na qual *“os contratos representam provavelmente o mais relevante instrumento jurídico de suporte da constituição, organização e exercício da actividade empresarial: a vida empresarial nasce e desenvolve-se em boa medida através de*

⁵⁶ José Engrácia Antunes, *Direito ... cit*, p. 111-113.

Os princípios do *Unidroit* no modelo de proposta-aceitação enquanto resposta à "crise" do modelo clássico de formação dos contratos

um conjunto de actos negociais celebrados pelos empresários com outros empresários ou consumidores.” ⁽⁵⁷⁾.

Em suma, a ascensão da figura da empresa teve um enorme impacto na fisionomia dos próprios contratos comerciais, com a substituição do comerciante em nome individual por uma empresa, enquanto entidade profissional e organizada com a finalidade de otimizar a produção de bens ou serviços para introdução no mercado, cujo instrumento principal da actividade empresarial moderna é a celebração de contratos. Alterações estas que se justificam pela capacidade das empresas em celebrar contratos em massa, muitas vezes uniformes entre si, tendencialmente cada vez menos formais, com pouca ou quase nenhuma margem de negociação para a contraparte (seja empresário ou consumidor) e enorme facilidade em dirigir a sua actividade para o comércio internacional.

II. Massificação, padronização e uniformização

O mercado actual adquire a fisionomia de um mercado de “massas”, característica própria da economia contemporânea, vincado pelo consumismo, pela globalização e pela crescente necessidade de aproximação ao cliente final, proporcionando também uma uniformização de serviços, de modos de atendimento e possibilitando a todos o acesso a marcas e serviços que têm as suas origens em diferentes locais. O mercado actual é ainda marcado pela existência de uma oferta empresarial ilimitada (tanto produtos como serviços, constantemente renovados), fruto de uma actividade e predominância de empresas altamente estruturadas e profissionalizadas (com recurso a sofisticadas técnicas de comercialização e “marketing”) ⁽⁵⁸⁾.

A contratação comercial moderna não é indiferente a esta massificação e consequente padronização e uniformização dos mercados, na medida em que, sendo o contrato o principal acto de comércio enquanto instrumento de ligação entre as empresas estruturadas com vista à colocação de bens e serviços no mercado e o seu relacionamento quer com outras empresas quer com consumidores, tem-se vindo a adaptar a estas mesmas exigências. As alterações causadas pelo mercado de

⁵⁷ *Ibidem*, p. 74.

⁵⁸ José Engrácia Antunes, *Direito ... cit*, p. 83.

Os princípios do *Unidroit* no modelo de proposta-aceitação enquanto resposta à "crise" do modelo clássico de formação dos contratos

“massas” na fisionomia dos contratos comerciais e na actividade empresarial reflectem-se nas próprias práticas empresariais.

Alterações estas que se manifestam essencialmente através da celebração reiterada e em massa de certos tipos negociais, as empresas recorrem a processos de formação contratual estandardizados e uniformes, onde não é deixada quase margem negocial à contraparte, restando-lhe apenas o direito de celebração contratual ⁽⁵⁹⁾.

Como exemplo paradigmático da massificação, padronização e uniformização dos contratos comerciais, podemos referir os contratos de adesão, enquanto contratos compostos por cláusulas pré-definidas ⁽⁶⁰⁾ elaboradas unilateralmente por uma das partes, destinadas ao uso reiterado e generalizado, sendo propostos (ou subscritos) a destinatários incertos, que deverão aceitar/aderir como um todo. Contratos estes que se caracterizam pelo facto de ser retirada a uma das partes, o destinatário da proposta contratual, a liberdade de negociação ficando desta forma praticamente limitada a aceitar ou a rejeitar o contrato nos termos formulados pelo proponente, que não aceitará alterar os termos por si unilateralmente definidos, sem poder realmente interferir, ou interferir de forma significativa, na conformação do conteúdo negocial que lhe é proposto. Desta forma, se o destinatário da proposta contratual decidir contratar, terá de se sujeitar às cláusulas previamente determinadas pelo proponente, limitando-se a aderir a um modelo prefixado.

Os contratos de adesão têm especial relevância no estudo da relação entre os empresários, tidos como parte forte na relação contratual, uma vez que são estes que definem o conteúdo dos contratos e, por outro lado, os consumidores que são tidos como a parte fraca na relação contratual, tendo pouca margem de negociação, sendo-lhes subtraído, quase na totalidade, o direito de negociação, restando somente o direito de celebração. Contudo, como já referido anteriormente, os ordenamentos jurídicos têm vindo a desenvolver um acervo normativo cuja

⁵⁹ Neste sentido podemos referir um excerto do ponto 3. da LCCG que “[...]. A negociação privada, assente no postulado da igualdade formal das partes, não corresponde muitas vezes, ou mesmo via de regra, ao concreto da vida. [...] O comércio jurídico massificou-se: continuamente, as pessoas celebram contratos não precedidos de qualquer fase negociatória. A prática jurídico-económica racionalizou-se e especializou-se: as grandes empresas uniformizam os seus contratos, de modo a acelerar as operações necessárias à colocação dos produtos e a planificar, nos diferentes aspectos, as vantagens e as adscrições que lhes advêm do tráfico jurídico.”

⁶⁰ Cláusulas estas que estão também previstas nos Princípios *Unidroit*, no artigo 2.1.19, sob a epígrafe “Contracting under standard terms”.

Os princípios do *Unidroit* no modelo de proposta-aceitação enquanto resposta à "crise" do modelo clássico de formação dos contratos

intencionalidade é a protecção do consumidor, enquanto parte fraca nas relações contratuais. A tutela do consumidor tem apoio legislativo na LCCG ⁽⁶¹⁾, que visa a protecção do aderente ao "bloco" de cláusulas contratuais, muitas vezes complexo, unilateralmente elaboradas e propostas pelo empresário, tornando nulas e proibidas a cláusulas contratuais que sejam contrárias à boa-fé (cfr. previsto no artigo 15.º da LCCG), entre outras, e fazendo impender sobre o proponente vários deveres para com o aderente, nomeadamente o dever de comunicar claramente (de forma adequada em função do aderente) e na íntegra à contraparte o seu conteúdo de forma a permitir ao aderente compreender de forma completa e efectiva o seu conteúdo (cf. previsto no artigo 5.º da LCCG); ou o dever de informar e explicar ao aderente os aspectos nelas contidos cuja clarificação se justifique, bem como prestar todos os esclarecimentos solicitados (cf. previsto no artigo 6.º da LCCG).

Devemos ainda acrescentar que a LCCG não se limita a regular as relações contratuais, mormente o seu conteúdo, entre empresários e consumidores, uma vez que regula ainda as relações entre empresários, sendo, contudo, menos rígida na regulação destas relações, porque neste caso já não existe, idealmente, uma parte "fraca".

