

CRISE E ALTERAÇÃO DE CIRCUNSTÂNCIAS: AS LIÇÕES DO DIREITO COMPARADO*

危機與情事變更：比較法的啟示

Crises and changed circumstances: Lessons from Comparative Law

Dário Moura Vicente

Professor Catedrático, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa

Professor Adjunto, Faculdade de Direito, Universidade de Macau

Resumo: Examinam-se neste estudo, à luz do Direito Comparado, os problemas postos quanto à regulação dos contratos pelos ciclos económicos e em especial pelos períodos de crise que os integram. Coloca-se em evidência a este respeito a diversidade das respostas dadas à questão dos efeitos da alteração das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar pelas tradições jurídicas de *Civil* e *Common Law*, bem como pelo recente Código Civil chinês. Analisam-se também os mecanismos pelos quais as partes nos contratos internacionais podem acautelar-se relativamente a essa diversidade de respostas. Cura-se por fim do papel que podem ser chamados a desempenhar neste contexto

* O presente texto corresponde, com pequenos desenvolvimentos, à conferência proferida pelo autor em 18 de Novembro de 2024 durante uma estadia na Faculdade de Direito da Universidade de Macau como *University of Macau Distinguished Visiting Scholar*. Agradece-se ao Centro de Estudos Jurídicos da Faculdade o apoio concedido na recolha da bibliografia relativa ao Direito de Macau e à Fundação Rui Cunha o acolhimento do evento nas suas instalações.

dois instrumentos do Direito Internacional Privado: a atribuição de efeitos a normas internacionalmente imperativas e a reserva de ordem pública internacional.

Palavras-chave: Alteração de circunstâncias; autonomia privada; ciclos económicos; conflitos de leis; crises; Direito Comparado; normas internacionalmente imperativas; ordem pública internacional.

摘要：本文以比較法的視角，探討在經濟週期，特別是危機時期下，契約調整所面臨的法律問題。文章聚焦於不同法系對於情事變更影響契約效力的處理方式，尤其比較了大陸法系與普通法系在此問題上的制度差異，以及中國《民法典》近年來的回應與創新。

文中亦分析國際契約當事人面對上述差異時，如何透過契約設計機制（如情事變更條款、不可抗力條款）以預先防範或調整風險，確保契約穩定性與執行力。

最後，本文關注在此脈絡中，國際私法中的兩項重要工具所可能發揮的作用：一是對具有國際強制性規範所賦予的效力；二是國際公共秩序保留機制的適用，及其對跨境契約秩序與合法性的保障功能。

關鍵詞：情事變更；私人自治；經濟週期；法律衝突；危機；比較法；國際強制性規範；國際公共秩序。

Abstract: This study examines, from a Comparative Law perspective, the problems posed by the regulation of contracts in the context of economic cycles and, in particular, of the periods of crisis that integrate them. The diversity of responses given to the issue of the effect of a change in the circumstances on which the parties based their decision to contract by the Civil and Common Law legal traditions, as well as by the recent Chinese Civil Code, is highlighted in this regard. The mechanisms by which parties to international contracts can protect themselves against this diversity of responses are also analysed. Finally, the role that two instruments of Private International Law can play in this context is examined: the attribution of effects to overriding mandatory rules and the public policy clause.

Keywords: Changed circumstances; comparative law; conflict of laws; economic cycles; crises; party autonomy; overriding mandatory rules; public policy.

I – Os ciclos económicos e o fenómeno das crises

1. A ciência económica formulou há muito o conceito de ciclo económico, consistente nas flutuações que a médio e longo prazo se verificam na atividade económica e que se caracterizam por períodos de crescimento alternados com outros de estagnação ou crise¹. Portugal conheceu nos últimos 50 anos pelo menos seis ciclos dessa natureza²:

a) De 1976 a 1984, um primeiro ciclo, com crescimento de 1976 a 1983 e recessão em 1983 e 1984 causada pela subida do preço do petróleo após a crise do Irão e pelo programa de ajustamento do Fundo Monetário Internacional;

b) De 1986 a 1993, um segundo ciclo, com crescimento de 1985 a 1992 e recessão em 1992 e 1993 causada por nova subida do preço do petróleo devida à Guerra do Golfo e à subida das taxas de juro associada à reunificação alemã;

c) De 1995 a 2003, um terceiro ciclo, com crescimento de 1995 a 2002 e recessão em 2002-2003 causada por fatores internos, ligados sobretudo às novas regras orçamentais impostas pela adesão à moeda única europeia, que limitavam o défice do orçamento geral do Estado a 3% do produto interno bruto;

d) De 2004 a 2013, um quarto ciclo, com crescimento de 2004 a 2008 e recessão em 2008 e 2009 causada pela crise financeira norte-americana do *subprime* e a quebra no comércio internacional que lhe esteve associada e novamente recessão de 2010 a 2013, associada à crise das dívidas soberanas que afetou vários países da zona Euro e ao resgate pela *Troika* constituída pelo Banco Central Europeu, o Fundo Monetário Internacional e a União Europeia;

e) De 2013 a 2020, um quinto ciclo, com crescimento do final de 2013 a 2019 e recessão em 2019 e 2020 em resultado da pandemia da COVID-19; e

f) De 2021 em diante, um sexto ciclo, caracterizado até à data por um moderado crescimento económico.

II – O impacto das crises económicas sobre os contratos

2. As sucessivas crises económicas acima referidas atingiram severamente muitos contratos. Ilustrá-lo-emos com alguns exemplos extraídos da jurisprudência portuguesa recente:

1 Cfr. JOSEPH SCHUMPETER, *Business Cycles: A Theoretical, Historical, and Statistical Analysis of the Capitalist Process*, Londres, 1939.

2 Cfr. RICARDO REIS, PEDRO BAÇÃO, ISABEL HORTA CORREIA, NUNO VALÉRIO, JOSE VAREJÃO, JOSÉ TAVARES, LUÍS AGUIAR-CONRARIA e JOSÉ ALBERTO FERREIRA, *Crises na Economia Portuguesa: de 1910 a 2022*, Lisboa, 2023.

a) É celebrado um contrato de concessão integrado em parceria público-privada entre o Estado e consórcio internacional para a construção e exploração de uma autoestrada. Com a redução do número de utentes motivada pela crise de 2010-2013, as receitas do consórcio situam-se muito abaixo do previsto no «caso-base» do contrato. O consórcio reclama perante um tribunal arbitral a revisão das contrapartidas financeiras devidas pelo Estado, alegando que se rompeu o equilíbrio financeiro da concessão, e a condenação daquele no pagamento de uma indemnização correspondente às receitas perdidas na exploração da concessão.

b) É constituído um Fundo de Capital de Risco com a participação de investidores de diversos países. Devido à crise económica de 2010-2013, o Fundo enfrenta dificuldades em encontrar empresas em que pudesse investir e financiamentos bancários disponíveis para o efeito. Alguns investimentos já feitos perdem valor. Os investidores receiam que não seja possível obter o retorno do capital investido dentro do calendário previsto. Recusam-se, com fundamento na alteração de circunstâncias, a satisfazer as chamadas de capital efetuadas nos termos do regulamento do Fundo pela respetiva sociedade gestora. Esta demanda-os perante um tribunal arbitral, alegando a ocorrência de incumprimento contratual e exigindo a sua exclusão do Fundo, bem como a perda das unidades de participação por eles subscritas.

c) Um grupo de empresas de transportes públicos com um alto grau de endividamento celebra com um banco estrangeiro um conjunto de contratos de *swap* de taxas de juro, pelos quais as partes trocam entre si as quantias representativas de juros vencidos às taxas Libor e Euribor sobre um capital de referência pelas quantias correspondentes à aplicação ao mesmo capital de uma taxa de juro fixa acrescida de um *spread*. Procuram assim as empresas salvaguardar-se contra a subida das referidas taxas de juro. Em consequência da crise do *suprime*, as taxas Libor e Euribor descem acentuadamente a partir de 2008 e aproximam-se do zero. Os *swaps* revelam-se ruinosos para as empresas, as quais ficam sujeitas a pagamentos muito superiores aos que deveriam normalmente efetuar. As empresas invocam a alteração anormal das circunstâncias em que fundaram a decisão de contratar e reclamam a revisão pelo tribunal desses contratos.

d) É celebrado um contrato de arrendamento relativo a uma fração autónoma de um edifício, destinando-se o locado ao alojamento de turistas. A arrendatária deixa a dada altura de pagar as rendas, motivo pelo qual, através de notificação judicial avulsa, o senhorio resolve o contrato, pedindo a entrega do locado e o pagamento das rendas em atraso. A arrendatária opõe-se, alegando que deixou de pagar as rendas em razão da crise da COVID-19, pois a sua atividade foi afetada pela inexistência de turistas, passando a apresentar prejuízos. Invoca ainda, com fundamento em alteração superveniente das circunstâncias, a ilicitude da resolução do contrato operada pelo senhorio, concluindo pela subsistência do contrato com

dispensa de pagamento das rendas no período de inatividade devida à pandemia.

