



**Mestrado Administrativo - Vertente Contratação Pública e Direito
Administrativo Empresarial**

Alteração abrupta do contexto económico de um país e sua
repercussão em Contratos Internacionais – a cláusula de *hardship*
e o princípio da alteração das circunstâncias revisitados.

Ana Jorge Alfaro Barata Corrêa Cardoso

Dissertação de Mestrado orientada pelo

Professor Doutor Rui Pedro Costa Melo Medeiros

Lisboa, 30 de Agosto de 2013

À minha Mãe, à minha Irmã e ao Nuno.

Siempre imaginé que el Paraíso sería algún tipo de biblioteca,

Jorge Luis Borges.

Índice

Introdução.....	5
PRIMEIRO MOMENTO – <i>Hardship</i>	7
1. A consagração de <i>hardship</i> nos Princípios UNIDROIT	7
2. O conceito de <i>hardship</i>	10
3. Distinção entre <i>hardship</i> e <i>force majeure</i>	14
4. Cláusulas de <i>hardship</i> em contratos internacionais – Contratos de Petróleo e Gás e Contratos de Investimento.....	17
SEGUNDO MOMENTO – Abordagem do instituto da “Alteração das Circunstâncias” nos Sistemas Jurídicos Inglês, Francês e Português	19
1. Direito Inglês	19
1.1. Jurisprudência sedimentadora da <i>Doctrine of Frustration</i>	19
1.2. A real utilização da doutrina do <i>frustration of purpose</i> pelos Tribunais ingleses ...	22
2. Direito Francês.....	24
2.1. Nota introdutória	24
2.2. Direito Civil	24
2.3. Direito Administrativo	28
2.4. A <i>Imprévision</i> em contratos internacionais	29
3. Direito Português	31
3.1. Breve nota da evolução pré-Código Civil de 1966 – a “base do negócio” como fonte de inspiração.	31
3.2. O artigo 437.º/1 do Código Civil – análise e levantamento de fragilidades.....	34
3.3. Alteração abrupta do contexto económico e alteração das circunstâncias no ordenamento jurídico português	38
TERCEIRO MOMENTO – Do interesse e eficácia do recurso a cláusulas de <i>hardship</i>	42
1. Cláusulas de <i>hardship</i> e outro tipo de cláusulas de renegociação - comparação	42
2. Panorâmica de diferentes decisões arbitrais	43
3. A opção de recorrer às cláusulas de <i>hardship</i>	46
Nota Final.....	48
Bibliografia.....	49
Jurisprudência Analisada.....	56

ABREVIATURAS

AA. VV.	- <i>Autori Vari</i>
BMJ	- Boletim do Ministério da Justiça
CEDIPRE	- Centro de Estudos de Direito Público e Regulação
CISG	- Convenção das Nações Unidas sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias
CC	- Código Civil Português
E.H.	- Estudos em Homenagem
ERPL	- <i>European Review of Private Law</i>
FDUC	- Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
ICA Bull.	- <i>International Court of Arbitration Bulletin</i>
ICC	- <i>International Chamber of Commerce</i>
ICSID	- <i>International Centre for Settlement of Investment Disputes</i>
ILRWU	- <i>International Law Review of Wuhan University</i>
J. Int. Arb.	- <i>Journal of International Arbitration</i>
JDI	- <i>Journal de Droit International</i>
KLI	- <i>Kluwer Law International</i>
L.G.D.J	- <i>Librairie générale de droit et de jurisprudence</i>
NJCM	- <i>Nordic Journal of Commercial Law</i>
PILROC	- <i>Pace International Law Review Online Companion</i>
PLS – IICL	- <i>Pace Law School Institute of International Commercial Law</i>
RFDA	- <i>Revue Française de Droit Administratif</i>
ROA	- Revista da Ordem dos Advogados
STJ	- Supremo Tribunal de Justiça
UCP	- Universidade Católica Portuguesa

- UNCITRAL - *United Nations Commission on International Trade*
- UNIDROIT - Instituto Internacional de Unificação do Direito Privado
- VJICLA - *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*
- VJTL - *Vanderbilt Journal of Transnational Law*
- VUWLR - *Victoria University of Wellington Law Review*

Introdução

A escolha do tema da presente dissertação foi tomada tendo como base três pontos.

Em primeiro lugar, a sua actualidade. Nos dias presentes o tema da crise é tratado nas diferentes ciências sociais e, com relação ao Direito, não irá causar surpresa se em breve surgirem decisões relativas ao seu impacto no cumprimento, modificação ou resolução de contratos.

Em segundo lugar, os contratos internacionais serão, porventura, um dos domínios onde de forma mais representativa os efeitos referidos no parágrafo anterior se farão sentir, dada a conexão com vários ordenamentos e os montantes em causa.

Em terceiro lugar, pareceu-nos que se reclamava um estudo actualizado das cláusulas de *hardship* em Portugal e que tal estudo se poderia revestir também de importância para os sistemas jurídicos dos Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa – PALOP, que representam pólos muito atractivos de investimento estrangeiro, nomeadamente no que aos seus recursos naturais diz respeito.

A sofisticação dos clausulados contratuais só poderá crescer com o estudo cauteloso da doutrina e as cláusulas de *hardship* merecerão porventura maior atenção do que a que entre nós lhe tem sido dada.

O presente estudo desvelar-se-á em três momentos.

Num primeiro momento, procurar-se-á oferecer uma visão global do conceito de *hardship*. Os Princípios do Instituto Internacional de Unificação do Direito Privado – UNIDROIT (doravante, “Princípios), instrumento de *soft law*, foram escolhidos para basear a nossa análise. Tal ocorreu nomeadamente pelo facto de surgirem em forma de cláusulas que podem ser incorporadas pelas partes em qualquer contrato e por a sua aplicação não se restringir a nenhum tipo contratual específico.

Procuraremos, ao longo do presente estudo, pensar como poderão as partes, em Contratos Internacionais em que uma das partes é o Estado Contratante, precaver-se de alterações abruptas do contexto económico de um País, de forma a melhor assegurar a

sua posição caso tal venha a ocorrer. Assim, optámos por escolher como paradigmáticos os contratos de investimento e os contratos de petróleo e gás.

Num segundo momento, e porque o conceito de *hardship* surge intimamente ligado com as doutrinas da alteração das circunstâncias, procuraremos dar uma panorâmica de tal temática nos sistemas jurídicos inglês, francês e português, deixando uma nota das tendências jurisprudenciais relevantes ao caso em apreço.

Num terceiro momento, faremos, então, uma ponderação do interesse e (expectável) sucesso decorrentes da previsão de cláusulas deste tipo, avançando, na medida do possível, decisões arbitrais com relevância e que ocorreram em situações semelhantes àquelas sobre as quais nos iremos debruçar.

PRIMEIRO MOMENTO – Hardship

1. A consagração de *hardship* nos Princípios UNIDROIT

Falamos de *hardship* no âmbito dos princípios de direito comercial internacional, com os trabalhos da UNIDROIT¹ a ocupar lugar cimeiro no presente estudo, graças à sua natureza e à sua capacidade de servir de matriz interpretativa e consolidadora de omissões em sede de contratos internacionais.

Apenas podemos inteligir a importância da utilização das cláusulas de *hardship* se percebermos a dialéctica tão própria dos contratos internacionais, pois estes, diferentemente dos contratos celebrados nas ordens jurídicas internas, têm como maior desafio “obedecer à lógica do intercâmbio económico”².

Perante um assunto tratado de forma tão diversa pelos vários ordenamentos jurídicos nacionais como é o da revisão / modificação/ resolução dos contratos celebrados, em virtude de alteração das circunstâncias, vieram os Princípios procurar estabelecer um ponto de ordem, uma espécie de farol do comércio jurídico internacional. Veja-se, no comentário ao seu preâmbulo, a preocupação em superar as mais diversas concepções de “contrato internacional” presentes nos ordenamentos jurídicos internos, na medida em que se afirma que, pese embora não tenha havido opção por nenhum dos possíveis critérios que podem ancorar a definição de “contrato internacional”, “subentende-se, porém, que “deve ser dado ao conceito de contratos internacionais a interpretação mais lata possível, de modo a só excluir, finalmente, as situações em que não existe qualquer elemento internacional (ou seja, quando os elementos relevantes do contrato em causa se relacionam apenas com um único país)”³.

¹ Este organismo internacional intergovernamental, com sede em Roma, criado em 1926 como um órgão auxiliar da Liga das Nações, foi reformulado em 1940. Os princípios do UNIDROIT relativos aos Contratos Comerciais Internacionais datam de 1995, tendo sofrido alterações em 2004 e 2010, no entanto, a secção relativa a *hardship* não foi alterada, pelo que nos referiremos invariavelmente ao Comentário de 1995, que se mantém, excepto num ponto a que posteriormente faremos referência, inalterado. Embora não com tanto impacto neste Estudo, referência não pode também deixar de ser feita à ICC, nomeadamente pela seu grande impacto na jurisprudência arbitral. Também a UNCITRAL, criada em 1966, procurou unificar o direito comercial internacional de diferentes ordenamentos jurídicos, com o seu esforço harmonizador a culminar na CISG, datada de 1980. V. n. 4.

² GLITZ, Frederico, *O Contrato e sua conservação: lesão e cláusula de hardship*, Juruá, 2008, p. 149.

³ UNIDROIT, *Princípios Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais*, Roma: UNIDROIT, 1995.

Os Princípios, diferentemente da CISG⁴, têm natureza não vinculativa, pelo que é de notar o seu desprendimento em relação aos diversos moldes em que os princípios típicos dos contratos se podem ancorar e, para o que ora interessa, às diferentes representações do instituto da alteração das circunstâncias, que se encontram nos direitos positivos dos vários sistemas jurídicos.

Dado que os Princípios não apresentam um modelo de clausulado para certo tipo de contratos (repare-se que, ao contrário da CISG, são aptos a versar sobre os mais diversos contratos do comércio jurídico internacional), têm como índole serem aplicados “quando as partes convencionarem submeter o contrato aos “Princípios gerais de direito”, à “lex mercatória” ou outra fórmula equivalente”⁵.

Pese embora haja alguma polémica quanto à sua classificação e livre utilização por parte de juízes e / ou árbitros⁶, no presente estudo importância ser-lhes-á dada na medida em que entendemos que demonstram da forma mais expressiva as preocupações

⁴ Com respeito à interligação entre a CISG e os Princípios recomendam-se, por todos, os estudos de BONELL, Michael, consultor jurídico do UNIDROIT, “*The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and CISG – alternative or complementary instruments?*”, ULR, n.º 26, 1996 e “*The CISG and the Unidroit Principles of International Commercial Contracts: Two Complementary Instruments*”, ILRWU, n.º10, 2008/2009, onde podemos ver a evolução que na doutrina e nas decisões dos Tribunais arbitrais se tem vindo a sentir no que toca à natureza / eficácia dos Princípios. Brevemente, o autor entende hoje que os Princípios representam um conjunto de regras internacionais uniformes que as partes podem escolher como *lex contractus* ou a que os Tribunais arbitrais tendem a recorrer enquanto expressão dos “princípios gerais de Direito”, de “*lex mercatoria*” ou “similar”, in *The CISG*, p. 117 (tradução livre) e que o recurso aos Princípios por parte de uns e de outros se encontra num *crescendo* sem fim à vista. Compreenda-se, com grande relevância para o presente estudo, que a CISG não contém uma disposição directamente relativa a *hardship*, pelo que surgem os Princípios *em segunda linha*. Muito tem sido dito em relação ao artigo 79.º da CISG. Resumidamente, este dispõe sobre casos de força maior. Foi mesmo dito pelo Presidente da Comissão dos Princípios que o artigo 7.1.7. dos mesmos (que versa sobre força maior) não é mais do que uma “*slightly amended version of Article 79 CISG*”, como refere BRUNNER, Christof, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-performance in International Arbitration*, KLI, 2008, p. 105. Ainda assim, este autor entende que o artigo também cobre situações de *hardship* (p. 396). De igual modo LINDSTRÖM, Niklas entende que a Convenção se aplica em casos de *hardship* e afirma: “*the Convention cannot be complemented by e.g. the UNIDROIT Principles that otherwise are intended to complement the CISG, unless the parties have so agreed*”, in *Changed Circumstances and Hardship in the International Sale of Goods*, NJCL, 2006/1, p. 18, disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/lindstrom.html>. Para mais desenvolvimentos sobre o artigo 79.º, v. TALLON, Denis, *Article 79*, in Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law, Giuffrè, pp. 572 a 595, disponível em <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/tallon-bb79.html>. De todo o modo, e independentemente de considerações em sede de aplicabilidade indirecta a *hardship*, que o artigo não versa expressamente sobre ela não pode ser negado.

⁵ UNIDROIT, *Princípios*, p. 21.

⁶ V., p. ex., GLITZ, F., *O Contrato*, pp. 150 a 154. O autor refere que há autores que vêem nos Princípios estudo de índole doutrinária, enquanto outros lhe reconhecem natureza de modelo legislativo; apresentando também algumas decisões arbitrais em que os árbitros optaram por fazer uso dos Princípios. Salientamos a nota 561 (pp. 151 e 152) onde refere que há quem entenda mesmo que os Princípios tentem uniformizar o Direito Internacional dos Contratos, podendo os juízes e árbitros utilizá-los de forma discricionária, muito embora refiram também que nos países de tradição continental existe o problema de a regra de conflitos remeter para norma jurídica estatal. Discordando, e amplamente defendendo o recurso aos Princípios mesmo em sede decisória, v. BONNELL, M., *The CISG*, p. 117.

e premissas que devem estar presentes em cláusulas de *hardship*, mantendo ainda assim *nuances* de abertura e generalidade, deixando aos utilizadores a possibilidade de trazer à colação as mais diversas formas do seu preenchimento.

Ademais, como referimos, podem ser incorporados nos mais variados tipos de contratos, nomeadamente contratos de investimento e contratos ligados à exploração de petróleo e gás, aos quais iremos dar especial atenção.

Por último, e na medida em que pode soar algo bizarro que, em contratos internacionais onde uma das partes tem natureza *pública*⁷, estes Princípios possam encontrar um espaço privilegiado de aplicação, recorreremos aos doutos ensinamentos de BONNEL para clarificar: “*it is in the context of so-called “State Contracts” that the Unidroit Principles are frequently applied even in the absence of an express reference by the parties*”⁸.

É de notar que a matéria da *hardship*⁹ vem regulada no Capítulo 6 dos Princípios, relativo a Cumprimento, mais propriamente nos artigos 6.2.1-6.2.3, que analisaremos de seguida.

⁷ Escusamo-nos nesta sede de explicar o que se entende por entidades de natureza pública, com todas as querelas doutrinárias (e discussões semânticas) a que teríamos de recorrer para o explicar, dizendo que pensamos aqui em entidades com natureza pública da forma mais generalista, querendo referir-se quaisquer entidades que, de uma ou outra forma, orbitem na esfera do Estado de um dado país.

⁸ BONNEL, M., oferece variados exemplos de decisões arbitrais em contratos internacionais com uma parte pública, in *The CISG*, p.107, ss, sendo também de dar atenção ao estudo de FUCCI, Frederick, *Hardship and Changed Circumstances as Grounds for Adjustment or Non-Performance of Contracts*, PLS-IIICL, 2006.

⁹ Interessante é o facto de os Princípios terem acolhido o vocábulo “*hardship*”, patente em todas as versões, uma vez que “o fenómeno do *hardship* foi reconhecido por vários sistemas jurídicos sob a aparência de outros conceitos tais como *frustration of purpose*, *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, *imprevisión*, *eccessiva onerosità sopravvenuta*, etc”, UNIDROIT, *Princípios*, p. 174. Motivou tal opção o facto de o termo ser largamente reconhecido na prática comercial internacional como se comprova pela inclusão em muitos contratos internacionais das chamadas cláusulas de *hardship*. Tal parece fazer sentido uma vez que os membros da Comissão da UNIDROIT adoptaram soluções que se inspiraram sobretudo na prática comercial (e não tanto na sua semelhança com institutos com a mesma índole consagrados neste ou naquele ordenamento jurídico). Ainda assim, é de notar que os seus pressupostos basilares têm semelhanças com os postulados de vários ordenamentos jurídicos nacionais, v. neste sentido BRUNNER, C., *Force*, pp. 356 e 396.

2. O conceito de *hardship*

Estabelece o artigo 6.2.1 dos Princípios, sob a epígrafe “observância do contrato”:

“As partes estão adstritas ao cumprimento das suas obrigações, mesmo que a execução se tenha tornado onerosa, sem prejuízo do disposto nos artigos seguintes relativamente a *hardship*”.