III. Objectivação

A contratação comercial moderna é marcada pela maior objectivação das relações jurídicas estabelecidas nos contratos comerciais, i.e., o contrato comercial é cada vez mais impermeável às vicissitudes das pessoas dos contraentes. Assistimos actualmente, fruto da ascensão da empresa e do mercado de massas, a uma crescente impessoalidade do contrato comercial em relação aos contraentes.

A objectivação dos contratos comerciais tem por base os princípios da continuidade, segurança e estabilidade da relação contratual, ou seja, o contrato comercial deve, quanto ao seu objecto e ao fim para o qual foi celebrado, estar alheio às vicissitudes dos contraentes.

⁶¹ Sobre a relevância da LCCG, "Ao evitar a subsistência na ordem jurídica de determinadas cláusulas que se revelam francamente prejudiciais à parte que não tem capacidade para as perceber devidamente e para se opor à sua aplicação (se pretender concluir o contrato que as mesmas integram) [...] o Direito procura assegurar que a expansão da contratação, o aumento exponencial dos negócios, provocado pelo aumento de produção e consumo desenfreado do virar do século, e a afluência de novos agentes ao mercado se processe de forma adequada correcta e ética, com equilíbrio e a consciência que a regulação da vida social e económica exige e postula e, em suma, com o respeito dos seus valores mais elementares." – Paulo Olavo Cunha, *Lições... cit.*, Almedina, Lisboa, 2010, pp. 169.

Os princípios do *Unidroit* no modelo de proposta-aceitação enquanto resposta à "crise" do modelo clássico de formação dos contratos

É regra no direito civil que a obrigação assume “*um pendor marcadamente subjectivista, concebendo-a essencialmente como um vínculo entre dois sujeitos jurídicos determinados (credor e devedor)*” ⁽⁶²⁾, sendo, de acordo com esta concepção, a relação jurídica marcada pelas partes e ficando sujeita às relações, condutas e vicissitudes das mesmas, como o será a confiança ou a morte de uma das partes, como causa de extinção do contrato.

Porém, na contratação comercial moderna, em especial na contratação entre empresas, devemos ter em consideração que a ideia subjacente à contratação é a de “*vínculo entre dois patrimónios*” ⁽⁶³⁾, cada uma das partes figura como um meio/instrumento à contraparte para o alcance da finalidade pretendida com a celebração de determinado contrato. Podemos referir, a título exemplificativo da objectivação dos contratos comerciais, mormente da subsistência da estrutura do contrato e respectivo vínculo obrigacional, o contrato de seguro e o respectivo regime de transmissão previsto no artigo 95.º e 96.º da LCS. De acordo com o disposto nos referidos artigos da LCS é possível a transmissão da posição contratual do tomador de seguro, sem necessidade do consentimento da seguradora, bem como a transmissão do estabelecimento (seguradora) determina a transferência dos seguros que lhes estejam associados para o adquirente, transmissão que se torna eficaz mediante notificação ao tomador de seguro.

⁶² José Engrácia Antunes, *Direito ... cit*, p. 78.

⁶³ José Engrácia Antunes, *Direito ... cit*, p. 78.

IV

Crise do Modelo Contratual

Face ao *supra* referido quanto ao modelo legal clássico da formação dos contratos que é não só aplicável aos contratos civis, mas também aos contratos comerciais, e em contraposição com o referido quanto à contratação comercial moderna, cabe-nos agora expor em que consiste e quais os fundamentos para a actual "crise" deste mesmo modelo legal clássico da formação dos contratos.

O modelo legal clássico da formação dos contratos, conforme disposto nos artigos 228.º de ss. do CC, pressupõe sempre a existência de um casamento perfeito entre duas vontades, que se manifesta através de uma proposta contratual e a sua total aceitação por parte do destinatário da primeira, sendo certo que o contrato só ficará concluído quando as partes tenham chegado totalmente a acordo quanto ao seu conteúdo, como resulta do disposto no artigo 232.º do CC.

Segundo o Professor Engrácia Antunes o modelo legal clássico da formação dos contratos tal como previsto no CC "*não encontra uma plena correspondência na prática contratual do Direito Comercial Moderno*" ⁽⁶⁴⁾, falta de correspondência esta que tem por base o facto do referido modelo consistir num modelo "*altamente rígido, uniforme e estereotipado*" ⁽⁶⁵⁾. Efectivamente, olhando para o panorama da contratação comercial moderna, bem como para as circunstâncias socioeconómicas em que esta se insere, e às quais tem de se adaptar, encontramos como principais sujeitos comerciais as grandes empresas destinadas à contratação em massa, em que os contratos são celebrados quase instantaneamente, sem margem de negociação, nem tampouco tempo para a negociação individual de cada contrato. Desta forma, podemos constatar que o modelo legal clássico da formação dos contratos, no âmbito da Contratação Comercial, tem uma base funcional inapta, enquanto principal modelo de formação dos contratos, para responder às necessidades acima identificadas; a sua rigidez e pressupostos para a conclusão do contrato não permitem a celeridade contratual que é própria da contratação comercial moderna. Acresce ainda que, o modelo clássico de formação dos contratos e os princípios do CC nos quais assenta demonstram-se como estáticos e rígidos face às circunstâncias

⁶⁴ José Engrácia Antunes, *Direito ... cit*, p. 124.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 130.

Os princípios do *Unidroit* no modelo de proposta-aceitação enquanto resposta à "crise" do modelo clássico de formação dos contratos

actuais e aos interesses das partes contraentes, sendo desta forma impeditivos e incapazes de promover uma formação dos contratos dinâmica.

A própria prática contratual adoptada pelos comerciantes, com recurso à *vis creativa*, demonstra a inaplicabilidade que o modelo clássico da formação dos contratos tem na contratação comercial moderna, movida pela criação e aplicação de novos modelos de formação dos contratos, como forma de adaptação às necessidades e exigências socioeconómicas às quais o modelo clássico da formação dos contratos não consegue responder adequadamente. Seguindo a aceção do Professor Engrácia Antunes ⁽⁶⁶⁾, podemos destacar os modelos formativos alternativos e os modelos formativos especiais. Não sendo objecto do presente estudo, podemos referir, de forma sumária, que os primeiros, enquanto processos de formação dos contratos criados à imagem das exigências do tráfego comercial, apresentam um processo de formação contratual alheio ao modelo clássico da formação dos contratos ⁽⁶⁷⁾. Quanto aos segundos, o seu processo de formação, embora tendo por base o modelo clássico da formação dos contratos, contudo acrescenta e diverge do mesmo por introduzir especificidades próprias fruto da exigência da contratação comercial moderna ⁽⁶⁸⁾.

Face ao exposto, podemos concluir que o modelo clássico de formação dos contratos não acautela, nem tem correspondência com, as necessidades da contratação comercial moderna, cujo tráfego contratual exige um modelo moderno de formação contratual que seja flexível, simplificado, dinâmico e célere.