III – A diversidade das respostas dos sistemas jurídicos nacionais

3. Em todos estes casos, e noutros que se poderiam referir a este propósito³, os tribunais portugueses viram-se confrontados com a invocação por uma das partes da alteração de circunstâncias decorrente de uma crise económica. Suscitou-se em consequência disso, designadamente, a questão saber se esses tribunais deveriam modificar ou resolver os contratos *sub judicio*. Esta questão revelou-se particularmente delicada, além do mais, porque a sucessão de ciclos económicos de expansão e recessão se tornou mais frequente nos últimos anos e, por isso, em certa medida previsível.

Em Portugal, a questão em apreço encontra-se regulada, como é sabido, no art. 437.º do Código Civil⁴, que corresponde ao art. 431.º do Código Civil de Macau. Em face destes preceitos, é necessário, para que se possa determinar a resolução ou modificação do contrato, que a alteração de circunstâncias em causa seja anormal e imprevisível: por exemplo, uma desvalorização abrupta da moeda, a subida vertiginosa do preço de uma matéria-prima ou a queda inesperada de taxas de juro. Requer-se, além disso, que essa alteração envolva lesão para uma das partes, quer porque a prestação que lhe compete realizar se tornou excessivamente onerosa, quer porque a contraprestação da outra parte perdeu valor. A alteração deve ainda ser de ordem tal que a exigência, nesse contexto, das obrigações assumidas pela parte lesada afete gravemente os ditames da boa-fé. Por fim, não deve tal alteração estar coberta pelos riscos próprios do contrato, *v.g.*, porque o contrato é aleatório ou visa cobrir precisamente o risco da verificação do evento em causa⁵.

O primeiro destes requisitos levanta a questão de saber em que medida os períodos de recessão integrados em ciclos económicos podem ter-se como anormais e imprevisíveis. Em economias de mercado abertas ao exterior, como são as de Portugal e de Macau, pode dizer-se que eles são hoje, dentro de certos parâmetros, normais e previsíveis – assim como o são, a partir de certo momento, as suas consequências relativamente aos contratos que hajam de executar-se num

3 Veja-se, para um levantamento da jurisprudência portuguesa sobre o tema, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, A crise e a alteração das circunstâncias, in *Revista de Direito Civil*, 2016, pp. 7 ss.

4 Cujo anteprojecto se deve a ADRIANO VAZ SERRA: cfr. Resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 68 (1957), pp. 293 ss.

5 Cfr., para uma síntese recente deste regime, com mais referências doutrinárias, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (coord.), *Código Civil Comentado*, vol. II, Coimbra, 2021, pp. 270 ss.

contexto recessivo. Não pode, assim, dar-se como adquirido aquele requisito por uma alteração de circunstâncias se achar associada a uma situação de crise económica ou financeira. Sublinhou-o o Supremo Tribunal de Justiça português, ao declarar, em acórdão de 23 de janeiro de 2013⁶, o seguinte:

«Nas situações de crise, a alteração relevante carece ainda de ser anormal, requisito ligado à imprevisibilidade, pois que, sendo a alteração normal, as partes poderiam tê-la previsto e acautelado, na conclusão do contrato, as suas consequências, pelo que as alterações da taxa de juro e de esforço na concessão de empréstimo bancário pagamento do preço do contrato prometido, o desemprego e a desvalorização da moeda são insuscetíveis de preencher tal requisito.»

Daqui que vários arestos dos tribunais superiores portugueses hajam decidido que certas situações de crise não preenchem os pressupostos do art. 437.º do Código Civil. Neste sentido afirma-se por exemplo no acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 22 de novembro de 2018⁷:

«Para que a crise económica possa constituir uma situação excecional no sentido de ser qualificada como alteração das circunstâncias para relevar para efeitos de alteração do contrato é necessário que essa crise fosse de todo imprevisível para as partes contratantes e que quem invoca tal alteração prove que a sua concreta atividade económica foi afetada pela crise económica geral.»

No caso que constituiu o objeto deste acórdão, quando a parte demandante assumiu no contrato em causa a posição de promitente compradora e entregou à demandada certa quantia para reforço de um sinal, já a crise financeira de 2008-2009 se fazia sentir em Portugal. Por isso sublinhou o Tribunal que «embora a crise económica possa constituir uma situação excecional no sentido de ser qualificada como alteração das circunstâncias, para relevar para efeitos de alteração do contrato nos termos pretendidos pela Autora/Recorrente era necessário que essa crise fosse de todo imprevisível para as partes contratantes». Na espécie, a Autora fundara a sua decisão de contratar, segundo se apurou, com conhecimento do quadro de recessão em que se encontrava a economia mundial e que afetava Portugal,

6 Proc. 1117/10.9TVLSB.P1.S1.

7 Proc. 477/17.5T8BGC.G1.

provocando dificuldades no financiamento externo da economia portuguesa e na concessão de crédito bancário, o que por sua vez implicou uma diminuição acentuada na aquisição de imóveis. A invocação da alteração de circunstâncias constituiria por isso, segundo o tribunal, um abuso de direito.

Mas a ocorrência de ciclos económicos com duração mais ou menos regular, que a história económica documenta, não exclui que certos períodos de recessão ou crise possam revelar-se inusitadamente longos, gravosos ou inesperados. Foi, para alguns, o que aconteceu com a crise desencadeada em 2007 nos Estados Unidos da América, que apenas teve paralelo com a de 1929⁸. Uma crise económica com essas características, aliás não antecipada pelos estudiosos da macroeconomia⁹, que não esteja abrangida pelos riscos próprios do contrato, pode assim constituir uma alteração de circunstâncias relevante para os efeitos do disposto na citada disposição do Código Civil.

Outro tanto pode dizer-se da crise desencadeada pela pandemia da COVID-19¹⁰. O Supremo Tribunal de Justiça português qualificou-a, em acórdão de 1 de maio de 2023, como uma *grande alteração das circunstâncias* geradora da necessidade de uma «reconformação do quadro em que se desenvolve a generalidade das relações jurídicas de carácter patrimonial». Embora seja desejável, para o mesmo tribunal, que essa reconformação ocorra por via legislativa, sempre que não exista diploma legal específico é admissível, para aquele efeito, «o recurso a disposições e princípios de carácter geral como o artigo 437.º do CC e o princípio da boa-fé»¹¹.

Não basta, em todo o caso, a ocorrência de uma crise a fim de se desencadear os efeitos previstos nesse preceito. É necessário, como observou o mesmo Supremo Tribunal num acórdão de 10 de janeiro de 2013¹², que haja «uma correlação direta e demonstrada factualmente nos autos entre a crise económica geral e a atividade económica concreta de determinado agente para que se possa falar de uma alteração anormal das circunstâncias».

Na mesma senda, um acórdão do Tribunal de Última Instância de Macau

8 Cfr. RICARDO REIS e outros, *Crises na Economia Portuguesa*, cit., pp. 59 ss.

9 Assim ROGER E. BACKHOUSE, *The Penguin History of Economics*, 2.ª ed, Londres, 2023, p. 406.

10 Neste sentido, na doutrina portuguesa, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *A alteração das circunstâncias à luz do Covid-19. Teses e reflexões para um diálogo*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 2020, pp. 153 ss.

11 Proc. 1455/21.SYLPRT.L1.S1. Na espécie, o Supremo confirmou o acórdão recorrido, em que a Relação de Lisboa decidira existir fundamento, ao abrigo do art. 437.º do Código Civil, para a modificação de um contrato de arrendamento, posto que tão-só no que respeitava ao prazo de pagamento das rendas e aos juros devidos por rendas vencidas e não pagas.

