

A UNIFICAÇÃO DO DIREITO DOS CONTRATOS EM ÁFRICA: SEU SENTIDO E LIMITES*

Dário Moura Vicente

Professor da Faculdade de Direito de Lisboa

Sumário

- I. Introdução.
- II. O anteprojecto de Acto Uniforme da OHADA sobre o Direito dos Contratos.
- III. Justificação jurídico-económica da unificação internacional do Direito dos Contratos.
- IV. Limites à unificação internacional do Direito dos Contratos:
 - a) Necessidade;
 - b) Legitimidade;
 - c) Viabilidade.
- V. A unificação do Direito Internacional Privado dos contratos como alternativa.

* Conferência proferida em Bissau, em 22 de Março de 2006, nas *Comemorações do 15.º Aniversário da Faculdade de Direito de Bissau*.

I

Introdução

É bem sabido que a África não logrou até hoje unificar os seus sistemas jurídicos nacionais, pese embora a existência entre estes de importantes traços de união, decorrentes quer de certos valores comuns aos Direitos tradicionais que neles vigoram, quer de iniciativas recentes tendo em vista a harmonização e a uniformização das legislações estaduais.

Entre essas iniciativas sobressaem as que têm sido promovidas sob a égide da Organização Para a Harmonização do Direito dos Negócios em África (OHADA) no domínio do Direito dos Contratos¹. Constituem expressões delas, por exemplo, os Actos Uniformes sobre o Direito Comercial Geral (no qual se inclui o regime da venda mercantil), o transporte rodoviário de mercadorias e a organização das garantias, os quais se encontram já em vigor nos Estados membros daquela organização, incluindo a Guiné-Bissau². Está, por outro lado, em preparação um Acto Uniforme sobre o Direito dos Contratos, de que existe um anteprojecto elaborado em 2004, entretanto distribuído aos Estados membros da OHADA para que sobre ele se pronunciassem³.

¹ A OHADA foi instituída pelo Tratado de Port-Louis (Maurícias), de 17 de Outubro de 1993, cujo texto se encontra disponível em <http://www.ohada.com>. Dela são membros: a República do Benim, o Burkina Faso, a República dos Camarões, a República Centro-Africana, a República Islâmica das Comores, a República do Congo, a República da Costa do Marfim, a República do Gabão, a República da Guiné, a República da Guiné-Bissau, a República da Guiné Equatorial, a República do Mali, a República do Níger, a República do Senegal, a República do Chade e a República do Togo.

² Vide a respectiva tradução oficial em língua portuguesa no *Boletim Oficial da República da Guiné-Bissau*, de 22 e 23 de Setembro de 2005.

³ Cfr. *Acte Uniforme OHADA sur le droit des contrats. Avant-projet*, s.l., 2004.

É neste contexto que se colocam duas questões sobre as quais nos iremos debruçar na presente exposição:

- Até onde devem levar-se os esforços de harmonização e unificação do Direito dos Contratos em África?
- Devem os Actos Uniformes da OHADA sobre esta matéria substituir os Direitos dos Estados Membros ou de alguma sorte coexistir com eles?

II

O anteprojecto de Acto Uniforme da OHADA sobre o Direito dos Contratos

Antes, porém, de examinarmos *ex professo* essas questões, importa explicitar a referência acima feita ao anteprojecto de Acto Uniforme da OHADA sobre o Direito dos Contratos.

Trata-se de um texto elaborado por Marcel Fontaine, Professor emérito da Universidade de Lovaina, que surge na sequência de uma deliberação tomada em 2001 pelo Conselho de Ministros da OHADA, a qual inscreveu o regime jurídico dos contratos em geral no programa da harmonização do Direito dos Negócios em África a empreender por esta organização.

Segundo informa a *Nota Explicativa* desse texto⁴, a fim de que pudesse ser preparado um anteprojecto de Acto Uniforme sobre o Direito dos Contratos, o

⁴ Cfr. Marcel Fontaine, *Acte Uniforme OHADA sur le droit des contrats. Note explicative à l'avant-projet*, Roma, 2004, parcialmente reproduzida em Marcel Fontaine, «Le projet d'Acte uniforme OHADA sur les contrats et les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international», *Uniform Law Review/ Revue de Droit Uniforme*, 2004, pp. 253 ss.

