

Maria Lúcia Pereira de Brito

*Da Alteração das Circunstâncias à Cláusula de Hardship:  
a emergência do princípio geral da renegociação dos contratos*



Dissertação apresentada no âmbito do  
2.º Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de  
Direito da Universidade de Coimbra.

COIMBRA - 2013

UNIVERSIDADE DE COIMBRA  
FACULDADE DE DIREITO  
2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO

*Da Alteração das Circunstâncias à Cláusula de Hardship:  
a emergência do princípio geral da renegociação dos contratos*

Maria Lúcia Pereira de Brito

Dissertação apresentada no âmbito do  
2.º Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de  
Direito da Universidade de Coimbra.  
Área de Especialização: Ciências Jurídico-Civilísticas  
Menção: Direito Civil  
Orientador: Prof. Doutor Francisco Pereira Coelho

Coimbra  
2013

*Aos meus Pais.*

## Índice

1. Introdução.....	7
CAPÍTULO I - O REGIME GERAL DA ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS	
2. Nota histórica.....	12
2.1. Direito Romano.....	12
2.2. Doutrina da cláusula <i>rebus sic stantibus</i> .....	12
2.3. Teoria da imprevisão .....	13
2.4. Doutrina da pressuposição de Windscheid .....	14
2.5. Doutrina alemã da base negocial .....	16
2.5.1. A fórmula de Oertmann .....	16
2.5.2. A doutrina da reserva virtual de Krückmann.....	17
2.5.3. A doutrina de Larenz .....	18
2.5.4. A fórmula de Lehmann .....	19
3. A Alteração anormal das circunstâncias (artigos 437º a 439º do CC) .....	20
3.1. O princípio da pontualidade.....	20
3.2. Distinção de figuras afins.....	22
3.2.1. O erro .....	22
3.2.2. Impossibilidade do cumprimento e não cumprimento.....	23
3.2.3. O risco.....	24
3.2.4. A interpretação contratual e a tutela da confiança (teorias modernas) .....	25
3.3. Pressupostos cumulativos do artigo 437º/1 do CC .....	26
3.3.1. Circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar .....	26
3.3.2. Alteração anormal das circunstâncias.....	27
3.3.3. Lesão de uma das partes .....	27
3.3.4. Afectação grave dos princípios da boa fé .....	28
3.3.5. Exigência das obrigações assumidas não cobertas pelos riscos próprios do contrato .....	28
3.3.6. Inexistência de mora da parte lesada .....	29
3.4. Efeitos .....	30
3.5. Contratos a que se aplica o regime da alteração das circunstâncias .....	31
3.6. As grandes alterações das circunstâncias.....	32
CAPÍTULO II - A CLÁUSULA DE <i>HARDSHIP</i>	
4. A Cláusula de <i>Hardship</i> .....	33

4.1. Definição.....	33
4.2. Origem .....	34
4.3. Objectivo e Funções.....	35
4.4. Características .....	37
4.5. Constatação e Utilização.....	39
4.5.1. A aplicação da Cláusula de <i>Hardship</i> .....	39
4.5.2. O procedimento.....	40
4.5.3. A intervenção de terceiros .....	44
5. As Cláusulas de Adaptação .....	46
5.1. A necessidade de adaptação contratual.....	46
5.2. A importância da adaptação contratual.....	48
5.3. As cláusulas de adaptação contratual.....	49
5.3.1. Cláusulas de variação por uma das partes (“ <i>variation and change orders by one of the parties</i> ”).....	50
5.3.2. Cláusulas de adaptação automática.....	50
5.3.3. Cláusulas de estabilização .....	50
5.3.4. Cláusulas de revisão e renegociação.....	51
5.3.5. Cláusulas de <i>hardship</i> , de força maior e de risco especial .....	51
5.4. Efeitos das cláusulas de adaptação .....	52
5.4.1. Os efeitos da adaptação sobre uma obrigação contratual .....	53
5.4.2. Os efeitos da adaptação sobre o contrato.....	55
<b>CAPÍTULO III - NOVAS CATEGORIAS CONTRATUAIS</b>	
6. Contratos internacionais complexos (de longa duração).....	57
6.1. Definição.....	57
6.2. Características .....	58
6.2.1. Ausência legislativa e judicial .....	58
6.2.2. Longa duração.....	59
6.2.3. Tecnicidade/Volume do negócio .....	60
6.2.4. Incerteza.....	60
6.2.5. Sensibilidade a perturbações contratuais .....	61
6.2.6. Complexidade .....	61
6.2.7. Número de partes .....	62
6.2.8. Interdependência.....	62
6.3. Distinções.....	63

7. Contratos relacionais .....	65
7.1. A teoria dos contratos relacionais – introito .....	65
7.2. A teoria dos contratos relacionais – principais aspectos.....	67
7.2.1. “Presentiation” e “Discreteness” .....	67
7.2.1.1. Direito contratual tradicional e “presentiation” .....	68
7.2.1.2. Contratos relacionais e “presentiaton” .....	68
7.2.2. Contratos relacionais.....	70
7.2.2.1. Ajustamentos relacionais, negociações e resolução de conflitos.....	71
7.2.3. Normas contratuais .....	71
7.2.3.1. Normas comuns .....	73
7.2.3.2. Normas relacionais .....	76
7.3. Os contratos discretos .....	76
<b>CAPÍTULO IV - INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS</b>	
8. A Convenção de Viena de 1980 .....	79
8.1. Generalidades.....	79
8.2. O artigo 79º da Convenção de Viena.....	80
8.2.1. A aplicação do artigo 79º da Convenção de Viena.....	81
8.2.2. Os problemas do artigo 79º - relação com a <i>hardship</i> .....	83
9. Os Princípios do Unidroit.....	85
9.1. Generalidades.....	85
9.2. <i>Hardship</i> .....	86
9.3. A natureza dos Princípios do Unidroit.....	92
9.4. As funções dos Princípios do Unidroit .....	95
9.4.1. <i>Lex Contractus</i> .....	95
9.4.2. Interpretação e substituição da lei nacional aplicável.....	96
9.4.3. Interpretação de outros instrumentos internacionais.....	96
9.4.3.1. A relação entre o artigo 79º da Convenção de Viena e os Princípios do Unidroit.....	98
10. Os Princípios de Direito Europeu dos Contratos.....	101
10.1. Generalidades.....	101
10.2. Alteração das circunstâncias .....	103
10.3. Os objectivos dos PECL .....	107
11. A <i>Lex Mercatoria</i> .....	108
11.1. Origem e Necessidade .....	108

11.2. Natureza .....	109
11.3. Conteúdo .....	112
11.4. Aplicabilidade: os contratos internacionais complexos.....	113
11.4.1. Aplicação conforme a regra de conflitos .....	113
11.4.2. O fenómeno da desnacionalização.....	114
<b>CAPÍTULO V - O PRINCÍPIO GERAL DA RENEGOCIAÇÃO DOS CONTRATOS</b>	
12. O dever de renegociar.....	115
12.1. Definição e Fontes .....	115
12.2. Procedimento .....	116
12.3. Incumprimento.....	116
12.4. Dever de renegociar implícito.....	117
13. O Princípio geral da renegociação dos contratos.....	119
13.1. Fundamentos .....	119
13.2. Caracterização.....	126
14. Conclusões.....	130
Referências bibliográficas .....	134

## 1. Introdução<sup>1</sup>

A presente dissertação tem como propósito o de observar a realidade contratual (da interna à internacional), tendo sempre como foco a figura da alteração das circunstâncias, para assim retirar as necessárias consequências jurídicas. Isto é, atendendo a determinados elementos que emergiram na realidade contratual, mormente a internacional, pretende-se averiguar da existência de um novo princípio: o *princípio geral da renegociação dos contratos*.

Para tal, numa linha cronológica, começaremos por analisar o regime geral da alteração das circunstâncias, previsto nos artigos 437º a 439º do Código Civil Português. A alteração das circunstâncias é um instituto que nos obriga a reparar nas mudanças ocorridas na esfera contratual e nos princípios que lhe estão subjacentes. Desde logo, partimos da compreensão do pressuposto de que com o contrato nascem direitos e deveres, mas certas circunstâncias podem determinar que deixe de valer o que já valeu e não se tenha de prestar o que inicialmente se tinha que prestar. Exige-se, por um lado, o cumprimento do pactuado e, por outro lado, que se tenha em conta eventuais alterações na economia dos contratos resultantes de factores que, muitas vezes, as partes não controlam, nem formaram sequer qualquer representação.

Importa, por isso, percorrer as principais teorias e doutrinas que, evolutivamente, contribuíram para a consagração da eficácia da alteração das circunstâncias, com destaque para as teorias alemãs. Desta feita, importa analisar os vários aspectos do nosso regime legal relativo à alteração das circunstâncias, passando pela referência a um princípio fundamental por que se regem os contratos – o princípio da pontualidade – e por uma redução dogmática da figura ora em estudo, a fim de clarificar quais as superveniências com relevância à luz da nossa lei civil.

Em segundo lugar, analisaremos as chamadas cláusulas de *hardship*, mecanismo de que as partes têm feito uso nos contratos comerciais internacionais para encontrar soluções para eventuais alterações das circunstâncias. De facto, para escapar aos constrangimentos da lei nacional aplicável e evitar a intervenção de terceiros (um juiz ou mesmo um árbitro), as partes têm feito uso de cláusulas de adaptação<sup>2</sup>, especialmente

---

<sup>1</sup> A presente dissertação não segue o novo acordo ortográfico.

<sup>2</sup> Note-se que nos referimos aqui a cláusulas de adaptação num sentido amplo, que engloba um conjunto variado de cláusulas, entre as quais as de *hardship*.

as de *hardship*, que governam o contrato perante a ocorrência de uma alteração das circunstâncias que afecte profundamente o equilíbrio contratual.

A cláusula de *hardship*, na senda do instituto da alteração das circunstâncias previsto nos sistemas legais nacionais, funda-se igualmente no princípio da *clausula rebus sic stantibus* e, posteriormente, na teoria da imprevisão francesa (denominada de “*hardship*” em inglês), nomeadamente por causa de um conflito existente entre uma empresa energética e a cidade de Bordéus<sup>3</sup>. Assim, as cláusulas de *hardship* integram obrigatoriamente os contratos administrativos franceses (celebrados entre privados e o Estado ou uma empresa pública), pelo que a doutrina do direito administrativo francês (ainda que o direito francês não preveja uma norma legal para a alteração das circunstâncias nos contratos comerciais, mas apenas para os casos de força maior ou caso fortuito) estabelece especificamente o direito do privado a uma indemnização do Estado ou de uma sua empresa se o primeiro conseguir provar que as alterações que o afectaram eram excepcionais e imprevisíveis e que perturbaram o equilíbrio financeiro do contrato<sup>4</sup>. Noutros ordenamentos jurídicos, os quais preveem uma norma específica para a ocorrência de uma alteração das circunstâncias, as cláusulas de *hardship* são utilizadas com maior frequência, as quais são aplicáveis a todos os contratos.

Não obstante, é na esfera do comércio internacional que as cláusulas de *hardship* têm o seu campo de aplicação privilegiado, porquanto têm como efeito principal a obrigação de renegociar o contrato quando o mesmo seja profundamente afectado por uma alteração das circunstâncias. Por isso, importa analisar detalhadamente estas cláusulas de *hardship* e outras cláusulas de adaptação, de forma a perspectivar em que medida se pode efectivar a obrigação de renegociar o contrato, isto é, em que medida é necessária e pode ser levada a cabo a adaptação contratual (dado que no regime geral português, a modificação do contrato apenas terá lugar se a parte lesada invocar unilateralmente o direito potestativo correspondente).

Neste sentido, analisaremos, em terceiro lugar, novas categorias contratuais, como sejam os contratos internacionais complexos e os contratos relacionais (conceitos diferentes, mas que se sobrepõem). Na verdade, como iremos ver, é nestas modalidades

---

<sup>3</sup> Cfr. FUCCI, Frederick R., “Hardship and Changed Circumstances as Grounds for Adjustment or Non-Performance of Contracts – Practical Considerations in International Infrastructure Investment and Finance”, in *American Bar Association, Section of International Law*, New York, April 2006, pp. 3-4.

<sup>4</sup> Cfr. FUCCI, Frederick R., *cit.*, p. 5. Note-se que a cláusula de *hardship* que aqui se refere parece resultar de adaptações contratuais no âmbito do direito administrativo francês e não será propriamente a cláusula de *hardship* que se acha pressuposta na presente dissertação.

contratuais (compreendendo, nomeadamente, contratos de longa duração) que se tem vindo a afirmar a necessidade de se proceder primeiramente à renegociação do contrato perante a ocorrência de uma alteração superveniente das circunstâncias, deixando a resolução para último recurso. Importa, assim, averiguar, com detalhe, as características destes tipos contratuais, as quais reclamam (como resultará infra) um processo contínuo de renegociação.

Em quarto lugar, analisaremos de que forma é que as situações de *hardship* e a correspondente obrigação de renegociar se efectivam no âmbito de diversos instrumentos internacionais, como sejam, a Convenção de Viena, os Princípios do Unidroit e os Princípios de Direito Europeu dos Contratos e, por último, no seio da *lex mercatoria*<sup>5</sup>. O surgimento destes instrumentos internacionais e da *lex mercatoria* resulta da necessidade de se satisfazerem as expectativas das partes de uma forma mais adequada face à resposta insuficiente apresentada pela lei nacional aplicável<sup>6</sup>. Pelo que, diversas organizações internacionais, num esforço de harmonização e unificação, tentam encontrar soluções para os problemas específicos com que as partes se deparam na contratação, como seja a ocorrência de uma alteração superveniente das circunstâncias que afecte o equilíbrio contratual e coloque em risco a manutenção do contrato. Veremos como, mais uma vez, se estabelece a prioridade de se encetar entre as partes um processo de renegociação de forma a restabelecer o equilíbrio do contrato.

Note-se que o que se vem descrevendo compreende igualmente um esforço significativo de harmonização com origem no século XX. Foi este um período que assistiu a duas guerras mundiais, à descolonização e ao colapso da União Soviética. Desta feita, surgiram novos mercados e novos sistemas legais que passaram um período de transição e harmonização. Por sua vez, após a introdução de códigos civis e comerciais nos países da *civil law* na primeira metade do século, os mesmos ordenamentos jurídicos, na segunda metade, interessaram-se pela harmonização da lei. Já na última década do século XX se assistiu a uma reforma da lei por parte de novos países independentes e das novas economias emergentes, no sentido de conceber uma legislação moderna, estruturada num direito harmonizado. Não obstante, assistiu-se

---

<sup>5</sup> Vide a noção de *lex mercatoria* infra, no ponto 11.

<sup>6</sup> Com efeito, os princípios em causa asseguram as necessidades das partes no comércio internacional, como sejam a lealdade e confiança mútua, o que se torna especialmente importante quando elas não tenham um conhecimento suficientemente informado uma sobre a outra. Por outro lado, asseguram igualmente a boa fé e a justiça negocial na relação entre as partes, tendo em vista, sobretudo, a protecção da parte mais vulnerável.

também a um processo de integração económica regional e à delegação da regulação para organizações internacionais. Assim, o fenómeno da regulação passa a abranger as transacções comerciais, isto é, o direito privado (numa área que era tipicamente deixada ao direito público). Como tal, a regulação do comércio passou a ser também uma preocupação internacional e das organizações internacionais regionais. Neste conspecto, a harmonização perspectiva-se porque as transacções comerciais internacionais são a ligação entre direito público e direito privado e entre direito nacional e direito internacional. Um outro aspecto ainda respeita à introdução da arbitragem internacional como um método alternativo de resolução de conflitos. Nesta sede, encontra-se privilegiada a aplicação de convenções internacionais, de *standards* não nacionais, de cláusulas de adaptação, como as de *hardship*, e de outros costumes ou usos do comércio internacional. A arbitragem internacional lida especificamente com os conflitos do comércio internacional e tem, por isso, a facilidade de desnacionalizar a controvérsia em causa. Nestes termos, foi este um tempo de globalização e da emergência de uma moderna *lex mercatoria*. Fala-se, assim, no surgimento de uma nova ordem internacional. Clive Schmitthoff chamava a atenção para um movimento que se vem desligando da lei nacional para formar o denominado direito comercial transnacional, resultante da convergência de sistemas nacionais, constituído por “*international conventions, conscious or unconscious judicial parallelism, uniform rules for specified types of contract and, more recently, international restatements of principles of contract law*”<sup>7</sup>.

Por último, focar-nos-emos no dever de renegociar e no modo como as partes o podem desencadear, bem como na afirmação da existência de um dever de renegociar implícito, baseado nas exigências da boa fé. Neste contexto, pronunciar-nos-emos sobre a existência de um princípio geral da renegociação dos contratos, tendo em conta todos os elementos analisados ao longo da dissertação, os quais, como iremos ver, traduzem um forte interesse na prioridade da renegociação contratual (mesmo na ausência de uma cláusula nesse sentido), por oposição à resolução abrupta do contrato. É preciso notar, nesta sede, que a realidade negocial experienciada pelas partes (mormente, no âmbito de determinadas modalidades contratuais mais complexas e com exigências específicas de reciprocidade, lealdade e boa fé, porquanto estes contratos são necessariamente incompletos e requerem um processo contínuo de renegociação) antecede normalmente

---

<sup>7</sup> Cfr., quanto ao que foi dito, FLETCHER, Ian; MISTELIS, Loukas; e CREMONA, Marise, *Foundations and Perspectives of International Trade Law*, London: Sweet and Maxwell, 2001, pp. 3-6 e 10.

a consagração de regras e princípios nos sistemas legais. Deste modo, a emergência deste princípio representará um contributo significativo para o direito dos contratos (e para o direito privado), uma vez que permitirá a manutenção da execução contratual.

# Capítulo I

## O REGIME GERAL DA ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS

### 2. Nota histórica

#### 2.1. Direito Romano

O problema da superveniência de circunstâncias imprevistas não foi totalmente desconhecido do direito romano, ainda que nunca se tenha chegado a formar uma ideia clara da imprevisão.

A regra geral do direito romano era a da estabilidade do contrato, mas o pretor, confrontado com razões de equidade, ocasionalmente decretava excepções a este princípio.

Houve Autores que chegaram mesmo a citar alguns textos, cujas ideias principais eram: que o momento relevante nos contratos era o da sua celebração e não o da sua conclusão e que existiria uma cláusula tácita, pela qual a obrigação era executada se se mantivesse a situação inicial da celebração do contrato<sup>8</sup>.

Mas foram moralistas e filósofos romanos, como Cícero e Séneca, que clarificaram esta ideia da manutenção do *status quo* do momento da celebração do contrato para a subsistência da execução do contrato, servindo de inspiração para autores posteriores que fizeram a transição destas ideias para o campo do direito.

#### 2.2. Doutrina da cláusula *rebus sic stantibus*

Sob a sugestão de moralistas anteriores, canonistas e pós-glosadores começaram a considerar como tacitamente incluída em todos os contratos de longa duração uma cláusula segundo a qual os outorgantes do acordo celebrado ficam vinculados a este enquanto se mantivesse o ambiente objectivo vigente à data da celebração do negócio (“*Contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*”)<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Cfr. CARVALHO FERNANDES, Luís A., *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil Português*, reimp. c/ nota de actualização, Lisboa, Quid Juris?, 2001, p. 18.

<sup>9</sup> Cfr. ANTUNES VARELA, João de Matos, *Ineficácia do testamento e vontade conjectural do testador*, Coimbra, Coimbra Editora, 1950, pp. 264 e 265.

Esta doutrina ganha relevância jurídica a partir do século XII e é divulgada por Bártolo, com a designação de cláusula “*rebus sic stantibus*”.

Segundo Antunes Varela<sup>10</sup>, esta cláusula aplicava-se às circunstâncias consideradas firmes e seguras pelo contraente lesado e pretendia sobretudo reger para as circunstâncias sobre cuja manutenção os contraentes não chegaram a formular nenhum juízo concreto e definido, no momento da celebração do contrato.

Mas nada mais era previsto pelos autores, daí que a cláusula tenha surgido com grande imprecisão, o que se compreende se tivermos em conta que as preocupações dos pós-glosadores eram essencialmente de cariz prático e casuístico.

Só mais tarde, nos séculos XVII e XVIII é que foram operadas restrições, por juristas alemães e italianos, ao âmbito da doutrina e aos pressupostos e efeitos da cláusula. Quanto ao âmbito da doutrina, definiu-se que se aplicava aos contratos de longa duração, excluindo-se os contratos aleatórios. Quanto aos pressupostos, a alteração das circunstâncias para ser relevante tinha de ser imprevisível, imputável ao seu beneficiário e que este, se dela pudesse ter conhecido à data da celebração do contrato, teria desistido da sua celebração. Quanto aos efeitos, dava-se preferência à revisão do contrato, só havendo rescisão quando aquela não conseguisse resolver a desproporção verificada entre as prestações.

Em termos de direito positivo, destaca-se, pela sua maior relevância, o Código Bavárico de Maximiliano, de 1736.

A partir do fim do século XVIII e início do século XIX, a cláusula R.S.S. cai em declínio, face a críticas de pouca clareza e imperfeição e de confundibilidade frequente com a teoria do erro, da lesão e da condição, ficando mesmo no esquecimento até à 1ª Guerra Mundial.

### **2.3. Teoria da imprevisão**

Esta teoria foi defendida sobretudo por autores franceses e italianos e tem como ponto de partida a teoria anterior, a qual pretende limitar a situações mais prementes. A teoria da imprevisão exige que a alteração das circunstâncias seja imprevisível e que determine uma modificação radical nas condições em que o contrato deve ser cumprido.

---

<sup>10</sup> Cfr. ANTUNES VARELA, João de Matos, *op. cit.*, p. 266.

Assim, não constitui fundamento para resolução ou revisão do contrato uma onerosidade da prestação que razoavelmente se podia prever.

A crítica que se faz a esta teoria é a de que não se pode aceitar o critério da imprevisibilidade, dado o potencial desamparo de situações que mereciam protecção em nome da boa fé<sup>11</sup>.

#### **2.4. Doutrina da pressuposição de Windscheid**

Pode acontecer que uma pessoa, ao realizar um negócio jurídico, tenha procedido na convicção essencial de se virem a manter, no futuro, determinadas circunstâncias existentes à data da sua celebração ou na convicção essencial de se verificarem certos factos, quer pretéritos, quer presentes, quer futuros, de tal maneira que, se soubesse que a sua convicção não correspondia à realidade, não tinha concluído o negócio jurídico.