12 Proc. 1387/11.

de 5 de dezembro de 2018¹³ negou que a crise económica asiática iniciada em 1997 e traduzida em Macau numa baixa dos valores do imobiliário, tivesse tido impacto direto na concessão de um terreno para a instalação nele de uma unidade fabril destinada à exploração de cabos de fibra ótica, a realizar pela própria concessionária. Rejeitou por isso o referido tribunal a relevância dessa crise no não aproveitamento de uma concessão do terreno no prazo contratual.

4. Noutros sistemas jurídicos, deparamos hoje com soluções em larga medida análogas às que se extraem dos Direitos português e de Macau¹⁴.

Na Alemanha, o Código Civil de 1896 rejeitou, é certo, a teoria da imprevisão formulada por Windscheid no século XIX, por força da qual as partes apenas se vinculariam na medida em que se mantivesse a realidade existente no momento da contratação. Nesse sentido jogou o pensamento liberal prevalecente no final do século XIX e a estrita vinculação ao contrato por ele postulada. Contribuiu também para o efeito a confiança dos legisladores da época na estabilidade da economia. Essa confiança viria, porém, a ser posta em causa com a crise económica alemã do I pós-guerra, que levou a jurisprudência a resgatar a teoria da pressuposição sob a égide da ideia de «base do negócio» (*Geschäftsgrundlage*).

A matéria foi revisitada pelo legislador alemão aquando da Modernização do Direito das Obrigações de 2002, impulsionada sobretudo por Claus Canaris¹⁵, através da qual se corrigiu a solução adotada em 1896¹⁶. Dispõe a este respeito atualmente o § 313 do Código Civil alemão¹⁷:

«(1) Quando as circunstâncias que constituíram a base do contrato se houverem alterado gravemente depois da conclusão deste, e se as partes não o tivessem concluído ou o tivessem concluído com outro conteúdo caso tivessem previsto essa alteração, pode ser exigida a adaptação do contrato, desde que, tendo em conta todas as circunstâncias do caso concreto, em especial a repartição

13 Proc. 88/2018.

14 Retomam-se e atualizam-se aqui, à luz de diversos desenvolvimentos normativos entretanto ocorridos, as reflexões anteriormente expendidas no nosso estudo A crise económica mundial e os contratos internacionais, publicado na Revista de Direito Civil, 2017, pp. 599 ss.

15 Ver, deste autor, Schuldrechtsmodernisierung 2002, Munique, 2002, e, na doutrina portuguesa, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Da modernização do Direito Civil, vol. I, Coimbra, 2004.

16 Assim, FINKENAUER, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, vol. 3, Schuldrecht – Allgemeiner Teil II, 9.^a ed, Munique, 2022, § 313, n.m. 27.

17 A tradução deste preceito legal, tal como as demais que se seguem no texto, é da responsabilidade do autor.

contratual ou legal do risco, não seja exigível a uma das partes a vinculação ao contrato inalterado.

(2) É equiparada a uma alteração de circunstâncias a situação em que se revelem erradas representações essenciais que tenham estado na base do contrato.

(3) Quando a adaptação do contrato não seja possível ou exigível a uma das partes, pode a parte lesada resolver o contrato. Nas relações obrigacionais duradouras, opera o direito de denúncia em lugar do direito de resolução.»

Entre esta disposição e as que lhe correspondem nos Direitos portugueses e de Macau observam-se duas diferenças de tomo.

Por um lado, enquanto que a norma alemã estabelece como requisito da adaptação, resolução ou denúncia do contrato que as partes o não tivessem concluído ou o tivessem concluído com outro conteúdo caso tivessem previsto a alteração das circunstâncias, remetendo assim o julgador nesta matéria para a determinação da *vontade hipotética* das partes (ainda que esta haja de ser determinada, na falta de outros elementos, do ponto de vista de uma pessoa razoável colocada numa situação comparável), as regras homólogas dos sistemas lusófonos em referência reclamam um *juízo objetivo* sobre a contrariedade aos princípios da boa-fé da exigência pelo credor, nesse contexto, do cumprimento das obrigações assumidas pela parte lesada.

Por outro lado, ao passo que o § 313 estabelece uma hierarquização entre a adaptação do contrato e a sua resolução ou denúncia, dando clara preferência à primeira – tida como mais conforme aos princípios da fidelidade ao contrato e da segurança no tráfego¹⁸ –, na medida em que só quando a adaptação do contrato não for possível ou exigível à parte lesada pode esta resolver ou denunciar o contrato, o art. 437.º do Código português e o art. 431.º do Código de Macau conferem a essa parte a faculdade de, em alternativa, requerer a resolução ou a modificação do contrato, posto que a parte contrária se possa opor à resolução, declarando aceitar a modificação¹⁹.

O que significa que, requerida pelo demandante a resolução do *ope judicis*

18 Cfr., neste sentido, JÖRG NEUNER, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13.^a ed., Munique, 2023, p. 522. Para uma apreciação crítica, vide, porém, FINKENAUER, Münchener Kommentar, cit., n. m. 102 s., sublinhando a singularidade da solução alemã em termos comparativos.

19 Solução que NUNO PINTO DE OLIVEIRA caracteriza como de «alternatividade imperfeita»: cfr. Em tema de alteração das circunstâncias: a prioridade da adaptação/modificação sobre a resolução do contrato, in Elsa Sequeira Vaz/Fernando Oliveira e Sá (coords.), Edição comemorativa do cinquentenário do Código Civil, Lisboa, 2017, pp. 255 ss.

do contrato, se a outra parte não se lhe opuser é essa, em princípio, perante os Direitos português e de Macau, a consequência da alteração de circunstâncias, não podendo o tribunal substituir-se ao demandado na opção pela modificação do contrato²⁰. A dúvida sobre como deve o tribunal proceder em face dos dois termos da referida alternativa apenas se suscita, assim, quando as partes estejam em desacordo quanto à consequência da alteração de circunstâncias no caso concreto. Nessa eventualidade, caberá ao tribunal optar pela resolução se, em face da alteração de circunstâncias, o contrato tiver «perdido a sua razão de ser ou não possa restabelecer-se um equilíbrio justo»; não sendo assim, «deverá salvar-se o contrato através da revisão do seu conteúdo com base em juízos de equidade»²¹. O que é conforme com a ideia de aproveitamento dos negócios jurídicos, ou *favor negotii*, que aflora em diversos preceitos dos Códigos Cíveis de Portugal e Macau.

Não faltam aplicações do § 313 do Código alemão a situações de alteração de circunstâncias como as acima referidas. No acórdão de 12 de janeiro de 2022²², por exemplo, o Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof*) decidiu que a pandemia da COVID-19 afetara, na espécie, a «grande base do negócio», tomada como «a expectativa das partes contratantes de que as condições fundamentais de enquadramento político, económico e social de um contrato não se alterarão em resultado de uma revolução, guerra, expulsão, hiperinflação ou catástrofe (natural) e de que a existência social não será abalada». O encerramento de uma empresa devido a uma medida governamental de combate à pandemia não dispensaria o arrendatário de instalações utilizadas para fins comerciais do pagamento das rendas, mas o mesmo teria, em princípio, o direito a um ajustamento da renda devido à perturbação da base do negócio, nos termos do n.º 1 daquele preceito do Código.

5. Em França, o Código Civil de 1804 foi dominado pelo pensamento individualista e liberal prevalecente na época em que foi concebido, fundamentalmente avesso à distribuição do risco de alterações imprevistas de circunstâncias entre os contraentes.

Nos termos do art. 1134 desse Código, «[o]s acordos legalmente celebrados valem como lei entre aqueles que os concluíram. Só podem ser revogados por mútuo consentimento ou pelos motivos previstos na lei». Em razão deste preceito, apenas se admitia em França, até recentemente, a aplicação da teoria da imprevisão (*imprévision*) aos contratos públicos. Os contratos de Direito Privado não podiam,

20 Neste sentido, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, Código Civil anotado, vol. I, 4.ª ed., Coimbra, 1987, p. 414.

21 Assim ALMEIDA COSTA, Direito das Obrigações, Coimbra, 11.ª ed., Coimbra, 2010, p. 348.

22 ECLI:DE:BGH:2022:120122UXIIZR8.21.0.

pois, ser revistos nem resolvidos por alteração de circunstâncias²³: «*Contracter c'est prévoir. Le contrat est une emprise sur l'avenir*»²⁴.