⁶⁶ José Engrácia Antunes, *Contratos ... cit.*, pp. 89 e ss.

⁶⁷ De entre os modelos alternativos de formação do contrato podemos destacar a contratação conjunta, a contratação cruzada, a contratação de facto, ou ainda a contratação flexível.

⁶⁸ De entre os modelos especiais de formação do contrato, podemos destacar a contratação à distância, a contratação electrónica, a contratação automática, ou ainda a contratação em auto serviço.

Os princípios do *Unidroit* no modelo de proposta-aceitação enquanto resposta à "crise" do modelo clássico de formação dos contratos

V

O Moderno Modelo de Formação dos Contratos

Com o presente estudo pretende-se aferir da aplicabilidade, como alternativa ao modelo legal clássico de formação dos contratos, dos princípios de formação dos contratos consagrados nos Princípios *Unidroit* à contratação comercial, de forma encontrar maior correspondência com as exigências da contratação comercial moderna.

Não se visa a exploração dos novos modelos de formação dos contratos, nem a apresentação de um novo modelo de formação dos contratos.

Procura-se, após a análise daqueles Princípios, encontrar um modelo de formação dos contratos comerciais que satisfaça as exigências da contratação comercial moderna.

1. Princípios *Unidroit*

Os Princípios do *Unidroit* surgem do estudo e aprofundamento levado a cabo por grupos de juristas, cuja autoridade própria é inquestionável, de diversos ordenamentos jurídicos, não só enquanto *soft law*, i.e., enquanto direito não vinculativo, mas também como expressão da *lex mercatoria*.

Do preâmbulo dos Princípios *Unidroit* resultam expressamente as várias funções para as quais os mesmos foram concebidos, de onde destacamos “*Principles may in addition serve as a model to national and international law-makers for the drafting of legislation in the field of general contract law or with respect to special types of transaction.*”, i.e., o peso e influência que os Princípios *Unidroit* poderão ter junto dos legisladores nacionais na adaptação, se necessária, dos seus modelos de formação dos contratos comerciais, e das regras gerais de formação dos contratos, de forma a enquadrarem-se com a actualidade socioeconómica ⁽⁶⁹⁾.

Da análise dos Princípios *Unidroit* podemos retirar, em concreto dos artigos 2.1.1 e seguintes que regulam a formação dos contratos, vários princípios destinados

⁶⁹ “*The principles served as an important reference in the reform of the German Civil Code, which entered into force in 2002. More recently, the principles have inspired several provisions of some of the drafts under discussion, which could lead to a reform of the French Law of Obligations.*” - Marcel Fontaine, *The Role of the UNIDROIT Principles in Harmonizing Rules of Contract Law, The Protection Project Journal of Human Rights and Civil Society*, 2015, p. 32.

Os princípios do *Unidroit* no modelo de proposta-aceitação enquanto resposta à "crise" do modelo clássico de formação dos contratos

à formação de contratos comerciais que, apesar de serem mormente edificados para a formação de contratos comerciais internacionais, não poderão deixar de ser analisados para a aplicação interna e como possível alternativa aos modelos de formação dos contratos consagrados no ordenamento jurídico de cada Estado ⁽⁷⁰⁾, como é o caso de Portugal, que aderiu ao Princípios *Unidroit*.

Dos referidos artigos dos Princípios *Unidroit*, resulta um modelo de formação dos contratos que, embora tenha por base um modelo de proposta-aceitação, é desenvolvido de forma mais flexível, simplificada e consensual, e cuja aplicação à formação dos contratos comerciais poderá ir mais ao encontro das necessidades e exigências da vida económica moderna.

2. Princípios *Unidroit* na Formação dos Contratos

Tendo em consideração que muitos dos princípios do modelo de formação dos contratos previsto nos Princípios do *Unidroit* encontram paralelo no modelo legal clássico da formação dos contratos previsto no CC, cabe agora expor a sua correspondência e diferenças, tentando, desta forma, demonstrar em que medida é que os princípios para a formação dos contratos previstos nos Princípios do *Unidroit* poderão fazer face à actual "crise" do modelo legal clássico da formação dos contratos ⁽⁷¹⁾.

I. Formação do Contrato

Conforme referido anteriormente, os Princípios *Unidroit* consagram, no seu artigo 2.1.1, um modelo de formação contratual que tem por base o modelo proposta-aceitação. De acordo com o referido artigo, o contrato considera-se concluído com a aceitação da proposta ou através de uma conduta das partes que seja suficiente para demonstrar a conclusão do contrato (a *supra* referida contratação de facto) ⁽⁷²⁾. Esta disposição dos Princípios *Unidroit* facilmente encontra paralelo

⁷⁰ "Notwithstanding the fact that the Principles are conceived for international commercial contracts, there is nothing to prevent private persons from agreeing to apply the Principles to a purely domestic contract. Any such agreement would however be subject to the mandatory rules of the domestic law governing the contract.", in Princípios *Unidroit* Anotados, p. 2.

⁷¹ Joseph M. Perillo, *Unidroit Principles of International Commercial Contracts: The Black Letter Text and a Review*, Fordham Law Review 281, p. 316: "As the market changes from the gathering of merchants in a limited geographical spot to a global interchange of communications, the myriad local laws of the marketplace are no longer adequate to assure the commercial community that even-handed rules will govern their transactions. Principles is one step toward such assurance."

⁷² Artigo 2.1.1: "A contract may be concluded either by the acceptance of an offer or by conduct of the parties that is sufficient to show agreement."

Os princípios do *Unidroit* no modelo de proposta-aceitação enquanto resposta à "crise" do modelo clássico de formação dos contratos

no nosso ordenamento jurídico, nomeadamente nos artigos 217.º e 234.º do CC, que prevêm, respectivamente, tanto a hipótese da existência de declarações negociais expressas e tácitas, como também os casos em que, tendo em consideração “*a própria natureza ou circunstâncias do negócio, ou os usos*”, seja permitida a conclusão do contrato sem necessidade da declaração de aceitação, sendo suficiente a conduta do destinatário da proposta que indicie a aceitação da proposta contratual.

Contudo, o disposto no artigo 2.1.1 dos Princípios *Unidroit* vai mais longe, na medida em que, ao invés do disposto no artigo 234.º do CC, não subordina a hipótese da conclusão do contrato sem existência de declaração de aceitação à “*própria natureza ou circunstâncias do negócio, ou os usos*”. O contrato poderá resultar da mera conduta das próprias partes, independentemente de qualquer proposta e aceitação. Ou seja: o processo de formação do contrato poderá ter como fundamento exclusivo o comportamento das partes contraentes. Desta forma, existirá contrato sempre que, segundo o entendimento dominante na “*praxis*” mercantil, as condutas adoptadas pelas partes consubstanciem um consenso negocial juridicamente relevante ⁽⁷³⁾. É possível que efectivamente haja conclusão do contrato, ainda que não seja possível determinar o momento exacto em que houve aceitação da proposta, como o é no caso dos contratos comerciais que são precedidos por extensas negociações, não sendo possível identificar o momento em que ocorre a proposta e conseqüente aceitação. Por via da conduta das partes pode-se considerar o contrato como concluído.