Os Princípios estabelecem o carácter vinculativo do cumprimento do contrato como paradigma ou seja, regra geral, a máxima do *pacta sunt servanda* é inultrapassável.

“O objectivo deste artigo é tornar claro que decorre do princípio geral do carácter vinculativo do contrato, que este deve ser cumprido enquanto tal for possível e independentemente do encargo que representa para a parte que deve cumprir.

Dito de outro modo, mesmo que uma parte sofra pesadas perdas em vez dos lucros esperados ou que o cumprimento se tenha tornado inútil para esta parte, as cláusulas do contrato devem ser observadas”¹⁰.

Ainda assim, o artigo sob análise abre já a parte para os casos de *hardship*. Aceita-se que o contrato não é um todo estático, estanque, mas sim a materialização de uma relação jurídica, nascida do acordo entre as partes, que se vai exteriorizando no tempo. De notar, claro, que os contratos sob apreço são habitualmente contratos de longa duração, pelo que, diferentemente de outros que se esgotam em dada obrigação ou em curto período, são por excelência permeáveis ao passar do tempo. Também por isso convém acautelar as vicissitudes que possam daí vir a decorrer.

Como dizem PINTO MONTEIRO e JÚLIO GOMES, “está em jogo desde logo, a pré-compreensão que se tem do contrato”¹¹, os Princípios apontando no sentido de que deve haver alguma maleabilidade aquando da execução do contrato, de forma a prever que a implicação de certas circunstâncias (e não todas, como veremos de seguida) possa ser tal que conflua directamente com os deveres e direitos das partes.

¹⁰ UNIDROIT, *Princípios*, p. 173.

¹¹ MONTEIRO, António Pinto e GOMES, Júlio, *A “Hardship Clause” e o Problema da Alteração das Circunstâncias (Breve Apontamento)*, UCP Porto, 1998, p. 17.

No fundo, o grande desafio é que “o sistema jurídico tem que encarar a questão sempre renovada de saber se, e em que medida, é que certas circunstâncias exteriores ao contrato devem ou não influir neste”¹².

Nessa senda, vem o artigo 6.2.2 definir o que se entende por *hardship*.

Há hardship quando surgem acontecimentos que alteram fundamentalmente o equilíbrio das prestações quer por aumento do custo do cumprimento das obrigações quer por diminuição do valor da contraprestação, e

(a) esses acontecimentos se verificaram ou chegaram ao conhecimento da parte lesada depois da conclusão do contrato;

(b) esses acontecimentos não podiam razoavelmente ser tomados em consideração pela parte lesada no momento da conclusão do contrato;

(c) esses acontecimentos escapam ao controlo da parte lesada;

(d) O risco desses acontecimentos não foi assumido pela parte lesada.

Deve logo ser salientada a clara *cumulatividade* do elenco de requisitos estabelecidos nas alíneas a) a d) do artigo. Só assim se estará perante facticidade que altera de forma anormal e inultrapassável o equilíbrio das prestações.

Ademais, para além desses requisitos, só estaremos perante casos de *hardship* se os acontecimentos em causa provocarem um desequilíbrio na relação contratual seja porque (i) aumentaram o custo relativo ao cumprimento das obrigações ou porque (ii) diminuiriam o valor da contraprestação. Como se diz no Comentário aos Princípios, “saber se a alteração num determinado caso é ou não essencial depende, evidentemente, das circunstâncias do caso”¹³.

A casuística impera em sede de *hardship* porque as circunstâncias que afectam um contrato serão sempre diferentes das circunstâncias que afectem um outro, ainda que partilhem pontos em comum como, por exemplo, terem um preço semelhante¹⁴.

¹² MONTEIRO, A. Pinto, e GOMES, J., *A “Hardship”*, p. 18.

¹³ UNIDROIT, *Princípios*, p. 175.

¹⁴ É de referir que se afirmava: “se as prestações forem susceptíveis de ser quantificadas de modo preciso em termos monetários, uma alteração correspondente a 50% ou mais do custo ou do valor da prestação equivalerá provavelmente a uma alteração essencial”, *ibidem*. No entanto, sublinhe-se que esta menção foi retirada do Comentário dos Princípios editados em 2004 e, posteriormente, em 2010, não se tendo inserido qualquer segmento *sucedâneo*. Os trabalhos da UNCITRAL aconselham a que a alteração das circunstâncias resulte “*in serious adverse economic consequences*”, apresentando duas soluções possíveis para preencher o conceito: (i) “*use a general term to quantify the required degree of seriousness, e.g., that the change of circumstances must have caused “a substantial financial burden”*”, (ii) “*quantify the*

Estamos, então, em posição de afirmar que um simples incómodo ou uma mera acentuação da onerosidade na execução do contrato não constituirão jamais *hardship*. Neste sentido refere sugestivamente DAWWAS: “*the party cannot get out of the contract simply because it becomes unprofitable to him*”¹⁵. De igual modo, bem sumariza OPPETIT que perante uma cláusula de *hardship*: “se dénote bien que c’est l’équilibre général du contrat qu’il s’agit de rétablir et de maintenir; ce n’est pas nécessairement telle ou telle partie ni telle ou telle prestation qui peut être affectée par le changement, et ce dernier peut procéder de causes très variées, et *pas seulement monétaires ou économiques: le changement de circonstances vise toute modification intervenue dans les données sur lesquelles reposait l’accord initial*”¹⁶ (sublinhado nosso).

Agora, e sem prejuízo de os artigos dos Princípios poderem ser alvo de densificação ou de lhes ser conferida maior elasticidade, pois tal está na esfera do princípio da autonomia privada das partes, referência deve ser feita aos requisitos enumerados.

A alínea a) refere que os factos deverão ser conhecidos após a celebração do contrato. No entanto, os factos que despoletam o *hardship* não têm de ser supervenientes à celebração do contrato pois se admite que em causa possa estar um facto já existente, mas que apenas chegou ao conhecimento das partes posteriormente à celebração. Este pressuposto serve para frisar que, caso as partes tivessem tido conhecimento de tais circunstâncias, ou teriam optado por não celebrar o contrato, ou caso optassem por o fazer, ficariam depois impossibilitadas de invocar *hardship*.

Para esclarecer que não basta apenas que as circunstâncias sejam supervenientes (ou supervenientemente conhecidas), vem a alínea b) obrigar a que as mesmas não pudessem ter sido razoavelmente tomadas em consideração no momento da celebração¹⁷.

De certa forma está aqui já presente a ideia da imprevisibilidade no sentido que, se um evento for (ou devesse ser) previsível à data da celebração, e a parte que depois se vem

seriousness in a more specific manner, e.g., by providing that the change of circumstances must result in cost increases which exceed a specified percentage of the price”, in UNCITRAL Legal Guide on Drawing up International Contracts for the Construction of Industrial Works, pp. 244 e 245, disponível em www.trans-lex.org/400500.

¹⁵ DAWWAS, Amin, *Alteration of the Contractual Equilibrium under the UNIDROIT Principles*, PILROC, 2, No. 5, 2010, p. 3.

¹⁶ OPPETIT, Bruno, *L’Adaptation des Contrats Internationaux aux Changement de Circonstances: La Clause de Hardship*, JDI n.º 101, p. 801, disponível em www.trans-lex.org/127600.

¹⁷ Por exemplo, é commumente aceite que não preenche tal requisito o começo de hostilidades armadas entre dois países com um histórico de antagonismo, v. por todos, DAWWAS, A., *Alteration*, p. 3.

a sentir lesada não o tenha tido em consideração, faz sentido que esta suporte o prejuízo que tenha daí advindo.

Refira-se também que alterações graduais da factualidade de um contrato, que se iniciem antes mesmo da sua celebração, não constituirão, em regra, *hardship*. Para que assim não seja, terá a gradação da mudança de se ter “acelerado de modo fulgurante durante a vigência”¹⁸.

A alínea c) parece-nos digna de duplo sublinhado, na medida em que estabelece que para haver *hardship* o acontecimento que a despoletou terá de ter escapado ao controlo da parte. É plausível afirmar que tal facto concorre directamente com a questão da imputabilidade, ou seja, o facto de ter escapado ao seu controlo quererá significar que não lhe pode ser imputável e não, por exemplo, que escapou ao controlo da parte lesada por qualquer espécie de *negligência*.

Por último, a alínea d) abarca o requisito do risco, sendo impossível chamar a *hardship* à colação caso a parte lesada tenha assumido o risco da alteração das circunstâncias. Segundo os comentadores dos Princípios, o vocábulo “risco” foi escolhido de forma a “tornar claro que não é necessário que (...) tenham sido *expressamente assumidos pela parte, mas que tal pode decorrer da própria natureza do contrato*” (sublinhado nosso)¹⁹.

Veja-se a linha de pensamento de BRUNNER. “*Events such as the breakdown of economic systems or other economic disasters, political tensions or upheavals, wartimes or exceptional weather conditions can considerably change the settings under which the parties had calculated their risks, costs and benefits under their contract*”²⁰. Uma vez que tais eventos poderão (ou mesmo, irão) alterar a álea subjacente ao contrato celebrado, alterando o seu equilíbrio fundamental, a pergunta a fazer é “*which party should bear the risk of such a change of circumstances and to what extent*”²¹.

Antes de analisarmos os efeitos operados pelo recurso a uma cláusula de *hardship*, urge distingui-las das cláusulas de força maior.

¹⁸ UNIDROIT, *Princípios*, p. 177.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ BRUNNER, C., *Force*, p. 390.

²¹ *Ibidem*.

3. Distinção entre hardship e force majeure

Há quem diga que entre *hardship* e *force majeure* a grande diferença é que uma não é senão mais lata que a outra²². Vem-se afirmando que “*the internationalized concepts of hardship and force majeure have become very close. (...) The line between force majeure and hardship clauses is thus a fine one, and it is often difficult to distinguish between them*”²³.

Porém, apesar das afirmações acima não serem incorrectas, não oferecem contributo para a necessidade tantas vezes sentida de distinguir tais conceitos. Como o Comentário aos Princípios muito bem refere, podem por vezes surgir alterações de circunstâncias que conformem uma situação de facto que, à partida, poderá recair em ambos os casos²⁴ e tal reclama uma solução. Parece-nos, então, premente analisar a grande diferença relativa à situação em que aparte lesada fica perante a ocorrência de um ou outro caso, isto é, perguntarmo-nos: qual a consequência que advém, para a sua esfera jurídica, em cada um dos casos?

É que os casos de força maior colocam habitualmente uma das partes perante verdadeira *impossibilidade* de efectuar a prestação, de executar o contrato. Ainda assim, por exemplo, a ICC apresentou uma Cláusula Modelo para Força Maior, referindo que “*the threshold adopted for the invocation of the Clause is considerably lower than impossibility of performance*”, sendo suficiente para fazer operar a cláusula que o evento tenha estado “*beyond the reasonable control of the party*”²⁵.

²² “*The hardship test does not have any additional “elements” which would not be covered by the force majeure excuse; it is only more specific and narrower its scope than the force majeure excuse as only those “impediments” (changes of circumstances) are to be considered which “fundamentally alter the equilibrium of the contract”*, BRUNNER, C., in *Force*, p. 396. Apresenta, de seguida, uma comparação relativa a seis pontos com relação aos dois conceitos, merecendo duplo sublinhado o ponto 1 – “*Impediment (change of circumstances)*”. Esclarece que nos casos de força maior há impossibilidade de cumprir e nos casos de *hardship* ocorrem eventos que fundamentalmente alteram o equilíbrio do contrato seja, então, pelo aumento da onerosidade do cumprimento da prestação, seja pelo decréscimo do valor que seria recebido aquando do cumprimento. É interessante também notar que o autor, no ponto 4, relativo ao evento despoletador, refere que nos primeiros casos o não cumprimento se deve a um impedimento e, nos segundos, a uma alteração das circunstâncias que desemboque em onerosidade excessiva, BRUNNER, C., in *Force*, p. 396.

²³ FRICK, Joachim, *Arbitration and international contracts: with special emphasis on the determination of the applicable substantive law and on the adaptation of contracts to changed circumstances*, KLI, 2001, p. 177.

²⁴ UNIDROIT, *Princípios*, p.179.

²⁵ A versão integral da “*Force Majeure Clause*” pode ver-se em <http://www.trans-lex.org/700700>. Esclareça-se que na prática do comércio jurídico internacional “*force majeure clauses will, to a*

Diferentemente, os casos de *hardship*, colocam uma das partes perante uma situação em que há colisão de dois princípios basilares do Direito, por um lado o princípio do *pacta sunt servanda* e, por outro, o princípio da boa fé, a par da própria ideia de segurança jurídica e, mesmo, de Justiça.

Assim, se no primeiro caso se será compelido a fazer uma avaliação de carácter mais objectivo, no segundo, terá de se levar a cabo uma análise adequada ao caso concreto, pesando-se o facto de, embora podendo o contrato ser ainda executado, dever o seu cumprimento ser ou não imposto à parte que com ele sofreria graves prejuízos²⁶.

É, por isso, de notar, para além de ser muito interessante, o elemento sistemático presente nos Princípios. Se as disposições relativas a *hardship* estão compreendidas no Capítulo que regula o Cumprimento, as disposições que regulam a *Force Majeure* estão presentes no que regula o Incumprimento. Ora para o olhar atento tal parece o ponto-chave, pelo simples facto de que “*if performance is impossible it will not be performed*”²⁷.

O artigo 6.2.3. dos Princípios remete para uma renegociação entre as partes tendo em vista a sua adaptação às novas circunstâncias que vieram alterar o equilíbrio contratual. Assim, “a parte lesada pode pedir a renegociação do contrato”²⁸.

Bem se percebe que se afirme que a parte lesada, “se invocar força maior, terá como objectivo justificar o seu próprio incumprimento. Inversamente, se invocar *hardship*, o

significant extent, correspond with the essential features of the force majeure excuse under general contract principles, BRUNNER, *Force*, p. 384. Tal não deverá causar embaraço ao intérprete do Direito uma vez que, por exemplo, com WERNER MELIS, “*the legal elements for the qualification of an event as force majeure (vis maior, acts of God, etc.) are essentially the same in most legislations, and court decisions show a universal trend to a comparable restrictive interpretation, in Force Majeure and Hardship Clauses in International Commercial Contracts in View of the Practice of the ICC Court of Arbitration*, 1 J. Int. Arb., 81, 1984, p. 215, disponível em <http://www.trans-lex.org/126600>.

²⁶ Nas palavras de GLITZ, F., “o contraente, na hipótese de *hardship*, não estaria impedido de cumprir a obrigação, mas, se o fizesse, estaria assumindo prejuízo exacerbado” in *O Contrato*, p.160.

²⁷ PERILLO, Joseph, *Force Majeure and Hardship under UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. Contratación Internacional. Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del Unidroit*, Universidad Autónoma de México – Universidad Panamericana, 1998, disponível em <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/perillo3.html>, p. 119.

²⁸ UNIDROIT, *Princípios*, p. 180. O Comentário refere a proibição de pedir renegociação se do contrato constar já uma “cláusula que preveja a sua adaptação automática”. Adverte-se também que tais pedidos deverão ser apresentados o mais rapidamente possível após o momento em que se alega existir *hardship*. O dever de fundamentação tem como intuito “permitir à outra parte apurar se o pedido de renegociação é ou não justificável”, *idem*, pp. 179 a 181.

seu objectivo primeiro será a renegociação do contrato de modo a permitir a sobrevivência deste, mesmo com cláusulas modificadas”²⁹.

Geralmente, as cláusulas de *force majeure* remetem para uma resolução do contrato sem que haja direito a compensação pelos danos sofridos. Diferentemente, as cláusulas de *hardship* têm, habitualmente, dois aspectos fundamentais. Primeiro, definem as alterações de circunstâncias que consubstanciarão *hardship* e, em seguida, consagram como sua consequência a renegociação para se adaptar o contrato à alteração das circunstâncias³⁰.

Isto porque se entende, então, que a cláusula de *hardship* tem como propósito a *salvação* do contrato. Os Princípios consagram, no artigo 6.2.3/3, em primeira linha, a renegociação do contrato e, apenas se esta falhar (“na falta de acordo entre as partes num prazo razoável”), o recurso aos Tribunais para dirimir a contenda (“qualquer das partes pode submeter a questão ao Tribunal”).

O Tribunal que entenda que a situação conforma, efectivamente *hardship* à luz do contrato, pode optar por resolver o contrato ou adaptá-lo, porém “apenas quando tal for razoável”³¹.

²⁹ UNIDROIT, *Princípios*, p. 179.