Quando assim for, a declaração negocial é emitida sob uma determinada *pressuposição* (“*Voraussetzung*”), segundo a terminologia do tratadista Windscheid.

“*Pressuposição é precisamente a circunstância ou estado de coisas que qualquer dos contraentes, ao realizar dado negócio, teve como certo verificar-se no passado ou no presente ou vir a continuar a verificar-se no futuro, quando de outro modo não teria contratado.*”<sup>12</sup> Com efeito, trata-se de uma “*conexão psicológica existente entre a declaração emitida e as circunstâncias tidas como certas pelo declarante, e sem as quais a sua vontade negocial não se teria formado.*”<sup>13</sup> Chama-se *pressuposição* também a este estado de espírito do pressuponente.

À semelhança do contraente que condiciona a eficácia do negócio, o pressuponente limita a eficácia contratual à verificação de determinadas circunstâncias. Mas a *pressuposição* difere da condição por existir no espírito do pressuponente, não um estado de dúvida, mas uma certeza (ou pelo menos, uma ausência de dúvida), de que a situação pressuposta se verificará. É precisamente por dá-la como certa e segura, que omite declará-la expressamente, pois, doutra forma, não deixaria de condicionar

---

<sup>11</sup> Cfr. ALMEIDA COSTA, Mário Júlio, *Direito das Obrigações*, 12ª ed. rev. e actual., Coimbra, Almedina, 2009, p. 325.

<sup>12</sup> Cfr. ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, 4ª reimpr., Vol. 2, Coimbra, Almedina, 1974, p. 403.

<sup>13</sup> Cfr. ANTUNES VARELA, João de Matos, *op. cit.*, p. 273.

expressamente a produção de efeitos da sua declaração de vontade. Daqui resulta a referência de Windscheid à pressuposição como uma *condição não desenvolvida*.

A teoria da pressuposição é também próxima da teoria do erro. Mas é possível distingui-las. A teoria da pressuposição releva quando a circunstância pressuposta se refere ao futuro. Por sua vez, as circunstâncias referentes ao passado e ao presente reconduzem-se ao problema geral do erro-vício<sup>14</sup>.

Quando a pressuposição não se verificar, Windscheid diz que esta falta autoriza o pressuponente a revogar o negócio sempre que a pressuposição tenha sido conhecida ou mesmo só cognoscível do destinatário do negócio, à data do negócio<sup>15</sup>. Ainda que esta revogabilidade seja do interesse do pressuponente e não envolva injusto sacrifício para a contraparte, casos há em que bastará a revisão e modificação das condições, de modo a salvaguardar o equilíbrio económico visado pelo pressuponente. Nestes casos, é de admitir que a contraparte possa obstar à revogação, prontificando-se a actualizar a sua contraprestação.

Não obstante, esta doutrina foi alvo de muitas críticas. Em termos gerais, porque facilita em termos inoportáveis a revogação do contrato, considera-se que a teoria não defende satisfatoriamente as justas expectativas do declaratário e da segurança necessária ao comércio jurídico. A ideia principal é a de que são insuficientes as condições do conhecimento ou da cognoscibilidade da pressuposição pela contraparte para a sua relevância. Deve ter-se em conta que, mesmo cumpridas estas condições, a contraparte podia não querer que a eficácia do negócio ficasse dependente da verificação da pressuposição, nem a boa fé a isso obrigaria. Denega-se, assim, o princípio da estabilidade do contrato mesmo que a sua manutenção não afectasse de modo expressivo a boa fé. Daqui se compreende a reputação de intoleravelmente perigosas para a segurança da contratação das condições acima referidas<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Cfr. ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *op. cit.*, p. 404.

<sup>15</sup> Seria assim nos negócios entre vivos; nos negócios *mortis causa*, a pressuposição tinha apenas de ser reconhecível para o julgador, no momento de apreciação da sua eficácia. Cfr. ANTUNES VARELA, João de Matos, *op. cit.*, p. 275.

<sup>16</sup> Cfr. ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *op. cit.*, p. 409.

## 2.5. Doutrina alemã da base negocial

### 2.5.1. A fórmula de Oertmann

Oertmann define a base negocial como a “*representação psicológica dumas partes, reconhecida e não contestada pela contraparte, ou na representação comum aos vários interessados no negócio, acerca da existência ou do advento de determinadas circunstâncias, sobre a base das quais se constrói a vontade do agente.*”<sup>17</sup>

Deste modo, são estas representações psicológicas, notificadas ou, de outra forma, tornadas evidentes à contraparte, que constituem a base negocial e que são estranhas ao conteúdo negocial. De facto, do negócio apenas fazem parte a vontade e as declarações (expressas ou tácitas) dos contraentes.

A questão é que a vontade real do declarante assenta sobre um processo lógico viciado, isto é, numa chamada representação psicológica desvirtuada, a qual permite que se admita a ineficácia do negócio.

Portanto, e quanto aos negócios entre vivos, uma vez verificada a falta das circunstâncias constitutivas da base negocial, as quais sabe a contraparte terem constituído a base ou uma das bases da vontade real do declarante, tem o declarante a faculdade de rescindir o negócio<sup>18</sup>.

Ainda que aperfeiçoada face à teoria da pressuposição, esta doutrina também mereceu críticas<sup>19</sup>, logo após a sua apresentação, em 1921. Desde logo, a impugnação do negócio não se pode fazer com base nas representações psicológicas do declarante. Trata-se de factos meramente internos e, como tais, irrelevantes. Por outro lado, o silêncio do declaratário não traduz uma intenção de se sujeitar à rescisão, caso a base negocial não se verifique. Se o declarante lhe fizesse uma proposta nesse sentido, é quase certo que o declaratário não a aceitaria, mesmo sob pena do negócio não se concretizar. Doutra modo, sempre se poderia dizer que o declaratário não contestou as representações do declarante, pelo simples facto de este não as ter incluído no contrato.

---

<sup>17</sup> Cfr. ANTUNES VARELA, João de Matos, *op. cit.*, p. 286.

<sup>18</sup> Quanto aos negócios *mortis* causa, Oertmann apenas considera suficiente para a relevância da base negocial a sua mera recognoscibilidade, mesmo quando facultada por circunstâncias estranhas à facticidade negocial. Cfr. ANTUNES VARELA, João de Matos, *op. cit.*, p. 288.

<sup>19</sup> Cfr., entre outros, ANTUNES VARELA, João de Matos, *op. cit.*, pp. 292, 293 e 296 e CARVALHO FERNANDES, Luís A., *op. cit.*, p. 67.

Uma outra crítica que se faz à solução de Oertmann é a de que protege somente a posição do declarante, obrigando o declaratório a acautelar-se face a todas as representações do declarante que saiba serem a base da vontade negocial do declarante, se aquele quiser assegurar a eficácia definitiva do negócio, com consequências profundas para a segurança do comércio jurídico.

Por fim, considera-se que a identificação da base negocial com as representações psicológicas do declarante, e sobre as quais assenta a ineficácia do negócio, impediu Oertmann de emancipar a sua doutrina da teoria do erro.

### **2.5.2. A doutrina da reserva virtual de Krückmann**

Esta doutrina constitui uma reabilitação de alguns dos aspectos da doutrina da pressuposição de Windscheid.

Krückmann entende que a *vontade própria* ou a *vontade verdadeira* (“*der eigentliche Wille*”), na qual Windscheid baseava a ineficácia do negócio, não corresponde a uma correcta interpretação da realidade psicológica subjacente à pressuposição. Está antes em causa uma *vontade virtual* ou *potencial* do declarante, no sentido de que este não teria querido o negócio se conhecesse ou tivesse previsto que a realidade não se conformava ou conformaria com os factos por ele pressupostos. Windscheid falha, assim, por não ter sido capaz de fazer a distinção entre o conteúdo actual e o mero conteúdo virtual da declaração de vontade<sup>20</sup>.

À excepção desta diferença evolutiva da doutrina de Krückmann, esta doutrina considera que a *vontade virtual* do declarante constitui parte integrante do conteúdo da declaração e, conseqüentemente, do conteúdo do negócio, justificando, deste modo, a ineficácia do contrato. Contudo, a *vontade virtual* carece de determinadas condições para produzir o efeito referido. Ao contrário da doutrina de Windscheid que apenas considera suficiente a condição da mera recognoscibilidade, Krückmann sustenta que deve valer o critério da *exigibilidade* ou *não exigibilidade* (“*Zumutbarkeit oder Nichtzumutbarkeit*”). Nesta conformidade, a reserva virtual só relevaria na medida em que os princípios da boa fé não impusessem que o erro do pressuponente corresse por sua exclusiva conta e risco (é entendimento fundamental que cada um deve sofrer o risco de todos os acontecimentos que possam ocorrer no seu círculo de vida,

---

<sup>20</sup> Cfr. ANTUNES VARELA, João de Matos, *ob. cit.*, p. 313.

designadamente na sua esfera patrimonial). Reunidas estas condições, o declarante disporia apenas de uma *condictio* ou uma pretensão por enriquecimento sem causa, com eficácia *ex nunc*, dado que seria injusto que o declarante gozasse da mesma protecção que teria se se tivesse assegurado com a estipulação de uma condição expressa<sup>21</sup>.

Não obstante o mérito da teoria de Krückmann, nomeadamente no que respeita à exigência do critério da exigibilidade e ao apelo à boa fé, de tal maneira que passa a ser condição necessária que a contraparte não pudesse, agindo de boa fé, deixar de aceitar a limitação pressuposta pelo declarante, esta doutrina continua a atender à vontade das partes para dar relevância à alteração das circunstâncias.

### 2.5.3. A doutrina de Larenz

Tendo por bases as doutrinas acima referidas, Larenz, em 1951, sugere a distinção entre uma base de negócio subjectiva e uma base de negócio objectiva. Assim, o Autor entende que se pode falar de uma *base subjectiva da determinação da vontade* e de uma *base objectiva do contrato*. A primeira consistiria numa “*representação mental existente em ambas as partes, ao concluírem o negócio, e que influenciou grandemente a formação dos motivos*”. A segunda seria constituída pelo “*conjunto de circunstâncias cuja existência ou persistência os contratos pressupõem (saibam-no ou não os contraentes), já que, a não ser assim, não se lograria o fim do contrato.*”<sup>22</sup>

Quanto à base subjectiva, Larenz acentua o facto de se tratar de uma representação comum a ambas as partes, sendo que se esta representação for errónea, o contrato não pode subsistir por se opor às regras da boa fé. O Autor entende que esta concepção da base do negócio assenta num preceito do código civil alemão (§ 779º) sobre o erro bilateral na transacção, o qual defende não ser exclusivo da matéria de transacção. A partir deste preceito, Larenz faz a seguinte construção: as partes supuseram a existência de determinada situação de facto e, com base nela, celebraram o contrato, pois, doutra forma, e supondo um leal proceder, nenhuma das partes teria concluído o contrato, se conhecessem a verdadeira situação; se estas presunções não se verificarem, estamos perante um caso de desaparecimento da base subjectiva da determinação da vontade.

<sup>21</sup> Cfr. ANTUNES VARELA, João de Matos, *ob. cit.*, pp. 313 e 314.

<sup>22</sup> Cfr. CARVALHO FERNANDES, Luís A., *op. cit.*, p. 66.

Quanto à base objectiva, esta consiste, para o Autor, num conjunto de circunstâncias e estado geral de coisas, cuja manutenção é objectivamente imprescindível para que o contrato, segundo o propósito das partes, continue a ser um todo dotado de sentido. Ora, o desaparecimento da equivalência entre a prestação e a contraprestação é exemplo de falta de base objectiva. Mas entenda-se que, para Larenz, não está em causa o equilíbrio entre prestação e contraprestação, havendo apenas desaparecimento da equivalência entre estas quando já não se possa racionalmente falar em contraprestação. Outro caso de falta de base objectiva é a impossibilidade de alcançar o fim do contrato. Aqui, o Autor entende que esta finalidade que se torna impossível tem de ser comum aos contraentes, ou seja, deve tratar-se de uma finalidade objectiva do contrato<sup>23</sup>.

Ainda que Larenz tenha tido o mérito de dar relevância à alteração das circunstâncias independentemente da vontade das partes, de compreender que há certos aspectos do contrato que são essenciais à sua manutenção e ao seu fim e que devem perdurar (mesmo que as partes desconheçam a sua existência), não parece correcto distinguir-se entre base do negócio subjectiva e objectiva. E o problema maior está em admitir a base de negócio subjectiva, isto é, em considerar como falta da base de negócio a errada representação comum das partes. A não ser que essa representação resulte da interpretação do contrato, e aí estamos no domínio da matéria das condições, ou então não pode relevar<sup>24</sup>.

#### **2.5.4. A fórmula de Lehmann**

Lehmann, tal como Krückmann, recorre ao princípio da boa fé. Mas não basta que a contraparte tenha conhecido ou podido conhecer a circunstância basilar para o declarante para que a eficácia do contrato a ela fique subordinado. Para Lehmann, é necessário que ela seja conhecida ou cognoscível da outra parte na celebração do negócio e que se conclua que a contraparte, se lhe tivesse sido proposta a subordinação do contrato à verificação da circunstância pressuposta, aceitaria tal condicionamento ou, pelo menos, deveria tê-lo aceite de acordo com a boa fé<sup>25</sup>. Assim, não se pode dizer que

---

<sup>23</sup> Cfr. CARVALHO FERNANDES, Luís A., *op. cit.*, p. 67.

<sup>24</sup> Cfr. CARVALHO FERNANDES, Luís A., *op. cit.*, p. 69.

<sup>25</sup> Note-se que a fórmula de Manuel de Andrade vai mais longe: haveria resolução ou modificação do contrato sempre que a boa fé o postulasse ulteriormente, mesmo que não exigisse a circunstância condicionante na altura da sua celebração. Mas ressalva o caso de haver estipulação das partes em

se impõe à contraparte uma solução ofensiva da sua vontade, uma vez que se conforma com a boa fé e a contraparte deve proceder de acordo com esta.

Verificando-se estas condições, a consequência seria a resolução do contrato. Mas o contrato não ficaria *ipso jure* sem efeito, pois não se trata aqui de uma condição. O contrato pode antes ser resolvido ou modificado, pois o declarante não estipulou nenhuma condição, pode ter interesse na manutenção do contrato e porque se deve, em nome da estabilidade dos contratos, circunscrever o desaparecimento do contrato aos casos em que ele seja premente<sup>26</sup>.

Esta solução favorável ao declarante só se justifica com base no princípio da boa fé. Lehmann acrescenta que todas as fórmulas apenas dão linhas directrizes gerais, que apenas se devem aplicar tendo em conta as circunstâncias do caso concreto. Isto é, o direito de resolução do contrato tem de ser uma “*exigência imperiosa da boa fé*”, segundo o conjunto da situação concreta e o fim do contrato. E é também a boa fé que aconselha a modificação do contrato, ao invés da sua resolução. É, no fundo, a boa fé que justifica a resolução ou modificação do contrato e é a ela que se deve aludir no caso concreto, deixando à doutrina e à jurisprudência a tarefa de precisar as condições da sua admissibilidade<sup>27</sup>.

A este propósito, Vaz Serra<sup>28</sup> observa que o que foi dito é revelador das transformações havidas no conceito de contrato na doutrina e nas legislações modernas.

### **3. A Alteração anormal das circunstâncias (artigos 437º a 439º do Código Civil)**

#### **3.1. O princípio da pontualidade**

O instituto da alteração das circunstâncias põe em causa o entendimento clássico do princípio *pacta sunt servanda*, havendo quem discuta na doutrina se não será uma sua excepção. É este princípio que justifica a força vinculativa do contrato (o contrato deve ser pontualmente cumprido), nomeadamente a regra da imodificabilidade do

---

contrário ou de ter sido proposta e recusada uma cláusula de resolução do contrato. Cfr. ALMEIDA COSTA, Mário Júlio, *op. cit.*, p. 329 e ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *op. cit.*, pp. 406 e ss.

<sup>26</sup> Cfr. VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva, “Resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias”, in *BMJ* 68, Lisboa, 1957, p. 317.

<sup>27</sup> Cfr. VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva, *cit.*, pp. 318 e 319.

<sup>28</sup> Cfr. VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva, *cit.*, p. 322.

contrato por vontade (unilateral) de um dos contraentes (cfr. artigo 406º/1 do CC). Esta regra perpassa várias disposições da lei civil.

Com efeito, a protecção da legítima expectativa criada pelo recebimento da proposta contratual no espírito do destinatário explica a irrevogabilidade dela pelo proponente durante o período razoavelmente reservado à reflexão e decisão daquele (artigo 230º do CC).

Outro corolário da pontualidade, quanto aos termos do cumprimento, é que o obrigado se não pode desonerar, sem consentimento do credor, mediante prestação diversa da que é devida, ainda que a prestação efectuada seja de valor equivalente ou até superior a esta (cfr. artigo 837º do CC e, tratando-se de obrigação genérica, artigo 400º/1 do CC).

Por outro lado, o devedor não pode exigir a redução da prestação estipulada, com fundamento na precária situação económica em que o cumprimento o deixaria (com as ressalvas dos artigos 736º-f) e 737º/2/3 do actual Código de Processo Civil em vigor e artigos 2004º, 2012º e 567º/2 do CC).

Outra ilação ainda é a de que a prestação debitória deve ser realizada integralmente e não por partes, não podendo o credor ser forçado a aceitar o cumprimento parcial (cfr. artigo 763º do CC), com a ressalva de ser outro o regime convencionado ou imposto por lei (por exemplo, artigos 649º e 847º/2 do CC) ou pelos usos (hipótese em que a recusa do cumprimento parcial, por parte do credor, violaria o princípio da boa fé – cfr. artigo 762º/2 do CC)<sup>29</sup>.

Não obstante, o direito contemporâneo veio exigir que se limitasse a obrigatoriedade de as partes realizarem as obrigações pactuadas, ou seja, esta obrigatoriedade apenas perdurará enquanto a situação das partes não sofrer modificações. Em nome da boa fé e da estabilidade do comércio jurídico, deve admitir-se a complementaridade existente entre o *pacta sunt servanda* (corolário da autonomia privada, que transmite uma ideia de segurança jurídica) e a alteração das circunstâncias (onde relevam exigências de equidade). Assim, durante a execução das obrigações, podem operar-se modificações contratuais, desde que cumpridas as exigências de boa fé patentes no regime do artigo 437º e seguintes do CC, passando o vínculo contratual a ficar condicionado à manutenção de um certo estado de coisas.

---

<sup>29</sup> Cfr. ANTUNES VARELA, João de Matos, *Das obrigações em Geral*, Vol. II, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2009, pp. 14-19.

## 3.2. Distinção de figuras afins

### 3.2.1. O erro

O nosso Código Civil prevê as situações de erro-obstáculo ou erro na declaração (cfr. artigo 247º do CC) e de erro-vício (cfr. artigos 251º e 252º do CC). No primeiro caso, há uma divergência não intencional entre a vontade e a declaração; no segundo caso, pode haver *erro nos motivos determinantes da vontade*, quanto à pessoa do declaratório ou ao objecto do negócio (cfr. artigo 251º do CC) ou, quanto a nenhum deles, haver *erro sobre os motivos* (cfr. artigo 252º/1 do CC), do qual o *erro sobre a base do negócio* é uma subespécie (cfr. artigo 252º/2 do CC). O problema está justamente em o legislador dar tratamento autónomo ao erro sobre a base do negócio, como vício da vontade, e lhe mandar aplicar o regime da resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias (cfr. artigo 437º do CC).

Acontece que o erro sobre a base do negócio e a alteração das circunstâncias são figuras distintas. O erro-vício consiste no desconhecimento ou numa falsa ou deficiente representação da realidade. A pressuposição compreende uma falha na previsão (é uma falsa ou deficiente previsão) em relação a determinados pressupostos que não se verificam ou evoluem em sentido diferente do previsto. Há uma convicção, determinante da decisão de contratar, de que determinadas circunstâncias se manterão ou evoluirão num certo sentido. Neste caso, é de recorrer ao regime da alteração das circunstâncias. É esta a posição doutrinária maioritária<sup>30</sup>: a de que o erro se reporta a circunstâncias presentes ou passadas e de que a pressuposição se reporta ao futuro<sup>31</sup>. Daí que A. Pinto Monteiro entenda que, nos casos em que o comprador dá ao bem destino diferente do declarado, e em que o vendedor pretende desfazer o negócio por este

---

<sup>30</sup> Cfr. ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *op. cit.*, p. 404; VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva, *cit.*, p. 317, nota (44); CARVALHO FERNANDES, Luís A. *op. cit.*, p. 265 e MOTA PINTO, Carlos Alberto da, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 505.

<sup>31</sup> Note-se que o direito alemão apenas recentemente, na reforma do BGB de 2001/2002, codificou a *alteração subsequente de circunstâncias* (§ 313, I), codificação que apenas veio consignar os princípios já consagrados pela jurisprudência. Não obstante, a distinção face ao erro sobre a base do negócio resulta de difícil obtenção no § 313, II, relativo à *carência inicial de circunstâncias basilares*, quando se estipula verificada a alteração das circunstâncias *quando representações essenciais que tenham sido base do contrato se revelarem falsas*. Cfr. MENEZES CORDEIRO, António, “A Modernização do Direito das Obrigações”, in *ROA*, A. 62, 2 (2002), p. 343.

motivo, existe um problema de alteração das circunstâncias, quando haja lugar à superveniência de factos, posteriores à celebração do contrato<sup>32</sup>.

É importante também esclarecer que a doutrina dominante entende que a remissão que se faz para o artigo 437º do CC se restringe aos pressupostos da relevância do erro, não se desencadeando a resolução ou modificação do contrato, mas antes a anulabilidade, típica do erro contemporâneo da formação da vontade<sup>33</sup>. Esta identidade de regimes quanto aos pressupostos compreende-se porque, tanto o erro como a alteração das circunstâncias pretendem tutelar o contrato e a autonomia das partes, mas fazem-no em momentos e com consequências diferentes.

De referir que, assim sendo, o “*error in futurum*” não cabe, hoje, no erro, mas antes reconduz-se ao instituto da alteração das circunstâncias.