Conselho de Ministros da OHADA solicitou ao Secretariado Permanente desta organização que estabelecesse contactos com Instituto Internacional Para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT). Este, por seu turno, incumbiu o mencionado autor de elaborar o anteprojecto em causa, tomando como modelo os *Princípios Unidroit Sobre os Contratos Comerciais Internacionais*⁵.

O relator do anteprojecto procurou, consoante declara na referida *Nota Explicativa*⁶, afastar-se o menos possível dos *Princípios Unidroit*. Assim sucedeu, de facto. Com a ressalva, porém, de um ponto, aliás fulcral: o âmbito de aplicação do futuro Acto Uniforme. Este deverá, em seu entender, aplicar-se:

- Quer aos contratos comerciais, quer aos civis;
- Tanto aos contratos internacionais como aos puramente internos; e
- Quer as partes o escolham, quer nada estipulem a respeito do Direito aplicável (podendo todavia ser afastado por elas: o Acto terá, nesta medida, carácter subsidiário).

Significa isto que um instrumento jurídico, como os *Princípios Unidroit*, concebido para os contratos comerciais internacionais e destinado a aplicar-se apenas quando as partes o escolham, se vê atribuído neste anteprojecto um âmbito de aplicação muitíssimo mais vasto: contém-se nele o futuro regime comum dos contratos civis e comerciais nos Estados membros da OHADA. É,

⁵ Cfr. International Institute for the Unification of Private Law, *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, Roma, 1.^a ed., 1994; 2.^a ed., 2004, disponível em <http://www.unidroit.org> (existe tradução portuguesa, publicada pelo Ministério da Justiça, com o título *Princípios relativos aos Contratos Comerciais Internacionais*, Lisboa, 2000). Para um comentário, veja-se Michael Joachim Bonell, «UNIDROIT Principles 2004 – The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law», *Uniform Law Review/Revue de Droit Uniforme*, 2004, pp. 5 ss.

⁶ Cfr. est. cit., p. 7.

pois, evidente o impacto que este instrumento normativo terá nesses Estados, caso venha a ser efectivamente adoptado.

Parece inequívoco, por outro lado, que dele resultarão modificações não despiciendas no regime dos contratos presentemente em vigor nos Estados membros da OHADA, cujos Direitos relevam, como se sabe, de tradições jurídicas muito diferenciadas: a lusófona, no caso da Guiné-Bissau; a espanhola, no da Guiné Equatorial; a de *Common Law* (ao menos em parte), pelo que respeita aos Camarões; e a francófona, quanto aos demais países.

Tais modificações não serão porventura muito significativas no caso da Guiné-Bissau, visto que em múltiplos aspectos o anteprojecto consagra soluções já acolhidas no actual Direito guineense. Estão neste caso os princípios, naquele texto consignados, da autonomia privada (art. 1/1⁷), da liberdade de forma (art. 1/3, n.º 1⁸), da boa fé (art. 1/6, n.º 1⁹), da formação do contrato por mero efeito de acordo entre as partes (art. 2/1¹⁰), da revisão do contrato por alteração de circunstâncias que modifique o equilíbrio contratual (art. 6/24¹¹) e da susceptibilidade de resolução extrajudicial do contrato por incumprimento essencial por uma das partes das obrigações dele emergentes (art. 7/13, n.º 1¹²).

⁷ «Sous réserve de l'article 3/1, les parties sont libres de conclure un contrat et d'en fixer le contenu».

⁸ «Le présent Acte Uniforme n'impose pas que le contrat, la déclaration ou tout autre acte soit conclu sous une forme particulière».

⁹ «Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi».

¹⁰ «Le contrat se conclut soit par l'acceptation d'une offre soit par un comportement des parties qui indique suffisamment leur accord».

¹¹ «1) En cas de bouleversement des circonstances, la partie lésée peut demander l'ouverture de négociations [...]. 4) Le tribunal qui conclut à l'existence d'un cas de bouleversement des circonstances peut, s'il estime raisonnable: a) mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe; ou b) adapter le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations».