A reforma francesa do Direito dos Contratos e do Regime Geral das Obrigações de 2016, preparada por uma comissão dirigida por François Terré, acolheu, porém, a doutrina da imprevisão quanto aos contratos civis no Código Civil²⁵. O Direito francês aproximou-se assim, também neste ponto, do Direito alemão contemporâneo²⁶. Estabelece agora a este respeito o art. 1195 daquele Código:

«Se uma alteração de circunstâncias imprevisível aquando da conclusão do contrato tornar a sua execução excessivamente onerosa para uma parte que não teria aceitado assumir o respetivo risco, esta pode pedir uma renegociação do contrato ao seu cocontratante. Ela continua a executar as suas obrigações durante a renegociação. Em caso de recusa ou de fracasso da negociação, as partes podem convencionar a resolução do contrato, na data e nas condições que determinarem, ou pedir de comum acordo ao juiz que proceda à sua adaptação. Na falta de acordo num prazo razoável, pode o juiz, a pedido de uma parte, rever o contrato ou pôr-lhe termo, na data e nas condições que fixar.»

De novo deparamos aqui com diferenças significativas relativamente aos regimes português e macaense: a relevância dada à renegociação do contrato, que esses regimes não contemplam expressamente (posto que, como se verá, tão-pouco o excluam); e a ausência de qualquer hierarquia entre a revisão e a resolução do contrato, entre as quais há assim na lei francesa, aparentemente, uma relação de alternatividade.

A ausência, porém, de elementos suficientes para o tribunal avaliar as modificações requeridas por uma das partes ao estipulado no contrato pode levá-lo a preferir a respetiva resolução. Foi o que sucedeu, por exemplo, no

23 Cfr. JEAN CARBONNIER, Droit civil, vol. II, Les biens. Les obligations, Paris, 2004, pp. 2172 s.

24 *Sic*, GEORGES RIPERT, La règle morale dans les obligations civiles, 4.^a ed., Paris, 1949, p. 151.

25 Cfr. PHILIPPE CHAUVIRÉ (org.), La réforme du droit des contrats: du projet à l'ordonnance, Paris, 2016 ; MURIEL FABRE-MAGNAN, Droit des obligations, vol. I, 4.^a ed., Paris, 2016, pp. 554 ss.

26 Sobre o tema, veja-se, por último, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Direito das obrigações no século XXI: convergência francoalemã?, in DÁRIO MOURA VICENTE *et al.* (orgs.), Tradição e globalização. Experiências Africanas, Brasileiras e Europeias, Coimbra, 2024, pp. 19 ss. (pp. 46 ss.).

acórdão do Tribunal de Comércio de Paris de 14 de dezembro de 2022²⁷, em que este determinou a resolução de um contrato relativo a um fornecimento de mosaicos de cerâmica cuja execução se havia tornado excessivamente onerosa para o fornecedor, em razão do aumento extraordinário dos preços da energia (superior a 300%) utilizada no seu fabrico decorrente da pandemia da COVID-19 e do conflito russo-ucraniano. A demandante solicitara em juízo, na sequência de uma renegociação falhada do contrato, o aumento dos preços contratuais dos produtos por si devidos e, subsidiariamente, a resolução do contrato. O tribunal optou, todavia, pela resolução, aduzindo para tanto não dispor das informações necessárias para avaliar o mérito das alterações tarifárias propostas pela demandante.

6. Na China, a Lei dos Contratos de 1999 não previa a alteração de circunstâncias como fundamento de resolução ou modificação dos contratos. Porém, o Supremo Tribunal Popular reconheceu a doutrina em 2009 na *Interpretação II sobre a Aplicação da Lei dos Contratos*²⁸. E voltou a admiti-la em 2020 nas *Diretrizes sobre a Pandemia da COVID-19*²⁹.

O problema foi regulado legislativamente no Código Civil aprovado pela Comissão Permanente do Congresso Nacional Popular em 2020. Consigna-se a este respeito no art. 533 do Código³⁰:

27 Proc. 2022033136.

28 Cfr. Interpretations of the Supreme People's Court on Certain Issues Concerning the Application of the Contract Law of the People's Republic of China (II), art. 26: «Where material changes which are unforeseeable by the parties at the time of concluding the contract and which are not caused by force majeure and are not commercial risks happen to objective conditions after the contract has been concluded, and specific performance of the contract will be obviously unfair for one party or cannot realize the contractual purposes, if the parties claim with the people's court for alteration of rescission of the contract, the people's court shall determine whether to alter or rescind the contract or not according to the principle of fairness and in line with the actual conditions of the case».

29 Cfr. Guiding Opinions on Several Issues Concerning the Lawful and Proper Trial of Civil Cases Involving the Novel Coronavirus Pneumonia Epidemic (2), n.º 2: «Where a sale and purchase contract can continue to be performed, but the epidemic or the measures taken to prevent and control the epidemic has/have caused the performance costs, such as for manpower, raw materials or logistics, to markedly increase or the price of the products to markedly decrease, making continued performance clearly unfair for one of the parties, and the adversely affected party requests an adjustment of the price, the people's court shall adjust the price based on the principle of fairness and in light of the actual circumstances of the case».

30 Sobre o qual podem ver-se: CHEN DIXIAN, *Alteração de circunstâncias no Direito Comparado: uma perspetiva da reforma do Código Civil chinês* (dissertação de mestrado policopiada, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa), 2021; e LIU QIAO, *Force Majeure or Change of Circumstances: An Enduring Dichotomy in Chinese Law?*, in HAO

«Após a formação de um contrato, quando uma condição fundamental na qual se baseou a sua celebração o contrato sofra uma alteração significativa, imprevisível para as partes aquando da celebração do contrato e que não integre os riscos comerciais, se a continuação da execução do contrato for manifestamente injusta para uma das partes, a parte prejudicada pode renegociar com a outra parte; se tal acordo não puder ser alcançado num prazo razoável, as partes podem solicitar ao tribunal popular ou a uma instituição de arbitragem a retificação ou a resolução do contrato. O tribunal popular ou uma instituição de arbitragem deve retificar ou resolver o contrato em conformidade com o princípio da equidade, tendo em conta as circunstâncias atuais do caso.»

A República Popular da China alinhou assim o seu Direito quanto a esta matéria com os dos sistemas romano-germânicos acima referidos, entre os quais o de Macau³¹.

De salientar, a este respeito, dois aspetos no regime ora acolhido na codificação civil chinesa. Por um lado, a preferência do legislador chinês por uma solução negociada, subjacente à regra, constante do primeiro parágrafo do preceito acima citado, que subordina o recurso a tribunal judicial ou arbitral à prévia tentativa de acordo entre as partes no quadro de uma renegociação do contrato, a solicitar pela parte prejudicada. Por outro, a consagração nesta matéria de uma alternatividade entre os dois efeitos possíveis da alteração de circunstâncias, entre os quais o tribunal optará na base da equidade. A regra chinesa quanto à alteração de circunstâncias aproxima-se, assim, mais do modelo francês acima descrito do que do alemão.

7. Outra é, porém, a orientação prevalecente nos sistemas de *Common Law*. O princípio conforme o qual uma alteração de circunstâncias pode fundamentar a adaptação ou resolução de um contrato é com efeito estranho aos Direitos inglês e norte-americano.

Acolhe-se neles, é certo, a figura da *frustration of contracts*, mas esta cobre fundamentalmente as situações de impossibilidade superveniente da prestação e não as de onerosidade excessiva devida a uma alteração superveniente de

JIANG/PIETRO SIRENA (orgs.), *The Making of the Chinese Civil Code. Promises and Persistent Problems*, Cambridge, 2023, pp. 77 ss.

31 Sobre a permanência do Direito das Obrigações de Macau na família romano-germânica após o processo de localização a que foi submetido, veja-se MANUEL TRIGO, *Lições de Direito das Obrigações*, Macau, 2014, p. 13.

circunstâncias. O princípio de que se parte nesses sistemas jurídicos é, na verdade, o da «inviolabilidade dos contratos» (*sanctity of contracts*), por força do qual só em casos excepcionais é permitido ao devedor exonerar-se das suas obrigações contratuais³².