### **3.2.2. Impossibilidade do cumprimento e não cumprimento**

Antes da consagração legal da alteração das circunstâncias, a doutrina utilizava o instituto da impossibilidade para dar cobertura aos problemas por aquela abrangidos. Ora, com a existência dos artigos 437º a 439º do CC, não se confunde a alteração das circunstâncias que impossibilite o devedor de cumprir das situações que lhe criam dificuldades ou custos agravados de cumprimento.

Parece que actualmente nos devemos debruçar sobre o facto de não caberem no regime legal referido alterações de circunstâncias que acarretem, em relação a qualquer das obrigações emergentes do contrato, uma impossibilidade (superveniente) de cumprimento da respectiva prestação<sup>34</sup>.

Assim, diferem da alteração das circunstâncias o caso fortuito e o caso de força maior, os quais configuram causas de impossibilidade do cumprimento não imputáveis ao devedor (cfr. artigo 790º/1 do CC). O caso fortuito e o caso de força maior – que podem designar-se, em sentido amplo, apenas pela expressão caso fortuito – englobam todos os factos produtivos de impossibilidade de cumprir que o devedor, atento o grau de diligência a que deva considerar-se obrigado, não possa evitar. O caso fortuito (*latu sensu*) compreende um facto de terceiro ou um acontecimento natural (desde que não

---

<sup>32</sup> Cfr. PINTO MONTEIRO, António, *Erro e Vinculação negocial: a propósito da aplicação do bem a fim diferente do declarado*, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 16 a 25.

<sup>33</sup> Cfr. PINTO MONTEIRO, António, “Erro e teoria da imprevisão”, in *Estudos do Direito do Consumidor-6*, 2004, p. 326.

<sup>34</sup> Cfr. CARVALHO FERNANDES, Luís A., *op. cit.*, p. 266.

haja culpa por parte do devedor), mas também um facto relativo à própria pessoa do devedor ou à sua esfera de actividade, contanto que não culposo. Para distinguir o caso de força de maior do caso fortuito, dir-se-á que no primeiro o facto, quer seja um acontecimento natural ou uma acção humana, embora pudesse prevenir-se, não poderia ser evitado, nem em si nem nas suas consequências danosas (ideia de inevitabilidade). No caso fortuito em sentido estrito, o facto não foi previsível, mas seria evitável se tivesse sido previsto (ideia de imprevisibilidade)<sup>35</sup>.

Quanto à questão da aplicação do bem a fim diferente do declarado pelo comprador, entende-se que, se este tiver assumido a obrigação de dar à coisa um certo destino, passando a fazer parte do conteúdo contratual para além das obrigações típicas do contrato de compra e venda, está impedida a colocação desta questão como um problema de alteração das circunstâncias; caso o comprador dê à coisa destino diverso, haverá uma situação de incumprimento<sup>36</sup>.

### 3.2.3. O risco

O Código Civil compreende um conjunto de normas relativas ao risco. O artigo 796º/1 prevê que, nos contratos em que se transfere o domínio sobre coisa certa ou em que se constitui ou transfere um direito real sobre a mesma, o risco do perecimento ou deterioração da coisa por causa não imputável ao alienante corre por conta do adquirente (de acordo com o princípio *res domino suo perit*). O artigo 807º/1 estatui a regra da inversão do risco, havendo mora do devedor. Quando se trata de uma obrigação genérica, o risco só corre por conta do credor depois da concentração (cfr. artigo 540º). O artigo 790º/1, referente à impossibilidade da prestação, estabelece que o risco resultante da perda do valor da prestação que se tornou impossível corre, em regra, por conta do credor, enquanto a obrigação não for cumprida (relembre-se o que acima se disse sobre o caso fortuito e o caso de força maior, ambos delimitadores da aplicação da alteração das circunstâncias). Por sua vez, nos contratos bilaterais, o artigo 795º/1 estabelece que o risco da perda da contraprestação corre, em regra, por conta do devedor, uma vez que perde o direito à mesma. Assim se compreende o sentido das regras do risco: se alguém tem uma vantagem atribuída pelo Direito, deve suportar a

---

<sup>35</sup> Cfr. ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *op. cit.*, pp. 419-422.

<sup>36</sup> Cfr. PINTO MONTEIRO, António, *Erro e Vinculação negocial*, p. 31.

possibilidade de danos supervenientes (*ubi commoda, ibi incommoda* – ainda que esta ideia seja sobretudo usada no âmbito da responsabilidade civil pelo risco).

É entendimento maioritário na doutrina<sup>37</sup> que as regras do risco delimitam pela negativa a aplicação do regime da alteração das circunstâncias. A diferença está no facto de as regras do risco corresponderem a imperativos de justiça e a exigências de segurança das sociedades modernas, permitindo uma distribuição do risco acessível ao senso comum; por sua vez, a alteração das circunstâncias é um “*remédio de equidade, de concretização difícil e de saída imprevisível*”<sup>38</sup>. Daí que o artigo 437º/1 do CC preveja a aplicação do regime da alteração das circunstâncias quando esta caia fora dos riscos próprios do contrato, dando-lhe uma natureza supletiva. A mesma prevalência das regras do risco se vê quando haja mora do devedor, ao impedir-se a aplicação do regime do artigo 437º/1 do CC (cfr. artigo 438º do CC), respeitando-se a inversão do risco prevista no referido artigo 807º/1 do CC.

#### **3.2.4. A interpretação contratual e a tutela da confiança (teorias modernas)**

A interpretação delimita negativamente a aplicação do artigo 437º/1 do CC. Ela permite apurar em que medida é um contrato atingido ou não por uma imprevisão. Por outro lado, as partes podem clausular que o contrato cessa por alteração das circunstâncias ou convencionar um regime (coincidente ou não com o que resultaria da aplicação do artigo 437º/1 do CC) a funcionar perante o surgimento daquelas, o qual pode ser também objecto de interpretação (saber a que superveniências pretenderam as partes aplicá-lo). As partes podem também enquadrar a alteração das circunstâncias através de cláusulas sobre o risco, afastando a aplicação do regime legal daquela. Esta prática é comum nos contratos de fornecimento a longo prazo e está reservada por lei especial à actividade seguradora.

A tutela da confiança, em princípio, delimita também, pela negativa, a alteração das circunstâncias, quer diga respeito a disposições específicas do Código, que tutelam

---

<sup>37</sup> Cfr., entre outros, MENEZES CORDEIRO, António, *Da alteração das circunstâncias: a concretização do artigo 437 do Código Civil, à luz da jurisprudência posterior a 1974*, in Sep. de Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha, Lisboa, 1987, p. 43; CARVALHO FERNANDES, Luís A., *ob. cit.*, p. 269 e ALMEIDA COSTA, Mário Júlio, *op. cit.*, 346. Diferentemente, Antunes Varela distingue entre um risco normal, onde não cabe (à partida) a aplicação do artigo 437º/1 do CC, e um risco anormal, que no caso em análise se tratava de uma nacionalização, onde aquele regime já prevalecia. Cfr. ANTUNES VARELA, João de Matos, “Resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias”, in *CJ VII* (1982), II, pp. 14 e 15.

<sup>38</sup> Cfr. MENEZES CORDEIRO, António, *op. cit.*, p. 44.

determinadas situações jurídicas subjectivas, quer diga respeito a concretizações da boa fé, por força do princípio geral de tutela da confiança que existe no sistema jurídico português<sup>39</sup>. Mas Carvalho Fernandes salienta que “*não é a mesma, em ambos os casos, a interferência que o princípio da tutela da confiança pode ter no âmbito de aplicação do regime da alteração das circunstâncias.*” Quando não exista disposição específica, o princípio geral da protecção da confiança assume natureza supletiva, ao contrário da alteração das circunstâncias que tem um regime legal nos artigos 437º a 439º do CC. Deste modo, “*a tutela da confiança do contraente afectado por uma alteração imprevisível nunca poderia ir além das medidas estatuídas nos art.ºs 437º e seguintes*”, isto é, “*são estes preceitos que fixam a tutela de que ele é merecedor*”.<sup>40</sup> Menezes Cordeiro acrescenta que há também prevalência sobre a alteração das circunstâncias nas situações que configurem um abuso de direito, na forma de *venire contra factum proprium*<sup>41</sup>.

### 3.3. Pressupostos cumulativos do artigo 437º/1 do CC<sup>42</sup>

#### 3.3.1. Circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar

A alteração deve compreender o circunstancialismo que rodeia o contrato, em termos objectivos, como um encontro de vontades. Não parece exigível que as circunstâncias em que se alicerçou a decisão de contratar sejam determinantes para ambas as partes. Pode tratar-se de circunstâncias determinantes para uma das partes

<sup>39</sup> Cfr. MENEZES CORDEIRO, António, *op. cit.*, p. 61.

<sup>40</sup> Cfr. CARVALHO FERNANDES, Luís A., *op. cit.*, p. 271.

<sup>41</sup> Cfr. MENEZES CORDEIRO, António, *op. cit.*, pp. 61 e 62.

<sup>42</sup> No Código de Seabra, a alteração das circunstâncias não estava prevista. Importa, assim, ter em conta a redacção do dispositivo no anteprojecto Vaz Serra, nomeadamente no que respeita aos pressupostos da verificação da alteração das circunstâncias. No anteprojecto Vaz Serra eram destinados à alteração das circunstâncias quatro artigos e um total de catorze números. O artigo 1º/1 consagrava a relevância do instituto, numa redacção semelhante à do actual artigo 437º/1. Veja-se que o anteprojecto se referia à “base do contrato” e aos “usos do negócio”, que depois desapareceram. Por sua vez, o artigo 437º/1 socorre-se da “anormalidade” da alteração não coberta pelos “riscos próprios do contrato” e especifica que a resolução ou modificação do contrato se faz segundo “juízos de equidade”. Ambas as redacções mencionam a boa fé, ainda que no anteprojecto se vislumbre uma maior “colagem” à fórmula de Lehmann. Na 1ª revisão ministerial, o preceito dedicado à eficácia da alteração das circunstâncias apresenta dois números, com redacção já muito próxima da definitiva. No 1º número, correspondente ao artigo 437º/1, alude-se a “critérios de razoabilidade”, desaparecendo a referência à boa fé. Na 2ª revisão ministerial, a redacção definitiva cabe já no artigo 437º do anteprojecto. A única diferença face à redacção do artigo 437º do projecto é a de que onde se lia “critérios de equidade”, passou a ler-se “juízos de equidade”. Cfr. VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva, *cit.*, p. 380 e RODRIGUES BASTOS, Jacinto Fernandes, *Das Obrigações em Geral: segundo o Código Civil de 1966*, I, Viseu, Tipografia Guerra, 1971, pp. 122 e 123.

conhecidas ou cognoscíveis da contraparte, na medida em que: se lhe tivesse sido proposta a subordinação do contrato à verificação das circunstâncias pressupostas pelo lesado a aceitasse ou devesse aceitar, procedendo de boa fé (fórmula de Lehmann); e a boa fé impusesse a resolução ou modificação ao tempo em que o problema se levanta, embora já não com referência à data da conclusão do contrato (fórmula de Manuel de Andrade). O que não releva são circunstâncias ao nível das aspirações subjectivas extracontratuais das partes, pois é o próprio contrato que deve ser afectado, e não aspirações subjectivas contratuais de apenas uma das partes, pois não estão em causa esperanças de lucro de apenas um contraente. Por fim, este pressuposto possibilita que as partes clausulem as superveniências relevantes em sede de alteração das circunstâncias ou que estabeleçam as superveniências irrelevantes nesta mesma sede.

### **3.3.2. Alteração anormal das circunstâncias**

O critério da “anormalidade” prende-se com a imprevisibilidade, dado que, em regra, os resultados desta são coincidentes com os que resultam daquele. A ideia subjacente a este pressuposto é a de que se houver uma alteração normal, as partes podiam ter previsto a sua ocorrência, acautelando-se para tal na conclusão do contrato.

A codificação italiana, grega e brasileira usam a expressão “acontecimentos extraordinários e imprevisíveis”. Note-se que o critério da anormalidade é mais amplo, permitindo, em conjugação com a boa fé, abarcar situações previsíveis, mas que põem em causa o equilíbrio contratual.

Quanto ao momento da ocorrência do evento anormal, não será necessário que ele tenha início apenas após a celebração do contrato, mas é exigível que nesta data o contrato não contemple tal característica.

### **3.3.3. Lesão de uma das partes**

Para a alteração das circunstâncias relevar deve existir uma parte lesada, correspondente a uma perturbação do originário equilíbrio contratual, provocadora de prejuízos para o contrato. A lei não especifica a gravidade do dano, remetendo para a boa fé. Mas podemos avançar com algumas hipóteses. Pode tratar-se de situações de onerosidade excessiva de uma prestação face à da contraparte (não sendo exigível que a

parte lesada esteja numa situação de ruína económica) e de situações de riscos pessoais ou de excessivos sacrifícios de natureza não patrimonial.

### **3.3.4. Afectação grave dos princípios da boa fé**

A lei prevê que a exigência das obrigações assumidas pela parte lesada afecte gravemente o princípio da boa fé, em virtude da alteração das circunstâncias, para que ela tenha direito à resolução ou modificação do contrato. Deste modo, é necessário que o direito de resolução da parte lesada seja uma exigência da boa fé, de acordo com o caso concreto e tendo em conta a finalidade do contrato. De facto, a boa fé só é concretizável perante o caso concreto. Contudo, segundo Menezes Cordeiro, pode antever-se que a aplicação dos princípios de boa fé vai possibilitar a determinação das circunstâncias afectadas relevantes para aplicação do instituto e a concretização do critério da anormalidade, da gravidade dos prejuízos, da área em que se verificou o dano (ter em conta possíveis flutuações contratuais ou saber se se trata de um contrato aleatório) e da actuação das partes (saber se as partes estipularam alguma solução para a alteração das circunstâncias)<sup>43</sup>.

### **3.3.5. Exigência das obrigações assumidas não cobertas pelos riscos próprios do contrato<sup>44</sup>**

A regra é a de que não há lugar à resolução ou modificação do contrato quando a alteração das circunstâncias esteja compreendida na álea própria do contrato (dentro das suas flutuações normais ou finalidade). Mas entende-se também que não se deve reduzir este pressuposto a esta ideia. A álea dos contratos já estará salvaguardada pela normalidade da alteração e pela boa fé, porque uma alteração compreendida na álea própria do contrato é uma alteração normal e em harmonia com os princípios da boa fé.

---

<sup>43</sup> Cfr. MENEZES CORDEIRO, António, *op. cit.*, pp. 67 a 69.

<sup>44</sup> O anteprojecto Vaz Serra tratava dos riscos próprios do contrato no artigo 1º/5. Este preceito especificava aspectos importantes para a determinação do que ainda está ou já cai fora dos riscos próprios do contrato. Não se admitia a resolução ou modificação do contrato se a alteração ainda fosse contemplada pelas flutuações normais do contrato ou pela sua finalidade. Quanto aos contratos aleatórios, estes podiam ser resolvidos ou modificados quando a alteração ultrapassasse de forma apreciável todas as flutuações previsíveis na celebração do contrato. A utilidade destas especificações comprova-se pela actual utilização das mesmas na explicitação do preceito vigente e na análise dos casos concretos. Cfr. VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva, *cit.*, p. 381.

O pressuposto em análise servirá também, e essencialmente, para conferir natureza supletiva ao artigo 437º/1 do CC face à referida teoria do risco<sup>45</sup>.

Uma questão discutida nesta sede diz respeito à delimitação temporal da eficácia da alteração das circunstâncias. Há doutrina que entende que a alteração das circunstâncias pode relevar depois do cumprimento das prestações contratuais, nos casos em que o fim contratual apenas se possa realizar no futuro<sup>46</sup>. Por outro lado, entende-se também que a alteração das circunstâncias só é eficaz durante a vigência do contrato, sendo que, após o cumprimento do mesmo, as superveniências que venham a ocorrer caberão dentro dos riscos próprios do contrato (esta é a regra, mas esta doutrina admite o contrário por referência aos princípios da boa fé)<sup>47</sup>. Em regra, dada supletividade do artigo 437º/1 do CC, a alteração das circunstâncias só valerá durante a execução contratual. No entanto, parece que, perante o caso concreto, é possível conferir uma eficácia mais lata à alteração das circunstâncias, seja por referência ao fim contratual, seja por referência aos princípios da boa fé.

### 3.3.6. Inexistência de mora da parte lesada<sup>48</sup>

Este pressuposto supõe que a alteração das circunstâncias se verifica entre a celebração do contrato e o momento do cumprimento das prestações contratuais. Trata-se de uma mora culposa. Neste sentido, quem se coloca em mora não pode contar com qualquer tutela resultante de factos posteriores à mora (veja-se que a mora é imputável a título de culpa). Esta ideia corresponde à solução prevista no artigo 807º do CC, em relação ao risco. Diferentemente, se o cumprimento da obrigação foi retardado devido a impossibilidade temporária da prestação, não imputável ao devedor, pode aplicar-se o disposto no artigo 437º/1 do CC. Por outro lado, também se pode pedir a resolução ou

<sup>45</sup> Cfr. MENEZES CORDEIRO, António, *op. cit.*, pp. 69 e 70.

<sup>46</sup> Cfr. MOTA PINTO, Carlos Alberto da, *op. cit.*, p. 613 (por influência da posição de Larenz). Tome-se o exemplo dado pelo Autor: “A compra e paga logo, para instalação de uma indústria, um terreno sáfaro que não teria outro comprador; vem a ser, posteriormente, recusada autorização sanitária para a instalação da indústria naquele local.”

<sup>47</sup> Cfr. MENEZES CORDEIRO, António, *op. cit.*, pp. 70 e 71. Também neste sentido vão os Códigos italiano e brasileiro, com a expressão “*contratos de execução continuada ou periódica, ou de execução diferida*”.

<sup>48</sup> No anteprojecto, a referência à mora do lesado estava no artigo 1º/4, o qual também previa a aplicabilidade da alteração das circunstâncias para a hipótese do cumprimento ter sido retardado devido a impossibilidade temporária da prestação, não imputável ao devedor. Na 1ª revisão ministerial, a redacção é muito próxima da do actual artigo 438º, com a única diferença de não referir o direito de modificação do contrato. Na 2ª revisão ministerial, a redacção definitiva do preceito passa a constar do artigo 438º do anteprojecto. Cfr. RODRIGUES BASTOS, Jacinto, *op. cit.*, pp. 130 e 131.

modificação do contrato quando a alteração das circunstâncias antecede a situação de mora. Por fim, havendo uma prorrogação do prazo por acordo das partes, a eficácia das alterações posteriores a esta prorrogação dependerá daquilo que as partes pretenderam para efeitos da aplicação do regime do artigo 437º/1 do CC.

### 3.4. Efeitos

O legislador confere a possibilidade de resolução<sup>49</sup> ou modificação do contrato, segundo juízos de equidade, de forma a se alcançar uma decisão mais justa e adequada aos casos concretos. O lesado pode optar livremente entre pedir a resolução ou a modificação equitativa do contrato. Se preferir a resolução, a contraparte pode opor-se ao pedido e declarar que aceita a modificação do contrato, segundo juízos de equidade (cfr. artigo 437º/2 do CC), o que se explica por força do princípio da conservação dos negócios. Perante tal situação, entende-se que cabe ao tribunal<sup>50</sup> decidir pela resolução ou modificação equitativa do contrato, de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Assim, deve optar pela resolução se o contrato perdeu a sua “razão de ser” ou já não for possível restabelecer um “equilíbrio justo”, e se não houve possibilidade de modificar o contrato<sup>51</sup>. Não obstante, parece-nos que decorre da letra da lei que o tribunal deverá seguir a indicação da parte que declara aceitar a modificação do contrato, segundo juízos de equidade. Mas o tribunal não pode alterar oficiosamente o pedido do lesado, substituindo-se à contraparte na opção pela modificação do contrato<sup>52</sup>.

O artigo 439º do CC remete para as regras gerais da resolução do contrato (cfr. artigos 432º a 436º do CC), quando a ela haja lugar. A regra é a da restituição de tudo o que se havia recebido (cfr. artigos 433º e 289º do CC). Contudo, nos contratos de

---

<sup>49</sup> A resolução consiste no “*acto de um dos contraentes dirigido à dissolução do vínculo contratual, em plena vigência deste, e que tende a colocar as partes na situação que teriam se o contrato não se houvesse celebrado. É comum aos contratos de prestações instantâneas e aos contratos duradouros.*” Cfr. ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de, *op. cit.*, p. 319.

<sup>50</sup> Note-se que a resolução ou modificação do contrato deve ser requerida em juízo (cfr. artigo 437º/2 do CC), não obstante nos artigos 432º e seguintes do CC relativos à resolução disporem que esta se pode realizar mediante declaração à contraparte. No anteprojecto, Vaz Serra propunha que a resolução ou modificação se efectivasse por declaração à parte contrária, mas a proposta não vingou, tendo desaparecido o artigo 2º. Cfr. VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva, *cit.*, pp. 381 e 382.

<sup>51</sup> Cfr. ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de, *op. cit.*, p. 348. Também no BGB de 2001/2002 se prevê a resolução quando a modificação não é possível ou surja inexigível para uma das partes.

<sup>52</sup> Cfr. PIRES DE LIMA, Fernando Andrade/ANTUNES VARELA, João de Matos, *Código Civil Anotado*, 4ª ed. rev. e actual (c/ a colab. de M. Henrique Mesquita), I, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, p. 414 e ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de, *op. cit.*, p. 348. Também no direito alemão se entende que a adaptação deve ser pedida pela parte interessada e não ser decretável por iniciativa do tribunal.

execução continuada ou periódica, onde é mais frequente a verificação do instituto da alteração das circunstâncias, apenas se contemplam as prestações já efectuadas (cfr. artigo 434º/2 do CC)<sup>53</sup>.

### 3.5. Contratos a que se aplica o regime da alteração das circunstâncias

A lei não diz expressamente quais os contratos incluídos no âmbito de eficácia da alteração das circunstâncias. Como tal, não importa que seja um contrato de execução continuada ou periódica, ou de execução diferida, contanto que não se trate de um contrato de execução imediata, isto é, que as prestações se devam realizar no futuro.

A lei também não exige a corresponsividade das prestações. Como tal, não se limita a aplicabilidade do regime do artigo 437º aos contratos bilaterais (ao contrário do que se prevê no artigo 388º do Código Grego de 1940), podendo aplicar-se também, desde que verificados os pressupostos respectivos, aos contratos unilaterais (assim como previsto no artigo 1468º do Código Civil Italiano) e bilaterais imperfeitos<sup>54</sup>.