³⁰ Assim se refere em UNCITRAL, *Legal*, p. 3, e, por todos, RIMKE, Joern, *Force majeure and hardship: Application in international trade practice with specific regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, p. 227, disponível em: www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/rimke.html. Veja-se a Cláusula Modelo de *Hardship* da ICC: “1. A party to a contract is bound to perform its contractual duties even if events have rendered performance more onerous than could reasonably have been anticipated at the time of the conclusion of the contract. / 2. Notwithstanding paragraph 1 of this Clause, where a party to a contract proves that: (a) the continued performance of its contractual duties has become excessively onerous due to an event beyond its reasonable control which it could not reasonably have been expect to have taken into account at the time of the conclusion of the contract; and that (b) it could not reasonably have avoided or overcome the event or its consequences, the parties are bound, within a reasonable time of the invocation of this Clause, to negotiate alternative contractual terms which reasonably allow for the consequences of the event. / 3. Where paragraph 2 of this Clause applies, but where alternative contractual terms which reasonably allow for the consequences of the event are not agreed by the other party to the contract as provided in that paragraph, the party invoking this Clause is entitled to termination of the contract” (sublinhados nossos). Diferentemente do que acontece com o artigo 6.2.3. dos Princípios, esta cláusula não faz qualquer remissão para os Tribunais.

³¹ UNIDROIT, *Princípios*, p. 183. Frise-se que, como consta também do Comentário, uma vez que resolver um contrato com base em *hardship* não implica que tenha havido incumprimento por uma das partes, a própria resolução deverá ser adaptada ao caso em concreto, daí a referência a que ela irá ocorrer “nas condições fixadas” pelo Tribunal. Já se o Tribunal optar por modificar o contrato, irá procurar “distribuir equitativamente as perdas entre as partes”, *ibidem*.

Para terminar, e não obstante as suas semelhanças, deixamos a advertência feita por FUCCI: “*in order to avoid unintended consequences by application of the law of the contract, both force majeure and hardship should be addressed*”³².

4. Cláusulas de *hardship* em contratos internacionais – Contratos de Petróleo e Gás e Contratos de Investimento

Neste ponto pretendemos referir que a previsão de cláusulas de *hardship* surge, tipicamente, em contratos de petróleo e gás³³ e em contratos de investimento³⁴.

Já na década de 70 era reconhecido que os contratos de longa duração eram mais permeáveis a preocupações relacionadas com o devir de circunstâncias perturbadoras da sua execução dos contratos. Tal era visível, nomeadamente, nos contratos relativos a matérias-primas ou a fontes de energia, como por exemplo nos contratos relativos a petróleo e a gás.

Como afirmava OPPETIT: “*en effet, ces contrats s’insèrent dans un environnement politique et économique en mutation constant, générateur de incertitudes (...) ou bien encore risque toujours de se produire un changement des conditions du marché*”³⁵.

Deve igualmente ser referido, pela sua importância, que tais contratos lidam com avultados montantes bem como são muito permeáveis às flutuações dos mercados, outra razão para as partes procurarem proteger-se o mais possível de circunstâncias adversas.

E repare-se que tal cenário se mantém e, porventura, acentua nos dias hodiernos. “*The recent spiraling then plunging of energy prices has given it renewed interest, not only in*

³² FUCCI, F., *Hardship*, p. 8.

³³ DIAS, Nélia, *A estabilidade nos contratos petrolíferos internacionais e alguns dos princípios gerais de Direito conexos: do Mito à Realidade*, ROA, Ano 71, Jul/Set 2011, p. 850, ARAGÃO, Alexandra, AA.VV, *Direito do Petróleo*, coord. José Carlos Vieira de Andrade, Rui de Figueiredo Marcos, FDUC, Instituto Jurídico, 2013, p. 174. Também NÁDIA DE ARAUJO refere que esta cláusula é muito utilizada na indústria petrolífera, pois com ela “o contrato passa a ter uma válvula de escape, que acionada permite a evolução e a modificação do que foi pactuado, em vista das novas circunstâncias, mas sem se afastar de todo da obrigatoriedade da palavra empenhada”, in *Contratos Internacionais e a cláusula de hardship*, in Estudos e Pareceres, Direito do Petróleo e Gás, coord. Marilda Rosado, Renovar, 2005, p. 421.

³⁴ ARAGÃO, A., *Direito do Petróleo*, p. 174.

³⁵ OPPETIT, B., *L’Adaptation*, p. 794.

*the context of power purchase agreements but also concession and investment contracts*³⁶.

Sem prejuízo da já apresentada cláusula de *hardship* presente nos Princípios, e pese embora saibamos que está na liberdade contratual das partes formulá-la, deixamos um outro exemplo que pensamos desvelar de forma adequada o que entendemos dever constar numa cláusula deste tipo:

*In the event of unforeseeable events or events which were excluded from the Parties' forecasts, including any substantial changes to taxes and duties, which could have the effect of undermining the economic basis of the existing market or prejudice one or other of the Parties, the Parties shall come to an agreement, in the spirit in which the present agreement was concluded, to make the necessary adjustments so as to replace one or other of the provisions of the present contract under the conditions of balance comparable to those which existed at the time of entering into the present contract. In the absence of an agreement, the Parties may refer their dispute to arbitration*³⁷.

Está aqui patente o esperado grau de precisão relativo às circunstâncias bem como o apelo ao acordo das partes para se proceder às alterações necessárias para repor o equilíbrio contratual, a ser alcançado no espírito em que o mesmo foi celebrado.

Talvez para os casos que nos propomos estudar fosse útil incluir um excerto que versasse directamente sobre uma potencial crise económica, por exemplo: *“including any substantial changes to taxes and duties, arising from an economic or financial crisis which was unforeseen by the Contracting Party and for which it is not liable, which could have the effect of undermining the economic basis of the existing market or prejudice one or other of the Parties”* (sublinhado nosso)³⁸.

³⁶ BLOCK, Guy, *Arbitration and Changes in Energy Prices: A Review of ICC Awards with respect to Force Majeure, Indexation, Adaptation, Hardship and Take-or-Pay Clauses*, ICC ICA Bull., Vol. 20/2, 2009, p.51.

³⁷ Esta cláusula foi apresentada por BLOCK, G., *Arbitration*, p. 55, como um exemplo típico de cláusula de *hardship* inserida em contratos referentes ao sector da energia.

³⁸ A opção de oferecer o nosso contributo em língua Inglesa prende-se com o facto de considerarmos mais fiel manter a cláusula que demos como exemplo na sua língua de origem.

SEGUNDO MOMENTO – Abordagem do instituto da “Alteração das Circunstâncias” nos Sistemas Jurídicos Inglês, Francês e Português

1. Direito Inglês

1.1. Jurisprudência sedimentadora da *Doctrine of Frustration*

O Direito Inglês jamais positivou a máxima “*rebus sic standibus*”. A verdade é que ainda hoje não se conhece norma jurídica que erija a alteração das circunstâncias ou o conceito de *hardship* no ordenamento jurídico inglês, e o mesmo vale para o conceito de *force majeure*.

São os Tribunais ingleses quem obvia a esta inexistência de positivação, por referência à doutrina da “*frustration*”.

Tal doutrina permite que haja uma cessação do contrato, caso as circunstâncias que orbitam na sua esfera, de facto ou de direito, sofram certo tipo de vicissitudes – ou seja: “*a contract may be discharged on the ground of frustration when something occurs after the formation of the contract which renders it physically or commercially impossible to fulfill the contract or transforms the obligation from that undertaken at the moment of entry into the contract*”³⁹.

Deve já ser notado que não é contemplada a possibilidade de o evento já existir no momento da celebração do contrato, mesmo que fosse desconhecido pelas partes; apenas se atende à sua ocorrência pós-celebração do mesmo⁴⁰.

A “*doctrine of frustration*” foi pela primeira vez introduzida no ordenamento jurídico inglês no caso *Taylor v. Caldwell*⁴¹. A destruição física do objecto do contrato, extrínseca à vontade de qualquer uma das partes, levou o *Court of Queen’s Bench* a concluir: “*the principle seems to us to be that, in contracts in which the performance*

³⁹ MCKENDRICK, E.G., *Discharge by Frustration*, in AA.VV. Beale, Hugh (edition), *Chitty on Contracts*, Vol I, 1999, para. 24–001.

⁴⁰ Citando o caso *Pioner Shipping Ltd v. Ltd (The Nema)*, [1982], BRUNNER, C., afirma: “*a contract may be discharged on the ground of frustration when something occurs after the formation of the contract which renders it physically or commercially impossible to fulfil the contracts or transforms the obligation to perform into a radically different obligation from that undertaken at the moment of entry into the contract*” (sublinhado nosso), in *Force*, p. 88.

⁴¹ [1863] EWHC QB J1, disponível em <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/1863/J1.html>. Neste Acórdão, estava em causa um contrato celebrado para a utilização de um espaço de concertos com o fim de promover concertos. Devido a um incêndio, tornou-se *impossível* que tais concertos se realizassem.

depends on the continued existence of a given person or thing, a condition is implied that the impossibility of performance arising from the perishing of the person or thing shall excuse the performance”.

Tal conclusão veio directamente contra o entendimento que havia até então pautado as decisões dos Tribunais ingleses e do qual era exemplo paradigmático o caso *Paradine v. Jane*⁴².

Neste caso, perante um verdadeiro “despejo”, em relação ao qual o lesado não conseguiu obviar, e quando confrontado com um pedido de indemnização pelas rendas em atraso, o Tribunal afirmou que o “despejado” deveria ter provido pela inclusão daquela possibilidade no contrato ou procurado alguma defesa perante o “despejo” de que havia sido vítima.

Não podia era esperar protecção (e absolvição) por parte do Tribunal, *“for the law would not protect him beyond his own agreement”*. Era este o espelho do princípio da *sanctity of contracts*, abordagem formalista tradicional dos Tribunais ingleses até meados do séc. XIX.

Continuando, o princípio do *Taylor v. Caldwell* cedo passou a ser seguido noutros casos (e obteve assento normativo na regulação dos contratos de compra e venda de bens⁴³), mas revelou-se logo aquém perante casos em que a alteração das circunstâncias não implicasse destruição física do objecto, mas ainda assim reclamassem uma (re-)ponderação dos termos do contrato, nomeadamente por não advir da acção de nenhuma das partes.

Assim, e fundamental para a verdadeira sedimentação da *doctrine of frustration* no direito inglês, foi o caso *Jackson v. Union Marine Insurance Co. Ltd*⁴⁴. Este caso versou sobre um atraso de meses para reparar um navio – o *“Spirit of the Dawn”* – que havia sido contratado para transportar mercadorias de Liverpool para São Francisco. O júri

⁴² [1647] EWHC KB J5, disponível em: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/KB/1647/J5.html>.

⁴³ Referimo-nos à Secção 7 do *Sale of Goods Act* de 1979, cuja versão original está disponível em http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1979/54/pdfs/ukpga_19790054_en.pdf.

⁴⁴[1873] LR 10 CP 125. O sumário do caso pode ser encontrado em <http://www.lawteacher.net/contract-law/cases/discharge-cases.php>.

acordou que o tempo de espera havia sido tão longo que o contrato, nos termos em que havia sido celebrado, deixara verdadeiramente de fazer sentido⁴⁵.

Embora nas palavras de MCKENDRICK, que consideramos válidas, esta linha de pensamento esteja “*firmly established, its juristic basis remains rather uncertain*”⁴⁶, não deixa de ser verdade que os exemplos de jurisprudência referidos espelham certamente os vectores cobertos pela *doctrine of frustration*.

Nas palavras ilustrativas de RÖSLER, “*the concept does not just deal with destruction of the subject matter or other unavailability of a specific good, but also covers impossibilities that are only of partial or temporal nature, cases of illegality and frustration of purpose*”⁴⁷.

Referindo-nos a esta questão da “*frustration of purpose*”, que nas palavras de PUELINCKX foi a “terceira linha”⁴⁸ de casos em que os Tribunais ingleses entenderam que uma das partes devia ser exonerada do cumprimento integral do contrato, uma breve nota deve ser feita quanto ao caso “*Krell v. Henry*”⁴⁹, comumente referido como um dos “*Coronation cases*”.

Perante um contrato – designado pelas partes de “locação” – celebrado com o propósito de o “locatário” assistir à procissão de coroação do Rei Edward VII, o facto de o Rei ter sido imprevisivelmente acometido por uma doença frustrou esse propósito.

Perante a recusa de pagamento, por parte do locatário, e o recurso aos Tribunais para dirimir a contenda, o Tribunal (inclusive ignorando o facto de o contrato não referir

⁴⁵ Oferecemos um excerto explicativo: “*not arriving in time for the voyage contemplated, but at such a time that it is frustrated, is not only a breach of contract, but discharges the charterer. And so it should, though he has such an excuse that no action lies. Taylor v Caldwell is a strong authority in the same direction. I cannot but think, then, that the weight of authority, as might be expected, is on the side of reason and convenience*” (sublinhado nosso).

⁴⁶ MCKENDRICK, E.G., *Chitty*, para. 24-007.

⁴⁷ RÖSLER, Hannes, *Hardship in German Codified Private Law – In Comparative Perspective to English, French and International Contract Law*, ERPL, 3, 2007, p. 497.

⁴⁸ PUELINCKX, A. H., *Frustration, Hardship, Force Majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances*, J.Int'l Arb., n.º2, No. 2, p. 49.

⁴⁹ [1903] 2 KB 740, disponível em

http://www3.uninsubria.it/uninsubria/allegati/pagine/1438/priv_comp2.pdf.

expressamente que o propósito era esse⁵⁰) afirmou que “*the view of the coronation procession was the foundation of the contract*” e escusou-o de fazer o pagamento.

Nascia assim a doutrina da *frustration of purpose*, cuja aplicabilidade na prática jurídica posterior iremos de seguida analisar.

1.2. A real utilização da doutrina do *frustration of purpose* pelos Tribunais ingleses

Utilizando como mote a afirmação de BARANAUSKAS e ZAPOLSKIS: “*despite the acknowledgment of the frustration doctrine, English law retains a relatively strict attitude towards the legal institute of changed circumstances*”⁵¹ – iremos agora analisar a utilização que vem sendo dada a esta doutrina.

A verdade é que, embora tenham sido referidos os casos paradigmáticos que confirmaram e sedimentaram a existência da *doctrine of frustration* no direito inglês, tal não significa que tenha sido gerado um consenso partilhado e homogeneamente difundido pelos Tribunais ingleses.

Com pouca relevância para o que nos propomos fazer, mas que ainda assim deve ser referido, a existência de tal dissenso é visível na multiplicidade de “testes” aos quais os diferentes decisores ingleses têm logrado deitar a mão quando dão por si perante casos que podem reclamar, ou não, o designado *discharge by frustration*⁵².

No entanto, autores como MCKENDRICK dizem que estas teorias acabam por se interpenetrar, sendo difícil identificar diferenças que, na prática, surjam do facto de o decisor se ter reconduzido a uma ou a outra⁵³.

O que interessa perceber é o que WHINCUP diz ser o “ponto crucial”⁵⁴ deste assunto e que não é mais do que compreender qual o tipo de circunstâncias que à luz do Direito Inglês é visto como suficiente para permitir a *frustration* de um contrato.

⁵⁰ Com relação a esta falta de menção expressa, E.G. MCKENDRICK, diz que o factor vital neste caso foi o facto de o apartamento ter sido locado para os dias e não para as noites, tornando assim concebível que o propósito do contrato fosse, então, o de assistir a procissão da coroação, *in Chitty* para. 24-033.

⁵¹ BARANAUSKAS, Egidijus e ZAPOLSKIS, Paulius, *The effect of change in circumstances on the performance of contract*, Jurisprudence, 2009, 4 (118), p. 202.

⁵² *Cfr.* Quanto a esta questão e versando sobre (i) *implied term test*, (ii) *test of a radical change in the obligation*, (iii) *objective test* e (iv) outros, v. MCKENDRICK, E. G., *Chitty*, para. 24-007 - 24-018. V. também BRUNNER, C., *Force*, pp. 88 e 89.

⁵³ MCKENDRICK, E. G., para. 24-018. Também BRUNNER, C., *Force*, p. 89.

Muito discutida é, por exemplo, a questão de saber se a *doctrine of frustration* abarca casos de impraticabilidade comercial. Tanto assim é que os Tribunais ingleses têm mais relutância em aplicar a contratos comerciais, como bem referem BARANAUSKAS e ZAPOLSKIS⁵⁵.

É que é muito diferente a alteração das circunstâncias tornar impossível a sua execução das prestações contratuais ou, não tornando impossível, levar a que ela ocorra num contexto tão diferente que não seja já reconduzível àquele que motivou a celebração do contrato. É diferente que a alteração torne a execução do contrato inconveniente ou “*impracticable*”.