¹² «Une partie peut résoudre le contrat s'il y a inexécution essentielle de la part de l'autre partie».

Outro tanto não pode, todavia, dizer-se a respeito dos países francófonos que integram a OHADA, onde a modificação do contrato por alteração de circunstâncias e a resolução extrajudicial dele são rejeitadas no domínio do Direito Privado, sendo além disso exigida uma causa lícita como elemento constitutivo do contrato¹³.

Por outro lado, nos sistemas jurídicos de *Common Law* exige-se em princípio, também como elemento constitutivo do contrato, a denominada *consideration*, ou seja, uma contrapartida negociada da prestação prometida por cada uma das partes; o que exclui a eficácia das promessas gratuitas, salvo quando consignadas num instrumento formal (*deed*). Além disso, a boa fé é neles rejeitada como princípio reitor da negociação e conclusão dos contratos e como fundamento de imputação dos danos causados por uma das partes à outra *ex culpa in contrahendo*¹⁴.

Mesmo em relação ao Direito guineense não pode deixar de notar-se, como diferença de tomo entre ele e o anteprojecto, a ausência neste de qualquer previsão expressa da execução específica em caso de incumprimento das obrigações emergentes do contrato, que os arts. 827.º e seguintes do Código Civil da Guiné-Bissau consagram.

III

Justificação jurídico-económica da unificação internacional do Direito dos Contratos

¹³ Cfr. sobre esse requisito, por último, Muriel Fabre-Magnan, *Les obligations*, Paris, 2004, pp. 360 ss.

¹⁴ Cfr. J. Beatson, *Anson's Law of Contract*, 27.ª ed., Oxford, 1998, pp. 65 ss., 88 ss. e 292 ss.

A esta luz, tem interesse perguntar pela justificação jurídico-económica da unificação internacional do Direito dos Contratos que o referido Anteprojecto visa implementar.

Neste particular a aludida *Nota Justificativa* é muito escassa: apenas se faz nela uma sucinta referência à «mundialização» (ou «globalização») da economia e à necessidade de atrair os investidores estrangeiros¹⁵.

Na União Europeia, onde o assunto foi amplamente debatido a propósito do projecto, de certo modo paralelo, de um Código Civil Europeu (que entretanto deu lugar à intenção, de alcance consideravelmente mais limitado, de elaborar um *Quadro Comum de Referência* em matéria contratual¹⁶), invocou-se, em especial, que a integração dos mercados reclama um regime contratual comum, que assegure a igualdade de condições entre os concorrentes¹⁷.

Com efeito, disse-se, as disparidades dos regimes jurídicos vigentes quanto aos prazos de garantia dos bens vendidos, à responsabilidade por defeitos dos bens ou serviços prestados, à admissibilidade de certas cláusulas contratuais gerais, etc., geram em benefício de alguns dos agentes económicos que actuam no mercado único vantagens competitivas não justificadas; haveria, pois, que suprimi-las através da unificação do Direito dos Contratos.

¹⁵ Est. cit., p. 6.

¹⁶ Veja-se o Plano de Acção da Comissão Europeia, intitulado *Maior Coerência no Direito Europeu dos Contratos*, in *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, n.º C 63, de 15 de Março de 2003, pp. 1 ss. (n.ºs 59 e 60).

¹⁷ Ver, sobre o ponto, o nosso estudo «Um Código Civil para a Europa? Algumas reflexões», in *Direito Internacional Privado. Ensaios*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 7 ss., e a bibliografia aí citada.

Por outro lado, da diversidade dos Direitos nacionais resultariam custos acrescidos para as empresas (decorrentes, v.g., das diligências necessárias a fim de apurar o teor do Direito dos países para onde estas exportam os seus produtos e serviços), assim como alguma insegurança nas transacções comerciais, pelo que essa diversidade constituiria uma *barreira não alfandegária* ao comércio transfronteiras, que deveria ser eliminada.

A harmonização e a uniformização jurídicas seriam, em suma, instrumentais relativamente aos objectivos visados pela integração económica regional.