Orientou-se neste sentido, por exemplo, a Câmara dos Lordes na decisão proferida em 1962 no caso *Tsakiroglou & Co. Ltd. v. Noblee Thorl GmbH*³³. Na espécie, o réu havia-se obrigado a transportar até Hamburgo, por via marítima, uma partida de castanhas do Sudão, em novembro ou dezembro de 1956. A 2 de novembro de 1956, o Canal do Suez foi encerrado à navegação marítima pelas autoridades egípcias. Podia o réu, apesar disso, transportar as castanhas no prazo contratualmente definido, contornando o Cabo da Boa Esperança. Mas essa rota tomar-lhe-ia consideravelmente mais tempo e implicaria encargos substancialmente superiores. Invocou por isso a *frustration* do contrato. A Câmara dos Lordes rejeitou a alegação, por entender que seria ainda assim possível cumprir o contrato e que a maior onerosidade do mesmo para o devedor só por si não importava a respetiva *frustration*³⁴.

Mais recentemente, os tribunais ingleses rejeitaram diversas pretensões de um dos contraentes se exonerar das suas obrigações com fundamento na *economic hardship* causada pela crise financeira mundial de 2007-2008. Assim, por exemplo, no caso *Tandrin Aviation Holdings Ltd v Aero Toy Store LLC*, julgado pelo *Commercial Court* em 19 de janeiro de 2010³⁵, a alegação, feita pela demandante, de que a «espiral descendente imprevista, imprevisível e cataclísmica dos mercados financeiros mundiais» determinaria na espécie o diferimento, ao abrigo de uma cláusula de *force majeure*, do prazo para a execução de um contrato relativo à aquisição de uma aeronave e eventualmente afetaria o respetivo preço foi julgada improcedente pelo tribunal com fundamento em que se encontra «bem assente no Direito inglês que uma alteração das circunstâncias económicas/do mercado, que afete a rentabilidade de um contrato ou a facilidade com que as obrigações das partes podem ser cumpridas, não é considerada um caso de força maior».

A crise económica gerada pela pandemia da COVID-19, pese embora o seu impacto em contratos sujeitos ao Direito inglês, não alterou esta postura

32 Sobre a *sanctity of contracts* como ideia-força da conceção de contrato própria do sistema jurídico inglês, veja-se JOHN N. ADAMS/ROGER BROWNSWORD, *The Ideologies of Contract*, in *Legal Studies*, 1987, pp. 205 ss.

33 [1962] A.C. 93.

34 Recorde-se o símile estabelecido por Lorde RADCLIFFE no referido aresto: «A man may habitually leave his house by the front door to keep his appointments; but, if the front door is stuck, he would hardly be excused for not leaving by the back».

35 [2010] EWHC 40 (Comm).

dos tribunais ingleses³⁶. Estes não reconhecem, cumpre notá-lo, a imposição às partes de um dever geral de boa-fé em matéria contratual. Foi o que sucedeu, por exemplo, na decisão proferida pelo *Court of Appeal* inglês em 27 de julho de 2016 no caso *MSC Mediterranean Shipping Co SA v Cottonex Anstalt*³⁷, em que Lorde Moore-Brick afirmou:

«Na minha opinião, existe um perigo real de que, se fosse estabelecido um princípio geral de boa-fé, este seria invocado tanto para prejudicar como para fundamentar os termos em que as partes chegaram a acordo.»

A boa-fé parece assim insuscetível de fundar, no Direito inglês, uma pretensão de modificação ou resolução de um contrato por alteração de circunstâncias³⁸.

8. Defrontam-se neste domínio duas concepções fundamentalmente distintas de contrato.

De um lado, aquela que, na linha da tradição aristotélica, vê no contrato de troca um ato de *justiça comutativa* em que o valor que cada uma das partes proporciona à outra deve igualar o daquilo que dela recebe³⁹. Essa concepção postula, a fim de que o contrato vincule as partes, um certo equilíbrio das prestações contratuais, a qual não é senão uma manifestação particular do *princípio de proporcionalidade*, que se estende a vários domínios do Direito Privado⁴⁰. Na falta desse equilíbrio, *maxime* em virtude de uma alteração de circunstâncias, o tribunal pode, mesmo na ausência de estipulação das partes nesse sentido, tomar as medidas necessárias a fim de adaptar o contrato. De acordo com esta concepção, as denominadas «grandes alterações de circunstâncias» constituem um risco da sociedade como um todo. Esse risco deve, assim, ser distribuído entre as partes, se

36 Neste sentido, HUGH BEALE e CHRISTIAN TWIGG-FLESNER, Covid-19 and frustration in English law, in Sergio Garcia Long (org.), *Derecho de los Desastres: Covid-19*, Lima, 2020, pp. 1185 ss.

37 [2016] EWCA Civ 789.

38 Ver HANNES RÖSLER, Hardship in German Codified Private Law – In Comparative Perspective to English, French and International Contract Law”, in *European Review of Private Law*, 2007, pp. 483 ss. (p. 512: «Hardship as a characteristic daughter of good faith is not accepted in English law»).

39 Assim, JAMES GORDLEY, The Moral Foundations of Private Law, in *American Journal of Jurisprudence*, 2002, pp. 1 ss. (p. 17).

40 Cfr., por último, JORGE SINDE MONTEIRO, Proporcionalidade e Direito Privado, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 154.º (2024-25), pp. 4 ss.

a tal não se opuser a índole própria do contrato, i. é, no que respeita às situações que aqui temos especificamente em vista, se os efeitos da crise não integrarem os riscos próprios deste. O que, por via de regra, é o caso, pelo menos quando a alteração não era previsível ou antecipável por qualquer dos contraentes⁴¹.

De outro lado, revela-se uma conceção que reconduz o contrato fundamentalmente à vontade das partes – ainda que os seus efeitos sejam os que a lei lhe atribui independentemente de as partes os terem realmente querido ou não – e recusa, em princípio, qualquer interferência dos tribunais na composição de interesses acordada entre as partes, salvo estipulação expressa destas nesse sentido. De acordo com esta conceção, o risco da alteração anormal de circunstâncias recai sobre a parte por ela diretamente afetada, sem que possa ser repercutido no todo ou em parte sobre a outra, salvo se as partes nisso tiverem expressamente convindo. Não há, portanto, distribuição *ope judicis* dos riscos contratuais para além do que as partes houverem convencionado⁴². O que, aliás, é conforme com a regra geral que vigora nos sistemas de *Common Law* conforme a qual a responsabilidade contratual é objetiva (*strict liability*), responsabilizando-se o devedor pelo incumprimento ainda que este seja independente de culpa sua ou dos seus auxiliares⁴³.

IV – O papel da autonomia privada

9. A índole restritiva do regime vigente nos sistemas de *Common Law* em matéria de alteração de circunstâncias faz recair sobre as partes em contratos internacionais conexos com um dos países onde vigoram esses sistemas o ónus de se acautelarem adequadamente em relação a esse tipo de eventos e às suas consequências na execução dos contratos através de cláusulas expressas.

Estas podem ter por objeto, desde logo, a determinação da lei aplicável ao contrato. A opção pelo Direito inglês, norte-americano ou de outro sistema de *Common Law* – que, como se verá a seguir, ocorre na maioria dos litígios submetidos a arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (doravante CCI)

41 Assim MANUEL CARNEIRO DA FRADA, Crise financeira mundial e alteração das circunstâncias. Contratos de depósito vs. Contratos de gestão de carteiras, in Revista da Ordem dos Advogados, 2009, pp. 633 ss. (pp. 683 s.).

42 Nesta linha, *vide* EWOUT HONDIUS/HANS CHRISTOPH GRIGOLEIT (orgs.), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*, Cambridge, 2011, p. 164, onde se lê: «The idea that a change of circumstances may of itself lead to the adjustment or cessation of a contractual obligation is unknown to English and Irish law».

43 Cfr., para mais desenvolvimentos sobre esta matéria, o nosso Direito Comparado, vol. II, Coimbra, 2017, pp. 311 s.

– importa, na falta de estipulação expressa naquele sentido, a insusceptibilidade de modificação ou resolução do contrato pelo tribunal em caso de alteração de circunstâncias, ainda que imprevista e imprevisível, de que resulte a maior onerosidade da prestação a cargo de uma das partes. A opção por um dos sistemas romanistas acima referidos, designadamente os de língua portuguesa, assim como pelo Direito chinês, envolve, pelo contrário, a possibilidade dessa modificação ou resolução por iniciativa da parte lesada.