Embora havendo autores que defendem que, ainda que residualmente, os casos de “*impracticality*” são aceites pelos Tribunais ingleses à luz da *doctrine of frustration*⁵⁶, a doutrina em geral pende para o lado contrário.

Sublinhamos, então, que o vocábulo “*impracticality*” deve ser aqui entendido no sentido de se ter tornado muito (ou demasiado) oneroso executar o contrato, querendo de certa forma referir que se tornou pouco “rentável” fazê-lo.

Veja-se a formulação de BRUNNER: “*the doctrine of frustration is in principle not extended to situations of impracticability, where due to unforeseen circumstances, performance could only be rendered with extreme and unreasonable difficulty, expense injury or loss*”⁵⁷.

Fazendo um apanhado sobre a linha geral de pensamento da jurisprudência moderna inglesa, foi afirmado que “*economic fluctuations, even drastic*”⁵⁸ não conduzem à *frustration* do contrato, sendo então raros os casos em que a *frustration* é chamada à colação por uma das partes e o tribunal lhe dá razão. Tal entendimento não é novo e nada há que indique que irá sofrer alterações em breve. Como se afirmou recentemente:

⁵⁴ WHINCUP, Michael, *Contract Law and Practice, The English System with Scottish, Commonwealth and Continental Comparisons*, KLI, 2006, para. 12-18.

⁵⁵ BARANAUSKAS, E. e ZAPOLSKIS, P., *The effect*, p. 203. Considerando que, embora com rara frequência, os Tribunais também dão relevância à “*impracticability*”, v. RÖSLER, H., *Hardship*, p. 497.

⁵⁶ RÖSLER, H., *idem*, p. 497.

⁵⁷ BRUNNER, C., *Force*, p. 92. Neste sentido também BARANAUSKAS, E. e ZAPOLSKIS, P., *The Effect*, p. 203. Referindo nesta senda que os Tribunais ingleses se têm mostrado invariavelmente relutantes em aplicar a *doctrine of frustration* de forma ampla, MCKENDRICK, *Chitty*, para. 24-019.

⁵⁸ ŽIVKOVIĆ, Velimir, *Hardship in French, English and German Law*, estudo do Instituto de Direito Comparado da Universidade de Belgrado, 2012, p. 9, disponível em http://www.academia.edu/3152183/Hardship_in_French_English_and_German_Law.

“arguments based on a sharp drop in the market, global recession (...) have all failed in recent years”⁵⁹.

De igual modo, e com relação à inclusão de cláusulas de *hardship* em contratos, uma vez que a lei inglesa, em geral, não prevê a possibilidade de renegociação dos termos de um contrato⁶⁰, tal é um forte incentivo à sua previsão nos contratos, apresentando-se assim com uma maior probabilidade de sucesso caso uma dada alteração das circunstâncias desemboque no recurso, em última instância, à via judicial.

2. Direito Francês

2.1. Nota introdutória

Com relação ao ordenamento jurídico francês sentimos necessidade de dividir a nossa exposição em duas partes: a abordagem civilística e a abordagem administrativista⁶¹.

Isto porque a forma como a alteração das circunstâncias tem vindo a ser encarada, até recentemente pelo menos, é diametralmente oposta em sede de Direito Civil e em sede de Direito Administrativo.

2.2. Direito Civil

O *Code Civil* de Napoleão não acolheu a cláusula *rebus sic standibus*⁶² e os séculos XIX e XX passaram sem que tivesse sido sentida necessidade de proceder a uma reavaliação da questão⁶³.

O princípio do *pacta sunt servanda* encontra-se enraizado no artigo 1134.º do mesmo

⁵⁹ SHEPERD, Stuart e SHOUR, Reema, *Force Majeure Clauses: Their Role in Sale Contracts*, nota informativa da sociedade de Advogados INCE & CO, 2011, disponível em <http://incelaw.com/documents/pdf/strands/international-trade/force-majeure-clauses-sale-contracts.pdf>.

⁶⁰ ŽIVKOVIĆ, V., *Hardship*, p. 12.

⁶¹ Na doutrina portuguesa, v. EDUARDO DOS SANTOS JÚNIOR, *A imprevisão ou alteração das circunstâncias no Direito Privado Francês e as perspectivas de evolução em face dos Projectos de Reforma do Direito das Obrigações no Code Civil*, E.H. ao Professor Doutor Jorge Miranda, vol. VI, Coimbra Editora, 2012, p. 479,ss.

⁶² *Idem*, p.472.

⁶³ Assim, CORDEIRO, António Menezes, *Da Boa Fé no Direito Civil*, 4ª Reimp., Almedina, 2011, p. 955.

Código, que estipula:

*“Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.
Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.
Elles doivent être exécutées de bonne foi”.*

Uma vez que se existe a possibilidade de resolução do contrato “pelas causas que a lei autoriza”, refira-se que o artigo 1148.º prevê os casos de força maior e de caso fortuito.

Caso paradigmático no que respeita a alteração das circunstâncias é o caso do *Cannal de Craponne*⁶⁴. Embora o *Cour d’Appel* da cidade de *Aix en Provence* tenha operado uma modificação oficiosa do preço do contrato de fornecimento a pedido do requerente, com fundamento em alteração das circunstâncias, a *Cour de Cassation* veio depois tomar a decisão diametralmente oposta.

Foi dito: *“dans aucun cas, il n'a tient aux Tribunaux, quelque équitable, que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants”.*

Ou seja, não se admitia, por mais que uma modificação do clausulado contratual pudesse revestir-se de uma nota de equidade, que pudesse caber ao Tribunal, atentando no tempo passado e nas circunstâncias volvidas, substituir cláusulas *antigas* por cláusulas *novas*.

Este caso rapidamente fez escola e a repulsa sentida pelos Tribunais franceses em relação a eventuais ponderações em face de alterações de circunstâncias foi sentida de forma transversal em variados casos que lhes foram sendo apresentados⁶⁵.

Com MENEZES CORDEIRO, deve ser salvaguardado: “esta posição não deve ser justificada com uma pretensa estabilidade da vida francesa, assim contraposta a convulsões mais marcantes na vizinha Alemanha”⁶⁶.

⁶⁴ Este *arrêt* data de 6/03/1876 e encontra-se disponível em <http://translex.uni-koeln.de/output.php?docid=304200>. Os contratos em causa, que datavam do séc. XVI, viram ser-lhes aplicado o artigo 1134.º do Código Civil. Em causa estava a manutenção de um canal destinado a irrigar campos agrícolas. Tendo já havido sucessão na posição contratual e, uma vez que, três séculos depois, se havia desvalorizado a moeda, a par de ter aumentado o custo da mão de obra, o requerente veio solicitar ao Tribunal de primeira instância que revisse o preço.

⁶⁵ Para uma panorâmica de decisões jurisprudenciais, v. CORDEIRO, A. M., *Da Boa Fé*, pp. 955 a 959 e JÚNIOR, E. S., *A imprevisão*, mormente pp. 480 a 482.

Pelo contrário. França experienciou, nos sécs. XIX e XX, guerras, crises e desvalorizações de moeda e, incluindo em períodos pós-guerra, a rigidez jurisprudencial foi sempre sendo sentida (mesmo com autores reclamando verdadeira necessidade de se atender “*non pas a l’adaptation du contrat aux circonstances économiques, mais a son adaptation aux “effets de la guerre”*”⁶⁷).

O legislador foi surgindo, pontualmente, para atenuar tal rigidez, “tabelando preços, concedendo moratórias, suspendendo processos ou alterando o regime de determinados tipos contratuais mais sensíveis”⁶⁸.

Por um lado, como afirmava EL-GAMMAL, o fenómeno da modificação da economia dos contratos tornava-se de tal forma previsível pelas partes, que despoletava “*une réaction negative de la pratique qui tend à éliminer du contrat le facteur temps, ou tout au moins à le réduire au minimum. Les contrats successifs sont remplacés par une suite de contrats instantanés*”⁶⁹. Sentia-se uma verdadeira *perigosidade* na celebração de contratos de longa duração.

Por outro lado, a verdadeira rejeição do postulado *rebus sic standibus*, com grande impacto no momento pré-celebração do contrato, terá porventura despoletado a opção pela previsão de cláusulas de *hardship* nos clausulados contratuais⁷⁰.

Neste sentido, não deixa de ser por demais interessante que a teoria da “*économie du contrat*” tenha vindo a ganhar adeptos contemporaneamente. RÖSLER refere que a

⁶⁶ CORDEIRO, A. M., *Contratos Públicos: subsídio para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro*, Cadernos o Direito, n.º2, Almedina, 2007, p. 53. De igual modo, o autor refere que “a crise económica dos anos trinta não provocara *também* qualquer alteração das circunstâncias” (sublinhado nosso), *Da Boa Fé*, p. 959. Neste sentido também EL-GAMMAL, Mostapha, *L’adaptation du contrat aux circonstances économiques – étude comparée de droit civil français et de droit civil de la republique arabe unie*, L.G.D.J., 1967, p. 156 e ss. Nas palavras deste último “*ces lois – il ne faut pas le dissimuler – ne cherchent pas à rétablir le contrat tel qu’il a été réellement voulu par les parties, mais seulement à établir un certain équilibre entre les prestations. Elles puisent leur inspirations dans les nécessités de l’ordre économique*”. *Idem*, p. 157.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ CORDEIRO, A. M., *Da Boa Fé*, p. 960.

⁶⁹ EL-GAMMAL, M. *L’adaptation*, p. 158.

⁷⁰ EDUARDO DOS SANTOS JÚNIOR refere que, no ordenamento jurídico francês, a designação “*hardship*” tem vindo a ser utilizada, sendo de igual modo aceites as designações de “cláusulas de salvaguarda ou de revisão ou de adaptação”. O autor salienta, e tal bem se percebe dado que em França o contrato é verdadeiramente “lei” entre as partes (de novo, o artigo 1134.º do *Code Civil*), que tais cláusulas, quando assumidas livremente pelas partes, têm sido consideradas válidas pelos Tribunais franceses, in *A Imprevisão*, p. 486 e n. 46; também n. 3 e pp. 483 e 484. Com relação a estas cláusulas, e para advertir que não são necessariamente sinónimas, BARANAUSKAS, E. e ZAPOLSKIS, P., *The Effect*, p. 201, referem que é costumeiro incluir-se “*indexation clauses based on inflation or stock exchange index which allow for automatic recalculation of the contract price when the index fluctuates to a certain degree*” ou “*another type of adaptation clauses – called hardship clauses*”.

economia do contrato se refere, grosso modo, ao facto de contratos, ainda *úteis*, poderem ser mantidos, enquanto outros reclamam a sua resolução ou adaptação no sentido de “restaurar o seu sentido económico e social”⁷¹.

Ainda assim, “*despite the intense discussion about this equivalent to the hardship concept, French judges are not willing to adapt private law contracts*” (sublinhado nosso)⁷².

No entanto, e com grande relevância no sentido de de certa forma apontarem uma viragem neste assunto, devem ser referidos os trabalhos preparatórios do novo Código Civil Francês, com o estudo de EDUARDO DOS SANTOS JÚNIOR a merecer destaque entre a nossa doutrina⁷³.

Os três projectos apresentados deram relevância à matéria sob estudo. Da nossa parte, e para sumarizar, o anteprojecto CATALA acolhe a validade das cláusulas de *hardship* para que sejam as partes a renegociar os contratos de longa duração aquando de alterações abruptas das circunstâncias e coloca o juiz em posição de prover pela renegociação caso tal cláusula não esteja prevista; o relatório TERRÉ não faz diferenciação quanto à duração do contrato, apenas prevendo que as partes devem renegociar o contrato se este se tornar demasiado oneroso; o projecto do Ministério da Justiça (“CHANCELLERIE”) é semelhante ao primeiro, ressaltando-se apenas que durante o esforço de renegociação, as obrigações contratuais deverão continuar a ser cumpridas.

Pese embora os projectos referidos, a verdade é que continua a poder afirmar-se que o *arrêt Cannal de Craponne* “*is still established case law*”⁷⁴ e que é mesmo o paradigma do entendimento dos Tribunais judiciais nesta matéria.

⁷¹ Assim, RÖSLER, H., *Hardship*, p. 501.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ EDUARDO DOS SANTOS JÚNIOR faz uma análise dos três trabalhos preparatórios do novo Código Civil onde analisa a previsão das cláusulas acolhedoras da alteração das circunstâncias, analisando e criticando cada postulado normativo, *in* A imprevisão. Para a análise do Anteprojecto CATALA v. ponto 4.1 (pp. 486 a 488), para o Relatório TERRE v. ponto 4.2 (pp. 488 e 489) e para o Projecto da CHANCELLERIE v. ponto 4.3 (p. 489).

⁷⁴ Assim, são parcas as decisões no sentido de o Tribunal obrigar as partes a renegociar, como foi o caso relativo a um contrato de concessão hoteleira, caso da *Cour de Cassation Civil*, 16/03/2004, disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007046939&fastReqId=124570647&fastPos=1>. Este tipo de sentença não pode ser encarado como típico ou característico, pois sentenças nesse sentido conformam verdadeiras excepções. Neste sentido aconselha-se uma leitura da análise feita por EDUARDO DOS SANTOS JÚNIOR aos *arrêts BP. c. Huard, Chevassus Marche e Sté Les Repas Parisiens (LRP) c. Association Foyer des Jeunes Travailleurs (AFJT)*, *in* A *Imprevisão*, pp. 481 a 483 e respectivas notas. O que se pretende é concluir que poderia, à primeira vista,

2.3. Direito Administrativo

Contrariamente à realidade exposta em II.II.2, o *Conseil d'État* consagrou, no início do século XX, que nos contratos administrativos o co-contrante privado terá direito a não ver serem-lhe exigidas as prestações a que se havia obrigado, caso ocorra uma alteração das circunstâncias que seja imprevista, excepcional e dotada de substancialidade.

Assim, uma nota deve ser feita em relação ao sobejamente conhecido arrêt *Gas de Bordeaux*⁷⁵. Em traços gerais, a cidade de Bordéus havia, em 1904, celebrado um contrato de concessão com uma entidade privada para o fornecimento de gás e electricidade a uma grande parte da cidade. O contrato duraria pelo período de 30 anos.

Eis que, após o início da Primeira Guerra Mundial, o preço do carvão aumentou exponencialmente, pelo que a concessionária procurou remédio no Tribunal, para que o preço do contrato fosse revisto, sob pena de correr o risco de entrar em insolvência.

Em primeira instância, a requerente viu a sua pretensão cair por terra, no entanto o *Conseil d'État* veio salvaguardá-la. Entendeu esse Tribunal que o aumento do preço do carvão, consequência da Guerra, era de tal forma grave que a tarifa de gás estipulada no contrato celebrado com a cidade de Bordéus se tinha tornado desadequada em face das circunstâncias económicas *alteradas*.

Desta forma, entendeu o *Conseil d'État* que a concessionária tinha direito a ser indemnizada pela cidade de Bordéus, operando a modificação do contrato⁷⁶.

pensar-se que estaríamos perante uma mudança de direcção por parte dos Tribunais franceses, pois nesses casos não recorreram apenas ao princípio da estabilidade dos contratos para negar os pedidos dos requerentes, porém, ainda assim, em nenhum deles os juízes reviram ou resolveram o contrato. Assim, “a verdade é que tais decisões, traduziram alguma abertura em relação à rigidez do princípio da imutabilidade dos contratos, através da *admissão das partes de renegociarem de boa fé*, quando circunstâncias excepcionais e imprevisíveis alteram o equilíbrio inicial do seu contrato, não contenderam com a solução geral da irrelevância da imprevisão ou da alteração das circunstâncias, *na medida em que não reconheceram aos Tribunais o poder de modificar ou adaptar os contratos, nem mesmo em tais circunstâncias excepcionais*” (sublinhado nosso), in JÚNIOR, E. S., *A Imprevisão*, p. 483. V. também, RÖSLER, H., *Hardship*, p. 500.

⁷⁵Disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007629465&dateTexte=>.

⁷⁶CORDEIRO, A. M., refere que o *Conseil d'État* havia, porém, esclarecido que o contrato de concessão regulava, de modo definitivo, os interesses das partes em jogo no contrato, de tal forma que regulares mudanças de preço estariam integradas na álea normal do contrato. No entanto, no caso sob apreço, a concessionária não devia ser obrigada a suportar a alteração das circunstâncias provocada pela guerra, apenas assim se assegurando o interesse público, in *Contratos*, p. 85.