Face ao exposto, podemos sempre considerar que o contrato foi concluído quando (i) houve proposta contratual e conseqüente aceitação por parte do destinatário, sendo facilmente identificáveis as duas declarações negociais, considerando-se o contrato celebrado nesse momento; ou (ii) quando houve um processo negocial intenso, no qual é dificilmente identificável o momento da aceitação da proposta contratual, considerando-se o contrato celebrado a partir do momento em que uma das partes contratuais, ou ambas, adopte uma conduta indiciadora de que foi celebrado o contrato.

Podemos ainda referir o artigo 2.1.14 dos Princípios *Unidroit*, que escapa ao previsto no artigo 232.º do CC na medida em que permite que as partes contraentes

⁷³ José Engrácia Antunes, *Direito ... cit*, p.137.

Os princípios do *Unidroit* no modelo de proposta-aceitação enquanto resposta à "crise" do modelo clássico de formação dos contratos

celebrem o contrato sem que, deliberadamente, tenham chegado a acordo quanto ao conteúdo de todas as cláusulas contratuais, podendo remeter a negociação das mesmas para o futuro, ou submeter a decisão ao arbítrio de terceiro. De acordo com o disposto nos Princípios *Unidroit*, desde que as partes tenham chegado a um consenso quanto ao conteúdo essencial do contrato, poderão deliberadamente deixar cláusulas por definir (como o será, por exemplo, nos contratos de longa duração as condições em que uma prestação futura será executada), sem prejuízo de o contrato se considerar validamente concluído. Os Princípios *Unidroit* vão mais longe ao prever que, ainda que as partes, após negociações futuras, não cheguem a qualquer consenso, ou o terceiro designado para definir os termos das cláusulas contratuais o não consiga fazer, o contrato não terá a sua validade colocada em questão. Nestes casos, as cláusulas omissas serão integradas de acordo com as disposições de integração de lacunas (“*gap-filling*”) previstas nos artigos 5.1 e seguintes e artigos 6.1 e seguintes dos Princípios *Unidroit*.

Devemos ainda salientar que, de acordo com o disposto no artigo 3.1.2 dos Princípios *Unidroit*, o mero acordo entre as partes contraentes é suficiente para a formação do contrato (bem como para a sua modificação ou cessação), não sendo exigido qualquer outro requisito.

II. Da Proposta

O processo de formação contratual previsto nos Princípios *Unidroit*, tal como no modelo legal clássico de formação dos contratos, tem o seu início com uma exteriorização da vontade de contratar através de uma declaração negocial que pode ser a proposta negocial.

Os Princípios *Unidroit*, no seu artigo 2.1.2, sob a epígrafe “*Definition of offer*”, adopta uma posição semelhante à do modelo legal clássico de formação dos contratos, quanto aos requisitos que uma declaração negocial deve reunir para ser considerada uma proposta, na medida em que “*The CISG follows the general rule of civil law systems, which requires that contracts, and by extension, offers contain the so-called essentialia negotii*” ⁽⁷⁴⁾. O referido artigo requer que uma declaração negocial seja “*sufficiently definite and indicates the intention of the offeror to be*

⁷⁴ Maria del Pilar Perales Viscasillas, in *The Formation of Contracts & the Principles of European Contract Law*, 2001, p. 8.

Os princípios do *Unidroit* no modelo de proposta-aceitação enquanto resposta à "crise" do modelo clássico de formação dos contratos

bound in case of acceptance"⁽⁷⁵⁾, i.e., que a declaração negocial seja firme ao demonstrar a vontade inequívoca do declarante em contratar, completa e precisa quanto ao seu conteúdo⁽⁷⁶⁾.

No âmbito do regime da proposta contratual, podemos referir que a principal alteração prevista pelos Princípios *Unidroit* face ao modelo legal clássico de formação dos contratos previsto no CC, está no âmbito da revogação da proposta contratual. O CC prevê, no seu artigo 230.º, n.ºs 1 e 2, como regime regra que, sem prejuízo de convencionalidade em sentido contrário, a proposta contratual torna-se irrevogável aquando da sua recepção por parte do destinatário, podendo o proponente, no limite, revogar a proposta contratual se a revogação for recebida pelo destinatário em simultâneo ou previamente à proposta contratual.

Por outro lado, prevê o artigo 2.1.4 dos Princípios *Unidroit*, que é possível ao proponente por termo à posição de sujeição jurídica face ao exercício do direito potestativo de aceitação por parte do destinatário, mediante o envio da sua retractação face à proposta contratual previamente enviada, desde que esta seja recebida pelo destinatário antes de este remeter a aceitação da proposta contratual. Desta forma, de acordo com os Princípios *Unidroit*, vigora a regra "*until the contract is concluded offers are as a rule revocable*"⁽⁷⁷⁾, i.e., é possível ao proponente revogar a sua proposta contratual, mediante comunicação dirigida ao destinatário, até ao momento da formação do contrato.

Apesar da solução apresentada pelos Princípios *Unidroit* representar nitidamente uma solução mais flexível e menos rígida para o proponente, do que o previsto no CC, uma vez que poderá alargar o prazo durante o qual este se pode retractar da proposta contratual apresentada e voltar atrás com a sua decisão de contratar. Porém, a solução apresentada é pouco certa, uma vez que o proponente dificilmente saberá com exactidão se ainda está, ou não, em situação de sujeição face ao direito potestativo do destinatário de aceitar a proposta.

⁷⁵ Cf. artigo 2.1.2 dos Princípios *Unidroit*.

⁷⁶ "*Whether a given offer meets this requirement cannot be established in general terms. Even essential terms, such as the precise description of the goods or the services to be delivered or rendered, the price to be paid for them, the time or place of performance, etc., may be left undetermined in the offer without necessarily rendering it insufficiently definite: all depends on whether or not the offeror by making the offer, and the offeree by accepting it, intend to enter into a binding agreement [...].*" in Princípios *Unidroit* Anotados, p. 36.

⁷⁷ Princípios *Unidroit* Anotados, p. 39.

Os princípios do *Unidroit* no modelo de proposta-aceitação enquanto resposta à "crise" do modelo clássico de formação dos contratos

III. Da Aceitação

É na declaração negocial de aceitação que podemos encontrar as maiores divergências entre o modelo legal clássico da formação dos contratos e o modelo de formação dos contratos previsto nos Princípios *Unidroit*.