Quanto aos contratos aleatórios (de que são exemplo, nos artigos 1245º e seguintes do CC, o jogo e a aposta), a doutrina entende que a lei não é impeditiva da aceitação da proposta formulada por Vaz Serra, no seu anteprojecto, que admitia a resolução ou modificação dos contratos quando a alteração das circunstâncias excedesse apreciavelmente as flutuações previsíveis no momento da celebração do contrato (ressalvando a hipótese de as partes se terem sujeitado a efeitos análogos resultantes de outras causas)<sup>55</sup>.

Por fim, quanto aos contratos ainda não completamente cumpridos, confira-se *supra* (ponto 3.3.5).

---

<sup>53</sup> No anteprojecto, o artigo 3º/1 previa também a aplicação das regras da resolução, na parte aplicável, mas, quanto à obrigação de restituição das prestações já feitas, remetia para as regras do enriquecimento sem causa. Cfr. VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva, *cit.*, p. 382.

<sup>54</sup> Cfr. PIRES DE LIMA, Fernando Andrade/ANTUNES VARELA, João de Matos, *op. cit.*, p. 413; MOTA PINTO, Carlos Alberto da, *op. cit.*, p. 612 e ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de, *op. cit.*, p. 343.

<sup>55</sup> Cfr. ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de, *op. cit.*, p. 344 e VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva, *op. cit.*, p. 381. Nos contratos aleatórios, as partes submetem-se a uma álea, a uma possibilidade de ganhar ou perder (cfr. MOTA PINTO, Carlos Alberto da, *op. cit.*, p. 403). Diferentemente, o artigo 1469º do CC Italiano impede a resolução ou modificação dos contratos pela natureza dos contratos aleatórios ou por vontade das partes.

### 3.6. As grandes alterações das circunstâncias

As grandes alterações das circunstâncias são modificações estruturais que contendem com a generalidade das variáveis económico-sociais que caracterizam uma sociedade. Perante estas, questiona-se a aplicação do dispositivo do artigo 437º/1 do CC e a autonomização do fenómeno.

Ainda que tenha sido autonomizado nalguma doutrina (alemã), a lei portuguesa não o faz. Como tal, deverá incluir-se no regime do artigo 437º/1 do CC, uma vez que, à partida, será mais fácil a verificação dos requisitos deste preceito (trata-se de alterações muito ponderosas das circunstâncias, anormais, que podem causar prejuízos de vulto e escapam, por vezes, a institutos já consagrados).

Apesar disto, a jurisprudência portuguesa não tem aplicado o dispositivo do artigo 437º/1 do CC às grandes alterações das circunstâncias, cautela que foi visível quanto aos acontecimentos subsequentes (fecho da bolsa, nacionalizações, descolonização, etc) à Revolução de 25 de Abril de 1974, que, em certa medida, podemos considerar como uma grande alteração das circunstâncias.

O caminho seguido pela nossa jurisprudência explica-se por dois factores. Por um lado, preconizou-se uma “*ponderação teleológica das fontes do Direito*”, no sentido de que se devia atender às consequências que a própria decisão vai ter no caso concreto e na sociedade. Entendeu-se que, para atender à intenção da lei, é necessário que a decisão não seja tomada como algo desarticulado do contexto onde se vai inserir. Por outro lado, ainda que o tribunal dite uma solução pontual, a mesma solicita uma resposta similar perante problemas análogos colocados judicialmente (cfr. artigo 8º/3 do CC). Segundo Menezes Cordeiro, a revisão de um contrato gera a expectativa de revisão de todos os contratos semelhantes, ou seja, de uma regulação genérica, que convoca antes a intervenção do legislador.

Deste modo, acabam por ser razões técnicas e práticas que ditam esta orientação e que convalidam a aplicação do artigo 437º/1 do CC apenas nos casos-limite, quando a boa fé imperiosamente o exija, e outro instituto não seja de aplicar<sup>56</sup>.

---

<sup>56</sup> Cfr., quanto ao que foi dito, MENEZES CORDEIRO, António, *op. cit.*, pp. 71-75. Mais uma vez se denota aqui a supletividade do regime previsto no artigo 437º do CC: “*Deve pois atender-se em primeira linha ao disposto nas cláusulas do contrato e só subsidiariamente recorrer ao regime legal*”. Cfr. LIMA PINHEIRO, Luís, “Cláusulas típicas dos contratos do comércio internacional”, in *Estudos de Direito Comercial Internacional I*, coord. Luís Lima Pinheiro, Coimbra, Almedina, 2004, p. 250.

## CAPÍTULO II

### A CLÁUSULA DE *HARDSHIP*

#### 4. A Cláusula de *Hardship*

##### 4.1. Definição

Perante a eventual ocorrência de um evento que cause uma alteração fundamental na situação convencionada pelas partes, para manter o equilíbrio contratual querido na celebração do contrato, as partes acautelam-se através de cláusulas de *hardship*, também chamadas, no direito, de cláusulas económicas<sup>57</sup>.

Ora, as cláusulas de *hardship* estipulam um dever de renegociar<sup>58</sup> o contrato quando ocorra uma alteração fundamental das circunstâncias, a fim de manter a execução contratual. De facto, “*são cláusulas de hardship aquelas que estabelecem um dever de renegociar um contrato quando ocorre uma modificação substancial das circunstâncias, modificação essa susceptível de afectar o equilíbrio global do contrato*”<sup>59</sup>.

Mediante a cláusula de *hardship*, “*as partes podem demandar um reajuste ao contrato que as vincula se uma alteração ocorrida nas condições iniciais sob as quais se comprometeram venha a modificar o equilíbrio do contrato ao ponto de sujeitar uma delas a um rigor injusto*”. Assim, a cláusula de *hardship* consiste essencialmente “*em provocar uma renegociação do contrato quando a alteração em causa tenha ocorrido*”<sup>60</sup>.

---

<sup>57</sup> Note-se que a expressão cláusulas económicas (“*Wirtschaftsklausen*”) tem um carácter mais restrito, dado que a alteração das circunstâncias pode ter outra natureza (política, fiscal, ambiental, etc.) ou advir de uma alteração legislativa. Cfr. PINTO MONTEIRO, António/GOMES, Júlio Manuel Vieira, “A Hardship Clause e o problema da alteração das circunstâncias (breve apontamento)”, in *Separata Juris et de Urbe*, Porto, UCP, 1998, p. 22.

<sup>58</sup> Mediante esta cláusula, as partes obrigam-se a pôr-se de acordo quanto à adequação do contrato às superveniências e, por isso, acham-se autorizadas a requerer a revisão periódica do contrato (diz-se que é uma cláusula *rebus sic stantibus* aperfeiçoada). Cfr. ALTERINI, A. Aníbal, “Teoria de la Imprévision y cláusula de hardship”, in *Revista Roma e America*, 2002, p. 62.

<sup>59</sup> “*Hardship*” corresponde precisamente às dificuldades na execução contratual, daí a necessidade das partes determinarem as situações decorrentes da alteração das circunstâncias que tenham relevância. Cfr. PINTO MONTEIRO, António/GOMES, Júlio Manuel Vieira, *cit.*, p. 22.

<sup>60</sup> Cfr. OPPETIT, Bruno, “L’Adaptation des Contrats Internationaux aux Changements de Circonstances: la Clause de «Hardship»”, in *Journal du Droit International*, vol. 101, 1974, p. 797. No mesmo sentido, ALMEIDA PRADO, Maurício, *Le hardship dans le droit du commerce international*, FEC, Bruylant, 2003, p. 119, que define as cláusulas de *hardship* “*como aquelas que visam governar a situação onde*

Do exposto resulta que a cláusula de *hardship* é um instrumento apto a permitir o equilíbrio do contrato, através do qual se poderá interferir no contrato para promover a sua readaptação, de forma a distribuir entre as partes os prejuízos decorrentes do desequilíbrio contratual e, assim, torná-lo novamente equilibrado.

A utilização da cláusula de *hardship* traduz uma prática contratual, de cariz internacional, que põe em causa o esquema contratual clássico do direito civil, que repousa sobre a ideia de que o contrato traduz a conciliação dos interesses opostos das partes, o qual é dotado de uma estabilidade no tempo e de uma força obrigatória (*pacta sunt servanda*). Ao contrário, nesta nova prática contratual nada está definido, tudo pode ser posto em causa. Aqui, as partes participam na conformação da economia do contrato, mediante mecanismos complexos de negociação, de propostas e de contrapropostas, de atraso, da intervenção de terceiros, etc.. Poderemos, assim, estar a assistir à formação de um costume internacional a partir do qual se poderá afirmar um novo princípio geral de adaptação às novas situações, *maxime*, de um princípio geral de renegociação.

#### 4.2. Origem

A cláusula de *hardship* foi criada pelos operadores do comércio internacional, em meados da década de 70, de forma a conferir protecção jurídica a acontecimentos fundamentais aptos a gerarem modificações que se repercutem na execução do contrato.

Esta prática contratual é, assim, originária dos contratos comerciais internacionais, dado que, por um lado, inexistente uma uniformidade das normas aplicáveis a estes contratos, deixando os contratantes sem amparo legal e uniforme e, por outro lado, os direitos nacionais são omissos na previsão e regulamentação destas cláusulas de adaptação do contrato. Disto é exemplo o direito português, que permite e estabelece um regime para a resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias, mas onde inexistente um texto legal relativo às situações de *hardship*, apesar do interesse crescente da doutrina nesta problemática.

A origem destas cláusulas também se explica pelas exigências do comércio internacional, que fazem com que as partes prefiram a adaptação e continuidade do contrato à sua extinção. Em causa estão, entre outras, razões de dificuldade e maior

---

*uma modificação das circunstâncias, imprevisível e que escapa ao controlo das partes, afecta o contrato de tal maneira que o seu equilíbrio é perturbado”.*

onerosidade em encontrar um novo parceiro contratual, de dificuldade no ressarcimento dos investimentos realizados e de ordem política. Assim se compreende que a resolução do contrato acaba por não ter efeito útil.

De facto, tratando-se de contratos internacionais, há maior possibilidade de ocorrência de dificuldades que ocasionam, conseqüentemente, uma maior margem de risco aos contratantes. As dificuldades podem surgir da inexistência de leis uniformes, da participação de mais de um ordenamento jurídico internacional, da existência de normas supranacionais exteriorizadas no direito comercial internacional, dos contratos-tipo e da participação de sociedades profissionais nesse processo<sup>61</sup>.

Por outro lado, existem eventos de natureza extraordinária, imprevisível e alheia à vontade das partes que podem modificar consideravelmente as condições do contrato, os quais podem ter origem natural (inundações, incêndios, etc.), ou ser provocados pelo Homem (motins, guerras, greves, etc.).

Além destes, podem igualmente influenciar a execução contratual os problemas de natureza económica (inflação, mudanças de moeda e de taxa de câmbio) ou política (restrições governamentais como, por exemplo, restrições cambiais), geradores de grandes incertezas para as partes contratantes, principalmente no que toca às relações entre países exportadores e importadores. Do mesmo modo, as condições contratuais estabelecidas no início da relação contratual podem ficar também sujeitas às evoluções dos métodos de produção e de transformação dos bens comercializados internacionalmente<sup>62</sup>.

### 4.3. Objectivo e Funções

Dado que a cláusula de *hardship* visa, essencialmente, permitir a renegociação dos termos do contrato, pode dizer-se que o objectivo destas cláusulas é o de tornar possível a execução do contrato, com a finalidade de evitar a sua resolução.

De facto, ambas as partes têm interesse em que o contrato seja adequadamente executado, pelo que ambas sentem necessidade de recorrer a uma cláusula que permita renegociar o contrato, quando uma alteração das circunstâncias venha a desorganizar as

---

<sup>61</sup> Cfr. AQUINO, Leonardo Gomes de, *A cláusula de hardship no contrato internacional*, Dissertação de mestrado na área de Ciências Jurídico-Empresariais, orient. Joaquim de Sousa Ribeiro, Coimbra, 2003, p. 84.

<sup>62</sup> Cfr., quanto aos eventos e problemas susceptíveis de alterar as condições contratuais, AQUINO, Leonardo Gomes de, *op. cit.*, p. 85.

condições inicialmente pactuadas, modificando o equilíbrio contratual, fazendo com que uma das partes tenha de suportar um rigor injusto (*hardship*).

O escopo da cláusula de *hardship* é, precisamente, o de manter o equilíbrio global do contrato, de modo a permanecerem equitativas as prestações a que as partes se obrigaram, evitando-se, assim, a concretização dos riscos inerentes ao decurso do tempo.

A cláusula de *hardship* pode, assim, assumir diferentes funções no contrato, consoante o interesse que as partes visem privilegiar<sup>63</sup>.

Como tal, a cláusula de *hardship* tem como função a preservação do equilíbrio económico e da continuação do contrato, de forma a impedir que a intangibilidade das obrigações contratuais traduza um rigor excessivo na execução contratual. Com efeito, considerando que uma alteração significativa das circunstâncias sócio-económicas pode interferir com o equilíbrio estabelecido na conclusão do contrato, a intangibilidade das obrigações contratuais pode acarretar para as partes, perante estas circunstâncias, uma maior penosidade na execução contratual. Assim, a função principal da cláusula de *hardship* é a de promover a renegociação do contrato, a fim de restabelecer o seu equilíbrio e de assegurar a continuação da relação contratual entre as partes. Considera-se, então, que esta função traduz um conceito de “contrato evolutivo”, na medida em que as prestações a que as partes se obrigaram na conclusão do contrato se adaptam durante a execução contratual às modificações substanciais das circunstâncias sócio-económicas, assegurando-se a preservação do equilíbrio contratual.

Uma outra função da cláusula de *hardship* prende-se com a repartição dos riscos entre as partes. Com a alteração das circunstâncias surge a necessidade de repartir custos extraordinários e imprevisíveis decorrentes da mesma. Mediante a renegociação contratual imposta pela cláusula de *hardship* (nomeadamente, a fase das negociações), as partes podem acordar sobre a repartição dos riscos, a qual, consoante o estabelecido na cláusula, pode passar pela atribuição exclusiva do risco à parte afectada pela alteração das circunstâncias, ou pela participação de terceiros para proceder a essa mesma tarefa de atribuição do risco às partes.

A cláusula de *hardship* pode ainda ter como função a organização de um regime adaptado aos interesses das partes, por contraposição aos direitos nacionais. Esta função prende-se com o que certos autores chamam de “deslocalização do contrato”, que não é

---

<sup>63</sup> Cfr., quanto às funções da cláusula de *hardship*, ALMEIDA PRADO, Maurício, *op. cit.*, pp. 121-123.

mais do que a deslocalização do nível de competência regulamentar (do direito aplicável por oposição ao contrato), onde as partes têm uma grande liberdade para estabelecer o regime que lhes pareça mais conveniente para a composição dos seus interesses, sem, contudo, olvidar as regras impostas pelo direito aplicável (por exemplo, de interpretação e de integração de lacunas).

#### 4.4. Características<sup>64</sup>

Uma das características da cláusula de *hardship* diz respeito ao seu conteúdo amplo e genérico, não existindo necessidade de uma enumeração taxativa das circunstâncias que possibilitam a readaptação do contrato. De facto, na normalidade dos casos, a cláusula de *hardship* apenas menciona, como critério para a adaptação do contrato, uma modificação da situação geral, das circunstâncias com base nas quais as partes contrataram. Por isso se distingue a cláusula de *hardship* da cláusula de revisão, que determina a revisão em função de modificações determinadas (como a variação da unidade monetária estabelecida para uma prestação), e da cláusula de força maior, que enumera todos os eventos susceptíveis de serem considerados de força maior. Isto denota o carácter flexível e dinâmico das cláusulas de *hardship*, que permite moldar a adaptação do contrato às circunstâncias do caso concreto (contudo, a imprecisão não pode ser total; os elementos essenciais da operação de adaptação devem ser, pelo menos, determináveis).

Também o impacto da alteração das circunstâncias ocorre de forma geral, uma vez que a sua incidência afecta o contrato no seu todo, e não somente um dos seus elementos. Daí que, nas cláusulas de *hardship*, ambas as partes têm igual direito de se prevalecer das alterações das circunstâncias para pedir a adaptação do contrato. Isto decorre, precisamente, da variedade de origens subjacentes à alteração das circunstâncias, que tornam impossível determinar a parte ou a prestação que vai ser afectada. Assim, o que importa, no âmbito da cláusula de *hardship*, é o restabelecimento ou a manutenção do equilíbrio contratual.

Uma outra característica da cláusula de *hardship* prende-se com o facto de que, para se poder fazer uso da mesma, é necessária a ocorrência de um evento que altere fundamentalmente as circunstâncias à data da celebração do contrato. Assim, a cláusula

---

<sup>64</sup> Cfr., quanto às características da cláusula de *hardship*, OPPETIT, Bruno, *cit.*, pp. 800-804 e PINTO MONTEIRO, António/GOMES, Júlio Manuel Vieira, *cit.*, p. 23.

de *hardship* tem um carácter substancial, o qual pode levantar problemas de interpretação, uma vez que se torna difícil determinar o momento em que esse carácter substancial se revela. Para proceder a tal determinação, tende a considerar-se o efeito que a alteração das circunstâncias tem no equilíbrio do contrato. Como tal, só uma alteração substancial das circunstâncias poderá desencadear uma adaptação contratual. De facto, é necessário que a superveniência produza resultados fundamentalmente diferentes dos visados pelas partes na conclusão do contrato, de tal forma que o contrato já não é o mesmo. Além disto, têm-se também em conta determinadas técnicas de redacção, como sejam o uso de cláusulas gerais, a enunciação de casos específicos e a combinação dos dois métodos. Pode importar igualmente aqui o elemento temporal, dado que existem cláusulas que só permitem a renegociação, decorrido um certo lapso mínimo de vigência do contrato ou com uma certa periodicidade.

Por outro lado, é necessário que o evento que altere fundamentalmente as circunstâncias à data da celebração do contrato não possa ter sido razoavelmente previsto pelas partes (não se exigindo, assim, que sejam imprevisíveis), logo cujos riscos não assumiram, e que desequilibram o contrato. A cláusula de *hardship* tem, assim, um carácter de exterioridade. Como tal, a cláusula de *hardship* deve, então, aparecer como exterior às partes, no sentido de que a alteração das circunstâncias não possa ser imputada à parte que é afectada pela mesma. O evento exterior deve ser entendido como aquele que foge ao controlo razoável da parte afectada pelo mesmo, cuja avaliação se faz por referência ao critério de um operador prudente e razoável.

Por último, a cláusula de *hardship* faz igualmente referência à equidade, introduzindo um elemento de justiça, uma vez que, em virtude da alteração das circunstâncias, não deve impor-se a uma parte um rigor injusto. Isto denota que o restabelecimento da equidade é uma das principais preocupações das partes. No entanto, a equidade pode ser também um critério vago e difícil de apreciar quando comparado com critérios económicos.

## 4.5. Constatação e Utilização

### 4.5.1. A aplicação da Cláusula de *Hardship*

A cláusula de *hardship* surge, assim, como um instrumento apto para adaptar o contrato a alterações substanciais das circunstâncias.

Como tal, é pressuposto para a aplicação da cláusula de *hardship* nos contratos internacionais uma alteração fundamental das circunstâncias em relação àquelas existentes à data da celebração do contrato. Trata-se de uma modificação que gera um desequilíbrio do contrato e que não está coberta pelos riscos próprios do contrato que foram assumidos pelas partes. Além disso, o evento modificador tem de afectar as partes de uma forma qualificada, de acordo com critérios objectivos e subjectivos<sup>65</sup>.

Ainda que as cláusulas de *hardship* sejam frequentemente combinadas com cláusulas de força maior, aquelas relacionam-se com acontecimentos que não tornam a execução contratual impossível, mas apenas mais injusta para uma das partes (“*undue hardship*”). Assim, o uso da cláusula de *hardship* não conduz à exoneração da responsabilidade contratual, mas à adaptação do contrato às novas circunstâncias, providenciando uma solução mais flexível do que a resolução contratual<sup>66</sup>.

Conclui-se, então, que, para que a cláusula de *hardship* seja aplicada é necessária a ocorrência, após a conclusão do contrato, de um evento perturbador das circunstâncias, que seja imprevisível e exterior para as partes. Trata-se de um evento de natureza genérica (como já foi referido, a maioria das cláusulas de *hardship* não precisam os eventos que desencadeiam a sua aplicação<sup>67</sup>), cujo surgimento deve, em regra, ocorrer durante a execução do contrato, ou seja, após a conclusão do mesmo<sup>68</sup>.

---

<sup>65</sup> “(...) por exemplo, o evento deve ser de “considerável”, “apreciável”, “substancial”, “fundamental” prejuízo para a parte afectada ou levar à “inequidade” ou “injustiça”. Cfr. FRICK, Joachim G., *Arbitration and Complex International Contracts: with special emphasis on the determination of the applicable substantive law on the adaptation of contracts to changed circumstances*, Kluwer Law International, Schulthess, 2001, p. 177.

<sup>66</sup> Cfr. FRICK, Joachim G., *op. cit.*, p. 178.

<sup>67</sup> Não obstante, existem cláusulas que precisam, ainda que de forma genérica, a natureza dos eventos perturbadores susceptíveis de desencadear a sua aplicação. Outras há que excluem certos eventos do seu campo de aplicação. Ainda há outras que estabelecem um conjunto limitado de eventos que configuram uma situação de *hardship*. Importa, pois, ter em conta que a cláusula de *hardship* pode ter um amplo campo de aplicação, em função dos interesses das partes, mediante a estipulação pelas mesmas da natureza do evento perturbador das circunstâncias. Cfr. ALMEIDA PRADO, Maurício, *op. cit.*, pp. 129-131.

<sup>68</sup> No entanto, é controversa a possibilidade de aplicação da cláusula de *hardship* quando o evento perturbador ocorra antes da conclusão do contrato. É esta uma solução deixada ao direito aplicável, mas

Por outro lado, o evento perturbador deve ser imprevisível para as partes no momento da conclusão do contrato, pois se as partes o pudessem ter previsto neste momento, elas ter-se-iam acautelado mediante uma cláusula específica<sup>69</sup>. Por fim, o evento perturbador deve ser exterior, isto é, que escapa ao controlo das partes. Isto implica que a parte afectada pela alteração das circunstâncias não pode estar numa situação de inexecução no momento da aplicação da cláusula de *hardship* e, por outro lado, que a mesma empregou todos os meios razoáveis para evitar as consequências resultantes da alteração das circunstâncias.