Cedo se seguiram outras decisões semelhantes, pois os contratos administrativos – nomeadamente, concessões de serviços públicos e outras formas de parcerias⁷⁷ – reclamam uma maior flexibilidade. “A *public contract, if hampered, delayed or even paralysed because of changed economic circumstances, usually creates calamities for a substantial number of citizens*”⁷⁸.

Voltando à imprevisão nos contratos administrativos franceses, não podemos deixar de referir a conclusão de MENEZES CORDEIRO, ao referir que basear a alteração das circunstâncias num “princípio de serviço público que exige a manutenção económica do concessionário, afigura-se criativo: trata-se de um contributo importante do Direito Francês para a dogmática dos contratos públicos”⁷⁹.

Porém, a verdade é que autores como CLOUZOT, em análise recente, entendem que a consagração da *imprévision*, “*risquait de heurter certains principes essentiels de la théorie generale des contrats administratifs*”⁸⁰. A autora entende que o caso *Gaz de Bordeaux* surgiu como forma de “*pallier les insuffisances de stipulations contractuelles du début du XX^e siècle*”⁸¹ e acabou por, por via das decisões jurisprudenciais, ver o seu escopo inicial alargado.

Cumprе atentar, por fim, na utilidade da *imprévision* no momento actual, aferindo da sua importância em sede de contratos internacionais.

2.4. A Imprévision em contratos internacionais

“*En dépit de son intérêt reconnu, la théorie de l'imprévision semble avoir aujourd'hui perdu une partie de son intérêt, faisant figure d'objet de musée*”⁸².

⁷⁷ O facto de a teoria da imprevisão surgir normalmente ancorada à ideia de serviço público, permite afirmar que o seu nicho primordial são as concessões de serviço público. No entanto, não se duvide que tal teoria “*est valable pour tous les contrats administratifs*”, como afirma GAUDEMET, Yves, *Droit Administratif*, L.G.D.J., 2010, p.321.

⁷⁸ BARANAUSKAS, E., e ZAPOLSKIS, P., *The Effect*, p. 200.

⁷⁹ CORDEIRO, A. M., *Contratos*, p. 84.

⁸⁰ CLOUZOT, Ludvine, *La théorie de l'imprévision en droit des contrats administratifs: une improbable desuetude*, RFDA, n.º 5, Set/Out 2010, p 938.

⁸¹ *Ibidem*, referindo ainda que os Tribunais administrativos surgem a rever os preços dos contratos apenas porque os cálculos e previsões das partes foram insuficientes para conseguir prever tal vicissitude.

⁸² *Ibidem*.

A afirmação mordaz foi feita recentemente e de certo modo entendemos que pode ser corroborada pelo facto de as partes interessadas terem vindo a optar por se precaver, em primeira linha, no clausulado contratual.

O recurso aos Tribunais é, claro, *ultima ratio*, e também a influência do Direito Internacional aponta na utilidade de cláusulas de estabilidade, cláusulas de revisão de preços e cláusulas de *hardship* em contratos de longa duração como são os contratos internacionais de investimento e os contratos ligados ao sector do petróleo e gás.

PINTO MONTEIRO e JÚLIO GOMES sublinham que a importância dos interesses em jogo e a inadequação do instrumentário clássico desenvolvido ao nível dos direitos nacionais de certa forma explicam o recurso das partes a estes mecanismos para lidar com hipotéticas e eventuais alterações das circunstâncias⁸³.

No entanto, a par disto, não podemos esquecer que contemporaneamente se vem assistindo à fusão do contrato administrativo e do contrato de direito privado, nomeadamente em França, onde existe um tipificado *contrat de partenariat*⁸⁴. Porventura, tal poderá vir a ter impacto na “crise” jurisprudencial.

Para além do mais, já ficou também dito que a influência da *imprévision* parece ter logrado grandes contributos nos projectos para a nova codificação civil em França, pelo que, para jogar com as palavras de CLOUZOT, a ser “peça de museu”, certamente não será peça de Museu de Arte Antiga.

Ainda assim, parece que os redactores de contratos em França, ou os de contratos internacionais regidos pela lei francesa, têm em mãos uma tarefa redobrada. “*Hardship clauses in French law are somewhat different as they need to ‘define’ a whole institute and not just its scope*”⁸⁵.

Quanto a alteração das circunstâncias adveniente da dita “crise”, sublinha-se o entendimento restritivo que na história tem sido tomado pelos Tribunais franceses, graças à forte sedimentação do princípio do *pacta sunt servanda*, e o muito que se aguarda a entrada em vigor do novo Código Civil, sendo certo que é lícito afirmar, com

⁸³ MONTEIRO, A. Pinto, e GOMES, J., A “*Hardship*”, p. 20.

⁸⁴ Este tipo contratual foi positivado pela *Ordonnance n.º 2004-555*, de 17 de Junho e uma sua versão actualizada pode ser encontrada em http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=D56A29C3100EF0A85FF63E36AFFBFCEB.tp_djo04v_2?cidTexte=JORFTEXT000000438720&dateTexte=20130805.

⁸⁵ ŽIVKOVIĆ, V., *Hardship*, p. 6.

referência à divisão por nós referida, “*whether this split law is going to subsist remains to be seen*”⁸⁶.

Assim sendo, não duvidamos da actualidade da análise de CÂNDIDA PIRES quando afirma, após analisar jurisprudência vária negando a modificação ou resolução de contratos por força da alteração das circunstâncias, que de tal “breve resenha de algumas das significativas decisões proferidas em épocas de crise ou posteriores a elas, ressalta, bem nítida, a inclinação dominante para o respeito integral dos princípios que a tradição consagrara”⁸⁷.

3. Direito Português

3.1. Breve nota da evolução pré-Código Civil de 1966 – a “base do negócio” como fonte de inspiração.

O instituto da alteração das circunstâncias surgiu perante nós como um produto das nossas raízes continentais, produto esse que tem vindo a ser permeável ao passar do tempo^{88 89}.

Escusar-nos-emos, nesta sede, de fazer uma descrição detalhada das várias teorias que foram sendo erigidas para ancorar a alteração das circunstâncias⁹⁰ e faremos apenas breve nota quanto à sua evolução no nosso ordenamento.

⁸⁶ RÖSLER, H., *Hardship*, p. 501.

⁸⁷ PIRES, Cândida da Silva Antunes – *A teoria da imprevisão no direito civil francês*, Faculdade de Direito de Lisboa, 1960, p. 83.

⁸⁸ Com relação a este ponto referem-se, por todos, CORDEIRO, A. Menezes, *Da Alteração das Circunstâncias – a concretização do artigo 437.º do Código Civil à Luz da Jurisprudência Posterior a 1974*, Sep. E.H. do Prof. Doutor Paulo Cunha, A.A.F.D.L., 1987, *Contratos Públicos: subsídio para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro*, Cadernos o Direito, n.º2, Almedina, 2007, ASCENSÃO, José de Oliveira, *Onerosidade Excessiva por “Alteração das Circunstâncias”*, ROA, Ano 65, vol. III, Dezembro 2005 e COSTA, Mário Júlio Almeida, *Direito das Obrigações*, 12ª Edição, Almedina, 2009, pp. 323 a 349.

⁸⁹ Nas palavras de MENEZES CORDEIRO, “o direito civil português da actualidade repousa numa tradição histórica de base românica, em transferências culturais provenientes, sucessivamente, de França, de Itália e da Alemanha e numa *elaboração autónoma que, homogeneizando todos esses elementos, facultou vias próprias de desenvolvimento e de solução*” (sublinhado nosso), *in Da Alteração*, p.11.

⁹⁰ Justificamos esta opção socorrendo-nos da afirmação de ADRIANO VAZ SERRA: “todas elas afinal o que pretendem é pôr o direito de acordo com a justiça e a equidade e reconhecer, por isso, um direito de resolução ou de modificação do contrato, quando circunstâncias imprevisíveis alterem tão profundamente a relação entre as prestações que não possa razoavelmente exigir-se o cumprimento do contrato nos termos em que foi feito, *in Resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias*,

No Código de Seabra não foi dado assento à matéria da alteração das circunstâncias, apenas se assumindo como possível uma desoneração do devedor ou por ocorrência de caso fortuito (artigo 702.º) ou em caso de força maior (artigo 705.º). Tal apontava mesmo no sentido de o Código, mais do que ignorar a sua existência, ser verdadeiramente contrário a ela⁹¹.

No entanto a doutrina reclamou, no hiato que mediou a publicação do Código de Seabra e a preparação do CC, que atenção fosse sendo dada a esta matéria.

Sem prejuízo de outros estudos valiosos, merecem destaque os ensinamentos de VAZ SERRA nesta matéria, que transitaram para o projecto do CC e, depois, para a sua versão final⁹².

Cogitando sobre o inevitável impacto que uma alteração das circunstâncias podia ter sobre um dado contrato, o Professor deu o mote ao afirmar: “é certo que, assim, se vai abalar o princípio da estabilidade dos contratos, que interessa sobremaneira à segurança das relações jurídicas. Mas isto só aconselha a que se procure limitar o campo de aplicação da resolubilidade ou alterabilidade dos contratos, de modo que sejam de observar em *hipóteses de maior necessidade*” (sublinhado nosso)⁹³.

Denotava-se, assim, o advento em Portugal da evolução da concepção tradicional de contrato, começando a aceitar-se que “os contratos devem ser tomados como algo de dinâmico e não como um acontecimento cristalizado”⁹⁴. E tal começava a fazer todo o sentido uma vez que, sobretudo nos contratos de longa duração, as partes começavam a (ter de) estar cientes de que, celebrando um contrato para que ele viesse a vigorar por considerável período de tempo, possibilidade (ou probabilidade) havia de que ele viesse a ser afectado pela conjuntura que o envolvia. Não poderia continuar a querer-se cristalizado algo que verdadeiramente não o era.

VAZ SERRA demonstrou a sua preferência pela comumente apelidada teoria da base do negócio – “*Geschäftsgrundlage*”, cunhada por OERTMANN e que assenta na ideia de que

BMJ, n.º 68, 1957, p. 304. Ainda assim, para uma panorâmica das várias teorias, recomendamos CORDEIRO, A. Menezes, *Da Boa Fé*, Cap. IV, mormente pp. 998 a 1097.

⁹¹ Cfr. CORDEIRO, A. Menezes, *Da Alteração*, p. 22.

⁹² Assim o faz notar CORDEIRO, A. Menezes, *Contratos*, p. 62.

⁹³ SERRA, A. Vaz, *Resolução*, p. 297.

⁹⁴ CORDEIRO, A. Menezes, *Contratos*, p. 67.

“a eficácia dos negócios jurídicos está subordinada à existência e subsistência da sua base”⁹⁵.

Por “base” entendem-se as circunstâncias que foram aceites pelas partes como constituindo a trave mestra do negócio celebrado, verdadeiro pilar representativo da vontade das partes que, uma vez atingido por factuais supervenientes, perturbaria de modo gravíssimo o seu equilíbrio e a sua matriz, descaracterizando-o para sempre.

Na expressiva formulação de OLIVEIRA ASCENSÃO, o negócio jurídico tem “pés de terra”⁹⁶ pelo que a base do negócio não parece ser mais do que “aquelas circunstâncias que levaram as partes comumente a contratar, e a contratar assim”⁹⁷ e, por isso, a fórmula da base do negócio não é desprovida de conteúdo⁹⁸.

MENEZES CORDEIRO entendeu que os cultores da teoria da base do negócio acabaram por oferecer uma formulação genérica, não logrando oferecer um regime que solucionasse o problema⁹⁹.

Ainda assim, não deixa o Professor de aceitar, com razão, parece-nos, que pese embora o pensamento de VAZ SERRA (inspirado em ANTUNES VARELA¹⁰⁰) tenha transitado para o nosso CC – levando consigo as fragilidades apontadas à teoria da “base do negócio” –

⁹⁵ SERRA, A. Vaz, *Resolução*, p. 309. Não se ignore que o Professor revela prudência nesta opção, afirmando: “não parecendo que a lei deva tomar partida por uma teoria determinada, talvez que, no entanto, a teoria da base do negócio possa fornecer soluções aproveitáveis para a regulamentação legislativa da matéria da resolução ou modificação da alteração das circunstâncias”, *idem*, p. 311. De igual modo entendia que tal teoria representava um “avanço sobre a da pressuposição de WINDSCHEID, que facilitava demasiadamente a revogação do contrato, com prejuízo para a segurança jurídica”, *idem*, n. 29, p. 308. A concepção windscheidiana assentava, grosso modo, na ideia de que cada negócio nasce na pressuposição de um certo estado das coisas, reconhecível por ambas as partes. Nas palavras de MENEZES CORDEIRO, “a pressuposição de Windscheid, corresponderia, pois, a uma relação de dependência estabelecida, pelo declarante, entre a declaração negocial e certos eventos ou estados de coisas”, *in Da boa fé*, p. 970. Nas palavras de WINDSCHEID, “a pressuposição pode reportar-se ao passado, ao presente ou ao futuro; pode respeitar a uma realidade positiva ou negativa; pode ligar-se a um acontecimento momentâneo ou a uma relação duradoura”, WINDSCHEID, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Düsseldorf, 1850, LVS, cit.10, *apud* CORDEIRO, A. Menezes, *Da boa fé*, p. 970, n. 257.

⁹⁶ ASCENSÃO, J. de Oliveira, *Onerosidade Excessiva por “Alteração das Circunstâncias”*, Sep. E.H. do Professor Doutor José Dias Marques, Almedina, 2007, p. 515.

⁹⁷ *Idem*, p. 516.

⁹⁸ Contra, CORDEIRO, A. Menezes, *Da Alteração*, p. 19, onde o Professor afirma que a formulação “base do negócio” é “mais linguística do que substantiva” ou que “ela corresponde, no fundo, ao próprio fenómeno da alteração das circunstâncias, seja qual for a solução para ele encontrada”, *Contratos*, p.62.

⁹⁹ *Idem*, p.20.

¹⁰⁰ VARELA, João Antunes, *Ineficácia do Testamento e Vontade Conjectural do Testador*, dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídicas na FDUC, 1950. Neste estudo, verdadeiramente *avant la lettre*, dizia já ANTUNES VARELA que “se o fim pretendido for daqueles cuja relevância se legitima à luz dos princípios da boa fé, a sua impossibilidade deve provocar a impugnabilidade do negócio, independentemente de saber se o declarante chegou ou não a cogitar na circunstância que a determinou” (sublinhado nosso), p.345.

“felizmente, o preceito encontrado surgiu suficientemente pensado e maleável para comportar os progressos registados, até aos nossos dias”¹⁰¹.

E não podemos obviar ao facto de, em recentíssima Jurisprudência, se continuar a afirmar que, em sede de alteração das circunstâncias, “está em causa o quadro circunstancial externo que constitui a base do negócio”¹⁰².

3.2. O artigo 437.º/1 do Código Civil – análise e levantamento de fragilidades

O número 1 do artigo 437.º do CC refere:

“Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato”¹⁰³.

Imediatamente se denota o carácter geral de tal postulado, deixando, através da utilização de conceitos indeterminados, espaço ao decisor para encontrar a solução adequada face ao caso concreto¹⁰⁴.

Muitas são as possíveis formas de decompor tal o artigo¹⁰⁵; pela nossa parte, entendemos que é necessário que (i) ocorra uma alteração superveniente da matriz contratual livremente acordada pelas partes, (ii) que não seja reconduzível aos riscos próprios do contrato celebrado, (iii) não devendo o cumprimento, por isso, ser exigível, sob pena de abalar de forma grave os ditames da boa fé, assim (iv) advindo dano para a

¹⁰¹ CORDEIRO, A. Menezes, *Da Alteração*, n. 54, p. 25.

¹⁰² Acórdão do STJ de 18/06/2013 (Relator: Moreira Alves), disponível em www.dgsi.pt.

¹⁰³ Como bem se percebe, o presente estudo não incide no erro-vício, previsto no art. 251.º (erro sobre o declaratório ou sobre o objecto do negócio) e no art. 252.º do CC (outras hipóteses de erro), nomeadamente porque, como bem se estatui no número 2 deste último, “*se, porém, recair sobre as circunstâncias que constituem a base do negócio, é aplicável ao declarante o disposto sobre a resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias vigentes no momento em que o negócio foi concluído*”. É desta problemática que procuramos tratar.

¹⁰⁴ Neste sentido refere COSTA, M. J. Almeida. que o legislador optou por partir da teoria da base do negócio, tendo-a completado com recurso aos princípios da boa fé, in *Direito*, p. 335.