Em oposição ao exposto quanto à declaração negocial da proposta contratual, onde encontramos um sistema quase idêntico entre o modelo legal clássico da formação dos contratos e o modelo de formação dos contratos previsto nos Princípios *Unidroit*, agora na declaração negocial de aceitação podemos afirmar que os Princípios *Unidroit* prevêm, para a formação dos contratos, um regime mais flexível, consensual e com maior concordância com a realidade socioeconómica na qual se insere a contratação comercial moderna.

i. Forma e Eficácia

A declaração negocial de aceitação, quanto à sua forma, de acordo com o artigo 2.1.6 dos Princípios *Unidroit*, poderá assumir a forma de declaração expressa, no sentido de exteriorizar a vontade de contratar de acordo com o plano contratual previsto na proposta contratual, sendo, desta forma, semelhante ao previsto no artigo 217.º do CC. Nesta primeira hipótese a declaração negocial de aceitação torna-se eficaz quando é conhecida pelo proponente, conforme previsto no n.º 2 do referido artigo, o que mais uma vez encontra paralelo com o previsto no artigo 224.º, n.º 1, do CC.

Contudo, os Princípios *Unidroit* vão mais longe no n.º 3 do referido artigo, ao prever a hipótese da declaração negocial de aceitação não assumir a forma expressa. Com esta disposição, os Princípios *Unidroit* visam aligeirar e facilitar a aceitação por parte do destinatário, na medida em que esta pode resumir-se à adopção de uma conduta pelo destinatário da oferta contratual, tornando-se a aceitação eficaz, e consequentemente o contrato formado, com a adopção da referida conduta sem necessidade de notificar o proponente. Ou seja, de acordo com a anotação aos Princípios *Unidroit*, a conduta adoptada pelo destinatário da oferta deverá consubstanciar actos de execução do contrato “*most often it will consist in acts of*

Os princípios do *Unidroit* no modelo de proposta-aceitação enquanto resposta à "crise" do modelo clássico de formação dos contratos

performance, such as the payment of an advance on the price, the shipment of goods or the beginning of work at the site, etc." (78)

ii. Aceitação Tardia

De acordo com o modelo legal clássico de formação dos contratos, tendo por base o artigo 229.º do CC, a declaração negocial de aceitação para ser eficaz tem de ser tempestiva - remetida durante a vigência da proposta contratual. Desta forma, a recepção tardia da declaração negocial de aceitação, i.e., após o termo de validade da proposta contratual, determina a não formação do contrato uma vez que a aceitação não é eficaz. Porém, conforme previsto no n.º 2 do referido artigo, se a declaração negocial de aceitação for emitida "*em tempo oportuno*", ou seja, durante o espaço temporal de vigência da proposta contratual, o proponente poderá considerar esta como eficaz, podendo igualmente considerar a mesma como não eficaz, devendo notificar o destinatário da proposta contratual sobre a não conclusão do contrato. Devemos ainda referir que, quando a declaração negocial de aceitação é emitida após a vigência da proposta contratual, pode "*ser interpretada como proposta formulada pelo destinatário da primeira proposta*" (79), ou seja, funciona como uma contraproposta, ficando pendente da aceitação do proponente inicial.

Os Princípios *Unidroit*, no seu artigo 2.1.9, prevêm, como regra geral, que a declaração de aceitação remetida intempestivamente é ineficaz e não determina a celebração do contrato. Contudo, encontramos duas exceções ao abrigo das quais a aceitação tardia poderá ser tida como eficaz. A primeira respeita aos casos em que a declaração de aceitação emitida após o termo da vigência da proposta contratual poderá sempre ser tida como eficaz pelo proponente, ficando este obrigado a comunicar ao destinatário da proposta contratual que o contrato foi concluído. Desta forma é conferido ao proponente o direito de, mantendo-se a vontade de contratar, concluir o contrato com base numa aceitação emitida após o termo da vigência da proposta contratual. Com base neste artigo, mantendo-se a vontade de contratar e existindo uma aceitação, ainda que tardia, a formação do contrato não está dependente de uma nova proposta contratual e conseqüente aceitação. A segunda exceção diz respeito aos casos em que o destinatário da proposta remeteu a declaração negocial de aceitação tempestivamente, mas esta por qualquer atraso na

⁷⁸ Princípios *Unidroit* Anotados, p. 43.

⁷⁹ Carlos Ferreira de Almeida, *Contratos ... cit*, p. 117.

Os princípios do *Unidroit* no modelo de proposta-aceitação enquanto resposta à "crise" do modelo clássico de formação dos contratos

transmissão chega tardiamente ao conhecimento do proponente, e que se não tivesse ocorrido o atraso na transmissão esta teria tempestivamente chegado ao conhecimento do proponente. Nesta segunda hipótese a declaração negocial é tida como eficaz, excepto se o proponente comunicar ao destinatário da proposta contratual que a declaração de aceitação chegou de forma intempestiva e como tal o contrato não se poderá ter como concluído.

iii. Aceitação com modificações

Segundo o modelo legal clássico da formação dos contratos, para que possa haver lugar à conclusão do contrato deverá haver um casamento perfeito entre a proposta contratual e a sua aceitação, que “*deve exprimir uma total e inequívoca concordância com o conteúdo da primeira*”⁽⁸⁰⁾. Ou seja, a declaração negocial de aceitação está vinculada à conformidade com os termos e conteúdo plasmados no plano contratual proposto pelo proponente. De acordo com o previsto no artigo 233.º do CC, a “*aceitação com aditamentos, limitações ou outras modificações*” consubstancia a rejeição da proposta contratual. Acrescenta ainda o Professor Carlos Ferreira de Almeida que a declaração negocial de aceitação “*não vale como aceitação, e sim como rejeição, se aditar, excluir ou modificar qualquer cláusula, incluindo condição e termo*”⁽⁸¹⁾. Sendo que a aceitação com modificações poderá, no melhor cenário, se reunir os pressupostos necessários da proposta contratual, consubstanciar uma contraproposta.

Os Princípios *Unidroit*, no seu artigo 2.1.11 (1), adoptam uma posição semelhante ao modelo legal clássico da formação dos contratos, ao prever que a aceitação com modificações à proposta contratual consubstancia a rejeição desta, mas constitui uma contraproposta à mesma, ficando assim dependente a formação do contrato da aceitação do proponente inicial.

Em contrapartida, o artigo 2.1.11 (2) segue um entendimento distinto, na medida em que, atendendo à vida comercial e às constantes alterações de circunstâncias de mercado que nesta se repercutem, é tida como declaração negocial de aceitação a resposta do destinatário que vise a aceitação da proposta contratual ainda que com aditamentos ou alterações aos termos iniciais da mesma, desde que as modificações

⁸⁰ José Engrácia Antunes, *Direito ... cit*, pp. 138-139.

⁸¹ Carlos Ferreira de Almeida, *Contratos ... cit*, p. 109.