Ora, a faculdade de escolha da lei aplicável aos contratos internacionais encontra-se hoje firmemente enraizada tanto no Direito português como no de Macau. Assim, nos termos do art. 41.º do Código Civil português e do art. 40.º do Código Civil de Macau:

«1. As obrigações provenientes de negócio jurídico, assim como a própria substância dele, são reguladas pela lei que os respetivos sujeitos tiverem designado ou houverem tido em vista.

2. A designação ou referência das partes só pode, todavia, recair sobre lei cuja aplicabilidade corresponda a um interesse sério dos declarantes ou esteja em conexão com algum dos elementos do negócio jurídico atendíveis no domínio do direito internacional privado [em Macau: “do direito de conflitos”].»

Em Portugal, releva ainda nesta matéria o art. 3.º, n.º 1, do Regulamento n.º 593/2008 («Roma I»), que prevalece sobre o art. 41.º, n.º 1, do Código Civil no âmbito próprio de aplicação desse instrumento europeu e nos termos do qual:

«O contrato rege-se pela lei escolhida pelas partes. A escolha deve ser expressa ou resultar de forma clara das disposições do contrato, ou das circunstâncias do caso. Mediante a sua escolha, as partes podem designar a lei aplicável à totalidade ou apenas a parte do contrato.»

A escolha da lei aplicável é também possível no contexto dos litígios submetidos a arbitragem. Assim sucede em Portugal, em virtude do art. 52.º, n.º 1, da Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro (Lei da Arbitragem Voluntária), segundo o qual «[a]s partes podem designar as regras de direito a aplicar pelos árbitros, se os não tiverem autorizado a julgar segundo a equidade»⁴⁴. Em Macau,

44 Cfr. o nosso O Direito aplicável ao mérito da causa na arbitragem internacional à luz da nova lei portuguesa da arbitragem voluntária, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, vol. V (2012), pp. 37 ss.

estabelece, por seu turno, o art. 62.º, n.º 1, da Lei n.º 19/2019, de 5 de novembro (Lei da Arbitragem), que «[o] tribunal arbitral decide o litígio de acordo com as regras jurídicas designadas pelas partes para serem aplicadas ao mérito da causa».

A *praxis* contratual internacional, tal como a refletem as estatísticas periodicamente publicadas pela CCI⁴⁵, evidencia a relevância destas disposições legais e de outras congêneres delas: em 95% dos contratos submetidos a arbitragem em 2020 ao abrigo do Regulamento daquela instituição, as partes escolheram o Direito aplicável ao mérito da causa. O Direito inglês foi o mais frequentemente escolhido (em 122 casos), seguido dos Direitos de Estados norte-americanos (em 104 casos, em metade dos quais foi escolhido o Direito do Estado de Nova Iorque), do Direito suíço (em 66 casos), do Direito francês (em 56 casos) e do Direito brasileiro (em 42 casos).

As partes valorizam aparentemente, segundo se infere destes dados, a estabilidade dos contratos internacionais proporcionada pelo Direito inglês. Mas essa opção comporta, como resulta do que se disse acima, certos riscos em períodos de crise económica de que resulte o rompimento do equilíbrio das prestações contratuais originariamente acordado pelas partes.

10. O problema acabado de referir pode, todavia, ser acautelado pelas partes através de uma cláusula de *hardship*. Sirva de exemplo, a este respeito, a cláusula-modelo divulgada pela CCI em 2020⁴⁶:

«1. A parte em uma relação contratual é obrigada a adimplir suas obrigações ainda que fatos tornem o cumprimento do contrato mais oneroso do que se podia razoavelmente esperar ao tempo da sua celebração.

2. Não obstante o parágrafo 1º desta Cláusula, quando a parte comprovar que: a) o cumprimento das suas obrigações contratuais se tornou mais oneroso devido a um evento que não poderia ter sido razoavelmente levado em consideração ao tempo da conclusão do contrato; e que b) o evento ou suas consequências não poderiam ter sido razoavelmente evitados ou superados, as partes estão obrigadas, dentro de um prazo razoável do recurso a esta Cláusula, a renegociar os termos do contrato de uma forma que permita a razoável superação das consequências do evento.»

Nas situações em que se encontrem preenchidos os requisitos do n.º 2, a

45 Cfr., por último, ICC Dispute Resolution 2020 Statistics, Paris, 2021.

46 Disponível em <https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2020/07/icc-forcemajeure-hardship-clauses-march2020-por1.pdf>.

cláusula-modelo da CCI oferece às partes três alternativas:

a) A resolução do contrato pela parte interessada – Se as partes não chegarem a acordo no quadro da renegociação do contrato prevista na cláusula de *hardship*, pode a parte que a invocar resolvê-lo;

b) A resolução ou adaptação do contrato pelo tribunal – Na mesma eventualidade, pode qualquer das partes requerer ao tribunal competente que adapte o contrato em ordem a restaurar o equilíbrio das prestações ou que o resolva, consoante o que considerar mais apropriado;

c) A resolução do contrato pelo tribunal – Ainda na mesma eventualidade, pode qualquer das partes requerer ao tribunal que este resolva o contrato.

A admissibilidade das cláusulas de *hardship* nos Direitos português e de Macau não suscita hoje dúvidas de maior⁴⁷: apesar de não estar expressamente prevista na lei, a estipulação do dever de renegociar constante de uma cláusula de *hardship* constitui um *plus* relativamente ao que os arts. 437.º do Código Civil português e 431.º do Código Civil de Macau estabelecem. Essa estipulação não põe em causa a imperatividade daqueles preceitos, que não consentem, decerto, a exigência das prestações devidas ao abrigo do contrato quando tal se mostre contrário à boa-fé, mas não se opõem à revisão deste por acordo entre as partes ou decisão de terceiro a quem estas confiem tal função. Deve por isso considerar-se admissível a sua consagração no contrato ao abrigo do princípio da autonomia privada⁴⁸.

As cláusulas de *hardship* permanecem, contudo, relativamente raras na contratação internacional. Mais frequentemente as partes inserem nos seus contratos, sobretudo quando estes se destinem a vigorar por longo período de tempo, cláusulas tendo por objeto específico a revisão dos preços nele estipulados ou o reequilíbrio financeiro das prestações a cargo de cada uma delas quando as circunstâncias em que se baseou a estipulação destas se alterem de forma imprevista após a respetiva conclusão⁴⁹. Na compra e venda de empresas é hoje também relativamente comum a inclusão de cláusulas ditas de «alteração adversa

47 Com referência especial ao Direito português, veja-se, por último, RUI ATAÍDE, *Models Available to Parties to Regulate and Distribute Contractual Risk. Hardship Clauses, in Particular, in European Review of Private Law*, 2023, pp. 557 ss.

48 Fundando também na autonomia privada a estipulação negocial de um dever de renegociar, que não pode extrair-se, em seu entender, do disposto no art. 437.º do Código Civil nem do dever, consignado no art. 762.º, n.º 2, do mesmo Código de as partes procederem de acordo com a boa-fé durante a execução do contrato, veja-se MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *O dever de renegociar o contrato. Mitos e realidades de uma ideia errante*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 2022, pp. 499 ss.

49 Hipótese que, aliás, a lei portuguesa expressamente contempla relativamente aos contratos públicos no art. 282.º do Código dos Contratos Públicos.

significativa» (*material adverse change*), pelas quais as partes procuram delimitar as situações em que a uma das partes é dado desvincular-se do contrato, caso entre a assinatura dos documentos que o integram e a conclusão das demais formalidades necessárias à sua eficácia (*closing*) ocorram alterações de circunstâncias com impacto económico adverso significativo sobre a empresa em causa⁵⁰.

11. A revisão ou adaptação do contrato pode também ser estipulada numa convenção de arbitragem.

Em Portugal, por exemplo, os árbitros podem «precisar, completar e adaptar contratos de prestações duradouras a novas circunstâncias» quando as partes lhes confiem essa função nos termos do art. 1.º, n.º 4, da Lei da Arbitragem Voluntária.

Essa estipulação justificar-se-á particularmente na medida em que permite às partes escolherem como julgadores, em caso de alteração de circunstâncias, especialistas nas matérias em litígio, as quais se revestem não raro de considerável complexidade (como sucede, por exemplo, nos casos acima referidos de reposição do equilíbrio financeiro de uma concessão rodoviária ou de alteração dos pressupostos macroeconómicos em que assentou a celebração de um contrato de *swap*).