¹⁰⁵ ASCENSÃO, J. Oliveira de, *Onerosidade*, p. 522, refere três factores: (i) alteração anormal dos termos contratuais, (ii) em virtude de factos supervenientes, (iii) extraordinários e graves; COSTA, M. J. Almeida, *Direito*, pp. 336 a 342, opta pelo elenco: (i) alteração deve dizer respeito a circunstâncias em que se alicerçou a decisão de contratar, (ii) que seja anormal, (iii) que haja lesão para uma das partes, (iv) que a manutenção de tal contrato afecte gravemente os princípios da boa fé, (v) que a situação não se encontre abrangida pelos riscos próprios do negócio, (vi) que não haja mora do lesado.

parte lesada, (v) que seria excessivamente oneroso suportar e que, por tudo isto, (vi) constituiria verdadeira anormalidade¹⁰⁶.

Transversalmente aceite é o facto de tais pressupostos da alteração das circunstâncias serem cumulativos. É também patente o rigor e o intuito restritivo que o legislador terá usado nesta formulação e que se compreende dado que a alteração das circunstâncias aparece como contra-pólo directo da sobejamente defendida e enraizada *santidade* do contrato¹⁰⁷.

A estabilidade do contrato, fazendo uso das palavras de HANS VAN HOUTTE, “*is one of the most fundamental principles of law*”, no entanto, “*the concept of changed circumstances, also referred to as rebus sic standibus, has in its basic form been incorporated into so many legal systems that it may be regarded as a general principal of law*”¹⁰⁸.

Com tão linear reconhecimento, desvela-se o que nos parece ser a dinâmica que interliga as duas máximas: se a primeira surgiu como um princípio geral do Direito, foi também ela que reclamou, sob pena de o Direito se tornar, pelo menos em abstracto, incompatível com a realidade, que a segunda se tornasse, também, um princípio de carácter geral.

Por isso, parece correcta a afirmação: “o critério orientador na análise casuística das situações concretas, aponta, pois, decididamente, para os princípios da boa-fé, de modo a conciliar, tanto quanto possível, o princípio da estabilidade e segurança contratual, com o princípio da justiça material e concreta”¹⁰⁹. Na irrepreensível síntese de ALMEIDA

¹⁰⁶ Não poderíamos, no entanto, deixar de referir a subtil (e ainda assim, mordaz (!)) crítica que MENEZES CORDEIRO parece lançar a quem enceta esforços no sentido de subsumir a letra do artigo: “o artigo 437.º/1 inclui-se entre as disposições que, de modo flagrante mais directo, não podem ser entendidas pela exegese nem, *tão pouco, admitem subsunção. A simples presença, no seu seio, de uma remissão para a boa fé exige o chamamento da Ciência do Direito, em bloco, com todas as conexões sistemáticas de que seja capaz*” (sublinhado nosso), in *Da boa fé*, pp. 925 e 926. Pese embora de certa forma se entenda tal preocupação, não podemos deixar de estar em crer que o facto de estarmos de forma muito acentuada no domínio da casuística torna por demais útil ao decisor (pois que é ele quem, em última instância, e passe-se o pleonasma, *decide*) a existência de um rol de itens sobre o qual possa fazer a sua ponderação.

¹⁰⁷ Como referem PINTO MONTEIRO e JÚLIO GOMES., “a preocupação em assegurar a estabilidade dos contratos é visível na forma como o artigo 437.º tem sido interpretado pelos Tribunais e no carácter de algum modo excepcional que lhe é atribuído”, in *A Hardship*, p.27.

¹⁰⁸ Van HOUTTE, Hans, *Changed Circumstances and Pacta Sunt Servanda*, ICC Publication n.º 480, 1993, pp. 107 e 111, respectivamente, disponível em <http://www.trans-lex.org/117300>.

¹⁰⁹ COSTA, M. J. Almeida, *Direito*, n. 16, p. 321. Referindo que embora a segurança jurídica induza à estabilidade dos contratos, perante alterações das circunstâncias que cumpram os pressupostos referidos na lei, entende o autor que “às vantagens da segurança, aconselhando a rigorosa aplicação do princípio da

COSTA: “visa-se harmonizar as exigências de justiça com a segurança do comércio jurídico”¹¹⁰.

Regressando ao elenco de pressupostos, é certo que as circunstâncias *novas* hão-de repercutir-se primacialmente na esfera do lesado, no entanto, tal alteração há-de ser em relação às circunstâncias que nortearam a celebração do contrato e, portanto, que seriam também as circunstâncias conhecidas (e aceites) pela outra parte. E ainda assim, relembando o ensinamento de MANUEL DE ANDRADE, entendemos que a alteração das circunstâncias pode operar também quando imperativos de boa fé o exigirem e mesmo após a celebração do contrato, independentemente de condicionamento aquando da sua celebração¹¹¹.

A referência ao risco tem o intuito de subtrair da hipótese os riscos que já foram contemplados pelas partes no momento da celebração do contrato, tendo aqui especial importância o acautelamento do risco pensado pelas partes e plasmado no clausulado contratual. Ainda assim, e independentemente de contemplada pelas partes ou não, aparece em primeira linha o facto de “a alteração anómala das circunstâncias não dever compreender-se na álea própria do contrato, isto é, nas suas flutuações normais ou finalidade”¹¹².

Bem se percebe aqui que os ditames da boa fé tenham de ser, desde logo, reconduzíveis ao contrato, pois só assim se pode justificar que o contrato seja modificado ou alterado. Aliás, como já ficou referido, pode ser a boa fé a justificar que a resolução ou modificação sejam reclamadas por algo diferente do que as circunstâncias que fundaram a decisão de contratar.

Na linha de ALMEIDA COSTA, “considera-se admissível a resolução ou modificação do contrato, justificada pela boa fé e dentro do quadro legal, mesmo que não se verifiquem os pressupostos de qualquer das formulações da teoria da base do negócio ou de

estabilidade, opõe-se um imperativo de justiça, que reclama a resolução ou modificação do contrato” *idem*.

¹¹⁰ *idem*, p. 331. Por seu lado, MENEZES CORDEIRO refere também que estamos numa “zona de crescimento do Direito” que “deriva da tensão existente entre as insuficiências do Direito e o dever imperioso de não denegar justiça, *quando ela seja pedida aos Tribunais*”, (sublinhado nosso) *in Contratos*, p. 70.

¹¹¹ ANDRADE, Manuel de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, 4ª Reimp., Almedina, 1974, p. 407: “valerá a mesma solução quando a boa fé, porventura não exigindo a aceitação daquela cláusula, todavia imponha que o negócio, uma vez concluído, não permaneça inalterável depois de falhada a pressuposição”.

¹¹² COSTA, M. J. Almeida, *Direito*, p. 341. Também SERRA, A. Vaz, *Resolução*, p. 340.

outra”¹¹³. Mais do que preencher as directrizes de dada teoria, o que é essencial é que advenha dano, dano esse que, em prol da segurança jurídica, não deva ter de ser suportado, sob pena da excessiva onerosidade que traria consigo para a parte lesada.

OLIVEIRA ASCENSÃO entende assim: “não há necessariamente uma parte prejudicada e outra beneficiada. Há uma alteração anormal da base do negócio, base que pode ser comum; portanto ambos são atingidos”¹¹⁴. Todavia será que se pode aceitar a conclusão do autor no sentido de que “qualquer delas tem em abstracto legitimidade para requerer a resolução ou modificação do contrato”¹¹⁵?

Primeiro, não parece que sim, uma vez que a alteração das circunstâncias pode tornar a execução do contrato demasiadamente onerosa apenas para uma das partes¹¹⁶. E segundo, perguntamo-nos qual verdadeiramente a utilidade de tal afirmação.

Aliás, o próprio artigo 437.º/1 do CC parece oferecer o caminho ao referir que é a parte lesada quem tem o direito à resolução ou à modificação¹¹⁷. E esta parte só terá tal direito se dela lhe for exigido o cumprimento da prestação acordada, pois seria essa exigência o que afectaria gravemente os ditames da boa fé. É este o “âmago do dispositivo vigente”¹¹⁸.

A anormalidade surge-nos, assim, como o ponto de intersecção dos pressupostos supra referidos.

A violação dos ditames da boa fé, a imprevisibilidade da alteração das circunstâncias, a ultrapassagem dos riscos do contrato e o dano previsível para uma das partes não são mais do que as nuances que tornam a alteração das circunstâncias *anormal*¹¹⁹.

¹¹³ COSTA, M. J. Almeida, *idem*, p. 340.

¹¹⁴ ASCENSÃO, J. Oliveira de, *Onerosidade*, p. 528.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ Neste sentido, ver, p.ex., o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 03/07/2007 (Relator: Rui Vouga), disponível em www.dgsi.pt que oferece uma síntese, para nós, muito adequada, de que necessário é “que a estabilidade do contrato envolva lesão para uma das partes, quer porque se tenha tornado demasiado onerosa, numa perspectiva económica, a prestação de uma das partes (conquanto não se exija que a alteração das circunstâncias coloque a parte numa situação de ruína económica, a manter-se incólume o contrato), quer porque a alteração das circunstâncias envolva, para o lesado, grandes riscos pessoais ou excessivos sacrifícios de natureza não patrimonial”.

¹¹⁷ Como afirma MENEZES CORDEIRO: “deve haver *uma* parte lesada” (sublinhado nosso), *in Contratos*, p. 75.

¹¹⁸ *Idem*, p. 76.

¹¹⁹ Não se pense que se olvidou o facto de o lesado não poder estar constituído em mora, imposição derivada do art. 438.º do CC. V., por exemplo, Acórdão do STJ de 07-02-2006 (Relator: Borges Soeiro), disponível em www.dgsi.pt.

Vejamos como a jurisprudência portuguesa tem lidado com a alteração das circunstâncias.

3.3. Alteração abrupta do contexto económico e alteração das circunstâncias no ordenamento jurídico português

Neste ponto da análise sabemos já que muitos contratos prevêem cláusulas de *hardship*, grosso modo, cláusulas que perante a ocorrência de certos eventos obrigam à renegociação pelas partes. No entanto, sabemos também que a eficácia de tais cláusulas está sempre dependente de um consenso das partes, pois que se este não existir, haverá que recorrer aos Tribunais¹²⁰.

Autores há que têm referido que o problema de saber se dado contrato deve ser resolvido ou modificado, mercê da alteração do condicionalismo que o envolvia à data da sua celebração, foi sendo colocado após graves crises financeiras e económicas que ocorreram nomeadamente após os conflitos armados do século XX.

Aliás, nas palavras de ALMEIDA COSTA, “a questão mostra-se de permanente actualidade”¹²¹.

Entendemos interessante esta fórmula, até porque nos parece que tal “permanente actualidade” se desvela não só no facto de continuamente surgirem alterações que podem perturbar o equilíbrio de um dado contrato como, com o devir do tempo e com os novos (ou renovados) postulados sociais, económicos e culturais, mas também no facto de a actualidade ir reclamando uma reanálise, um (re-)conhecimento, renascendo, assim, permanentemente, actual¹²².

¹²⁰ Neste sentido, CORDEIRO, A. M., *Contratos*, p. 62, ao referir que, existindo uma cláusula de *hardship* no clausulado contratual, “quando as partes não se entendam, haverá que regressar ao Direito e às Leis”.

¹²¹ COSTA, M. J. Almeida, *Direito*, p. 323.

¹²² Como vaticinava MENEZES CORDEIRO na época de 80, as possibilidades de desenvolvimento do sistema, em torno do art. 437.º/1 estavam longe do esgotamento, muito pelo facto de o sentido de tal disposição “exigir um desenvolvimento científico e *juscultural que não se improvisa*” (sublinhado nosso), in Da Boa Fé, pp. 936 e 937.

Não cumprindo agora fazer uma análise detalhada dos entendimentos jurisprudenciais que têm sido tecidos quanto ao art. 437.º do CC¹²³, logramos fazer algumas considerações.

O STJ tem tido grande recato na aplicação das consequências das alterações de circunstâncias baseadas em *factores económicos*, e que não da economia do contrato.

Por exemplo, foi afirmado que a depreciação de moeda poderia afectar a base negocial. Porém, teria de se estar perante desvalorização tão excessiva quanto imprevisível. Assim, o STJ entendeu que taxas que se tornaram muito elevadas em consequência de inflação, não caíam no escopo do art. 437.º/1 do CC pelo facto de não se considerarem, sobretudo, imprevisíveis. Assim, em relação a um instrumento contratual celebrado aquando da crise petrolífera (mais propriamente em 1973), foi decidido que era “inteiramente de prever que a moeda continuaria a depreciar-se e os preços a subir”¹²⁴.

Também a análise oferecida por PINTO MONTEIRO e JÚLIO GOMES, veio no sentido de afirmar que “a jurisprudência portuguesa não se mostrou muito disposta a aplicar este regime aquando das importantes alterações de ordem política (com evidentes repercussões na vida económica) ocorridas com a Revolução”¹²⁵.

No final do séc. XX, a doutrina portuguesa partilhava a mesma ideia relativamente à relação entre os Tribunais portugueses e a alteração das circunstâncias, uma relação pautada por prudência¹²⁶.

No entanto, exemplos há de acórdãos que deram razão à parte que invocava alteração das circunstâncias e, com interesse para o estudo em apreço, uma nota deve ser feita quanto ao acórdão do STJ de 15 de Abril de 1975¹²⁷.

¹²³ Remetemos, nesta sede, para as completíssimas análises de CORDEIRO, A. Menezes, *Da Alteração*, notas 113-119, 121, 123, 129-134 e, mais recentemente, em *Contratos*, notas 251-259, 261-264, 266.

¹²⁴ STJ, 3/11/1987 (Relator: Joaquim Figueiredo), BMJ, n.º 371, p. 412. Na mesma linha, entendeu-se que não pode invocar a alteração das circunstâncias do artigo 437.º do CC, consistente na desvalorização da moeda, o contraente que, não cumprindo a sua parte, contribuiu decisivamente para o deferimento do seu próprio pagamento; para além de que, em 1986, era normal prever essa desvalorização, STJ, 20/2/1990, BMJ, n.º 397, p. 471.

¹²⁵ MONTEIRO, A. Pinto, e GOMES, J., *A “Hardship”*, p. 28, onde referem também que a nacionalização de empresas e o encerramento da bolsa não foram tidos como alteração das circunstâncias “embora constituam exemplos de escola da chamada grande base negocial”.

¹²⁶ Neste sentido, *idem*, p. 31 e CORDEIRO, A. M., *Alteração*, p. 78.

¹²⁷ STJ, Acórdão de 15/04/1975 (Relator: José Garcia da Fonseca), BMJ n.º 246, 1975, pp. 138 a 141. Para outros exemplos ver MONTEIRO, A. Pinto, e GOMES, J., *A “Hardship”*, p. 31 e n. 24.

Neste acórdão, com relação a um contrato de cessão de quotas, as partes estipularam que o pagamento das prestações seria feito em moeda nacional, usando-se o valor do ouro para evitar que as prestações se desvalorizassem por motivo de oscilação do valor da moeda. Eis que, entre Fevereiro de 1970 e Fevereiro de 1973, o ouro teve uma subida de 84,6% face ao aumento de custo de vida de 33,8%. Os réus, que se haviam recusado a pagar uma prestação, alegaram que tal subida tinha de ser atendida nos termos do artigo 437.º do CC.

O Tribunal entendeu que se verificavam circunstâncias extraordinárias que não podiam ter sido previstas pelas partes, e que se tivessem sido previstas teriam certamente feito com que elas não optassem por escolher o ouro como padrão.

A verdade é que perante uma cláusula de *hardship*, o artigo 437.º/1 surge-nos em segundo plano, afastado pela vontade das partes. Porém, muito embora seja normalmente entendido como supletivo em relação a tais cláusulas e saibamos já que estas fazem hoje parte de clausulados típicos de contratos internacionais¹²⁸, não é despiciendo referir que o Tribunal poderá ser chamado a intervir, mesmo quando haja cláusulas de *hardship*.

Uma última nota não pode também deixar de ser feita. Se o artigo 437.º/1 se refere a contratos de longa duração e se os contratos internacionais o são habitualmente, e sendo muitas vezes celebrados pelo Estado, haverá forma de prever a reacção dos Tribunais portugueses perante casos em que a crise económica de 2008 lhes seja apresentada como alteração das circunstâncias passível de culminar em renegociação, ou mesmo resolução, do contrato¹²⁹?

É que parece hoje relativamente pacífico que o poder público tem de tomar decisões relativamente a contratos já celebrados, num plano *ex post* à decisão de contratar, à adjudicação e à própria celebração.

Assim não parece estranho perguntar se a mitigação de efeitos nefastos para a despesa pública no ordenamento jurídico português, decorrente de contratos celebrados, poderá

¹²⁸ Na doutrina portuguesa, assim constata CORDEIRO, A. Menezes, Contratos, p. 65.