Na medida em que nos Estados membros da OHADA se encontra também em curso um processo de integração económica e monetária¹⁸, corporizado designadamente na União Económica e Monetária Oeste-Africana (UEMOA)¹⁹, os argumentos referidos poderiam aparentemente ser também aduzidos em abono da almejada unificação do Direito dos Contratos em África²⁰.

IV

Limites à unificação internacional do Direito dos Contratos

¹⁸ Sobre o ponto, vejam-se os estudos coligidos no *Boletim da Faculdade de Direito de Bissau*, n.º 6 (Junho 2004) e suplemento (Dezembro 2004), com o título *A integração regional e a uniformização do Direito dos Negócios em África*.

¹⁹ Criada pelo Tratado de Dakar, de 10 de Janeiro de 1994, cujo texto se encontra disponível em <http://www.uemoa.int>. São partes desta organização: o Benim, o Burkina Faso, a Costa do Marfim, a Guiné-Bissau, o Mali, o Níger, o Senegal e o Togo.

²⁰ Veja-se, sobre o ponto, Félix Onana Etoundi, «Les Principes d'UNIDROIT et la sécurité juridique des transactions commerciales dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats», *Uniform Law Review/Revue de Droit Uniforme*, 2005, pp. 683 ss.

Mas será efectivamente assim? Poderá, nomeadamente, afirmar-se que a unificação do Direito dos Contratos é necessária a fim de assegurar a integração económica regional em África? E será ela legítima à luz dos princípios que norteiam a OHADA e a actividade dos legisladores dos seus Estados membros? Será, por fim, essa unificação viável, atentas as diferenças que subsistem entre os Direitos dos Estados que a compõem?

Estas as questões – que, aliás, se podem colocar a respeito da generalidade das iniciativas de harmonização e unificação dos Direitos nacionais – para as quais ensaiaremos agora uma resposta.

a) Necessidade

Pode, desde logo, duvidar-se de que a integração económica regional realmente exija um Direito uniforme dos contratos.

A dúvida resulta, nomeadamente, da circunstância de em certos países onde existe um mercado único (como o Reino Unido, os Estados Unidos da América e o Canadá) vigorarem diferentes sistemas jurídicos locais, válidos para outras tantas parcelas do território nacional (razão por que os ordenamentos jurídicos desses países se dizem *complexos*, ou *plurilegislativos*, na terminologia do art. 20.º do Código Civil), sem que isso contenda com o regular funcionamento daquele mercado.

A experiência desses países revela, na verdade, que, a fim de assegurar a paridade dos concorrentes e a livre circulação de produtos e serviços num

mercado onde coexistem diferentes ordenamentos jurídicos locais, é bastante o preenchimento de três condições principais.

Por um lado, é necessário que se proceda a uma harmonização mínima de legislações, que sujeite os agentes económicos que intervêm no mercado único à observância de certos deveres de conduta (por exemplo, a prestação aos consumidores de certas informações nos preliminares e na formação dos contratos, em ordem a remediar as assimetrias de informação que no âmbito desses contratos frequentemente ocorrem, e a abstenção das práticas que impeçam, restrinjam ou falseiem a concorrência).

Por outro lado, importa assegurar a possibilidade de escolha pelos agentes económicos que transaccionem produtos ou serviços no mercado único da lei aplicável aos contratos por si celebrados e às questões com estes conexas, mormente a responsabilidade pelo respectivo incumprimento ou cumprimento defeituoso, por forma que esses sujeitos possam conhecer antecipadamente qual a extensão provável das responsabilidades em que incorrem e quais os riscos económicos associados à actividade que se propõem levar a cabo²¹.

Finalmente, há que prever a aplicação, a título subsidiário, das normas de Direito Público e Privado vigentes no lugar da sede, do estabelecimento ou da residência habitual do fornecedor desses produtos ou serviços (*hoc sensu*, a sua *lex originis*), assegurando concomitantemente o reconhecimento mútuo das regulamentações nacionais sobre o exercício de actividades económicas, em ordem a que os produtos e serviços postos a circular licitamente naquele país

²¹ Possibilidade essa que o Direito da OHADA já consagra, ao estabelecer, no art. 15.º do Acto Uniforme sobre a arbitragem: «Os árbitros decidem o mérito da causa em conformidade com as regras de Direito designadas pelas partes [...]».

possam entrar no território dos demais países que integram o mercado único, sem perderem as vantagens competitivas de que desfrutam.