Além disto, as cláusulas de *hardship* também mencionam, como condições de aplicação, o desequilíbrio contratual e a onerosidade da execução contratual. A primeira significa que uma das partes obtém um lucro excessivo e a segunda que a outra parte tem custos muito superiores àqueles que foram estabelecidos inicialmente.

#### 4.5.2. O procedimento

Logo que se constata e efectiva a alteração das circunstâncias, impõe-se sobre as mesmas um dever de renegociar o contrato<sup>70</sup>, pelo que as partes tentarão chegar a um acordo para adaptar o contrato às novas circunstâncias<sup>71</sup>. O fenómeno da negociação no direito opõe-se a uma visão clássica e liberal do direito das obrigações e do contrato, que correspondia a um acto subjectivo, individual e resultante de interesses antagónicos<sup>72</sup>. Nesta concepção tradicional, não se concebia uma necessidade de renegociar, pelo que a execução do contrato se desenrolava de forma automática,

---

as partes, para se prevenirem, estipulam expressamente a aplicação da cláusula às circunstâncias ocorridas durante a execução do contrato. Cfr. ALMEIDA PRADO, Maurício, *op. cit.*, p. 131.

<sup>69</sup> A identificação pelas partes da natureza do evento perturbador não condiciona a imprevisibilidade do mesmo. De facto, as partes não podem prever, no momento da conclusão do contrato, a amplitude das repercussões sobre a relação contratual e as modificações que serão necessárias para restabelecer o equilíbrio contratual. Cfr. ALMEIDA PRADO, Maurício, *op. cit.*, p. 133.

<sup>70</sup> O dever de renegociar consiste em “*obrigar os indivíduos a uma troca de propostas e de contrapropostas envolvendo eventuais concessões recíprocas, e cujo objectivo, para o jurista, é alcançar precisamente um negócio, decisão vinculativa para os seus autores*”. O campo de aplicação desta obrigação de renegociar é vasto, abrangendo, nomeadamente, o direito internacional público, o direito público interno, o direito penal, o direito privado, mas sobretudo, o direito comercial internacional. Cfr. CEDRAS, Jean, “L’obligation de négocier”, in *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique*, Vol. 38, 1985, pp. 265 e 268.

<sup>71</sup> Esta adaptação pode contemplar o restabelecimento do equilíbrio inicial (existente no momento da conclusão do contrato), do equilíbrio existente no momento anterior à ocorrência da alteração das circunstâncias ou o estabelecimento de um novo equilíbrio. Esta definição importa, uma vez que as circunstâncias económicas variam durante a execução contratual e vários equilíbrios podem ser encontrados. Se nada for dito pelas partes, a questão será resolvida pelo direito aplicável ao caso. Cfr. ALMEIDA PRADO, Maurício, *op. cit.*, pp. 143-145.

<sup>72</sup> Cfr. CEDRAS, Jean, *cit.*, p. 271.

cumprindo-se rigorosamente o estabelecido no mesmo. Actualmente, existe uma outra visão do contrato, na qual importa a cooperação das partes para encontrar uma solução consensual, que interessa não só a estas, mas também à colectividade. Assim, a renegociação que enforma a cláusula de *hardship* tornou-se num meio de executar determinado tipo de contratos, a tal ponto que a visão clássica do contrato se torna por vezes irreconhecível<sup>73</sup>.

Ora, as cláusulas de *hardship* contemplam um procedimento com vista à adaptação contratual, quando ocorram eventos extraordinários que as partes não podiam razoavelmente prever e que originam um desequilíbrio nas prestações das partes. Há, pois, uma preferência das partes pela continuação da sua relação contratual ao longo do tempo, mediante adaptações contínuas às novas circunstâncias<sup>74</sup>.

A cláusula de *hardship* gera, assim, uma obrigação de renegociação que recai sobre as partes. Em geral, a parte que pensa que estão reunidas as condições para a adaptação contratual avisa a outra parte do evento originador de uma alteração substancial das circunstâncias<sup>75</sup>, devendo esta manifestar a sua posição num curto espaço de tempo. Seguidamente, a contraparte pode aceitar a proposta de renegociação contratual ou solicitar um encontro para discutir a necessidade de renegociar, ou ainda recusar chegar a acordo com a parte afectada pela superveniência, manifestando-o, quer formalmente, quer abstendo-se de responder à sua solicitação.

Por outro lado, as partes podem entrar em desacordo, quer na fase em que a parte afectada pela superveniência apresenta uma proposta de renegociação à contraparte, quer na fase posterior das negociações sobre aquilo que deve ser reajustado.

Deste modo, os contratos internacionais que incluem cláusulas de *hardship* estipulam um procedimento a adoptar pelas partes após a invocação de uma alteração das circunstâncias por uma delas, de maneira a contemplar estar situações de desacordo, nomeadamente optando pelo recurso a um árbitro. O árbitro vai, assim, determinar se

---

<sup>73</sup> “A negociação tornou-se num meio de executar certos contratos. As mutações sucessivas do ambiente apelam a mutações sucessivas do negócio, ao ponto que a imagem clássica do contrato torna-se talvez irreconhecível.” Cfr. CEDRAS, Jean, *cit.*, p. 289.

<sup>74</sup> Refira-se novamente que a cláusula de *hardship* dá ao contrato internacional um carácter evolutivo (“*evolutionary character*”), porque a fase das negociações não termina com a execução contratual, mas renova-se a cada alteração das circunstâncias que causem um desequilíbrio nas prestações das partes. Cfr. FRICK, Joachim G., *op. cit.*, p. 178.

<sup>75</sup> Ainda que haja cláusulas que nada dizem sobre a comunicação, há outras que estabelecem um prazo para a realização dessa comunicação, obrigando a parte lesada a comunicar: “a) o surgimento de um evento com as características especificadas na cláusula de *hardship*; b) a intenção da parte lesada de aplicar a cláusula, ou seja, de começar as negociações visando a revisão do contrato; c) se a cláusula o prescrever, os termos segundo os quais a execução do contrato será suspensa durante as negociações”. Cfr. ALMEIDA PRADO, Maurício, *op. cit.*, p. 141.

estão reunidas as condições para a utilização da cláusula de *hardship*. Se não estiverem reunidas estas condições, o contrato inicial continua a sua vigência e a produzir os seus efeitos. Caso estejam reunidas as condições para aplicação da cláusula de *hardship*, as partes devem passar à fase das negociações<sup>76</sup>.

Neste sentido, uma vez na fase das negociações, a doutrina interroga-se se as partes têm não só a obrigação de renegociar o contrato, mas também de alcançar um acordo sobre a readaptação contratual. Ou seja, discute-se qual o alcance do dever de renegociar. Parece difícil impor sobre as partes o peso de uma obrigação de resultado. Assim, quanto às consequências da cláusula de *hardship*, tendo em conta que o dever de renegociar permite configurar o contrato como uma realidade em construção, como um sistema, considera-se que o mesmo se esgota numa obrigação de meios<sup>77</sup>. Como tal, o insucesso das negociações não gera responsabilidade, a não ser que haja um comportamento culposos. Não obstante, as exigências da boa fé de certa forma impõem às partes uma obrigação de apresentar uma proposta razoável e de a aceitar, ou de apresentar uma contraproposta razoável, ou ainda de recusar com razoabilidade. Contudo, torna-se uma tarefa difícil avaliar a razoabilidade do comportamento das partes na fase das negociações, ainda que não se deixe de se ter em conta o contrato inicial e a distribuição dos riscos que foi feita, podendo o árbitro ou o juiz ter aqui um papel fundamental. Ainda assim, as partes devem ter a intenção de chegar a um acordo, sob pena de responsabilidade. Alguns Autores consideram que aqui pode haver lugar para a responsabilidade pré-contratual. No entanto, a quantificação do dano será muito difícil. Há que ter em conta a dificuldade existente no cálculo do conteúdo hipotético do contrato a que as partes teriam chegado e que este mesmo contrato não passa de uma eventualidade, pois nada permite concluir que as partes teriam chegado a um acordo. Daí o recurso, juntamente com as cláusulas de *hardship*, a cláusulas penais e a meios alternativos de resolução de conflitos. De facto, certas cláusulas de *hardship* podem prever um prazo para se chegar ao acordo resultante da renegociação das partes, sob pena da aplicação de sanções previstas para o caso de ocorrerem perturbações no equilíbrio do contrato.

Outra questão que se pode colocar é a de saber o que acontece ao acordo inicial durante o período das negociações. À partida, como na maioria dos casos é possível que

---

<sup>76</sup> Cfr., quanto à actuação das partes perante uma alteração das circunstâncias, OPPETIT, Bruno, *cit.*, p. 805.

<sup>77</sup> Neste sentido, PINTO MONTEIRO, António/GOMES, Júlio Manuel Vieira, *cit.*, p. 24 e OPPETIT, Bruno, *cit.*, p. 806.

as partes, quando não cheguem a um acordo sobre a adaptação do contrato, possam resolver o contrato, considera-se que, na falta de vontade contrária expressa das partes, o contrato continua a produzir os seus efeitos durante a fase das negociações<sup>78</sup>.

Ora, após a verificação do procedimento conducente à aplicação da cláusula de *hardship*, do mesmo pode resultar o sucesso ou o insucesso das negociações.

No primeiro caso, há uma modificação do contrato inicial ou, consoante a amplitude da adaptação, pode até ser substituído por um novo contrato que regerá para o futuro os interesses das partes. Eis as modificações contratuais que as partes podem convencionar: “*a) a modificação do objecto da obrigação principal (...); b) a criação de uma ou de várias obrigações novas; c) a supressão de uma ou de várias obrigações; d) a novação (supressão ou criação) de uma ou de várias obrigações*”<sup>79</sup>.

No segundo caso, perante o insucesso das negociações, as partes podem continuar a reger-se pelo contrato inicial ou podem resolvê-lo. Na primeira hipótese, as partes privilegiam a execução contratual em detrimento da manutenção do equilíbrio do contrato. De facto, esta solução implica para a parte afectada pela alteração das circunstâncias executar as prestações estabelecidas inicialmente e suportar todos os inconvenientes resultantes da ocorrência do evento perturbador. A preferência pela execução contratual explica-se pelo facto de a obrigação de renegociar ser apenas uma obrigação de meios, pelo que, no silêncio do contrato, não podemos entender que as partes queiram resolver o contrato ou remeter esta decisão a um terceiro imparcial<sup>80</sup>. Na segunda hipótese, as partes resolvem o contrato, sem que isso implique uma violação do contrato e consequente dever de indemnizar. Esta será a solução mais frequente, dado que as partes sempre se encontram mais reticentes perante a intervenção de um terceiro na adaptação contratual.

---

<sup>78</sup> Cfr. OPPETIT, Bruno, *cit.*, p. 807.

<sup>79</sup> Cfr. ALMEIDA PRADO, Maurício, *op. cit.*, p. 150.

<sup>80</sup> Cfr. ALMEIDA PRADO, Maurício, *op. cit.*, pp. 152-153, que é crítico em relação aos autores que consideram que pode existir uma conexão directa entre a cláusula de *hardship* e a cláusula de submissão dos conflitos à arbitragem ou à via judiciária, para que possa haver intervenção de um terceiro. Para este Autor, a intervenção de um terceiro apenas pode ocorrer quando haja uma vontade clara e precisa das partes nesse sentido, uma vez que considera a cláusula de *hardship* como uma excepção ao princípio da força obrigatória dos contratos. Por outro lado, a existência de uma conexão automática entre a cláusula de *hardship* e uma cláusula que sujeite os conflitos à arbitragem ou à via judiciária implica que, sempre que a cláusula de *hardship* for incompleta quanto ao resultado do insucesso das negociações, se autoriza a intervenção de um terceiro para tomar essa decisão, o que não lhe parece razoável à luz da prática contratual actual.

### 4.5.3. A intervenção de terceiros

À partida, as partes devem encontrar-se e negociar as modificações a introduzir no contrato. Não obstante, as partes podem igualmente prever, no âmbito das cláusulas de *hardship*, o recurso a um terceiro imparcial (árbitro, juiz ou perito) para tomar uma decisão relativa à adaptação. Um terceiro pode, assim, decidir quais as modificações a adoptar em virtude de uma alteração das circunstâncias. É esta uma modalidade de cláusula de *hardship* pela qual as partes podem optar. Ora, neste âmbito, questiona-se a natureza da decisão tomada por um terceiro, nomeadamente a sua eficácia. Se o que as partes convencionam em relação à intervenção de um terceiro para decidir a readaptação do contrato contempla o recurso à arbitragem, a decisão do terceiro é uma decisão arbitral, pelo que a eficácia da sua decisão está apenas dependente da execução da sentença arbitral. Se, pelo contrário, não se recorre à arbitragem, a decisão do terceiro não tem natureza jurídica, pelo que apenas se incorpora no contrato e não se impõe às partes senão como um efeito obrigacional do contrato. Assim, na falta de execução voluntária, não pode ser executada senão como uma convenção, pelas vias judiciais normais<sup>81</sup>.

Por outro lado, além do recurso à arbitragem, também é considerado útil o recurso a um juiz. A doutrina alemã tem-se pronunciado sobre este ponto<sup>82</sup>, dando prioridade ao dever de renegociar, isto é, a uma solução comutativa, mesmo quando se recorre ao tribunal. Eis as razões para que assim seja: as partes sabem melhor acautelar os seus interesses do que um juiz, principalmente se se tratar de uma situação complexa; as partes devem pronunciar-se sobre as modificações a introduzir no contrato e sobre a importância para si da manutenção do mesmo; evitam-se “soluções mecânicas” e alivia-se o trabalho dos tribunais. Quando se chega a tribunal, normalmente foi porque uma das partes intentou uma acção de resolução do contrato em virtude de uma alteração das circunstâncias. Mas os tribunais na Alemanha têm entendido que a adaptação do contrato prefere à sua resolução<sup>83</sup>. Aliás, na situação em que têm de optar entre a modificação e a resolução do contrato, os tribunais alemães têm especialmente em conta o *comportamento das partes*, quer exista ou não uma cláusula de *hardship*. Esta

---

<sup>81</sup> Cfr. OPPETIT, Bruno, *cit.*, p. 808 e ALMEIDA PRADO, Maurício, *op. cit.*, pp. 148-149.

<sup>82</sup> Cfr. PINTO MONTEIRO, António/GOMES, Júlio Manuel Vieira, *cit.*, p. 33-40.

<sup>83</sup> É assim também na lei portuguesa. Apesar do artigo 437º/1 do CC prever uma cláusula geral de resolução do contrato, o nº 2 estipula que a parte contrária pode opor-se ao pedido de resolução, declarando aceitar a modificação do contrato, segundo juízos de equidade.

orientação já levou a arestos do tribunal no sentido de apenas conferir a resolução ou a modificação judicial do contrato quando quem faz este pedido já tenha esgotado todas as hipóteses de chegar a um acordo com a contraparte. Neste sentido, é também importante para os tribunais as propostas e contrapropostas das partes e o seu conteúdo, mesmo que não cheguem a um consenso. Há decisões em que o tribunal opta pela modificação do contrato face à existência de uma contraproposta da contraparte para manter o contrato. E tanto assim é que, mesmo num processo judicial de resolução do contrato, os tribunais permitem que uma contraproposta feita perante o juiz tenha como efeito a paralisação ou exclusão da pretensão de resolver o contrato. Só em caso de recusa da contraparte em renegociar o contrato (mesmo perante uma alteração fundamental das circunstâncias), é que os tribunais têm aceite a resolução do contrato<sup>84</sup>.

Apesar do que foi dito, a doutrina entende igualmente que o tribunal não deve substituir-se à vontade de uma parte num processo de renegociação. Não é possível por a neutralidade do juiz não compensar a desvantagem de possuir menores conhecimentos para decidir a adaptação. Como tal, em juízo, o tribunal pode procurar que as partes primeiramente encontrem uma solução consensual e pode até ter em conta a existência de propostas e contrapropostas para proferir uma decisão que atenda tanto quanto possível aos interesses das partes, mas já será demais substituir-se na vontade das partes no processo de renegociação.

Por último, as partes podem recorrer ainda a um perito, o qual pode ser apenas um mero *conselheiro* ou ter a função de adaptar o contrato. No primeiro caso, a proposta de adaptação do perito não tem força obrigatória, pelo que a sua eficácia dependerá do interesse das partes. Já no segundo caso, como o perito actua como um mandatário das partes, a inobservância da sua proposta é considerada como uma violação do contrato. Quando não for atribuída qualquer função ao perito, a sua

---

<sup>84</sup> No entanto, há doutrina alemã que contraria a afirmação de que esta prioridade do dever de renegociar respeita a autonomia da vontade, uma vez que, perante uma alteração das circunstâncias geradora de um desequilíbrio contratual, emerge uma parte numa posição mais favorável do que a outra. Esta superioridade de uma parte conduz, assim, a que a renegociação se dê numa situação de desequilíbrio, em benefício desta que tem mais força para impor o que mais lhe favorece no acordo, o que já não aconteceria perante um juiz. Esta mesma doutrina considera que a tese que dá preferência à renegociação do contrato parte erradamente da premissa que a alteração do contrato representa uma excepção ao princípio *pacta sunt servanda*. Contrariamente, a doutrina que prefere a renegociação entende que a alteração do contrato é uma imposição do princípio *pacta sunt servanda*, precisamente porque este exige o “*respeito pelo conteúdo material do contrato e pela distribuição dos riscos inicialmente acordada*”. Quanto ao argumento de que as partes estão numa posição melhor, por terem mais informações, para adaptar o contrato, aquela doutrina reconhece-o, mas desconsidera-o por entender que o tribunal também é capaz de fazer a mesma adaptação contratual.

proposta apenas terá um carácter facultativo para as partes, pelo que, se não for aceite, não haverá uma violação do contrato e o mesmo deverá continuar a ser executado nos termos iniciais.

## 5. As Cláusulas de Adaptação<sup>85</sup>

### 5.1. A necessidade de adaptação contratual

O primeiro aspecto a salientar é o facto de a adaptação contratual ter maior relevância nos contratos duradouros, que incluem transacções comerciais complexas, porquanto estão sujeitos à ocorrência de eventos que as partes não puderam prever e, por isso, estão mais susceptíveis à necessidade de uma adaptação.

Não obstante, as partes demonstram relutância em introduzir cláusulas de adaptação nos contratos, porque negociam de boa fé e confiam no sucesso do projecto negocial. Por outro lado, factores como a linguagem complicada das cláusulas de adaptação e o facto de as mesmas serem apenas discutidas no final das negociações, tornam mais difícil convencer as partes da utilidade destas cláusulas<sup>86</sup>.

Além disso, mesmo quando as partes estão dispostas a introduzir estas cláusulas, é impossível alcançar um entendimento que abranja todos os eventos que podem surgir, uma vez que se lida com eventos que implicam incerteza e especulação (situação que se agrava nos contratos internacionais de longa duração).

Mas eventualmente a maior resistência reside no facto de o sistema jurídico se basear no princípio *pacta sunt servanda*, o qual obriga as partes a cumprirem as suas obrigações contratuais. Ora, entende-se que este princípio resulta claramente enfraquecido quando árbitros ou juízes podem adaptar o contrato, mesmo na ausência de uma cláusula de adaptação, pondo em causa a autonomia da vontade das partes e as suas legítimas expectativas<sup>87</sup>. Curiosamente, para evitar a intervenção de terceiros, as

---

<sup>85</sup> Como já foi referido, usamos a expressão “cláusulas de adaptação” num sentido amplo e não num sentido estrito ou técnico que normalmente se acha pressuposto. Como veremos infra, a expressão em causa abrange um conjunto variado de cláusulas, entre elas, as de *hardship*.

<sup>86</sup> Cfr. FRICK, Joachim G., *op. cit.*, p. 145.

<sup>87</sup> Assim se distingue a adaptação contratual do “*gap-filling*”. Aqui, independentemente de as partes terem ou não expressamente previsto lacunas no contrato, não se colocam em causa as expectativas das partes nem o princípio *pacta sunt servanda*, porque existem verdadeiras lacunas. Daí que haja uma maior relutância em dar competência aos juízes e árbitros para adaptar contratos, ao contrário do que acontece para o “*gap-filling*”. Cfr. FRICK, Joachim G., *op. cit.*, p. 148.

partes acabam por ser levadas a assumir a possibilidade de uma futura adaptação contratual durante a fase das negociações.

De facto, as partes têm interesse em preservar a sua relação contratual e em concluir o seu projecto negocial. Por isso, não pode haver lugar à exclusão da necessidade de adaptação contratual, porque isso só conduziria a um número crescente de contratos por cumprir. Deste modo, poderá surgir “*uma necessidade legítima de adaptação se os custos de uma parte para satisfazer as suas obrigações contratuais aumentam dramaticamente devido a eventos não antecipados*”<sup>88</sup>, a qual levará as partes a negociar a adaptação do contrato. Na verdade, o dever de renegociar não traduz qualquer excepção ao *pacta sunt servanda*. Basta que ocorra uma alteração substancial das circunstâncias existentes no momento da conclusão do contrato<sup>89</sup>.

Por outro lado, a natureza dos contratos que aqui estão em causa (contratos internacionais complexos e de longa duração) também releva para a necessidade de adaptação contratual. Importa uma abordagem mais flexível do conceito de adaptação na prática comercial internacional, em virtude da natureza relacional destes contratos e do interesse das partes numa futura cooperação na sua relação contratual duradoura. De facto, neste tipo de contratos, “*a suposição é a de que o planeamento inicial será necessariamente incompleto e de que ex post negociações devem ocorrer para ajustar e preservar a relação contratual*”<sup>90</sup>. Na verdade, as partes não vão querer planear todos os detalhes de uma relação que é sobretudo relacional e que pretendem que dure por tempo indeterminado. Por isso se torna cada vez mais necessária a adaptação depois de se ter iniciado a respectiva relação contratual.

Neste conspecto, entende-se que é nos contratos comerciais internacionais complexos e de longa duração que a alteração das circunstâncias mais frequentemente preenche os requisitos da cláusula *rebus sic stantibus*. A natureza relacional destes contratos e o seu carácter duradouro fazem surgir um dever de ajustar o contrato às novas circunstâncias, podendo o mesmo em certos casos ser executado pelo juiz quando entenda que é devido<sup>91</sup>.