Os princípios do *Unidroit* no modelo de proposta-aceitação enquanto resposta à "crise" do modelo clássico de formação dos contratos

da declaração negocial de aceitação não determinem a alteração material do conteúdo da proposta contratual. De acordo com as anotações aos Princípios *Unidroit* “a “material” modification cannot be determined in the abstract but will depend on the circumstances of each case.”⁽⁸²⁾, para aferir se as alterações introduzidas pela declaração negocial de aceitação determinam a alteração material da proposta contratual é necessário atender aos usos próprios de determinado sector económico, de forma a que não seja surpresa para o proponente a inclusão de tais termos no contrato através da declaração negocial de aceitação. Ainda que remetendo para a análise casuística das alterações introduzidas à proposta contratual por cada declaração de aceitação com modificações, as anotações aos Princípios *Unidroit* avançam que a alteração ou inclusão de determinadas cláusulas, como o preço, condições de pagamento, ou lugar e prazo do cumprimento, determinam, por regra, a alteração material da proposta contratual.

Neste sentido, sempre que a declaração negocial de aceitação implique a adição ou alteração dos termos da proposta contratual, mas não a alteração material da mesma, o contrato considera-se concluído nos termos plasmados na declaração negocial de aceitação⁽⁸³⁾. Salvo discordância total do proponente com as alterações introduzidas pela declaração negocial de aceitação, ainda que não alterem materialmente a proposta contratual, devendo neste caso comunicar ao destinatário a sua objecção à conclusão do contrato nos termos propostos pelo último.

iv. Cartas de Confirmação

A figura das cartas de confirmação (“*Writings in confirmation*”)⁽⁸⁴⁾, que surge prevista no artigo 2.1.12 dos Princípios *Unidroit*, não encontra paralelo no modelo legal clássico da formação dos contratos. Apesar de a figura das cartas de confirmação não constituir uma declaração negocial de aceitação, na medida em que apenas surge numa fase posterior à conclusão do contrato, é tratada juntamente com as disposições relativas à declaração negocial de aceitação, porque surge como uma

⁸² Princípios *Unidroit* Anotados, p. 50.

⁸³ “If the offeror does not so object, the terms of the contract are the terms of the offer with the modifications contained in the acceptance. This movement in the direction of permitting a contract to be created on the basis of agreement on essential terms” - Louis F. Del Duca, in *Implementation Of Contract Formation Statute Of Frauds, Parol Evidence, And Battle Of Forms Cisd Provisions In Civil And Common Law Countries*, Journal of Law and Commerce, 2005, p. 144.

⁸⁴ “Sending a confirmation letter following the conclusion of a contract is a common practice in international commercial transactions, as well as national transactions that take place between businessmen.” - Maria del Pilar Perales Viscasillas, in *The Formation... cit*, p. 21.

Os princípios do *Unidroit* no modelo de proposta-aceitação enquanto resposta à "crise" do modelo clássico de formação dos contratos

declaração negocial do destinatário da proposta que visa a confirmação do contrato anteriormente concluído, emitida num espaço de tempo razoável após a conclusão do contrato (o tempo durante o qual é válido o envio de cartas de confirmação poderá variar consoante a natureza do contrato celebrado, sendo que a carta expedida fora do tempo tido por razoável para determinado contrato não é considerada válida), mas introduz termos adicionais ao mesmo.

Os termos introduzidos pela carta de confirmação passarão a integrar plenamente o contrato anteriormente celebrado, excepto se estes alterarem materialmente o conteúdo do contrato, ou se o proponente se opuser à inserção dos mesmos no contrato, devendo para o efeito comunicar a sua objecção ao destinatário da proposta contratual.

As cartas de confirmação adoptam um regime semelhante ao da aceitação com modificações, sendo a principal distinção o momento em que cada uma das declarações é emitida, uma vez que a primeira é emitida após a conclusão do contrato e a segunda é emitida com vista à conclusão do contrato. Tal como relativamente ao previsto para a aceitação com modificações, as cartas de confirmação não poderão conter alterações que modifiquem materialmente o conteúdo do contrato, i.e., os elementos essenciais que dão corpo ao contrato (“*essentialia negotii*”). A substancialidade das alterações feitas ao contrato através de cartas de confirmação deverá ser analisada casuisticamente nos mesmos termos definidos para as alterações da aceitação com modificações definidos *supra*.

3. Princípio *Favor Contractus*

Em grande medida, o carácter inovador do modelo proposta-aceitação dos Princípios *Unidroit* deve-se ao facto de adoptar o princípio *favor contractus*, princípio este que não tem paralelo no ordenamento jurídico português.

O princípio *favor contractus* ⁽⁸⁵⁾ tem como corolário a manutenção do contrato, uma vez que a preservação da relação contratual, enquanto vontade das partes,

⁸⁵ “The principle aims at minimizing economic losses in case of partial nonperformance by upholding the effects of the valid parts of the contract to the maximum extent possible. Moreover, the CISG contains a comprehensive and carefully balanced system of contractual remedies for promoting cooperation between buyer and seller in addressing any lack of performance.” - Luca G. Castellani in *Promoting Uniform Law in Countries Influenced by Islamic Law The Example of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Journal of Human Rights and Civil Society, 2015, p. 27.

Os princípios do *Unidroit* no modelo de proposta-aceitação enquanto resposta à "crise" do modelo clássico de formação dos contratos

poderá originar mais vantagens para as mesmas do que a sua resolução ou não formação. Ou seja, perante uma situação onde seria necessário optar entre a não conclusão ou conclusão do contrato, deve-se sempre optar pela conclusão do contrato, ainda que os contraentes apenas tenham chegado a consenso em relação à base essencial do mesmo. Este princípio manifesta-se em vários dos artigos *supra* referidos dos Princípios *Unidroit*, como é o caso da formação do contrato por adopção de uma conduta concludente da conclusão do contrato, da aceitação tardia, da aceitação com modificações, ou das cláusulas contratuais deliberadamente abertas.

Desta forma, os Princípios *Unidroit* adoptam um modelo de formação contratual mais flexível, célere e que visa sempre a possível conclusão do contrato, desde que as partes estejam de acordo quando à base essencial do conteúdo do mesmo, prevendo vários mecanismos, quase sempre com recurso aos usos estabelecidos entre as próprias partes ⁽⁸⁶⁾ ou usos e práticas do mercado, para a resolução de matérias que as partes tenham deixado por regular, deliberadamente ou por omissão, no corpo do contrato. Prevendo ainda outros mecanismos para a integração de cláusulas omissas ao contrato, como é o caso (i) do artigo 5.1.6, sob a epígrafe “*Determination of quality of performance*”, relativamente à qualidade da prestação (por exemplo a gama do bem a entregar); (ii) o artigo 5.1.7 que, sob a epígrafe “*Price determination*”, quando a referência ao preço seja omissa no contrato, as partes deverão, em primeira análise, guiar-se pelo preço geralmente cobrado em contratos, dentro da mesma actividade comercial, celebrados em circunstâncias semelhantes ⁽⁸⁷⁾; (iii) ou os artigos 6.1.1, sob a epígrafe “*Time of performance*”, e 6.1.6, sob a epígrafe “*Place of performance*”, que estabelecem, respectivamente, o prazo e o lugar para o cumprimento da prestação.