Se e na medida em que o preenchimento destas condições efectivamente assegure a livre circulação de mercadorias e serviços em determinado espaço geográfico, torna-se ocioso, como é evidente, promover uma unificação do Direito dos Contratos.

b) Legitimidade

Mas não é só a necessidade de unificação do Direito dos Contratos que é questionável: também a sua legitimidade pode ser posta em causa.

Desde logo, porque a unificação dos Direitos nacionais conflitua inevitavelmente com a desejável preservação do pluralismo jurídico e cultural. A diversidade dos Direitos é, com efeito, inerente à pluralidade de culturas – i. é, à pluralidade dos costumes e das instituições que constituem a herança social da comunidade – e à diversa valoração dos mesmos problemas nos diferentes sistemas jurídicos locais²². Ora, a pluralidade de culturas deve ser preservada, mesmo em espaços geopolíticos e económicos unificados, sob pena de se suprimir a própria identidade nacional dos países que os integram.

Acresce que o pluralismo das legislações nacionais é o garante da adequação do Direito às necessidades reais da sociedade em que este se destina a vigorar, bem como ao sentimento ético-jurídico dos seus destinatários, e, por esta

²² Reconhece-o, na doutrina portuguesa, António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil português*, I, *Parte geral*, tomo I, 3.^a ed., Coimbra, 2005, p. 45, para quem «o Direito privado corresponde à expressão cultural mais profunda de cada sociedade».

via, da própria eficácia dele. A fim de ser uma realidade viva, o Direito tem, com efeito, de reflectir a *alma* da sociedade que pretende conformar normativamente; de contrário, é por ela repellido. Em África, por exemplo, a tradição de oralidade em matéria contratual encontra-se estreitamente ligada à circunstância de muitas pessoas, incluindo os comerciantes, não dominarem a expressão escrita. A imposição neste continente da observância de forma escrita na conclusão dos contratos, à imagem do que sucede nos Direitos europeus no tocante a muitos tipos contratuais, destinar-se-ia, por isso, com toda a probabilidade, a ficar letra morta.

A concorrência entre diferentes modelos de regulação jurídica dos mesmos problemas sociais («*regulatory competition*») é, por outro lado, desejável na medida em que favorece a adaptação do Direito às necessidades da vida e a correcção de eventuais erros legislativos, constituindo por isso um factor de progresso do Direito. A diversidade dos Direitos nacionais é, dito de outro modo, fonte de eficiência. Em contrapartida, a uniformização desses Direitos tem associados certos custos (inerentes, v.g., à adaptação do Direito não uniformizado, à formação dos juristas, à tradução de textos legais, etc.), que podem exceder qualquer benefício económico que dela se pretenda retirar²³.

²³ Cfr., sobre o ponto, Claus Canaris, «Theorienrezeption und Theorienstruktur», in *Wege zum japanischen Recht. Festschrift für Zentaro Kitagawa*, Berlim, 1992, pp. 59 ss. (especialmente pp. 93 s.). Vejam-se ainda, perfilhando o pensamento fundamental expresso no texto: Hein Kötz, «Rechtsvereinheitlichung – Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele», *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1986, pp. 1 ss.; Paul B. Stephan, «The Futility of Unification and Harmonization in International Commercial Law», *Virginia Journal of International Law*, 1999, pp. 788 ss.; Rodolfo Sacco, «La diversità nel diritto (a proposito dei problemi di unificazione)», *Rivista di Diritto Civile*, 2000, pp. 15 ss. (pp. 21 s.); e Horatia Muir Watt, «The Challenge of Market Integration for European Conflicts Theory», in Arthur Hartkamp e outros (orgs.), *Towards a European Civil Code*, 3.^a ed., Nijmegen, 2004, pp. 191 ss. (pp. 197 s.).