Mas é duvidoso que os árbitros possam rever ou adaptar um contrato a novas circunstâncias quando as partes não lhes hajam conferido expressamente esse poder. A solução desta questão dependerá fundamentalmente do que dispuser a lei aplicável ao mérito da causa na arbitragem⁵¹.

12. Em ordem a mitigarem os riscos inerentes à aplicação a esta ordem de questões de uma lei nacional de alcance incerto, podem ainda as partes eleger, a fim de serem aplicadas pelos árbitros às questões suscitadas pelo litígio, codificações internacionais de princípios jurídicos. Estão neste caso os *Princípios UNIDROIT Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais 2016*, que de alguma sorte procuram estabelecer uma ponte entre as tradições jurídicas atrás examinadas⁵². Esses *Princípios* não são, decerto, vinculativos *per se*: constituem, quando

50 Ver, sobre essas cláusulas, em língua portuguesa, FERNANDO OLIVEIRA E SÁ, Cláusulas Material Adverse Change (MAC) em contratos de compra e venda de empresas, in Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo M. Sendin, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2012, pp. 427 ss.; e CATARINA MONTEIRO PIRES, Cláusulas de preço fixo, de ajustamento de preço e de alteração material adversa (“MAC”) e cláusulas de força maior, in Revista da Ordem dos Advogados, 2020, pp. 73 ss.

51 Cfr. NIGEL BLACKABY, CONSTANTINE PARTASIDES, *et al.*, Redfern and Hunter on International Arbitration, 7.ª ed., Oxford, 2023, n.º 9.69.

52 Cfr. International Institute for the Unification of Private Law, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016, 4.ª ed., Roma, 2016.

muito, uma manifestação da denominada *soft law*⁵³. Mas quando as partes para eles remetam no contrato, incorporando-os neste, passam a constituir, *hoc sensu*, parte da *lex contractus*.

Ora, de acordo com o art. 6.2.2 dos referidos *Princípios*, ocorre uma situação de *hardship* quando ocorram eventos que «alterem fundamentalmente o equilíbrio das prestações, quer por aumento do custo de cumprimento das obrigações quer por diminuição do valor da contraprestação», e esses eventos se hajam verificado ou chegado ao conhecimento da parte lesada depois da conclusão do contrato, não pudessem razoavelmente ser tomados em consideração pela parte lesada no momento da conclusão do contrato, escapem ao controlo da parte lesada e o risco da sua verificação não tenha sido assumido pela parte lesada⁵⁴.

Em caso de *hardship*, estabelece o art. 6.2.3 que a parte lesada pode pedir a renegociação do contrato. O pedido deve ser formulado sem atraso indevido e deve ser fundamentado. Esse pedido não confere, por si só, acresceta o n.º 2 da mesma disposição, direito à parte em desvantagem de suspender o cumprimento das suas obrigações. Na falta de acordo entre as partes num prazo razoável, cada uma delas partes pode, segundo o n.º 3, recorrer ao tribunal. Caso este considere existir *hardship*, pode nos termos do n.º 4, caso o julgue razoável, resolver o contrato na data e nas condições por ele fixadas ou modificá-lo para restabelecer o equilíbrio das prestações. Nesta disposição foi-se, como é bom de ver, muito além do que preveem os sistemas de *Common Law*⁵⁵.

V – A relevância de normas internacionalmente imperativas

13. Suponhamos agora que é aplicável certa lei estrangeira num litígio em que uma das partes invoca a alteração anormal de circunstâncias decorrente, v.g., de disposições legislativas ou administrativas do Estado do foro ou de um terceiro Estado – como por exemplo, as que foram adotadas por vários países durante a pandemia da COVID-19 – que tornam a execução de um contrato nos termos originariamente acordados excessivamente onerosa para essa parte. Nestas condições pergunta-se: que efeitos, se alguns, pode o tribunal competente atribuir

53 Ver, sobre o ponto, o nosso Direito Comparado, vol. II, cit. pp. 594 ss.

54 Ver EWAN MC KENDRICK, comentário ao art. 6.2.2 dos Princípios, in STEFAN VOGENAUER (org.), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, 2.ª ed., Oxford, 2015, pp. 814 ss.

55 Reconhece-o, por exemplo, Joseph Perillo, em *Force Majeure and Hardship Under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, in *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 1997, pp. 5 ss. (pp. 26 ss.)

a essas disposições em ordem a aferir o preenchimento dos pressupostos da revisão ou resolução de contratos por alteração de circunstâncias?

Ganha relevo nesta matéria a categoria das *normas internacionalmente imperativas*, também ditas *de aplicação imediata*. Com esta expressão quer-se aludir a normas imperativas, de Direito Público ou Privado, que reclamam, expressa ou implicitamente, a atribuição de efeitos, mesmo em situações não submetidas, segundo as regras de conflitos comuns, à ordem jurídica a que pertencem – daí serem internacionalmente imperativas⁵⁶ –, sendo que os fins a que se dirigem apenas podem ser conseguidos se lhes for reconhecida tal eficácia.

A essas normas se refere, na União Europeia, o art. 9.º, n.º 1, do Regulamento de Roma I, que as define como disposições cujo respeito é considerado fundamental por um país para a salvaguarda do interesse público, designadamente a sua organização política, social ou económica, ao ponto de exigir a sua aplicação em qualquer situação abrangida pelo seu âmbito de aplicação, independentemente da lei que de outro modo seria aplicável ao contrato, por força do presente regulamento. O n.º 2 do mesmo preceito estabelece a respeito da sua eficácia na regulação dos contratos internacionais o seguinte:

«As disposições do presente regulamento não podem limitar a aplicação das normas de aplicação imediata do país do foro.»

O julgador deve, pois, aplicar tais disposições, quando pertencentes ao Direito do Estado do foro, sempre que as mesmas regulem imperativamente o caso concreto, qualquer que seja a lei aplicável ao contrato.

As normas internacionalmente imperativas estrangeiras são objeto do n.º 3 do art. 9.º do Regulamento de Roma I, segundo o qual:

«Pode ser dada prevalência às normas de aplicação imediata da lei do país em que as obrigações decorrentes do contrato devam ser ou tenham sido executadas, na medida em que, segundo essas normas de aplicação imediata, a execução do contrato seja ilegal. Para decidir se deve ser dada prevalência a essas normas, devem ser tidos em conta a sua natureza e o seu objeto, bem como as consequências da sua aplicação ou não aplicação.»

A categoria em apreço, longamente decantada pela doutrina do Direito

56 Ver, sobre a justificação dessa terminologia, o nosso Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado, Coimbra, 2001, pp. 625 ss.

Internacional Privado⁵⁷, pode desempenhar um papel de relevo no funcionamento tanto das regras nacionais relativas à alteração de circunstâncias como das cláusulas de *hardship*. Por força dela, as normas do Estado do foro, ou daquele onde seja devida a execução do contrato, das quais decorra uma modificação imprevisível das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar, podem ganhar importância fundamental na determinação da suscetibilidade de revisão ou resolução deste, ainda que não pertençam à lei reguladora do contrato. *Não será difícil descortinar regras deste tipo nos regimes excepcionais adotados em muitas jurisdições de Civil e Common Law no âmbito da crise da COVID-19 que limitaram a circulação de pessoas, mercadorias e serviços, alguns dos quais expressamente as qualificam como «normas de aplicação imediata»*⁵⁸.

O Código Civil de Macau confere também papel de destaque a estas normas numa disposição sem paralelo no Código Civil português⁵⁹. Estabelece a este respeito o art. 21.º:

«As normas da lei de Macau que pelo seu objecto e fim específicos devam ser imperativamente aplicadas prevalecem sobre os preceitos da lei exterior designada nos termos da Secção seguinte.»

VI – Ordem pública internacional e alteração de circunstâncias

14. Admitamos ainda que é escolhida pelas partes a lei de um sistema de *Common Law* e esta é aplicada pelo tribunal competente (eventualmente também de uma jurisdição dessa natureza) num litígio em que uma das partes invoca a alteração anormal de circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar.