---

<sup>88</sup> Cfr. FRICK, Joachim G., *op. cit.*, p. 146.

<sup>89</sup> No entanto, “*a fraqueza económica de uma parte (por exemplo um país em desenvolvimento) que não haja alterado desde o momento da contratação não é em si mesmo um argumento legal para justificar quer o fim ou a adaptação do contrato duradouro*”. Cfr. FRICK, Joachim G., *op. cit.*, p. 147.

<sup>90</sup> Cfr. FRICK, Joachim G., *op. cit.*, p. 153.

<sup>91</sup> Cfr. FRICK, Joachim G., *op. cit.*, p. 154.

## 5.2. A importância da adaptação contratual

A adaptação contratual torna-se sobretudo importante no âmbito da relação contratual gizada entre as partes após a conclusão do contrato.

É necessário ter em conta que as partes não poderão razoavelmente prever todos os riscos no momento da celebração do contrato, pelo que a viabilidade da relação contratual dependerá do nível de flexibilidade que é introduzido no contrato e do método adoptado para facilitar futuros ajustes ao mesmo.

Assim, neste tipo de contratos de natureza relacional, a adopção de mecanismos de adaptação contratual reforça a interdependência entre as partes, compensando-as da falta de conhecimento das informações necessárias para distribuir o risco aquando da celebração do contrato. As partes comprometem-se a cooperar não só quanto ao acordado inicialmente, como na resolução de problemas não existentes à data das negociações. Deste modo, a adaptação contratual traduz uma preferência pelo compromisso e pela conciliação na resolução de problemas, por oposição à adversidade e ao litígio<sup>92</sup>. As partes deixam de se ver como adversários, encontrando-se antes ligadas de forma legal e até moral. Neste sentido, cada parte deve à outra a adaptação do contrato e, por isso, espera razoavelmente que a outra actue em conformidade, de modo flexível e cooperativo para se preservar a relação contratual. Como tal, a adaptação contratual reforça as expectativas das partes e suporta a sua relação contratual.

Nestes termos, a adaptação contratual reflecte aquilo que as partes teriam acordado se tivessem previsto uma alteração das circunstâncias, minimizando os custos decorrentes da mesma e contribuindo para a riqueza das partes. Assim, as partes têm uma certa obrigação de partilhar lucros e perdas no caso de ocorrer uma alteração das circunstâncias contratuais. Daí a importância da adaptação contratual, que se torna mais premente no caso extremo em que uma parte contratual corre o risco de falir se não houver uma cooperação da contraparte para chegar a um ajuste consensual. A adaptação contratual reforça, assim, os laços de dependência, passando o contrato a ser visto como um esforço comum e recíproco das partes (“*common enterprise*”). As partes têm consciência que contratar envolve grandes riscos, por isso trabalham juntas por um objectivo comum, sabendo que há incertezas e que flexibilidade e futura cooperação serão fundamentais para a viabilidade contratual.

---

<sup>92</sup> Cfr. FRICK, Joachim G., *op. cit.*, pp. 156 e 157.

De facto, a preservação da relação contratual é necessária, uma vez que, se as partes fossem a resolver o contrato, não encontrariam no mercado uma alternativa adequada. Por outro lado, importa não só preservar a relação das partes, mas também o bem-estar da comunidade que a elas está associada e que será afectada por uma eventual resolução do contrato num mercado em que não existe uma adequada substituta para uma das partes, pelo que a resolução deverá ser sempre a última solução. Deste modo, só a adaptação contratual será capaz de resolver um eventual conflito entre as partes e preservar a sua relação contratual.

### 5.3. As cláusulas de adaptação contratual

Em alternativa a suportar os riscos do contrato, as partes podem fazer uso de cláusulas de adaptação, colocando os seus interesses comuns acima dos seus interesses pessoais.

Ora, existe uma grande variedade de cláusulas de adaptação, sendo que todas possuem o mesmo objectivo: “*solucionar o problema relativo ao facto de a natureza complexa de uma transacção poder tornar impossível antecipar e definir todos os detalhes contratuais*”<sup>93</sup>. De facto, torna-se difícil prever a evolução das condições socio-económicas existentes no momento da celebração do contrato, pelo que estas cláusulas vêm trazer uma resposta flexível para as alterações das circunstâncias que podem ocorrer durante a execução contratual. Neste sentido, foram desenvolvidas cláusulas que permitem a cooperação contratual durante um longo período de tempo e apesar das alterações das circunstâncias.

Assim, as cláusulas de adaptação mais comuns são (para além das cláusulas de *hardship*): cláusulas de variação por uma das partes (“*variation and change orders by one of the parties*”), cláusulas de adaptação automática, cláusulas de estabilização, cláusulas de revisão e renegociação, cláusulas de força maior e de risco especial<sup>94</sup>.

---

<sup>93</sup> Cfr. FRICK, Joachim G., *op cit.*, p. 168.

<sup>94</sup> No que concerne às várias cláusulas de adaptação, seguimos de perto FRICK, Joachim G., *op. cit.*, pp. 171-181, dada a relevância e o carácter prático do elenco distintivo apresentado pelo Autor.

### 5.3.1. Cláusulas de variação por uma das partes (“*variation and change orders by one of the parties*”)

Este tipo de cláusulas confere o direito a uma das partes de adaptar unilateralmente o contrato em virtude de alterações das circunstâncias, podendo ser acompanhadas de cláusulas relativas ao valor e reembolso dos custos adicionais causados pelas variações no contrato (no entanto, estas não podem exceder o objecto do contrato estipulado no momento da sua celebração).

### 5.3.2. Cláusulas de adaptação automática

Estas cláusulas têm por referência um padrão objectivo, como a indexação de custo para determinada mercadoria, o custo do trabalho, a relação entre certas moedas, entre outros. Trata-se, assim, de cláusulas de manutenção de valor, as quais traduzem um método que permite repartir os riscos monetários entre as partes numa transacção internacional, promovendo a confiança e a estabilidade na prática comercial internacional. Este tipo de cláusulas apenas cobre os riscos monetários, pelo que só interessam as prestações pecuniárias (como a do comprador, por exemplo). São cláusulas que preveem um ajuste no preço do contrato quando ocorra um aumento ou uma diminuição no custo do trabalho ou dos materiais ou noutro tipo de indexante. Por outro lado, estas cláusulas estão muitas vezes associadas a cláusulas de *hardship*.

Não obstante, estas cláusulas revelam uma grande complexidade, bem como apresentam um carácter automático, o que faz com que as partes sejam dissuadidas de recorrer às mesmas e prefiram outro método de adaptação contratual que expresse a sua vontade consensual (como é o caso da cláusula de *hardship*).

### 5.3.3. Cláusulas de estabilização

As cláusulas de estabilização (ou cláusulas de adaptação negativa) são aquelas onde uma das partes, nomeadamente o governo de um país que seja parte contratual, “*aceita não alterar a sua legislação de uma forma que afecte os direitos contratuais ou os benefícios económicos do investidor ou contratante privado*”<sup>95</sup>.

---

<sup>95</sup> Cfr. FRICK, Joachim G., *op. cit.*, p. 174.

O efeito legal destas cláusulas é controverso, uma vez que o governo não deixa de exercer o seu poder legislativo, estando apenas contratualmente obrigado a proteger a contraparte dos actos legislativos que a possam afectar de alguma forma. Um exemplo deste tipo de cláusulas são aquelas que protegem uma das partes de alterações em matéria de impostos (“*tax clauses*”), as quais podem ser inclusivamente definidas entre partes privadas (não governamentais).

#### **5.3.4. Cláusulas de revisão e renegociação**

Neste tipo de cláusulas, as partes obrigam-se a negociar de boa fé caso conclua que o contrato precisa de ser ajustado. Ora, estas cláusulas podem especificar eventos que determinem um processo de renegociações, mas, na maioria das vezes, estão formuladas de forma genérica (referência genérica a alterações das circunstâncias), o que pode levantar problemas de validade contratual. Neste sentido, as cláusulas de renegociação são muitas vezes combinadas com cláusulas de *hardship* ou de força maior. Assim sendo, conclui-se que estas cláusulas apenas fornecem um procedimento para ser seguido nas negociações, sem que se tenha de alcançar um resultado, não sendo propriamente cláusulas de adaptação<sup>96</sup>.

#### **5.3.5. Cláusulas de *hardship*, de força maior e de risco especial**

As cláusulas de *hardship*, de força maior e de risco especial são as cláusulas de adaptação mais comuns, pelo que normalmente distinguem-se em termos comparativos. Como é bom de ver, as cláusulas de adaptação constituem uma categoria mais ampla, que incluem as cláusulas de *hardship*. Assim, tendo estas sido já caracterizadas supra, cingir-nos-emos à caracterização das cláusulas de força maior e de risco especial.

Em ambos os casos, é necessária a ocorrência de uma alteração das circunstâncias em relação às existentes no início da execução contratual. No entanto, no caso específico das cláusulas de força maior, é necessária a ocorrência de um evento que constitua um impedimento permanente ou temporário na execução contratual, de tal forma que esta se torna impossível (temporária ou permanentemente). Já no caso das cláusulas de risco especial, há uma especificação dos eventos que desencadeiam a sua

---

<sup>96</sup> “A review clause (...) is not an adaptation clause per se, but merely a rule outlining the procedure to be followed without any obligation to achieve a specific result.” Cfr. FRICK, Joachim G., *op. cit.*, p. 176.

aplicação e uma determinação prévia da parte que deverá suportar os riscos do contrato. Não obstante o nível de especificação, estas cláusulas são normalmente combinadas com cláusulas de força maior e de *hardship*.

Por outro lado, é igualmente necessário que o evento que desencadeia a aplicação destas cláusulas seja imprevisível. De facto, as partes apenas se podem prevalecer de um evento cuja ocorrência não puderam controlar, sob pena de uma eventual violação do princípio da boa fé (*venire contra factum proprium*).

Quanto aos efeitos legais da cláusula de força maior, tradicionalmente um evento de força maior, ao tornar impossível a execução contratual, determina a resolução do contrato (sem direito a compensação pelos danos causados) ou serve como limite à responsabilidade contratual por impossibilidade de execução da prestação devida.

Em termos procedimentais, a parte que reclama a aplicação da cláusula de força maior avisa a contraparte da ocorrência de um evento de força maior. Após esta comunicação, é alargado o prazo da execução contratual. Contudo, se o evento de força maior persistir, cada parte terá o direito de resolver o contrato, com efeitos *ex nunc*. Além disto, as cláusulas de força maior e de risco especial obrigam ainda as partes a fazerem o possível para preservar o contrato, sendo a resolução a última solução a adoptar. Por outro lado, estas cláusulas enformam, quando possível, um mecanismo de adaptação automático, o que as distingue da cláusula de *hardship*.

#### **5.4. Efeitos das cláusulas de adaptação<sup>97</sup>**

A aplicação de uma cláusula de adaptação irá certamente afectar a fisionomia e a identidade de um contrato. Importa, contudo, perceber se a adaptação incidirá apenas sobre uma obrigação do contrato ou se colocará em causa o próprio contrato.

---

<sup>97</sup> Relativamente aos efeitos das cláusulas de adaptação, seguimos de perto FABRE, Régis, “Les Clauses d’Adaptation dans les contrats”, in *Revue Trimestrielle de droit civil*, 1983, p. 20 e ss., porquanto a estrutura apresentada pelo Autor facilita a melhor compreensão desta temática.

#### **5.4.1. Os efeitos da adaptação sobre uma obrigação contratual**

Neste caso, a adaptação sobre uma obrigação contratual pode colocar em causa a sua existência ou apenas recair sobre o seu objecto (sem colocar em causa a sua existência).

Quando a adaptação coloca em causa a existência da obrigação, a adaptação pode consistir na supressão ou na criação de uma obrigação ou pode ter os dois efeitos em simultâneo.

No primeiro caso, importa ter em conta que as partes podem fazer depender a existência de uma ou mais obrigações contratuais do preenchimento de uma condição. Assim, quando se trate de uma condição resolutiva, a adaptação consistirá na extinção de uma obrigação; por sua vez, quando se trate de uma condição suspensiva, a adaptação consistirá na criação de uma nova obrigação.

No entanto, é necessário que ocorra um evento que possa enquadrar-se nas características da condição, ou seja, que seja futuro, incerto e extrínseco à relação jurídica em causa. Por outro lado, deve admitir-se que o preenchimento da condição pode afectar apenas uma obrigação do contrato (que pode ser uma mera obrigação acessória), sem o colocar em causa. Nestes termos, a condição apenas assinalará a extinção ou o surgimento de uma obrigação, sem que seja afectada a validade contrato. Ademais, é igualmente necessário que a condição não seja impossível, ilícita ou imoral e que não dependa apenas da vontade da parte devedora do contrato para que a condição seja considerada potestativa e válida.

Quanto aos efeitos da condição, resolutiva ou suspensiva, entende-se que os mesmos são de carácter retroactivo: sendo resolutiva, considera-se que a obrigação não existiu; sendo suspensiva, os efeitos da nova obrigação retroagem à data do seu surgimento.

No segundo caso, é admissível que a adaptação possa ter como efeito a supressão e criação de uma nova obrigação. Esta operação jurídica denomina-se novação. É, contudo, necessário que exista uma obrigação para extinguir, que ocorra a criação de uma obrigação nova e que uma substitua a outra. Além disto, é necessário que esta novação seja suficiente e na mesma espécie, o que não acontece quando haja somente uma modificação do objecto do contrato.

Pode concluir-se, então, que, quando ocorra a extinção e/ou criação de uma obrigação, resulta profundamente modificada a relação jurídica relativa ao contrato em causa.

Por sua vez, quando a adaptação não coloque em causa a existência da obrigação, apenas afectando o seu objecto, pode dar-se a modificação da prestação contratual. Neste conspecto, a prestação é adaptada, nomeadamente quando o objecto da obrigação seja determinado, mediante “*um acto jurídico pelo qual as partes concordam em alterar, no curso da execução, um ou muitos elementos da convenção que as vincula sem a destruir*”<sup>98</sup>. Trata-se de um mecanismo que resulta da autonomia da vontade das partes na conformação dos seus interesses. Ao contrário da novação, na modificação do objecto não há a criação de uma nova obrigação, mas antes uma continuação da mesma. Isto acontece quando o objecto é determinado e fungível, de modo a que possa ser substituído por outro na execução da sua função, tendo para as partes o mesmo valor satisfatório. A mesma modificação pode ocorrer quando o objecto é determinável. É o caso das cláusulas de indexação, nas quais ocorre uma variação do preço (e não uma substituição de um preço por outro), de modo a assegurar a existência deste elemento na operação económica.

Ainda no que toca à adaptação sobre o objecto da obrigação, pode modificar-se não o seu objecto, mas a duração da sua execução. Pode tratar-se de um termo, isto é, de um evento certo mas imprevisível. Se o termo for suspensivo, o seu surgimento resultará no retardamento dos efeitos da obrigação afectada. Se for extintivo, o seu surgimento resultará na cessação dos efeitos da obrigação afectada.

Por outro lado, a suspensão também pode causar o retardamento da execução da obrigação. Nestes termos, a obrigação não será totalmente executada, pelo que as partes não podem ter a pretensão de obter a integralidade das prestações. Assim, não se trata apenas de um retardamento, mas de uma inexecução parcial. Durante o período da suspensão, as partes são dispensadas de executar as suas obrigações. Não obstante, esta é uma solução contestada pela doutrina e jurisprudência por não ser a mais conforme com o tipo de contratos que adoptam cláusulas de adaptação.

---

<sup>98</sup> Cfr. FABRE, Régis, *cit.*, p. 23.

#### 5.4.2. Os efeitos da adaptação sobre o contrato

A adaptação contratual pode afectar todo o contrato, cujos efeitos se manifestam no momento da adaptação, uma vez que supõe uma certa duração no tempo, nomeadamente porque as partes devem negociar, o que pode implicar a intervenção de um terceiro imparcial. Durante este período de negociação, as partes podem suspender os efeitos do contrato, o que pode igualmente incitar as partes a chegar a um acordo. Doutro modo, o contrato pode continuar a produzir os seus efeitos, permitindo à parte beneficiadora do desequilíbrio contratual retardar as negociações. Há cláusulas de adaptação que determinam com precisão o momento a partir do qual se deverão suspender os efeitos do contrato, a fim de se restabelecer o seu equilíbrio. Porém, existem outras cláusulas, como as de *hardship*, que, sendo mais imprecisas, não determinam que se deverá suspender os efeitos do contrato, devendo antes prosseguir a execução contratual<sup>99</sup>.

Importa agora perceber, no caso de a adaptação ter sucesso, se o impacto da mesma irá incidir sobre todo o contrato ou sobre uma obrigação do contrato.

No primeiro caso, a adaptação pode dar origem a um novo contrato ou simplesmente à sua modificação. As partes podem, assim, clausular, mediante uma cláusula de recondução tácita, que da adaptação resultará um novo contrato ou então, mediante uma cláusula de prorrogação, que apenas se prolongarão os efeitos do mesmo contrato. As partes podem igualmente decidir que as negociações terão efeitos sobre todo o contrato. Mas da manifestação dessa vontade não se pode deduzir, sem indicações mais precisas, que a adaptação irá necessariamente fazer surgir um novo contrato, mas apenas que o contrato será modificado.

No segundo caso, é necessário distinguir as situações em que a adaptação sobre a obrigação afectará o próprio contrato. Ora, quando ocorra apenas uma modificação do objecto da obrigação, não surgirá nenhuma perturbação sobre a respectiva obrigação e sobre o contrato em si mesmo. Já quando a adaptação coloque em causa a existência da obrigação, haverá maior risco de afectação de todo o contrato. Será assim quando a adaptação resulte no desaparecimento de uma obrigação essencial do contrato. Ao contrário, o contrato poderá não ser afectado se a adaptação atingir uma obrigação não

---

<sup>99</sup> “Não se pode deduzir (...) do espírito do contrato, a vontade das partes de adaptar, a partir de um determinado momento, um ponto preciso da convenção para restaurar o seu equilíbrio.” Cfr. FABRE, Régis, *cit.*, p. 25.

essencial para a sua validade (ainda que importante para a sua economia). Será esse o caso quando as partes introduzam uma cláusula de caducidade exclusiva, pela qual as partes aceitam que o contrato prossiga sob esta condição.

Por outro lado, pode dar-se igualmente o caso de a adaptação falhar ou de uma parte recusar aceitar a adaptação do contrato. Esta situação não será problemática se as partes tiverem previsto o que acontecerá ao contrato no caso de a adaptação não ter sucesso. As partes podem prever a renegociação do contrato ou a sua manutenção em situação de desequilíbrio. Doutra forma, as partes podem igualmente prever, no caso de insucesso das negociações, a resolução do contrato por qualquer uma delas, sem que isso acarrete a responsabilidade pelos danos causados. Por sua vez, se as partes não previram as consequências para o contrato do insucesso da adaptação, resta apenas decidir entre a resolução e a manutenção do contrato. As partes podem querer resolver o contrato porque não podem ser obrigadas a executar um contrato desequilibrado (e o mesmo se pode deduzir da vontade de renegociar). No entanto, entende-se que, salvo acordo das partes, não é possível resolver o contrato sem que isso acarrete para a parte a responsabilidade pelos danos causados. O contrário não se pode deduzir de uma cláusula de adaptação, uma vez que, se as partes pretendessem a resolução sem esta consequência, tê-lo-iam previsto no contrato. Não obstante, existe outra alternativa, qual seja a de transferir para um terceiro o poder de, mediante a condução das negociações, decidir entre a resolução contratual e a introdução de alterações ao contrato para que o mesmo se mantenha em execução.

## CAPÍTULO III

### NOVAS CATEGORIAS CONTRATUAIS

Neste capítulo, pretende dar-se a conhecer novas categorias contratuais que emergiram na ordem jurídica, correspondentes aos contratos internacionais complexos e aos contratos relacionais. Os primeiros são internacionais e complexos. Já os segundos regulam a relação contratual independentemente da fixação das obrigações das partes (as mesmas fixam-se consoante a execução contratual).

Assim, estes tipos contratuais distinguem-se pela utilização de critérios diferentes na sua distinção. No entanto, não deixam de se sobrepor. Com efeito, “*quanto mais uma relação contratual revela as características dos contratos complexos de longa duração, mais se torna relacional*”<sup>100</sup>. Como tal, pode concluir-se que os contratos internacionais complexos, embora distinguíveis dos contratos relacionais, podem apresentar-se como tal. De facto, os contratos de longa duração incompletos são, na maioria, relacionais; por sua vez, os contratos relacionais não necessitam de ser de longa duração, ainda que o sejam na sua maioria<sup>101</sup>.

Por outro lado, quer os contratos internacionais complexos, quer os contratos relacionais se distinguem dos contratos discretos.

#### 6. Contratos internacionais complexos (de longa duração)

##### 6.1. Definição

Os contratos internacionais complexos definem-se, por um lado, por constituírem o resultado de um desenvolvimento a nível técnico, económico e social e, por outro lado, por serem “*meios essenciais para implementar transacções comerciais em ordem ao desenvolvimento científico, técnico e industrial*”<sup>102</sup>. De facto, estes contratos não só resultam de um aumento do conhecimento técnico e científico, como também promovem o desenvolvimento deste conhecimento.

---

<sup>100</sup> Cfr. FRICK, Joachim G., *op. cit.*, p. 33.

<sup>101</sup> Cfr. HVIID, Morten, “4200 LONG-TERM CONTRACTS AND RELATIONAL CONTRACTS”, University of Warwick, Department of Economics, 1999, p. 46, disponível in <http://encyclo.findlaw.com/4200book.pdf> (acesso em 23/11/2012).

<sup>102</sup> Cfr. Debevoise, 17 Harv. Int. Law Journal 122 (1976) *apud* FRICK, Joachim G., *op. cit.*, p. 3.

Importa ter aqui em conta a necessidade de cooperação entre as partes na economia moderna e nas transacções comerciais internacionais, sobretudo porque estes contratos complexos de longa duração são celebrados por partes de países diferentes (nomeadamente, grandes empresas sediadas por todo o mundo), as quais se encontram muitas vezes em níveis de desenvolvimento diferente. Como tal, num mundo globalizado, os contratos internacionais complexos acabam por ser um factor de progresso mundial, introduzindo soluções de cooperação e equidade.