⁸⁶ “A practice established between the parties to a particular contract is automatically binding, except where the parties have expressly excluded its application.” Princípios *Unidroit* Anotados, p. 24.

⁸⁷ Artigo 5.1.7, (1), dos Princípios *Unidroit*: “[...] price generally charged at the time of the conclusion of the contract for such performance in comparable circumstances in the trade concerned or, if no such price is available, to a reasonable price.”

Os princípios do *Unidroit* no modelo de proposta-aceitação enquanto resposta à "crise" do modelo clássico de formação dos contratos

4. Súmula

No que concerne à formação dos contratos comerciais, podemos constatar que existem dois modelos de formação contratual que poderão ser tidos como aplicáveis aos contratos comerciais: o modelo legal clássico da formação dos contratos e o modelo de formação dos contratos previsto nos Princípios *Unidroit*.

Ainda que as linhas basilares de ambos os modelos de formação dos contratos sejam semelhantes, uma vez que ambos têm por base o modelo proposta-aceitação, estamos perante dois modelos de formação dos contratos em nada confundíveis.

Por um lado, o modelo legal clássico da formação dos contratos, tal como previsto no CC, consagra um modelo de formação contratual excessivamente rígido e estanque, cuja aplicabilidade à formação dos contratos comerciais é se foi tornando desapropriada, uma vez que este não satisfaz as exigências da actual contratação comercial.

Por outro lado, o modelo de formação dos contratos previsto nos Princípios *Unidroit*, ainda que tendo por base o modelo de formação contratual de proposta-aceitação, responde melhor às necessidades da contratação comercial moderna, na medida em que prevê um sistema de formação contratual que, ao não exigir para a conclusão do contrato a negociação exaustiva, nem o acordo substancial relativamente a todas as cláusulas contratuais, permite que não seja perdido o "timing" económico durante o qual a formação do contrato é útil para as partes.

Acresce que, numa contratação comercial moderna, marcada pela ascensão da empresa enquanto "*mercator*" moderno, a possibilidade de concluir contratos sem preencher todos os requisitos formais e de substância, sem prejuízo de virem a ser preenchidos posteriormente, exigidos pelo modelo clássico da formação dos contratos, permite que as empresas, cuja actividade contratual é feita muitas vezes de forma massificada, confiem na conclusão do contrato e, como tal, moldem as suas condutas de acordo com o mesmo, ainda que apenas tenham acordado em relação à sua base essencial.

Ou seja, no que concerne ao processo de formação dos contratos comerciais, o modelo de formação contratual previsto nos Princípios *Unidroit*, permite que

Os princípios do *Unidroit* no modelo de proposta-aceitação enquanto resposta à "crise" do modelo clássico de formação dos contratos

prevaleça a vontade das partes em detrimento da verificação dos formalismos e rigidez associados ao modelo legal clássico da formação dos contratos.

Ora vejamos, no caso da recepção tardia da declaração de aceitação, enquanto o modelo legal clássico da formação dos contratos dispõe que “o negócio não se conclui em caso algum, quer isso corresponda ou não à vontade do autor da proposta.”⁽⁸⁸⁾. O modelo de formação dos contratos previsto nos Princípios *Unidroit*, confere ao autor da proposta contratual o direito de considerar a declaração de aceitação como eficaz, mediante comunicação ao destinatário da proposta contratual da conclusão do contrato. Ou seja, é permitido às partes, se for essa a sua vontade, atribuir eficácia à declaração de aceitação intempestivamente remetida e concluir determinado contrato, sem necessidade de prolongar as negociações com a emissão de uma nova proposta contratual. A solução conferida pelos Princípios *Unidroit* permite acautelar não só os interesses do autor da proposta contratual, ao prever uma solução célere para a celebração do contrato, dispensando a formulação de nova proposta contratual, como também acautela os interesses do destinatário da proposta contratual ao permitir que a declaração negocial de aceitação, enquanto manifestação da vontade de celebrar o contrato, ainda que intempestiva, seja considerada eficaz.

Encontramos na aceitação com modificações outro exemplo elucidativo da maior capacidade do modelo de formação dos contratos previsto nos Princípios *Unidroit* responder às necessidades da contratação comercial moderna. Enquanto o modelo legal clássico da formação dos contratos exige o casamento perfeito entre a proposta contratual e a sua aceitação para a formação do contrato, sendo a aceitação com modificações tida como rejeição da proposta contratual (ou contraproposta cf. *supra* referido). O modelo de formação dos contratos previsto nos Princípios *Unidroit* valora a aceitação com modificações, desde que as alterações não determinem a alteração material do conteúdo da proposta contratual, enquanto declaração de aceitação. Desta forma, mais uma vez, podemos constatar que modelo de formação dos contratos previsto nos Princípios *Unidroit* acautela o interesse de das partes, na medida em que todas manifestaram a vontade de contratar, obtiveram acordo quanto ao conteúdo essencial do mesmo, e como tal a declaração de

⁸⁸ Maria Ângela Bento Soares e Rui Manuel Moura Ramos, *Contratos Internacionais – Compra e Venda, Cláusulas Penais, Arbitragem*, Almedina, 1986, p. 58.

Os princípios do *Unidroit* no modelo de proposta-aceitação enquanto resposta à "crise" do modelo clássico de formação dos contratos

aceitação que não altere o núcleo essencial do contrato determina a conclusão do contrato. Sem prejuízo de ser permitido ao autor da proposta contratual manifestar, mediante comunicação ao destinatário, a sua objecção à conclusão do contrato nos termos propostos pelo último. Esta solução permite evitar a prolação do processo negocial e a formação célere do contrato, sem ser necessário elaborar e enviar uma nova proposta contratual.

VI

Conclusões

1. Adoptando plenamente a tese defendida pelo Professor Engrácia Antunes, podemos constatar que o modelo legal clássico da formação dos contratos previsto no CC, aplicável tanto aos contratos civis como aos contratos comerciais, consagra um modelo de formação contratual excessivamente rígido, demasiado formal, e uniforme, submetendo a formação dos contratos a um consenso perfeito entre duas declarações negociais, a proposta e a sua consequente aceitação.