O pluralismo jurídico é, pelo exposto, um bem em si mesmo. Só assim se compreende, de resto, que a OHADA se haja constituído como organização dirigida à *harmonização* dos Direitos dos seus Estados membros, e não à sua *unificação*: estatutariamente, a OHADA não visa suprimir a diversidade das legislações nacionais, mas tão-só aproximá-las umas das outras²⁴. O que envolve a admissão de que os regimes jurídicos vigentes nos Estados membros em matéria contratual podem permanecer diversos uns dos outros, cabendo a cada um desses Estados reconhecer os regimes jurídicos estabelecidos pelos demais; e de que pertence aos contraentes a faculdade de escolherem, dentre esses regimes, o ou os que, em cada caso, melhor se adaptem às suas necessidades específicas.

c) Viabilidade

A própria viabilidade de uma unificação integral do Direito dos Contratos é duvidosa, pois muitas das diferenças que separam os sistemas jurídicos nacionais neste domínio não relevam meramente da técnica jurídica, antes radicam em factores metajurídicos, que o legislador é por si só incapaz de superar.

Assim, por exemplo, nos países africanos onde o islamismo é a religião dominante a regra da *Xaria* que proíbe a usura²⁵ é maioritariamente interpretada no sentido de que proscreeve também a cobrança de juros (*riba*). Tal a razão por

²⁴ Haja vista ao art. 1.º do Tratado da OHADA, segundo o qual: «O presente Tratado tem por objecto a harmonização do direito dos negócios nos Estados partes, através da elaboração e adopção de regras comuns modernas e adaptadas à situação das respectivas economias [...]».

²⁵ Corão, versículos 2:276, 2:277, 3:131 e 30:40.

que esta figura não é admitida, pelo menos entre muçulmanos, no Direito de vários desses países²⁶. Assim sendo, uma disposição que preveja o pagamento de juros em caso de mora no cumprimento de uma obrigação pecuniária (como o art. 7/27 do *Anteprojecto Fontaine*²⁷) é de duvidosa aceitação por uma parte dos seus potenciais destinatários.

Outro tanto pode dizer-se da imputação de danos com base na denominada *culpa in contrahendo*. O princípio da boa fé nos preliminares e na formação dos contratos, em que se funda este instituto, bem como os deveres acessórios de conduta que dele se retiram, não têm acolhimento nos sistemas jurídicos que integram a família de *Common Law*²⁸. Mesmo nos sistemas francófonos a sua aceitação é mais restrita do que, v.g., em Portugal ou na Alemanha. No anteprojecto de Acto Uniforme da OHADA sobre o Direito dos Contratos tentou-se, é certo, um compromisso a este respeito. Dele constitui expressão o disposto no art. 2/15²⁹. Mas o que aí se diz fica aquém, por exemplo, do actual Direito guineense, pois apenas se sanciona expressamente nesse preceito o chamado *recesso intencional*, nada se estabelecendo a respeito de outras formas de rompimento das negociações contratuais que, em face do disposto no art. 227.º do Código Civil da Guiné-Bissau, podem também dar lugar à obrigação de

²⁶ Veja-se, por exemplo, o art. 870 do Código das Obrigações e Contratos de Marrocos, segundo o qual: «Entre musulmans, la stipulation d'intérêt est nulle et rend nul le contrat, soit qu'elle soit expresse, soit qu'elle prenne la forme d'un présent ou autre avantage fait au prêteur ou à toute autre personne interposée».

²⁷ Cujo n.º 1 dispõe: «En cas de non-paiement d'une somme d'argent à l'échéance, le créancier a droit aux intérêts de cette somme entre l'échéance et la date du paiement, qu'il y ait ou non exonération».

²⁸ Ver, sobre esta matéria, os nossos estudos *Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado*, Coimbra, 2001, pp. 290 ss., e «A formação dos contratos internacionais», in *Direito Internacional Privado. Ensaios*, vol. II, Coimbra, 2005, pp. 117 ss., ambos com mais referências.