Contudo, ainda que aceites no seio da prática económica sob a égide do princípio da boa fé, a estes contratos continua a ser oferecida resistência por parte da doutrina e da legislação, em virtude de uma aplicação rigorosa do princípio *pacta sunt servanda*.

Não obstante, esta prática contratual tende a abranger áreas como a construção civil, a prestação de bens e serviços, o franchising, etc..

Ainda assim, dado o carácter internacional das partes envolvidas, não é possível encontrar uma definição geral aceitável deste tipo de contratos<sup>103</sup>, pelo que teremos de atender às suas características para os distinguirmos de outros contratos. É esta uma tarefa crucial para a individualização desta categoria de contratos.

## **6.2. Características<sup>104</sup>**

### **6.2.1. Ausência legislativa e judicial**

Os sistemas legislativos nacionais tendem a dar pouca relevância aos contratos internacionais complexos, uma vez que, ainda que produzam um grande volume de negócio, são celebrados em menor número do que os contratos de curta duração. Isto será assim, dada a concepção tradicional do direito dos contratos, que entende não haver necessidade de se criarem regras específicas para contratos de longa duração, que se alteram ao longo da sua execução contratual.

De facto, o sistema legislativo ainda não teve em consideração os problemas que podem surgir associados a esta categoria de contratos, nomeadamente perturbações na

---

<sup>103</sup> Cfr. FRICK, Joachim G., *op. cit.*, p. 5.

<sup>104</sup> Neste ponto, atendendo ao que foi referido quanto à dificuldade de definição deste tipo contratual, cujas características são detalhadamente explicitadas, e de forma específica pelo Autor em causa, mediante um elenco que facilita sobremaneira a compreensão desta categoria contratual, seguimos de perto FRICK, Joachim G., *op. cit.*, pp. 14-27.

execução contratual, pelo que as partes veem-se na eminência de elaborar contratos muito detalhados e de excluir certas regras legais (por exemplo, a da resolução por incumprimento).

Precisamente por isto surge a necessidade de um direito não nacional, de princípios gerais ou de uma *lex mercatoria*. Na verdade, as normas legais são insuficientes para atender às características dos contratos internacionais complexos, nomeadamente a cooperação e a interdependência entre as partes.

Por outro lado, este tipo de contratos também não é objecto de decisões judiciais. Isto deve-se ao facto de as partes preferirem a arbitragem internacional pelas vantagens que apresenta, uma vez que, dado que este é um processo mais simples, rápido e neutro, há maiores hipóteses de se preservar a relação contratual. Além disso, as partes recusam o recurso aos tribunais devido a uma necessidade de anonimato e de futura cooperação entre as partes.

Como tal, como já foi referido, as partes optam por elaborar detalhadamente os seus contratos, adoptando cláusulas de adaptação e evitando o recurso à lei nacional aplicável, de modo a conseguir uma solução menos incerta. Além desta, as partes podem recorrer a outra solução, qual seja a de adoptar tipos contratuais fornecidos por organizações profissionais.

### **6.2.2. Longa duração**

Os contratos internacionais complexos tendem a ser de longa duração, situando-se entre os contratos pontuais, de curta duração, e os tradicionais contratos de longa duração (como o contrato de trabalho ou de mútuo).

A longa duração deste tipo de contratos é importante, dado que os problemas técnicos e financeiros que podem surgir exigem uma cooperação duradoura entre as partes. Por isso, é o próprio conteúdo do contrato que exige esta longa duração. De facto, independentemente do prazo contratual, importa o envolvimento e a interdependência das partes na execução contratual por um grande período de tempo.

Ademais, pode até dar-se o caso em que seja necessária uma cooperação desde uma fase pré-contratual até uma fase pós-contratual (por exemplo, quando uma das partes tenha o direito de estender a duração do contrato).

### 6.2.3. Técnica/Volume do negócio

Os contratos internacionais complexos podem envolver o desenvolvimento de sistemas técnicos ou de novas tecnologias, como sejam os contratos de distribuição de software ou projectos ligados à aviação, etc..

Por isto mesmo, estes projectos envolvem elevados custos e volume de negócios, o que faz com que as partes tenham de introduzir nos contratos regras detalhadas de cariz financeiro (por exemplo, nos contratos de distribuição de gás natural).

### 6.2.4. Incerteza

Nos contratos internacionais complexos, é indubitável que irão ocorrer alterações das circunstâncias e atrasos no cumprimento dos projectos, uma vez que é impossível às partes prever as contingências que o contrato poderá vir a sofrer. Há, pois, um factor de incerteza no momento da conclusão do contrato, que é resultado da longa duração do contrato, das limitações de previsibilidade de futuras contingências e da complexidade de certos projectos. Deste modo, torna-se muitas vezes difícil determinar os deveres e obrigações de cada parte<sup>105</sup>.

Em consequência, são usadas neste tipo de contratos cláusulas flexíveis e de distribuição do risco para determinar as obrigações de cada parte. Mas o que importa é a confiança existente entre as partes de modo a preservar a sua relação contratual.

Em virtude da impossibilidade de prever o futuro, o contrato terá necessariamente lacunas que reforçarão a incerteza contratual. Estas lacunas resultam principalmente da falta de informação no momento da celebração do contrato, das alterações das circunstâncias de cariz técnico, económico e político e do facto de as partes inevitavelmente terem de utilizar expressões genéricas na definição das suas obrigações.

---

<sup>105</sup> “Em vez de uma clara fixação de quantidades, qualidades e preços o texto do contrato frequentemente tem de fazer uso de fórmulas, como “best efforts”, “good faith cooperation”, etc.” Cf. FRICK, Joachim G., *op. cit.*, p. 21.

### **6.2.5. Sensibilidade a perturbações contratuais**

Nos contratos internacionais complexos, perturbações e atrasos na execução do contrato podem afectá-lo no seu todo, colocando especialmente em causa o futuro da relação contratual e da cooperação entre as partes.

A verdade é que o cumprimento do contrato por uma parte depende do desempenho contratual da outra. Há, assim, um esforço comum para atingir o sucesso contratual, o que implica cooperação e intensos contactos entre as partes durante a execução do contrato. Este nível de colaboração exige igualmente um elevado nível de confiança mútua, o que sensibiliza ainda mais as partes para os interesses de cada uma, principalmente quando afectados por perturbações contratuais.

### **6.2.6. Complexidade**

A complexidade existente nos contratos internacionais complexos decorre de factores já elencados, como sejam o diferente desempenho que cabe a cada parte contratual (que aumenta a sua interdependência) e a incerteza relativa às circunstâncias contratuais em que são celebrados estes contratos.

Como tal, este nível de complexidade exige uma forma especial de planeamento. Contudo, não se pode olvidar que em contratos de longa duração não é possível alcançar uma forma específica, completa e certa de planeamento, pelo que uma certa margem de flexibilidade tem de ser necessariamente introduzida. De modo que, se nos contratos de curta duração pode existir uma forma de planeamento certa, nos contratos de longa duração, a flexibilidade que se introduz traduz-se numa forma de planeamento menos completa.

Não obstante, importa ter em conta que os contratos internacionais complexos propiciam às partes alcançar um acordo que lida com a incerteza da sua base contratual, permitindo a estipulação de algumas condições, como o preço ou a duração do contrato. As partes não deixam de querer assumir um acordo de longa duração que seja estável, previsível e que tenha a força legal suficiente para as obrigar, pelo que adoptam uma forma especial de planeamento que as assegure contra as eventuais superveniências que podem ocorrer no futuro. É precisamente neste ponto que se pode vislumbrar a necessidade de novos princípios gerais. De facto, as partes têm vindo a seguir um

princípio legal, mediante o qual “*as partes são obrigadas a aderir aos termos acordados (pacta sunt servanda) a não ser que concordem em modificá-los (actus contrarius) ou a não ser que os termos sejam modificados ou mesmo tornados inválidos por outras razões de direito*”<sup>106</sup>.

### **6.2.7. Número de partes**

Nos contratos internacionais complexos, de natureza relacional, as partes envolvidas na celebração do acordo participam conjuntamente no seu planeamento e negociação (“*joint participation*”), ao invés de ser uma única entidade a fazê-lo.

No entanto, em virtude da complexidade e do volume de negócios deste tipo de contratos, podem igualmente participar no planeamento dos mesmos conselheiros e peritos.

Outra questão importante prende-se com o facto de, muitas vezes, estarem envolvidas partes de diferentes países. Nesta situação, os contratos são redigidos de modo a prever contactos intensos entre as partes e mecanismos de contacto em rede para a execução dos mesmos.

### **6.2.8. Interdependência**

Nos contratos de longa duração e de natureza relacional, o seu sucesso depende da interdependência existente entre as partes. Como tal, esta categoria de contratos é caracterizada pela intensa cooperação entre as partes e pela confiança mútua, de tal forma que o elemento prestacional perde importância em relação ao elemento relacional.

Deste modo, as partes têm consciência que a viabilidade do contrato ficará sempre dependente de uma contínua cooperação no curso do desempenho contratual, bem como de um contínuo planeamento do contrato. Como já foi referido, o desempenho contratual de uma parte depende do desempenho da outra para que a relação perdure no tempo. Assim, ao longo do curso do contrato existirá uma grande interacção entre as partes para alcançar o sucesso contratual. Neste sentido, durante esse tempo é esperado de cada parte uma conduta baseada na cooperação e na boa fé.

---

<sup>106</sup> Cfr. FRICK, Joachim G., *op. cit.*, p. 25.

Neste conspecto, a doutrina americana e alemã reclamam a existência de uma obrigação geral de lealdade entre as partes, baseada na ideia de interdependência, cooperação e solidariedade entre as partes<sup>107</sup>. Contudo, em certos ordenamentos jurídicos, esta obrigação geral de lealdade resulta enfraquecida pelo princípio da boa fé, no sentido de que apenas podem ser impostas às partes obrigações específicas que decorram da lei aplicável ou de uma cláusula contratual.

### 6.3. Distinções<sup>108</sup>

Os contratos internacionais complexos normalmente distinguem-se dos contratos onde ocorre apenas uma transacção pontual. A verdade é que a maioria das relações contratuais entre as pessoas consubstancia transacções pontuais, nas quais as pessoas apenas se relacionam no momento da troca de prestações.

A doutrina americana denomina estas relações contratuais de “*discrete contracts*”, por oposição aos “*relational contracts*”, uma vez que naqueles “*a troca é uma entidade separada, um evento individualmente distinto de tudo o resto na vida das partes na transacção*”<sup>109</sup>. Assim, nestes contratos o elemento relativo à troca de prestações ganha prioridade sobre o elemento relacional. Contudo, importa ter em conta que não há uma ausência do elemento relacional nos “contratos discretos”. Aqui, o que acontece é que o elemento relacional tem uma menor relevância, em virtude do carácter instantâneo da relação contratual e da pontualidade da transacção.

Ainda assim, a doutrina tem vindo a dar um maior enfoque aos “contratos discretos”, em detrimento dos “contratos relacionais”. Não só aqueles ocorrem com maior frequência, como a concepção tradicional do direito dos contratos vê as relações contratuais entre as partes como relações atomísticas e pontuais, sem qualquer interacção, onde apenas interessa a troca das prestações acordadas. Deste modo, ao contrário do que acontece nos contratos internacionais complexos, o elemento relacional, baseado numa relação duradoura de cooperação entre as partes, é ignorado pela doutrina.

---

<sup>107</sup> “*The word solidarity (or trust) is not appropriate to describe this web of interdependence, externally reinforced as well as self-supporting and expected cooperation. The most important aspect of solidarity (...) is the extent to which it produces similarity of selfish interest, hereby what increases (decreases) the utility of one participant also increases (decreases) the utility of the other.*” Cfr. Macneil, 75 Nw. U. L. Rev. 1018 (1981), pp. 1034 e 1031 *apud* FRICK, Joachim G., *op. cit.*, p. 27.

<sup>108</sup> Cfr., quanto às distinções, FRICK, Joachim G., *op. cit.*, pp. 28-31.

<sup>109</sup> Cfr. Macneil, Heidelberg Kolloquium, p. 32 footnote 4 *apud* FRICK, Joachim G., *op. cit.*, p. 28.

Importa, assim, realçar aqui, uma vez mais, as características dos contratos internacionais complexos. Isto é, importa ter em conta que é o elemento relacional, consubstanciado, nomeadamente, na relação de confiança mútua e de lealdade entre as partes, que distingue os contratos internacionais complexos da normalidade das transacções comerciais (“contratos discretos”).

Por outro lado, existem outras categorias de contratos que são muito semelhantes aos contratos internacionais complexos, pelo que se justifica o carácter ténue da distinção.

Uma dessas categorias é os contratos de parceria (“*partnership contracts*”), onde existe igualmente uma forte presença do elemento relacional, isto é, onde existe igualmente uma forte cooperação entre as partes. Assim, a diferença reside na forma de organização contratual. A verdade é que os contratos internacionais complexos têm uma forma única de organização<sup>110</sup>, no sentido de que, apesar das partes envidarem esforços para alcançar um objectivo comum, elas escolhem manter-se formalmente independentes quando decidem entrar nestes projectos e celebrar os respectivos contratos.

Outra categoria de contratos é a denominada “*relations of duration*”, desenvolvida pelo direito alemão e suíço<sup>111</sup>, cuja semelhança com os contratos internacionais complexos reside na sua longa duração. No entanto, nas “*relations of duration*” as prestações são homogéneas e repetem-se no tempo, pelo que as partes entram numa troca sucessiva de prestações (troca de dinheiro pelos mesmos bens ou serviços). Assemelham-se, assim, às obrigações de execução sucessiva. Ora, já nos contratos internacionais complexos o desempenho contratual das partes muda ao longo do tempo, até que se cumpra o objectivo do contrato. Nestes termos, o que determina a duração destes contratos é o conteúdo e o objectivo pretendido pelas partes, por oposição às “*relations of duration*”, onde o tempo é que determina o conteúdo do contrato. Este aspecto é particularmente importante, porque permite a fixação de diferentes fases contratuais perante as limitações de previsibilidade existentes no momento da conclusão do contrato. Deste modo, pode afirmar-se que nos contratos

---

<sup>110</sup> “Os contratos internacionais complexos revelam uma forma única de organização entre contrato e firma, entre mercado e hierarquia.” Cfr. FRICK, Joachim G., *op. cit.*, p. 30.

<sup>111</sup> Nestes ordenamentos jurídicos, a doutrina e a jurisprudência desenvolveram alguns princípios gerais por referência à duração do contrato, como sejam “*the replacement of ex tunc rescission by ex nunc cancellation and the concept of termination for important cause*”. No que toca aos contratos internacionais complexos, tal não sucedeu, pelo que mais uma vez aqui se vislumbra a necessidade de criação de princípios gerais para esta categoria contratual. Cfr. FRICK, Joachim G., *op. cit.*, p. 30.

internacionais complexos “a duração do contrato é simplesmente uma função do seu conteúdo”<sup>112</sup>.

## 7. Contratos relacionais

A Teoria dos Contratos Relacionais – *Relational Contracts Theory* – é uma teoria que foi desenvolvida em grande parte nos EUA, por Ian R. Macneil, e que tem sido objecto de extensa pesquisa pela jurisprudência dos países da common law. Importa, assim, analisar a proposta deste Autor, nomeadamente no que diz respeito ao conceito de contratos relacionais e à relação que está subjacente.

Esta teoria contraria de alguma forma o formalismo legal, baseando-se na assunção de que todos os contratos são relacionais (uns menos e outros mais), nunca podendo ser separados dos seus elementos relacionais. Entenda-se que, numa economia moderna como a actual, existe um constante confronto entre a estabilidade e a necessidade de resposta à mudança. Assim, as relações contratuais modernas não podem ser explicadas sem se olhar ao seu contexto relacional. Note-se que os contratos altamente relacionais têm na sua base um contexto económico e social específico e uma relação duradoura e de confiança entre as partes, o que, por sua vez, acaba por influenciar o seu escopo e conteúdo. Outros pontos importantes da teoria de Macneil são: o efeito de constante renegociação dos contratos, a resolução de conflitos entre as partes, a transacção entre agentes de grandes empresas nos modernos contratos comerciais, a importância do conceito de “*exchange*” e as “*contractual norms*”<sup>113</sup>.

### 7.1. A teoria dos contratos relacionais – introito

Macneil<sup>114</sup> começou por distinguir, nos países da *common law*, entre uma doutrina clássica e neoclássica do direito dos contratos, focada no carácter discreto dos

---

<sup>112</sup> Cfr. FRICK, Joachim G., *op. cit.*, p. 31.

<sup>113</sup> Cfr., quanto ao que foi dito, DIATHESOPOULOS, Michael, “Relational contract theory and management contracts: A paradigm for the application of the Theory of the Norms”, 2010, disponível in <http://mpr.ub.uni-munich.de/24028/> (acesso em 7/3/2013), pp. 3 e 4.

<sup>114</sup> Importa referir que, paralelamente à pesquisa de Macneil, outros autores também alertaram para a existência de contratos relacionais. S. Macaulay realça o facto de as partes frequentemente não escolherem celebrar um contrato que seja completo nos seus múltiplos aspectos, dada a importância de cada uma delas na evolução da sua relação contratual. Como tal, o poder de negociar é um factor que se altera durante o desenvolvimento da relação contratual e, por isso, o contrato pode ser alvo de ajustamentos informais durante esse período. Assim sendo, nas transacções relacionais as partes preferem não resolver

contratos, vistos como transacções pontuais e isoladas do contexto envolvente, e o direito actual dos contratos, onde cada tipo específico de contratos é governado por normas específicas, enquanto as normas gerais apenas são aplicadas perante novas situações contratuais<sup>115</sup>. Assim sendo, Macneil foca-se principalmente no fenómeno da troca (“*exchange*”) e nos aspectos comportamentais da contratação (“*behavioural aspects of contracting*”).

Neste conspecto, o Autor afirma que os contratos devem ser assumidos como pertencentes a um contexto complexo no seio das relações de troca. Não obstante, existe uma graduação nos contratos relacionais, entre o mais relacional, como o contrato de trabalho a termo incerto, até ao mais discreto, como uma compra e venda pontual. Ainda assim, mesmo no caso dos contratos discretos, a transacção insere-se num determinado contexto relacional, pelo que quase nenhum contrato deveria ser apelidado de totalmente discreto<sup>116</sup>.

Deste modo, a teoria dos contratos relacionais opõe-se a uma teoria baseada no formalismo legal, que se foca apenas na letra do contrato e ignora qualquer questão que provenha do contexto subjacente à relação contratual<sup>117</sup>. Nesta conformidade, o termo relacional significa não só o contexto social relacionado com cada contrato, mas também que certos contratos envolvem uma relação complexa e duradoura entre as partes, a qual inevitavelmente acaba por influenciar a função deste tipo de contratos. Assim, a teoria dos contratos relacionais baseia-se na ideia de que os contratos não devem ser assumidos como entidades individuais. Ao invés, Macneil sugere que entendamos a contratação como um fenómeno e não como um conjunto de trocas

---

o contrato, antes procedendo aos reajustamentos necessários para garantir a sua manutenção. A negociação assume, assim, uma função principal nas relações comerciais. Nestes termos, Macaulay chama a atenção para a emergência de normas não legais que podem eventualmente suplantar o direito dos contratos. Do mesmo modo, H. Beale e T. Dugdale referem que, em vez de um contrato detalhado e planeado, assume actualmente maior importância a relação de confiança entre as partes. Neste sentido, normas aceites mutuamente eram mais frequentemente usadas do que o direito dos contratos. Cfr. DIATHESOPOULOS, Michael, pp. 9 e 10.

<sup>115</sup> Cfr. DIATHESOPOULOS, Michael, *cit.*, p. 10.

<sup>116</sup> Actualmente, as relações de troca são caracterizadas pelos seguintes aspectos: “a) *relações pessoais próximas, onde a reputação, uma espécie de moralidade e interdependência têm um papel crucial*, b) *o envolvimento de muitos pólos de interesse individuais e colectivos*, c) *duração significativa*, d) *um objecto que inclui quantidades mensuráveis e imensuráveis*, e) *uma maior partilha e uma distribuição incomum das responsabilidades, do risco e dos benefícios relacionais*, f) *uma vinculatividade limitada*.” Cfr. DIATHESOPOULOS, Michael, *cit.*, pp. 11 e 12.

<sup>117</sup> Note-se que o próprio Macneil reconhece a inexistência de um direito dos contratos relacionais como sistema nos EUA, o qual substituiria o sistema neoclássico.

individuais e que compreendamos que não pode existir uma única lei a regular cada contrato<sup>118</sup>.

## 7.2. A teoria dos contratos relacionais – principais aspectos

### 7.2.1. “*Presentiation*” e “*Discreteness*”

Macneil define o fenómeno da “*presentiation*” como uma “*recognition that the course of the future is bound by present events, and that by those events the future has for many purposes been thought effectively into the present*”<sup>119</sup>. Não obstante, o Autor reconhece que a nossa capacidade de “*presentiation*” é limitada, uma vez que ninguém é capaz de prever todas as causas e efeitos numa sequência complexa de eventos. Como tal, acabamos por projectar o presente no futuro, em vez de trazer o futuro ao presente<sup>120</sup>.

Desta forma, questiona-se a utilidade do conceito de “*presentiation*”. Ora, a doutrina tradicional do direito dos contratos baseia-se na “*presentiation*”, isto é, na ideia de que o contrato inicial tem de ser completo, de modo a resolver por si só qualquer problema futuro. Assim, “*presentiation*” e “*discreteness*” traduzem uma troca consentida, planeada e isolada de qualquer aspecto do seu futuro contexto social e relacional. Este procedimento será fácil de concretizar numa transacção pontual, ao contrário do que acontecerá num contrato relacional, pois será difícil prever uma situação relativa ao desenvolvimento da relação contratual<sup>121</sup>.

<sup>118</sup> Cfr. DIATHESOPOULOS, Michael, *cit.*, p. 13.

<sup>119</sup> Cfr. MACNEIL, Ian R., “Restatement (second) of contracts and presentation”, 60 Va. L. Rev. 589 1974, disponível in <http://heinonline.org> (acesso em 8/3/2013), p. 589. “*To presentiate: to make or render present in place or time; to cause to be perceived or realized as present.*” Cfr. Oxford English Dictionary *apud* MACNEIL, Ian R., *cit.*, p. 589.