2. A contratação comercial moderna fruto da globalização e massificação dos mercados, ascensão da empresa, entre outros elementos, integra uma realidade socioeconómica que tem consequências jurídicas na formação dos contratos. Estas consequências jurídicas manifestam-se quer pela alteração dos sujeitos intervenientes na própria contratação comercial (máxime, a ascensão da empresa), quer pela emergência de novos requisitos intrínsecos à conclusão dos contratos que permitem os actuais *mercatores* acompanharem as referidas alterações socioeconómicas.

3. O modelo legal clássico de formação dos contratos, tal como previsto no CC, não tem correspondência com as actuais exigências da contratação comercial moderna para a conclusão dos contratos, como o são a celeridade, informalidade ou flexibilidade.

4. Sendo o modelo clássico da formação dos contratos aplicável à formação dos contratos comerciais e não tendo este correspondência com as actuais exigências próprias da contratação comercial, podemos, com recurso à terminologia empregue pelo Professor Engrácia Antunes, afirmar que o modelo legal clássico da formação dos contratos enfrenta uma "crise", por falta de correspondência entre o mecanismos previstos para a conclusão dos contratos com a realidade da contratação comercial moderna.

5. Do núcleo das fontes de Direito da contratação comercial podemos destacar a autonomia privada (não só enquanto principal fonte da contratação comercial mas também um princípio dominante em toda a matéria da formação dos contratos) e a *lex mercatoria*, enquanto manifestação dos usos, práticas e princípios autónomos que regem as relações entre comerciantes.

6. Os Princípios *Unidroit*, não só enquanto manifestação na *lex mercatoria*, mas também enquanto *soft law*, i.e., desprovidos de imperatividade, foram

Os princípios do *Unidroit* no modelo de proposta-aceitação enquanto resposta à "crise" do modelo clássico de formação dos contratos

concebidos primordialmente com o objectivo de unificar, harmonizar e regular os contratos comerciais internacionais.

7. Os Princípios *Unidroit* podem (e devem) ser tidos enquanto paradigma a seguir pelos legisladores nacionais para a actualização dos respectivos modelos de formação dos contratos comerciais, bem como as regras gerais de formação dos contratos

8. Com a análise dos Princípios *Unidroit*, em particular dos artigos 2.1 e seguintes, encontramos um modelo de formação dos contratos que, tendo por base o modelo proposta-aceitação, assenta no princípio *favor contratus*, dando sempre prevalência à formação e manutenção da relação contratual entre as partes, se esta for a vontade das mesmas, em detrimento da não conclusão do contrato devido a aspectos formais, ou a não correspondência perfeita entre a proposta contratual e a sua aceitação.

9. Desta forma, encontramos nos Princípios *Unidroit* um modelo de formação dos contratos edificado sobre o modelo de proposta-aceitação, tal como o modelo legal clássico da formação dos contratos previsto no CC, porém mais informal e flexível.

10. A flexibilidade e informalidade do modelo de formação contratual previsto nos Princípios *Unidroit* são especialmente acentuadas na declaração negocial de aceitação, permitindo que prevaleça a vontade das partes na conclusão do contrato sobre os requisitos de eficácia, validade ou coincidência total entre as duas declarações negociais.

11. Características estas que, entre outras *supra* referidas, nos permitem afirmar que o modelo de formação dos contratos consagrado nos Princípios *Unidroit* tem maior correspondência com a actualidade socioeconómica na qual se insere a contratação comercial moderna, conferido às partes o poder de concluir o contrato de forma célere, tendo apenas acordado o conteúdo essencial do mesmo, ou por adopção de uma conduta concludente em detrimento da declaração de aceitação formal.

12. Em conclusão, o modelo de formação dos contratos previsto no *Unidroit* constitui um modelo moderno de formação dos contratos, devendo ser tido em consideração, no âmbito dos contratos comerciais, enquanto alternativa ao modelo legal clássico de formação dos contratos, em particular pelas inovações introduzidas no modelo proposta-aceitação, podendo assim contribuir para pôr fim à "crise" do modelo legal clássico da formação dos contratos.

Os princípios do *Unidroit* no modelo de proposta-aceitação enquanto resposta à "crise" do modelo clássico de formação dos contratos

VII

Bibliografia

CASTELLANI, Luca G., *Promoting Uniform Law in Countries Influenced by Islamic Law The Example of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, *Journal of Human Rights and Civil Society*, 2015.

DUCA, Louis F. Del, *Implementation Of Contract Formation Statute Of Frauds, Parol Evidence, And Battle Of Forms Cisd Provisions In Civil And Common Law Countries*, *Journal of Law and Commerce*, 2005.

ENGRÁCIA ANTUNES, José, *Direito dos Contratos Comerciais*, Almedina, 2009.

ENGRÁCIA ANTUNES, José, *Estudos Dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, volume II, *Direito e Justiça*, 2011.

ENGRÁCIA ANTUNES, José, *Contratos Comerciais - Noções Fundamentais*, *Direito e Justiça*, Lisboa, 2007.

FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos, *Contratos I*, 5.^a edição, Almedina, 2013.

FONTAINE, Marcel, *The Role of the UNIDROIT Principles in Harmonizing Rules of Contract Law, The Protection Project Journal of Human Rights and Civil Society*, 2015.

GALVÃO TELLES, Inocêncio, *Manual dos Contratos em Geral*, 3.^a edição, Lex, 1965.

MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado de Direito Civil Português – Vol. I – Parte Geral, Tomo I*, 3.^a Edição, Almedina, 2005.

MENEZES CORDEIRO, António, *Direito Comercial*, Almedina, 3.^a edição, 2012.

MONTEIRO FERNANDES, António, *A empresa – perspectiva jurídica*, in *Enciclopédia PÓLIS*, vol. II., cols. 928-934.

Os princípios do *Unidroit* no modelo de proposta-aceitação enquanto resposta à "crise" do modelo clássico de formação dos contratos

MORAIS DE CARVALHO, Jorge, *Os Contratos de Consumo - Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2011.

OLAVO, Fernando, *Direito Comercial*, vol. 1, 2.^a edição, Coimbra Editora, 1978.

OLAVO CUNHA, Paulo, *Lições de Direito Comercial*, Almedina, Lisboa, 2010.

PAIS DE VASCONCELOS, Pedro, *Teoria Geral do Direito Civil*, 7^a ed., Almedina, 2012.

PERILLO, Joseph M., *Unidroit Principles of International Commercial Contracts: The Black Letter Text and a Review*, Fordham Law Review 281.

RAMOS, Rui Manuel Moura, *Contratos Internacionais – Compra e Venda, Cláusulas Penais, Arbitragem*, Almedina, 1986.

SCHMITTHOFF, Clive Maximilian, *Clive M. Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law*, 1988.

SOARES, Maria Ângela Bento, *Contratos Internacionais – Compra e Venda, Cláusulas Penais, Arbitragem*, Almedina, 1986.

VISCASILLAS, Maria del Pilar Perales, *The Formation of Contracts & the Principles of European Contract Law*, 2001.