¹²⁹ Relembramos, por exemplo, que na Alemanha, a cláusula *rebus sic standibus* foi exportada para o Direito Estadual, segundo MENEZES CORDEIRO graças (i) ao manifesto paralelo entre os contratos públicos e os contratos de direito privado e (ii) à aplicação do princípio da boa fé no Direito Público, reforçada pelo conceito de “interesse público”, *idem*, p. 80.

ser feita pelo facto de ter havido verdadeira alteração das circunstâncias, ao Estado não imputável e cujo cumprimento se afigure excessivamente oneroso.

Como diz PEDRO COSTA GONÇALVES, “a modificação por alteração anormal das circunstâncias é, em si mesma, a consequência de uma situação que provocou um desequilíbrio do contrato e consubstancia já uma forma de proceder ou recuperar o equilíbrio contratual (a modificação *consequência* do desequilíbrio)¹³⁰.

Aguardaremos desenvolvimentos jurisprudenciais nesta matéria, lembrando que tem ficado patente algum grau de detalhe, por parte dos Tribunais portugueses, na fundamentação da negação de situação de alteração das circunstâncias¹³¹.

¹³⁰ GONÇALVES, Pedro Costa, *Gestão de Contratos Públicos em Tempos de Crise*, AA.VV. – CEDIPRE, Estudos de Contratação Pública, vol. III., Wolters Kluwer, sob a marca da Coimbra Editora, 2010, p. 41.

¹³¹ V. CORDEIRO, A. M, *Contratos*, n. 261, p.77.

TERCEIRO MOMENTO – Do interesse e eficácia do recurso a cláusulas de *hardship*

1. Cláusulas de *hardship* e outro tipo de cláusulas de renegociação - comparação

Mostra a prática internacional que as partes têm previsto, com alguma regularidade, cláusulas de renegociação em transacções internacionais. Por exemplo, KLAUS BERGER refere que a previsão deste tipo de cláusulas em contratos internacionais de investimento é até particularmente benéfica quando umas das partes é uma entidade governamental¹³².

As cláusulas de renegociação, em linhas gerais, diferem das cláusulas de *hardship* (e também das cláusulas de força maior) “na medida em que nelas não se descrevem os factos que desencadeiam a actuação respectiva”¹³³. Assim, tais cláusulas comumente prevêem a revisão (e renegociação) do contrato após a ocorrência de dado período de tempo, não sendo necessário que se verifique nenhum tipo concreto de alteração das circunstâncias¹³⁴.

JOHN GOTANDA refere alguns dos riscos que são normalmente associados a estas cláusulas, a saber: (i) a imprevisibilidade que conferem à relação contratual, (ii) o aumento dos custos totais da transacção que acarretam, (iii) as dificuldades que podem surgir quando as partes não conseguem chegar a acordo e o Tribunal Arbitral entende que não tem poderes para adaptar o contrato ou as dificuldades relativas à execução da sentença arbitral, (iv) o facto de, quando o Tribunal Arbitral possa reescrever o contrato, concluir-se a contenda com um resultado que não era o desejado por nenhuma das partes e, por último, (v) o possível desvirtuamento do processo, se os eventos que estiverem na base da renegociação estiverem sob a alçada do *host State*¹³⁵.

¹³² Cfr. BERGER, Klaus, *Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators*, VJTL, Vol. 36, 2003, p. 1358-1360, disponível em: <http://translex.uni-koeln.de/output.php?docid=100690>.

¹³³ ARAGÃO, A., *Direito*, p. 178.

¹³⁴ Exemplo deste tipo de cláusulas é “a cláusula nos termos da qual a companhia petrolífera deve, *todos os anos*, redigir e propor à empresa estatal um “programa de trabalho e orçamento de pesquisa” ou a cláusula que, perante uma “descoberta comercial”, impõe que a companhia petrolífera *reveja* esse programa e que o sujeito também à aprovação do contraente público”, *ibidem*.

¹³⁵ GOTANDA, John, *Renegotiation and Adaptation Clauses in Investment Contracts, Revisited*, VJTL, Vol. 36, 2003, p. 1463, disponível em:

Tendo em vista tais “problemas”, o autor entende que talvez as cláusulas de *hardship* possam facilitar a relação contratual, pois não acarretam a nota de imprevisibilidade que é própria das cláusulas de renegociação¹³⁶. Pensamos que, exactamente, porque as cláusulas de *hardship* se propõem a *prever o imprevisível*.

Embora não o dizendo expressamente, o autor, e bem, parece-nos, olha para as cláusulas de *hardship* como um sucedâneo das cláusulas de renegociação, sucedâneo esse despejado de grande parte dos riscos acima referidos.

Igualmente, e nomeadamente se for escolhida a formulação dos princípios do UNIDROIT, haverá menos dúvidas de que o Tribunal Arbitral terá, efectivamente, direito a modificar equitativamente o contrato bem como que as partes assim o entenderam e pretenderam.

2. Panorâmica de diferentes decisões arbitrais

A opção pelo uso dos Princípios como exemplo paradigmático da previsão de *hardship* no presente estudo teve também como base o facto de estes se pautarem por “uma orientação flexível, adaptada, é certo, aos contratos internacionais, servindo de modo particularmente adequado os propósitos da arbitragem internacional”¹³⁷.

Claro que, neste ponto em especial, as decisões arbitrais que serão apresentadas não terão de ser baseadas nos artigos 6.2.1. a 6.2.3. dos Princípios. Não só podem as partes livremente estipular as cláusulas de *hardship* que devem constar do seu contrato, como, caso não exista uma, recorrer-se-á à lei que as partes tiverem escolhido para reger o contrato.

Interessa-nos, no entanto, oferecer uma panorâmica geral do que tem sido decidido em sede de arbitragem internacional quanto a casos de *hardship* em contratos internacionais.

<http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1007&context=gotanda>. Quanto ao último risco referido, o autor afirma mesmo que “*renegotiation clauses should not be included when one of the parties controls the event that triggers renegotiation and adaptation*”, p. 1462.

¹³⁶ GOTANDA, J., *Renegotiation*, p. 1470.

¹³⁷ SOUSA, António Frada de, *Conflito de Clausulados e Consenso nos Contratos Internacionais*, UCP Porto, 1999, p. 139.

Na década de 80, o estudo de MELIS relativo a decisões do *International Court of Arbitration* do ICC revelava (i) o parco número de decisões relativas a estas matérias e (ii) a adoção de uma postura muito, transversal a todas a elas¹³⁸.

Com importância para o presente estudo é de salientar a sua conclusão, “*ICC arbitrators apply at least the same restrictive criteria for admission of force majeure or hardship as do courts in the country whose law they apply*”¹³⁹.

Duas décadas depois, referimos o estudo de FUCCI, relativo a alteração das circunstâncias em contratos internacionais. Após analisar várias decisões arbitrais, relevantes no contexto internacional¹⁴⁰, o autor apresenta uma súmula de casos que não foram, em geral, considerados como preenchendo o requisito da imprevisibilidade tais como (i) mudanças drásticas nos preços de mercados de produtos, (ii) circunstâncias económicas gerais desfavoráveis num país, (iii) flutuações na moeda, mesmo que severas¹⁴¹.

Sendo o ponto ii) o que mais nos interessa, iremos tecer, a título de exemplo, algumas considerações sobre o caso *CMS Gas Transmission Company v. the Republic of Argentina*¹⁴².

Em causa estava, sumariamente, um investimento feito pela “CMS Gas”, uma empresa norte-americana, com relação à privatização de uma empresa pública argentina, a *Transportadora de Gas del Norte*¹⁴³, na qual adquiriu uma participação de 25% do capital social.

¹³⁸ MELIS, W., *Force Majeure*, p. 217, para (i) e p. 221 para (ii). É interessante referir que o autor diz que tal abordagem é patente não só quando as partes escolheram a lei francesa para reger o contrato, mas igualmente quando escolheram uma outra.

¹³⁹ *Idem*, p. 221.

¹⁴⁰ FUCCI, F., *Hardship*, v. mormente pt. B. “*The Unforeseeability of Events*”, pp. 13 a 17 e pt. C. “*What is Merely “Onerous” and “Excessively Onerous”*”, in *Hardship*, pp. 17 a 21.

¹⁴¹ *Idem*, p. 14.

¹⁴² A versão integral desta decisão arbitral pode ser encontrada em https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=D_C504_En&caseId=C4000. Notamos que houve depois um pedido de anulação de tal decisão, que pode ser lido em https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=D_C687_En&caseId=C4, no entanto tal prendeu-se sobretudo com a forma como o Tribunal arbitrado havia procedido ao cálculo da compensação devida, pelo que de modo algum se interliga com o ponto relativo a *hardship* que é o que pretendemos analisar. Outro caso muito comentado quanto a esta questão, mas ao qual não conseguimos ter acesso é o caso *Himpurna California Energy Ltd. v. PT. (Persero) Perusahaan Listrik Negara*, estudado, por exemplo, por FUCCI, F., *Hardship*, pp. 14 e 15 e BRUNNER, C., *Force Majeure*, pp. 445 a 450.

¹⁴³ Para um resumo dos acontecimentos, pode ver-se BRUNNER, C., *idem*, pp. 440 a 445.

Desde 1980, a Argentina experienciava uma crise económica, crise essa que esteve mesmo na origem do programa de privatização¹⁴⁴. Ainda assim, tal crise foi-se agravando, culminando, em 2001 e 2002, na publicação de uma lei eliminando os direitos dos detentores de licenças na exploração das ditas actividades a ver as tarifas calculadas em Dólares dos Estados Unidos da América e a beneficiar do reajustamento periódico de tarifas, previstos no instrumento contratual¹⁴⁵.

Nesta senda, a CMS, tendo como base legal o Contrato Bilateral de Investimento celebrado entre os Estados Unidos da América e a Argentina, iniciou procedimentos arbitrais.

Embora o muito que é dito na decisão quanto à dificuldade sentida pela CMS de ver o seu investimento retornado, deixamos a conclusão de FREDERICK FUCCI: *“for purposes of an analysis of the hardship theories here, it is enough to say that the value of CMS Gas’ investment was severely impaired”*¹⁴⁶.

Fala-se de *hardship* porque a República da Argentina invocou a disposição do seu Código Civil, o artigo 1198.º, que prevê o princípio *rebus sic standibus*, para justificar que deveria ser eximida de qualquer responsabilidade com relação aos diplomas legais, publicados numa situação de emergência, perante a crise económica.

Transcrevemos o que foi afirmado. *“The Tribunal is convinced that the Argentine crisis was severe but did not result in total economic and social collapse. When the Argentine crisis is compared to other temporary crisis affecting countries in different regions of the world it may be noted that such other crises have not led to the derogation of international contractual or treaty obligation. Renegotiation, adaptation and postponement have occurred but the essence of international obligations has been kept intact”*¹⁴⁷.

Assim, o Tribunal entendeu que a crise não eximia o Estado Argentino de responsabilidade, dizendo no entanto: *“they [consequences stemming from the crisis]*

¹⁴⁴ O Tribunal Arbitral considerou que a crise Argentina se caracterizava por uma hiper-inflação, pela operação ineficiente de muitas empresas, incluindo no sector da energia, bem como por uma falta grave de investimento estrangeiro, *CMS Gas Transmission Company v. the Republic of Argentina*, para 152.

¹⁴⁵ Referimo-nos à Lei n.º 25.561, de 5/01/2002, disponível em <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/70000-74999/71477/texact.htm>. Esta lei não previa a renegociação de contratos de gás, deve ser notado. Para mais considerações, *cf.* MUÑOZ, Edgar, *Impossibility, Hardship and Exemption under Ibero-American Contract Law*, 14 VJICLA, 2010/2, pt 3.4.

¹⁴⁶ FUCCI, F., *Hardship*, p. 10.

¹⁴⁷ *CMS Gas Transmission Company v. the Republic of Argentina*, para 355.

ought nevertheless to be considered by the Tribunal when determining compensation”¹⁴⁸.

Ainda assim, e como já ficou de perceber, também na arbitragem internacional a alteração do contrato como consequência da alteração das circunstâncias é vista com muitas reservas e pode levantar problemas.

No entanto, é certo também, que tais problemas poderão surgir em momento que encontra já fora do âmbito do nosso estudo, pelo que se procurará aferir de seguida, ainda assim, recorrer à previsão deste tipo de cláusulas.

3. A opção de recorrer às cláusulas de *hardship*

NÁDIA ARAUJO afirmava recentemente que “a existência de uma cláusula de *hardship* nos contratos internacionais ampliará em segurança a estabilidade da relação contratual das partes”¹⁴⁹.

Isto, nomeadamente, porque a autora entende que “não é aconselhável dispensá-la, mesmo que o sistema legal aplicável ao contrato contenha uma previsão específica a esse respeito”¹⁵⁰.

Aqui está um ponto que nos parece essencial. É que, se não houver no contrato uma cláusula de *hardship*, haverá que recorrer à lei que regule o contrato.

E, já ficou de dizer acima, a verdade é que muito embora tenham sido erigidas, de forma mais ou menos ténue, *nuances* da cláusula *rebus sic standibus*, os Tribunais dos diferentes ordenamentos jurídicos continuam presos às amarras do *pacta sunt servanda*.

O conceito de *hardship*, nomeadamente o vertido nos Princípios, teve em vista “*to reconcile basic commercial law provisions from common law and civil law jurisdictions and to arrive at a uniform set of principles governing commercial contracts*”¹⁵¹.

¹⁴⁸ CMS Gas Transmission Company v. the Republic of Argentina, para 356.

¹⁴⁹ ARAUJO, N., *Contratos*, p. 432.

¹⁵⁰ *Idem*, p. 420.

¹⁵¹ FUCCI, F., *Hardship*, p. 7.

No fundo parece que se procurou que este conceito *transcendesse* os referentes a tais sistemas. Ainda assim o sucesso de fazer operar uma cláusula de *hardship* pode dizer-se que será, provavelmente, limitado.

Chegados a este ponto, parece-nos que a grande preocupação com este tipo de cláusula deve estar em momento anterior à redacção do clausulado contratual.

O redactor de uma cláusula de *hardship* deve torná-la o mais sofisticada possível. Assim, deverá de maneira detalhada prever os casos em que ela deverá operar, usando expressões claras, se possível enumerações ou mesmo exemplos concretos¹⁵², e, muito importante (sobretudo se não recorrer à formulação dos Princípios), explicar pormenorizadamente qual será a consequência se a renegociação das partes não lograr bom resultado.

Recorrer-se-á à arbitragem? Se sim, quais os poderes que o Tribunal Arbitral terá?

Desta forma haverá maior probabilidade de sucesso e as partes ficarão melhor blindadas quanto à questão da *enforceability* das decisões.

Porém, não podemos ignorar que “*hardship is a flexible legal concept that may occur in different forms; and therefore, no list of contractual disequilibrium situations will be complete*”¹⁵³.

Porém tal não pode contender com a adequação e interesse da sua previsão em contratos internacionais. Parece-nos, assim, que a inclusão destas cláusulas acarreta uma marca de segurança e que é uma forma adequada de procurar *salvar o contrato*, perante hipotéticas alterações das circunstâncias, pois o que não se pode arguir que permitem é

¹⁵² GIRSBERGER, Daniel e ZAPOLSKIS, Paulius, por exemplo, entendem que uma expressão numérica para expressar a alteração do equilíbrio contratual pode ser uma maneira adequada de redigir este tipo de cláusulas, no entanto advertem que “*there can be no universal alteration threshold which would serve as a general standard for all cases*”, *Fundamental Alteration of the Contractual Equilibrium under Hardship Exemption*, *Jurisprudence*, 2012, 19(1), p. 136, disponível em http://www.mruni.eu/en/mokslo_darbai/jurisprudencija/. Relembramos quanto a este aspecto a nossa n. 14, demonstrando o retrocesso dos Comentadores dos Princípios quanto à eleição de um valor numérico norteador da avaliação do desequilíbrio. Alguns autores, porém, têm procurado avançar propostas neste sentido. BRUNNER, C., *Force*, elaborou estudo para justificar que, regra geral, para justificar o recurso a *hardship*, o valor do desequilíbrio deveria rondar os 100%, pp. 430 a 437. Já SCHWENZER, Ingeborg, entendendo que tal não é suficiente, refere que um valor na casa dos 150 a 200% será “*advisable*” e justifica esse facto pelo facto de, à luz da CISG, não haver qualquer decisão relativa a contratos internacionais que tenha admitido a alteração das circunstâncias por flutuações nos preços na ordem dos 100%, *in Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts*, *VUWLR*, Vol. 39, 2009, pp. 715 a 717, disponível em <http://www.austlii.edu.au/nz/journals/VUWLawRw/2008/39.pdf>. Relembramos, no entanto, que a CISG apenas se aplica a contratos de compra e venda de mercadorias.