²⁹ Nos termos do qual: «1) Les parties sont libres de négocier et ne peuvent être tenues pour responsables si elles ne parviennent pas à un accord. 2) Toutefois, la partie qui, dans la conduite ou la rupture des négociations, agit de mauvaise foi est responsable du préjudice qu'elle cause à l'autre partie. 3) Est, notamment, de mauvaise foi la partie qui entame ou poursuit des négociations sachant qu'elle n'a pas l'intention de parvenir à un accord».

indemnizar. E tão-pouco se esclarece no anteprojecto se a indemnização devida abrange tão-só o denominado interesse contratual negativo ou também o interesse contratual positivo, como é hoje entendimento dominante em alguns países. O referido compromisso não espelha, por isso, uma solução comum aos Estados membros da OHADA.

V

A unificação do Direito Internacional Privado dos contratos como alternativa

Resulta do exposto que, a nosso ver, a contemporânea globalização da economia não reclama a unificação dos Direitos nacionais, nem a ela conduz necessariamente, antes coloca em evidência a importância – diríamos mesmo: a inelutabilidade – do *pluralismo jurídico*.

Este último assume hoje particular relevância em África, dada a coexistência em muitos países africanos – para não dizer em todos eles – de diferentes sistemas jurídicos locais e pessoais; e também em virtude da diversidade de meios pelos quais o Direito neles é criado e se dá a conhecer, entre os quais se incluem frequentemente, além da lei (em parte recebida das potências coloniais e noutra de fonte autónoma, posterior às independências nacionais), os costumes vigentes nas comunidades tradicionais e fontes religiosas observadas, *v.g.*, nos países e territórios islamizados.

O reconhecimento desse pluralismo constitui actualmente uma necessidade social incontornável³⁰. Fê-lo, por exemplo, o legislador moçambicano, ao dispor no art. 4.º da Constituição de 2004: «*O Estado reconhece os vários sistemas normativos e de resolução de conflitos que coexistem na sociedade moçambicana, na medida em que não contrariem os valores e princípios fundamentais da Constituição*».

Mas se o pluralismo jurídico é reconhecido na ordem interna, como recusá-lo na esfera internacional?

Eis por que, a nosso ver, haverá que encontrar no quadro da OHADA um ponto de equilíbrio entre a desejável *unidade* e a irrefutável *diversidade* dos Direitos dos seus Estados membros. Importa, é certo, eliminar entraves desnecessários à circulação de pessoas e bens e ao investimento estrangeiro, bem como promover a certeza do Direito e a segurança nas relações jurídicas plurilocalizadas. Mas sem que isso leve os sistemas jurídicos nacionais a perderem a sua individualidade própria e a descaracterizarem-se.

A *unidade na diversidade*, que assim se preconiza, postula uma regulação do regime jurídico dos contratos que assegure, ao mesmo tempo, a coexistência das diferentes tradições jurídicas nacionais e a fluidez do tráfico jurídico, particularmente daquele que se processa através das fronteiras.

Neste quadro, a uniformização do Direito dos Contratos deverá constituir, a nosso ver, a *ultima ratio*. Não raro bastarão, em ordem a garantir a integração económica, além de uma harmonização mínima de legislações, a consagração da

³⁰ Neste sentido se pronuncia também Charles Ntampaka, *Introduction aux systèmes juridiques africains*, Namur, 2004, pp. 169 s.

liberdade de escolha pelos contraentes da lei aplicável às obrigações contratuais e a competência subsidiária da lei do fornecedor dos produtos ou serviços devidos nos termos do contrato – o mesmo é dizer, serão suficientes regras comuns de Direito Internacional Privado, que não de Direito material.

Coordenação dos Direitos contratuais nacionais, por via dessas regras, e não a sua uniformização – eis, em suma, a solução preferível para assegurar a livre circulação de mercadorias e serviços através das fronteiras.

O que significa que, a ser adoptado um Acto Uniforme da OHADA em matéria de contratos, este deveria – à imagem dos *Princípios Unidroit* em que se inspirou o anteprojecto aqui examinado – cingir-se aos contratos comerciais internacionais e ser de aplicação facultativa, aplicando-se apenas quando as partes o escolhessem.