57 Cfr., na literatura jurídica portuguesa, por muitos, ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *As normas de aplicação imediata no Direito Internacional Privado. Esboço de uma teoria geral*, Coimbra, 1991, com amplas referências bibliográficas.

58 Assim, por exemplo, o art. 28, n.º 8, do Decreto-Lei n.º 9/2020, adotado pelo Governo italiano em 2 de abril de 2020, que instituiu medidas urgentes de apoio às famílias, trabalhadores e empresas relacionadas com a emergência epidemiológica da COVID-19, nos termos do qual: «As disposições do presente artigo constituem, para os efeitos do artigo 17.º da Lei n.º 218, de 31 de maio de 1995, e artigo 9.º do Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu do Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008, as regras de aplicação imediata».

59 *Vide*, sobre essa disposição, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Apontamento sobre as normas de aplicação necessária perante o Direito Internacional Privado português e o art. 21.º do Código Civil de Macau*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 2000, pp. 23 ss.

Foi o que sucedeu, por exemplo, no caso *Banco Santander Totta S.A. v. Companhia Carris de Ferro de Lisboa S.A. and Others*, julgado em 1.^a instância no *Commercial Court* inglês pelo juiz William Blair⁶⁰. O tribunal recusou às partes lesadas pela alteração de circunstâncias, nesse caso, a modificação ou resolução do contrato, que continha uma cláusula de escolha do Direito inglês e de eleição dos tribunais ingleses para julgarem os litígios dele emergentes; mas admitiu que teria de resolvê-lo se o mesmo fosse regido pelo Direito português.

Avulta aqui de novo o papel da boa-fé como princípio fundamental das ordens jurídicas dos sistemas romano-germânicos⁶¹. Enquanto tal, a boa-fé pode fundar a recusa, ao abrigo da reserva de ordem pública internacional, da aplicação de uma lei estrangeira ou do reconhecimento de uma sentença estrangeira que não admita, na espécie, a modificação ou resolução do contrato por alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar. É que, pese embora a abertura a conteúdos jurídicos estrangeiros que a contemporânea globalização da economia inevitavelmente trouxe consigo, e que a dogmática contemporânea do Direito Internacional Privado acolheu, não deixa de haver um *último reduto* nos sistemas jurídicos de cada país, aquém do qual não pode ser consentida a produção de efeitos jurídicos à luz de uma lei ou sentença estrangeira, por os mesmos colidirem com princípios inderrogáveis desses sistemas⁶².

Não vale invocar contra o exposto que o art. 437.º do Código Civil português e o art. 431.º do Código Civil de Macau têm caráter meramente supletivo e que as partes num contrato internacional podem afastar essa regra mediante a escolha de um Direito estrangeiro. Enquanto manifestação do princípio da boa-fé, neles expressamente referido, os mencionados preceitos do Código Civil constituem normas imperativas e são, por esse motivo, inderrogáveis por efeito da vontade das partes. A boa-fé prima, com efeito, sobre a autonomia privada na definição do teor e efeitos do negócio jurídico. Em consequência disso, nenhuma cláusula contratual – seja expressa, implícita ou decorrente da integração *ope judicis* do negócio – é oponível entre as partes quando a exigência do seu cumprimento se mostre incompatível com esse estalão valorativo. Que assim é demonstra-o

60 [2016] EWHC 465 (Comm.); [2016] EWCA Civ. 1267.

61 Também assim no Direito de Macau: cfr. PAULA NUNES CORREIA, *Teoria geral do Direito Civil*, Macau, 2021, pp. 31 s.

62 Sobre o papel contemporâneo da reserva de ordem pública internacional nos sistemas lusófonos, vide o nosso estudo *A ordem pública internacional no Direito luso-brasileiro*, in GUSTAVO MONACO/MARIA ROSA LOULA (orgs.), *Direito Internacional e Comparado: Trajetória e Perspetivas. Homenagem aos 70 anos do Professor Catedrático Rui de Moura Ramos*, São Paulo, 2021, vol. I, pp. 181 ss. (reproduzido em *Direito Internacional Privado. Ensaio*, vol. V, Coimbra, 2014, pp. 51 ss.). Cfr. ainda, quanto ao Direito de Macau, JOÃO NUNO RIQUITO e TERESA LEONG, *Direito Internacional Privado*, Macau, 2013, pp. 328 ss.

inequivocamente o disposto no art. 239.º do Código Civil português e no art. 231.º do Código Civil de Macau, por força dos quais os ditames da boa-fé prevalecem sobre a vontade hipotética das partes.

As partes podem, decerto, regular contratualmente as consequências da alteração de circunstâncias, estabelecendo, por exemplo, um dever de renegociar o contrato quando a mesma ocorra. Este, como se referiu acima, o sentido precípua das cláusulas de *hardship*. Assim como podem regular a distribuição entre elas do risco da ocorrência de alterações de circunstâncias com impacto adverso significativo sobre o objeto do seu negócio, como sucede nas cláusulas de *material adverse change*. Mas não podem excluir genericamente a aplicação dos arts. 437.º ou 431.º do Código Civil enquanto manifestações do princípio supralegal da boa-fé⁶³.

Como trave-mestra do sistema jurídico, a boa-fé pode assim opor-se à exigência das prestações devidas ao abrigo dos contratos internacionais em situações de alteração fundamental do equilíbrio contratual como as que a crise económica internacional suscitou nos últimos anos.

VII – Conclusões

15. Os ciclos de crescimento e crise que marcaram a economia internacional as últimas décadas colocaram em evidência, como desprende de quanto se disse acima, os complexos problemas suscitados pela exigência do cumprimento de obrigações contratuais em caso de alteração das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar e pelas pretensões de resolução ou adaptação de contratos nela fundadas, sobretudo quando estejam em causa situações conexas com duas ou mais ordens jurídicas diferentes.

Os regimes nacionais quanto a esta matéria diferem, contudo, substancialmente, nisso se revelando as diferentes conceções acerca do contrato e da sua função social que separam os sistemas de *Civil* e *Common Law*. Essa diversidade, ainda que não raro constitua a força motriz do desenvolvimento do

63 Neste sentido também MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Autonomia privada e justiça contratual*. Duas questões, nos 50 anos do Código Civil, in ELSA SEQUEIRA VAZ/FERNANDO OLIVEIRA E SÁ (coords.), *Edição comemorativa do cinquentenário do Código Civil*, Lisboa, 2017, pp. 239 ss., salientando que «se as partes pudessem, por acordo, afastar [o art. 437.º, n.º 1] perante uma *qualquer* alteração das circunstâncias que sobreviesse, o sistema jurídico português toleraria, afinal, a manutenção ou a criação de situações jurídicas injustas, e por muito injustas que se apesentassem em virtude de tal alteração. A ordem jurídica portuguesa seria desta forma contraditória com ela própria (pondo em causa os critérios e valorações que ela própria plasmou no art. 437.º, n.º 1)».

Direito, é também inevitavelmente, em alguma medida, fonte de insegurança no comércio internacional.

Ora, as partes nos contratos internacionais dispõem de diversos instrumentos que lhes permitem acautelar estes problemas: a escolha da lei aplicável ao abrigo das regras de Direito Internacional Privado em matéria de obrigações contratuais; a inclusão nesses contratos de cláusulas de *hardship*; a estipulação em convenções de arbitragem da possibilidade de os árbitros por elas designados reverem ou atualizarem os contratos em causa; e a incorporação nos seus contratos de codificações internacionais de princípios jurídicos que contemplem a alteração de circunstâncias e prevejam quanto a ela a possibilidade de uma renegociação dos mesmos e, na falta de acordo entre as partes, de revisão ou resolução do contrato pelo tribunal competente.

Na determinação do preenchimento dos pressupostos tanto das regras nacionais em matéria de alteração de circunstâncias como das cláusulas de *hardship* podem ser chamadas a desempenhar papel de relevo normas internacionalmente imperativas, tanto do Estado do foro como de terceiros países, *maxime* aquelas de que decorra para as partes no contrato ou uma delas maior onerosidade na execução das obrigações dele decorrentes.

Como *ultima ratio*, a reserva de ordem pública internacional permite fazer face nesta matéria aos resultados mais iníquos da aplicação de uma lei estrangeira ou do reconhecimento de uma sentença estrangeira, obstando a essa aplicação ou reconhecimento, em particular, quando dela decorra uma situação que viole flagrantemente os postulados da boa-fé.