¹⁵³ GIRSBERGER, D. e ZAPOLSKIS, P., *Fundamental*, p. 130.

que a solução do problema seja, em primeira linha, procurada na órbita das partes contratantes.

Nota Final

Com o presente estudo consideramos ter ficado patente a utilidade da inserção de cláusulas de *hardship* em contratos internacionais celebrados com o Estado ou outra entidade que lhe seja equiparada.

Independentemente das dúvidas quanto à sua eficácia em período pós-alteração das circunstâncias no evento de negociações malogradas, estas cláusulas apresentam *nuances* de sofisticação e prudência que não devem passar despercebidas aos *drafters* de contratos internacionais. Tal encontra um âmbito privilegiado na procura de obviar a consequências nefastas decorrentes da ocorrência de crises cíclicas e de graves perturbações financeiras a que a generalidade dos países está sujeita.

O seu não automatismo e o facto de proverem em primeira linha pela salvação do contrato, pois apelam à sua renegociação para restabelecer o equilíbrio apresentam-se vantajosos para as partes, podendo representar maior segurança jurídica do que aquela que teriam se optassem por recorrer aos Tribunais para dirimir a contenda, pelo menos face ao quadro que se apresentou dos sistemas jurídicos inglês, francês e português.

Bibliografia

- ANDRADE, Manuel, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, 4ª Reimpressão, Coimbra: Almedina, 1974.
- ARAGÃO, Alexandra, AA.VV – *Direito do Petróleo*, coord. José Carlos Vieira de Andrade, Rui de Figueiredo Marcos, Coimbra: FDUC, Instituto Jurídico, 2013.
- ARAUJO, Nádía – *Contratos Internacionais e a cláusula de hardship: a transposição de sua conceituação, segundo a lex mercatória, para o plano interno nos contratos de longa duração*, in Estudos e Pareceres, Direito do Petróleo e Gás, coord. Marilda Rosado, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, páginas 409 a 435.
- BARANAUSKAS, Egidikus e ZAPOLSKIS, Paulius – *The effect of change in circumstances on the performance of contract*, Jurisprudencija, University of Wrocław, 2009, 4 (118), disponível em: http://www.mruni.eu/en/mokslo_darbai/jurisprudencija/ (acedido a 15/03/2013)
- BERGER, Klaus – *Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators*, Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 36, 2003, disponível em: <http://translex.uni-koeln.de/output.php?docid=100690>(acedido a 21/04/2013).
- BLOCK, Guy – *Arbitration and Changes in Energy Prices: A Review of ICC Awards with respect to Force Majeure, Indexation, Adaptation, Hardship and Take-or-Pay Clauses*, ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 20, número 2, 2009, páginas 51 a 64.
- BONNEL, Michael Joachim – *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and CISG – Alternatives or Complementary Instruments?*, Uniform Law Review, n.º 26, 1996, páginas 26 a 39, disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/ulr96.html> (acedido a 15/01/2013).
 - *The CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and CISG – Two Complementary Instruments*, International Law Review of Wuhan University, n.º 10, 2008/2009, páginas 100 a 117, disponível em:

<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/bonell1.pdf> (acedido a 15/01/2013).

- BRUNNER, Cristoph – *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-performance in International Arbitration*, The Hague: Kluwer Law International, 2008.
- CAMERON, Peter – *Liability for catastrophic risk in the oil and gas industry* – International Energy Law Review, 2012, n.º 6, páginas 207 a 219.
- CLOUZOT, Ludivine – *La théorie de l'imprévision en droit des contrats administratifs: une improbable desuetude*, RFDA, n.º 5, Set/Out 2010, páginas 937 a 948.
- CORDEIRO, António Menezes – *Da Alteração das Circunstâncias, a concretização do artigo 437.º do Código Civil, à luz da Jurisprudência Posterior a 1974*, Separata dos Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo Cunha, A.A.F.D.L, 1987.
 - *Contratos Públicos: Subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro*, Cadernos O DIREITO, n.º 2, Almedina, 2007.
 - *Da Boa Fé no direito civil*, 4ª reimp., Coimbra: Almedina, 2011.
- COSTA, Mário Júlio Almeida – *Direito das Obrigações*, 12ª Edição, Coimbra: Almedina, 2009.
- DAWWAS, Amin – *Alteration of the Contractual Equilibrium under the UNIDROIT Principles*, Pace International Law Review Online Companion, 2, No. 5, 2010, páginas 1 a 28, disponível em <http://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1020&context=pilronline&sei-redir=1&referer=http%3A%2F%2Fwww.googleusercontent.com%2FspaceEdu%3Fq%3Dcommentasry%2Bon%2Bunidriot%2Bprin#search=%22commentasry%20unidriot%20prin%22> (acedido a 28/5/2013).
- DIAS, Nélia Daniel – *A Estabilidade nos Contratos Petrolíferos Internacionais e Alguns dos Princípios Gerais de Direito conexo: do Mito à Realidade*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 71, Volume III, Jul/Set 2011, páginas 815 a 866.

- EL-GAMMAL, Mostapha Mohamad – *L’adaptation du contrat aux circonstances économiques: étude comparée de droit civil français et de droit civil de la republique arabe unie*, Paris: LGDJ, 1967.
- FERNANDES, Luís A. Carvalho – *A teoria da imprevisão no direito civil português*, Reimp., Lisboa: Quid Juris?, 2001.
- FLAMBOURAS, Dionysios – *The Doctrines of Impossibility of Performance and Clausula Rebus Sic Stantibus in the 1980 Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law - A Comparative Analysis*, Pace International Law Review, n.º 13, 2001, páginas 261 a 293, disponível em: <http://digitalcommons.pace.edu/pilr/vol13/iss2/2> (acedido a 21/01/2013).
- FRADA, Manuel A. Carneiro da – *Crise Financeira Mundial e Alteração das Circunstâncias: Contratos de Depósito vs. Contratos de Gestão de Carteiras*, Estudos em Homenagem ao Professor Sérvulo Correia, volume 3, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, páginas 453 a 504.
- FRICK, Joachim – *Arbitration and international contracts: with special emphasis on the determination of the applicable substantive law and on the adaptation of contracts to changed circumstances*, The Hague: Kluwer Law International, 2001.
- FUCCI, Frederick R. – *Hardship and Changed Circumstances as Grounds for Adjustment or Non-Performance of Contracts, Practical Considerations in International Infrastructure Investment and Finance*, Pace Law School Institute of International Commercial Law, April 2006, disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fucci.html>, (acedido a 02/02/2013).
- GAUDEMET, Yves – *Droit Administratif*, Paris: L.G.D.J., 2010.
- GIRSBERGER, David e ZAPOLSKIS, Paulius – *Fundamental Alteration of the Contractual Equilibrium under Hardship Exemption*, Jurisprudence, n.º 19 (1), 2012, páginas 121 a 141, disponível em http://www.mruni.eu/en/mokslo_darbai/jurisprudencija/ (acedido a 10/05/2013).
- GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin – *O Contrato e sua Conservação: Lesão e cláusula de hardship*, Curitiba: Juruá, 2008.

- GORDLEY, James – *Impossibility and Changed and Unforeseen Circumstances*, American Journal of Comparative Law, n.º 54, Summer 2004, páginas 513 a 530
- GONÇALVES, Pedro Costa – *Alterações ao Código dos Contratos Públicos na sequência do “Memorando de Entendimento com a Troika”*, Revista de Contratos Públicos, n.º 5, Centro de Estudos de Direito Público e Regulação, 2012, páginas 213 a 238.
 - *Gestão de Contratos Públicos em Tempo de Crise*, in AA.VV – CEDIPRE, Estudos de Contratação Pública – III, Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora, 2010, páginas 5 a 49.
- GOTANDA, John Y. – *Renegotiation and Adaptation Clauses in Investment Contracts, Revisited*, Vanderbilt Journal of Transnational Law, Volume 36, 2003, páginas 1461 a 1473.
- JÚNIOR, Eduardo dos Santos – *A Imprevisão ou Alteração das Circunstâncias no Direito Privado Francês e as Perspectivas de Evolução em Face dos Projectos de Reforma do Direito das Obrigações no Code Civil*, Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda, coord. Prof. Doutor Marcelo Rebelo de Sousa e outros, Volume VI, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, páginas 471 a 493.
- LEITÃO, Alexandra – *O tempo e a alteração das circunstâncias*, texto correspondente à intervenção da Autora no V Encontro de Professores de Direito Público, subordinado ao tema “O Tempo e o Direito Público”, Janeiro de 2012, 25 páginas, disponível em: <http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/o tempo e a alt. das circ. cont ratuais-2.pdf>, (acedido a 13/04/2013).
- LINDSTRÖM, Niklas – *Changed Circumstances and Hardship in the International Sale of Goods*, Nordic Journal of Commercial Law, ano 2006, n.º 1, disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/lindstrom.html> (acedido a 7/06/2013).
- MCKENDRICK, E.G. – *Discharge by Frustration*, Capítulo 24, in AA.VV. ed. Beale, Hugh, *Chitty on Contracts*, Volume 1 – *General Principles*, London: Sweet & Maxwell, 1999.

- MELIS, WERNER – *Force Majeure and Hardship Clauses in International Commercial Contracts in View of the Practice of the ICC Court of Arbitration*, Journal of International Arbitration, 81, 1984, páginas 213 a 221, disponível em <http://www.trans-lex.org/126600>(acedido a 20/4/2013).
- MONTEIRO, António Pinto e GOMES, Júlio – *A “Hardship Clause” e o Problema da Alteração das Circunstâncias (Breve Apontamento)*, Sep. de: Juris at de jure: nos vinte anos da Faculdade de Direito da UCP, Porto: UCP Porto, 1988.
 - *Hardship clauses in portuguese law: Rebus sic standibus*, European Review of Private Law, n.º 3, 1988, páginas 319 a 332.
- MUÑOZ, Edgar – *Impossibility, Hardship and Exemption under Ibero-American Contract Law*, 14 *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, 2010, páginas 175 a 192.
- OLIVEIRA ASCENSÃO, José de – *Onerosidade Excessiva por “Alteração das Circunstâncias”*, Estudos em Memória do Professor Doutor José Dias Marques, coord: António Menezes Cordeiro e Ruy Albuquerque, Coimbra: Almedina, 2007, páginas 515 a 536.
 - *Onerosidade excessiva por “Alteração das Circunstâncias”*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 65, volume III, Dezembro 2005, páginas 625 a 648.
- OPPETIT, Bruno – *L’Adaptation des Contrats Internationaux aux Changement de Circonstances: La Clause de Hardship*, 101, Journal de Droit International, páginas 794 a 814, disponível em www.trans-lex.org/127600 (acedido em 26/05/2013).
- PEREIRA, Pedro Matias e FRANCO, João Soares – *A adjudicação de contratos públicos em tempos de crise*, Revista de Contratos Públicos, n.º 5, Centro de Estudos de Direito Público e Regulação, 2012, páginas 143 a 165.
- PERILLO, Joseph – *Force Majeure and Hardship under UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. Contratación Internacional. Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del Unidroit*, Universidad Autónoma de México – Universidad Panamericana, 1998, disponível em <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/perillo3.html> (acedido a 22/06/2013).

- PINHEIRO, Luís de Lima – *Cláusulas Típicas dos Contratos Típicos do Comércio Internacional*, Estudos de Direito Comercial Internacional, coord: Professor Doutor Luís de Lima Pinheiro, vol. I, Coimbra: Almedina, 2004, páginas 239 a 269.
- PIRES, Cândida da Silva Antunes – *A teoria da imprevisão no direito civil francês*, Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1960.
- PUELINCKX, A – *Frustration, Hardship, Force Majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances*, Journal of International Arbitration, n.º 2, 1986, páginas 47 a 66, disponível em: <http://translex.uni-koeln.de/output.php?docid=128100&markid=944000>(acedido a 2/06/2013).
- RAJSKI, Jerzy – *Limitation of Liability and Exclusion Clauses in International Contracts*, International Business Law Journal, 2002, n.ºs 3/4, páginas 321 a 328.
- RIMKE, Joern – *Force majeure and hardship: Application in international trade practice with specific regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Reproduced with permission of Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Kluwer (1999-2000), páginas 197 a 243, disponível em: www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/rimke.html (acedido a 25/02/2013).
- RÖSLER, Hannes – *Hardship in German Codified Private Law – In Comparative Perspective to English, French and International Contract Law*, European Review of Private Law, n.º 3, 2007, páginas 485 a 513.
- SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz – *Resolução ou Modificação dos Contratos por Alteração das Circunstâncias*, Boletim do Ministério da Justiça. n.º 68, 1957, páginas 293 a 385.
- SHEPERD, Stuart e SHOUR, Reema – *Force Majeure Clauses: Their Role in Sale Contracts*, nota informativa da sociedade de advogados INCE & CO, 2011, disponível em <http://incelaw.com/documents/pdf/strands/international-trade/force-majeure-clauses-sale-contracts.pdf> (acedido a 1/08/2013).
- SOUSA, António Carneiro da Frada de – *Conflito de Clausulados e Consenso nos Contratos internacionais*, Porto: Universidade Católica Portuguesa do Porto, 1999.

- SCHWENZER, Ingeborg – *Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts*, Victoria University of Wellington Law Review, Vol. 39, April 2009, páginas 709 a 725.
- TALLON, Denis – *Article 79*, in Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law, Milano: Giuffrè, páginas 572 a 595, disponível em <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/tallon-bb79.html> (acedido a 15/05/2013).
- UNCITRAL – *UNCITRAL Legal Guide on Drawing up International Contracts for the Construction of Industrial Works*, disponível em www.translex.org/400500 (acedido em 12/03/2013).
- UNIDROIT – *Princípios Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais*, Roma: UNIDROIT, 1995.
- van HOUTTE, Hans – *Changed Circumstances and Pacta Sunt Servanda*, ed. Gaillard, Transnational Rules in International Commercial Arbitration, Paris: ICC Publication n.º 480, 4, 1993, páginas 105 a 123, disponível em www.translex.org/117300 (acedido em 9/06/2013) .
- VARELA, João de Matos Antunes – *Ineficácia do Testamento e Vontade Conjectural do Testador*, Coimbra: Coimbra Editora, edição baseada na dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídicas na FDUC, 1950.
- VICENTE, Dário Moura – *Direito Aplicável aos Contratos Públicos Internacionais*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano: no centenário do seu nascimento, Coimbra: Coimbra Editora, volume 1, 2006, páginas 289 a 312.
- VISCASILLAS, Maria del Pilar Perales – *Modification and Termination of the Contract (ART. 29 CISG)*, Journal of Law and Commerce, n.º 25, Fall 2005, páginas 167 a 179.
- WHINCUP, Michael – *Contract Law and Practice, The English System with Scottish, Commonwealth and Continental Comparisons*, Deventer: Kluwer Law International, 5ª Edição, 2006.
- ŽIVKOVIĆ, Velimir – *Hardship in French, English and German Law*, estudo do Instituto de Direito Comparado da Universidade de Belgrado, 2012, 18 páginas, disponível em http://www.academia.edu/3152183/Hardship_in_French_English_and_German_Law (acedido a 14/06/2013).

Jurisprudência Analisada

Jurisprudência Inglesa

- *Paradine v. Jane*, [1647] EWHC KB J5
- *Taylor v. Caldwell*, [1863] EWHC QB J1
- *Jackson v. Union Marine Insurance Co. Ltd*, [1873] LR 10 CP 125
- *Krell v. Henry*, [1903] 2 KB 740
- *Pioner Shipping Ltd v. Ltd (The Nema)*, [1982] AC 724

Jurisprudência Francesa

- *Cour de Cassation, Arrêt Cannal de Craponne*, 6/03/1876
- *Cour de Cassation Civil*, 16/03/2004

Jurisprudência Portuguesa

- Acórdão do STJ, de 15/04/1975 (Relator: José Garcia da Fonseca)
- Acórdão do STJ, de 3/11/1987 (Relator: Joaquim Figueiredo)
- Acórdão do STJ de 7/02/2006 (Relator: Borges Soeiro)
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 3/07/2007 (Relator: Rui Vouga)
- Acórdão do STJ de 18/06/2013 (Relator: Moreira Alves)

Jurisprudência do *International Chamber of Commerce*

- ICC Award no. 1512, 1971
- ICC Award no. 2748, 1974
- ICC Award no. 8486, 1999

Jurisprudência do *International Center for Settlement of Investment Disputes*

- *CMS Gas Transmission Company v. the Republic of Argentina* - Case No. ARB/01/8