<sup>120</sup> “*Falamos constantemente em planear, em prever, em perspectivar, e numa miríade de outros termos em que se reconhece tacitamente as limitações do nosso conhecimento presente sobre o futuro.*” Cfr. MACNEIL, Ian R., *cit.*, p. 590.

<sup>121</sup> Neste especto, o direito contratual convencional inglês desenvolveu a ideia de “termos implícitos”, de forma a salvaguardar a “*presentiation*” e permitir a resolução de problemas em contratos “mais relacionais”, sem comprometer o contrato original. Assim, ainda que o contrato não incluía determinados termos, assumia-se que eles estavam implícitos e, como tal, que os mesmos também constituíam “*a presentiated part of the original agreement*”. Cfr. DIATHESOPOULOS, Michael, *cit.*, p. 14.

### 7.2.1.1. Direito contratual tradicional e “*presentiation*”

O direito contratual tradicional criou uma estrutura onde se procedia à “*presentiation*” em toda a relação contratual. No entanto, até o consentimento objectivo é demasiado vago em termos de compromisso e de conteúdo como base para uma completa “*presentiation*”. Perante o surgimento de inevitáveis problemas, como erros, impossibilidades ou outro tipo de frustração dos objectivos do contrato, a teoria criada pelo direito contratual tradicional socorreu-se de condições implícitas para preservar a “*presentiation*” inicial. O objectivo era estabelecer, enquanto a lei permitisse, a manutenção de toda a relação contratual<sup>122</sup>.

Esta teoria do direito contratual tradicional, no sentido de uma “*presentiation*” completa, não deixa de ser útil para os contratos discretos, uma vez que são transacções de curta duração, com uma interacção pessoal limitada e que têm por objecto prestações precisas e quantificáveis. De facto, estas transacções apenas requerem um mínimo de cooperação entre as partes, não sendo necessário qualquer partilha de benefícios ou encargos<sup>123</sup>. Nestes termos, é possível nos contratos discretos atingir um alto nível de “*presentiation*”, isto é, alcançar um planeamento mútuo completo no momento da celebração do contrato, vinculando as partes de uma forma rigorosa<sup>124</sup>.

### 7.2.1.2. Contratos relacionais e “*presentiaton*”

É nos contratos relacionais que é esperada a ocorrência de alterações das circunstâncias. De facto, as características destes contratos são mais propícias a ser afectadas por qualquer mudança. Trata-se de relações duradouras, com grande interacção entre as partes e cujo objecto nem sempre é facilmente mensurável. São transacções que envolvem um grande número de pessoas, que devem cooperar entre si,

<sup>122</sup> “*The dominant characteristics of a typical contract legal system aimed at creating complete presentiation at the time of mutual assent may be summarized as follows: As much as possible of the content of the relation, both structure and detail, is forced into a pattern of mutual assent expressed at some instantaneous point of time; content necessary to achieve presentiation, but which cannot sensibly be rationalized into a pattern of instantaneous mutual assent, will be supplied eo instante by the legal system in a form as precisely predictable as possible.*” Cfr. MACNEIL, Ian R., *cit.*, pp. 593 e 594.

<sup>123</sup> “*O epítome das transacções discretas: dois estranhos chegam à cidade vindos de direcções opostas, um a pé e outro a cavalo. O que veio a pé propõe comprar o cavalo, estabelecendo-se um acordo no qual a entrega do cavalo ocorrerá ao pôr do sol mediante a contrapartida de \$10. Os dois estranhos não esperam encontrar-se novamente, não sentindo mais pelo outro do que um Viking negociando com um Saxon.*” Cfr. MACNEIL, Ian R., *cit.*, p. 594.

<sup>124</sup> Neste conspecto, Macneil denominou este sistema de “*transactional contract law*”, dada a conexão entre o direito contratual tradicional e as transacções discretas. Cfr. MACNEIL, Ian R., *cit.*, p. 595.

bem como partilhar os benefícios e encargos resultantes da execução contratual. Importa realçar que, neste tipo de contratos, as partes nunca esperam conseguir prever totalmente o futuro da sua relação, antes percebendo que ela se traduzirá numa contínua integração do seu comportamento.

Ora, na perspectiva de Macneil, a maioria dos contratos actualmente celebrados podem ser apelidados de relacionais, em maior ou menor escala. Como tal, dada esta tendência de celebração de contratos altamente relacionais, perde relevância o fenómeno da “*presentiation*” e mais aspectos da relação ficam por determinar<sup>125</sup>.

Não obstante, Macneil observa que a “*presentiation*” não deixará de ser necessária nas relações económicas, nem desaparecerá da ordem jurídica, no caso de os contratos relacionais passarem a ser o modo organizacional dominante da actividade económica<sup>126</sup>. De facto, apesar da importância de flexibilidade nas relações contratuais, irá ser sempre igualmente necessário um planeamento fixo, no qual as partes possam confiar, mesmo no seio de uma economia tecnológica moderna. O fenómeno da “*presentiation*” acaba, assim, por ser considerado incontornável, dadas as altas expectativas criadas nas partes de que se manterá no futuro o *status quo* subjacente ao contrato celebrado. Como tal, mesmo num sistema de direito contratual que tenha por base contratos relacionais, será sempre necessária a implementação de aspectos de “*presentiation*”. Ainda assim, o Autor realça a importância da existência de um outro sistema de direito contratual, em virtude de uma necessidade de flexibilidade e de mudança nas relações contratuais, no qual os aspectos de “*discreteness and presentiation*” têm um papel subordinado em relação aos elementos relacionais<sup>127</sup>.

---

<sup>125</sup> Cfr. MACNEIL, Ian R., *cit.*, p. 596.

<sup>126</sup> Cfr. MACNEIL, Ian R., “Contracts: Adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassic, and relational contract law”, 72 Nw. U. L. Rev. 854 1977-1978, disponível in <http://heinonline.org> (acesso em 8/3/2013), p. 887.

<sup>127</sup> Segundo Macneil, a troca discreta (“*discrete exchange*”) apenas pode ter uma função limitada em qualquer economia, qual seja a transferência do controlo sobre o capital e o trabalho (bens e serviços) entre entidades quase independentes (individuais ou colectivas). Assim, a troca discreta não consegue alcançar as tarefas económicas actuais correspondentes à produção física, à distribuição e ao consumo final de bens e serviços. Como tal, a ocorrência da troca discreta não é, per si, fisicamente produtiva. Dada a sua função limitada (de transferência de controlo), a relação da troca discreta com a produção física de bens e serviços é mínima, praticamente reservada ao seu transporte. Neste sentido, o Autor conclui que a troca relacional (“*relational exchange*”) será muito mais frequente do que a troca discreta, pois aquela não só integra a função de transferência de controlo, como também está intimamente relacionada com todos os aspectos da produção física de bens e serviços. Cfr. MACNEIL, Ian R., “Relational Contract: What we do and do not know”, Wis. L. Rev. 483 1985, disponível in <http://heinonline.org> (acesso em 8/3/2013), pp. 485-488.

### 7.2.2. Contratos relacionais

Macneil começa por definir o contrato como *“one or more exchanges of manifestations of intent to act in specified ways, so made as to justify each party in understanding that a commitment has been made by the other and for the breach of which the law gives a remedy”*<sup>128</sup>. Mais tarde, o Autor redefine o conceito de contrato, focando-se no contrato como gerador de trocas futuras (*“o contrato significa relações entre pessoas que tenham realizado trocas, que estão a realizar trocas, ou que esperam vir a realizar trocas no futuro”*<sup>129</sup>).

Neste sentido, hoje em dia o elemento relacional prevalece sobre o elemento transaccional (transacção discreta) e deve existir uma harmonização entre o contexto social e a relação contratual para garantir o sucesso do contrato.

Neste conspecto, Macneil aponta quatro proposições que definem uma qualquer teoria dos contratos relacionais. Assim, para formular um contexto mais relacional, é necessário ter em conta que: *“cada transacção envolve relações complexas; compreender uma transacção requer compreender todos os elementos essenciais das relações envolventes; uma análise efectiva de uma transacção requer o reconhecimento e consideração de todos os elementos essenciais das relações envolventes que podem afectar significativamente a transacção; uma análise contextual das relações e transacções é mais eficiente e produz um produto analítico final mais completo e seguro do que partir de uma análise das transacções desligada do seu contexto”*<sup>130</sup>.

A primeira proposição significa que o contexto social é requisito mínimo para que se produza uma troca entre as partes, até mesmo na transacção mais discreta<sup>131</sup>. A segunda proposição pretende significar a necessidade de entendimento dos elementos envolventes da relação contratual. A terceira proposição significa que, para além do entendimento, é igualmente necessário o reconhecimento e consideração de todos os elementos relacionais (independentemente do objectivo da análise que esteja a ser conduzida), pelo que se torna especialmente importante na avaliação dos elementos

<sup>128</sup> Cfr. MACNEIL, Ian R., *cit.*, p. 597.

<sup>129</sup> Cfr. MACNEIL, Ian R., “Relational Contract Theory: Challenges and Queries”, 94 Nw. U. L. Rev. 877 1999-2000, disponível in <http://heinonline.org> (acesso em 8/3/2013), p. 878.

<sup>130</sup> Cfr. MACNEIL, Ian R., “Relational Contract Theory...” p. 881.

<sup>131</sup> Neste caso, será sempre necessário: *“um meio de comunicação que ambas as partes entendam; um sistema de ordem de modo às partes trocarem em vez de matarem ou roubarem; tipicamente, em tempos modernos, um sistema monetário; e, no caso de trocas prometidas, um mecanismo efectivo para obrigar ao seu cumprimento”*. Cfr. MACNEIL, Ian R., “Relational Contract Theory...” p. 884.

substantivos da relação contratual, sobretudo quanto aos aspectos comportamentais, que são normalmente ignorados e desvalorizados. Por último, a quarta proposição requer uma análise, que pode ter um enfoque relacional ou transaccional. Qualquer que seja a forma de análise, será sempre necessário algum conhecimento dos elementos essenciais da relação contratual.

### **7.2.2.1. Ajustamentos relacionais, negociações e resolução de conflitos**

Macneil destaca igualmente a necessidade de preservar a relação contratual e, conseqüentemente, a importância dos ajustamentos contratuais e da contínua negociação entre as partes. Note-se, uma vez mais, que estamos aqui perante relações duradouras e mais susceptíveis à ocorrência de mudanças e que, por isso, reclamam maior flexibilidade. Estamos, assim, perante situações onde interessa a manutenção da relação contratual.

Nestes termos, apesar de relevar o elemento literal do contrato, a sua importância vai depender da sua compatibilidade com as circunstâncias relacionais, pelo que não deve influenciar a relação contratual se se tornar disfuncional face à mesma.

Por outro lado, quanto mais duradoura for a relação contratual mais complexa se torna, de tal forma que o modelo convencional de resolução de conflitos já não é o mais adequado para estas situações. Tradicionalmente, os meios de resolução de conflitos apresentam um carácter conservador, no sentido que o árbitro se mantém apegado ao *status quo* inicial do contrato. No entanto, Macneil nota que este facto não impede que se alcancem alterações no contrato, resultantes da actuação arbitral. Na verdade, o *status quo* existente numa sociedade dinâmica, como a actual, não pode significar um *status quo* estático, mas antes aquele do qual certas alterações são esperadas<sup>132</sup>. Deste modo, Macneil destaca a utilidade dos meios de resolução de conflitos para a manutenção dos contratos relacionais.

### **7.2.3. Normas contratuais**

Macneil começa por observar que as relações contratuais estão sujeitas a um conjunto de normas que caracterizam os contratos em geral (sejam discretos ou

---

<sup>132</sup> Cfr. MACNEIL, Ian R., “*Contracts: Adjustment...*”, p. 896.

relacionais): “*permitir e encorajar a participação nas trocas; promover a reciprocidade; reforçar padrões apropriados para os diversos tipos contratuais; providenciar uma liberdade de escolha limitada; efectuar o planeamento; harmonizar as matrizes internas e externas de determinados contratos*”<sup>133</sup>.

Estas normas traduzem o comportamento habitual das partes, isto é, as obrigações recíprocas geradas pelo seu comportamento, bem como aquelas que se projectam para o exterior da relação contratual<sup>134</sup>.

Assim, o Autor, empenhado na descrição da prática contratual, apercebeu-se de quatro “*primal roots*” dos contratos: “*a social matrix*”, “*specialization of labor and exchange*”, “*a sense of choice*”, “*conscious awareness of past, present and future*”<sup>135</sup>. Não obstante, dada a generalidade destas “*primal roots*”, Macneil desenvolveu, a partir delas, um conjunto de categorias comportamentais. De facto, dado que a repetição do comportamento humano cria um conjunto de normas, conclui-se que as referidas categorias comportamentais são igualmente categorias normativas.

Deste modo, Macneil desenvolveu um determinado número de normas que se aplicam aos contratos. Mediante uma descrição factual, o Autor descreveu um número de normas que podem ser observadas na prática contratual, pelo que constituem “*norms in fact*”, que se distinguem das “*normative norms*”, baseadas nas teorias económicas positivas. Importa, pois, ter em conta, por um lado, a capacidade da lei para regular com sucesso as relações contratuais e, por outro lado, até que ponto uma determinada relação contratual deve seguir estas normas, que estão directamente relacionadas com a duração e o êxito da própria relação. Neste sentido, Macneil define a norma como “*a pattern or trait taken to be typical in the behaviour of a social group*”, cuja função é determinar “*o comportamento que ocorre nas relações, que deve ocorrer se as relações forem para continuar, e que conseqüentemente tem de ocorrer enquanto a sua manutenção for valorizada*”<sup>136</sup>.

<sup>133</sup> Cfr. MACNEIL, Ian R., “*Contracts: Adjustment...*” p. 895.

<sup>134</sup> Cfr. MACNEIL, Ian R., “*Contracts: Adjustment...*” p. 895, nota (125).

<sup>135</sup> Cfr. MACNEIL, Ian R., “*Relational Contract Theory...*”, p. 879 e, num primeiro momento e noutra ordem, MACNEIL, Ian R., “*The Many Futures of Contracts*”, 47 So. Cal. L. Rev. 691 1974, disponível in <http://heinonline.org> (acesso em 8/3/2013), pp. 696-720. Relativamente a estas “*primal roots*”, deve referir-se que não as iremos traduzir de forma a não desvirtuar o pensamento do Autor.

<sup>136</sup> Cfr. MACNEIL, Ian R., “*The New Social Contract*”, 4 New Haven, Conn. USA: Yale UP 1980, disponível in <http://heinonline.org> (acesso em 8/3/2013), pp. 37-38 e 64.

Desta feita, resultaram, assim, dez<sup>137</sup> normas comuns do comportamento contratual: “*role integrity*”, “*reciprocity*”, “*implementation of planning*”, “*effectuation of consent*”, “*flexibility*”, “*contractual solidarity*”, “*the restitution, reliance and expectation interests (the linking norms)*”, “*creation and restraint of power (the power norm)*”, “*propriety of means*” e “*harmonization with the social matrix*”<sup>138</sup>.

Além destas normas, comuns a todos os contratos, Macneil destaca ainda três normas, relacionadas directamente com os contratos relacionais: “*preservation of the relation*”, “*harmonization of relational conflict*” e “*supracontract norms*”<sup>139</sup>.

Importa, contudo, perceber que a função, o conteúdo e o significado específicos de cada norma dependem da prevalência de elementos relacionais ou discretos/transacionais numa determinada relação contratual.

### 7.2.3.1. Normas comuns<sup>140</sup>

A “*role integrity norm*” é a primeira norma comum a todos os contratos, a qual descreve comportamentos complexos e de longa duração, que envolvem múltiplas obrigações e relações intensas entre as partes. Especialmente nos contratos relacionais, as partes tendem a ignorar as regras formais, de forma a alcançar os seus objectivos de uma maneira mais eficiente. Para tal, deve existir confiança mútua, isto é, cada parte deve confiar que a outra irá cumprir as suas obrigações contratuais. Consequentemente, as expectativas sobre o comportamento das partes são fundamentais para a manutenção da relação contratual, especialmente das relações complexas e de longa duração.

A “*reciprocity norm*” respeita à legítima expectativa de cada parte de esperar que a contraparte ofereça algo em troca pela sua contribuição para a relação contratual (“*the principle of getting something back for something given*”). Esta expectativa é fundamental para reforçar a confiança entre as partes e assegurar a manutenção da relação contratual. Ora, nos contratos relacionais a “*reciprocity norm*” respeita não

---

<sup>137</sup> Note-se que estas categorias comportamentais foram aumentando numericamente e sofrendo alterações ao longo dos vários artigos de Macneil. Também relativamente às normas comuns, não as iremos traduzir pelo motivo já referido.

<sup>138</sup> Cfr. MACNEIL, Ian R., “*Relational Contract Theory...*”, pp. 879-880. Macneil apelida a sua própria descrição de “*essential contract theory*”, a qual serve os propósitos do elenco das quatro proposições da teoria dos contratos relacionais.

<sup>139</sup> Do mesmo modo, relativamente a estas normas relacionais, não as iremos traduzir pelo motivo já aduzido supra.

<sup>140</sup> Neste ponto, seguimos de perto DIATHESOPOULOS, Michael, *cit.*, pp. 20-27, dado o carácter prático e explicativo da estrutura apresentada pelo Autor, baseada na teoria de Macneil.

apenas a aspectos mensuráveis da relação contratual, mas antes a todo o comportamento das partes. De facto, há uma necessidade não de igualdade, mas antes de compensação, no sentido de que não importa que as partes não contribuam na mesma medida (até porque nem todas as prestações são quantificáveis), mas antes a certeza de que cada parte irá prestar uma compensação adequada pela contribuição da outra, a qual será negociada com base na natureza da relação, no comportamento das partes e na sua posição contratual. Requer-se, assim, um sentido de justiça na contratação e na negociação.

Por sua vez, a “*implementation of planning norm*” está relacionada com a capacidade das partes para, mediante um acordo, estabelecer um compromisso que irá ser concretizado no futuro. Esta norma é especialmente importante nos contratos relacionais, uma vez que uma parte do planeamento da relação contratual é deixado para o futuro. Como tal, nos contratos relacionais o planeamento é feito por ambas as partes, implicando menos conflitos e uma distribuição conjunta dos riscos e dos benefícios.

A “*effectuation of consent*” é outra norma, segundo a qual em cada operação contratual o consentimento dado por uma das partes implica a limitação da sua liberdade. Nos contratos relacionais, esta limitação não é determinada no momento da celebração do contrato, dependendo antes do desenvolvimento da relação contratual. Isto significa que as obrigações contratuais das partes são determinadas não só no início da relação contratual, mas também tendo em conta os resultados decorrentes do seu desenrolar.

Outra norma comum aos contratos é a “*flexibility*”. Esta norma está relacionada com as incertezas inerentes a cada relação contratual, especialmente nas de longa duração e com um carácter (mais) relacional, que requerem maiores ajustamentos. Como tal, nos contratos relacionais a flexibilidade é alcançada dentro da relação contratual, mediante a actuação, planeamento e comportamento das partes no seio da própria relação<sup>141</sup>.

---

<sup>141</sup> Porém, há quem entenda que esta norma é antes um pré-requisito para a concretização de todas as outras normas: “*a flexibilidade é um pré-requisito para a solidariedade da relação, um meio para cada parte continuar a desempenhar o seu papel na relação e um meio para as partes solucionarem os conflitos relacionais que podem resultar de eventos imprevisíveis; uma necessidade também reclamada pelo contexto social da relação; um elemento relacionado com o consentimento e a criação de poder à medida que as partes alteram as suas prioridades na relação, reclamando por isso uma mudança no conteúdo do seu compromisso ou do da sua contraparte devido a uma alteração nos parâmetros da relação; as partes também antecipam que as contrapartes trabalharão continuamente para alcançar flexibilidade e também assumem como justo e apropriado poder alterar o conteúdo da relação de acordo com as incertezas, porque doutra forma poderiam ficar vinculadas a compromissos anteriores que não*

Por outro lado, a “*contractual solidarity norm*” reflecte a tendência de as partes se comportarem de forma a preservar a sua relação contratual e demonstra a interdependência existente entre as mesmas, principalmente nas relações de longa duração. Na verdade, o interesse egoístico de cada uma das partes influencia a sua escolha de preservar o contrato. De facto, a cooperação mútua é o único meio de realizar os interesses individuais das partes, de tal forma que a actuação de uma parte que coloque em causa o interesse da contraparte coloca igualmente em perigo a própria relação contratual.

De entre as normas comuns a todos os contratos, existem ainda as “*linking norms*”, isto é, “*restitution, reliance and expectation interests*”. Estas normas são necessárias para ajustar o contrato face à ocorrência de uma alteração das circunstâncias. A “*restitution*” aplica-se nas situações em que a uma das partes é atribuído um benefício que é injusto em relação à posição da contraparte. A “*reliance*” aplica-se para reforçar o vínculo dos acordos estabelecidos entre as partes. Por fim, a “*expectation*” constitui a percepção de cada parte sobre o compromisso da contraparte.

O elenco das “*common norms*” contempla igualmente a “*power norm*”, isto é, a “*creation and restraint of power*” de uma parte em relação à outra. Este fenómeno é particularmente importante nos contratos relacionais, dada a duração do contrato e a relação de interdependência entre as partes. Assim, esta “*creation and restraint of power*” fundamenta-se no facto de a relação contratual impor a uma parte certas obrigações que limitam a sua liberdade de agir, dando à contraparte o direito de intervir nos seus interesses.

Seguidamente, a “*propriety of means norm*” significa que quando as partes estabelecem uma relação contratual entre si, elas devem adoptar padrões comportamentais adequados, tendo em conta o contexto social envolvente e a natureza específica da própria relação. Esta norma contempla uma dimensão relacional específica, uma vez que a “*propriety of norms*” depende da natureza de cada relação e do seu escopo, bem como do perfil das partes e dos seus objectivos e necessidades individuais. Pelo que, a noção de “*propriety of norms*” tem de ser adaptada aos parâmetros específicos de cada relação contratual.

Por último, a “*harmonization with de social matrix norm*” está relacionado com as quatro “*primal roots*” dos contratos e significa que a relação contratual deve

---

*estão relacionados com a situação actual, algo que também poderia resultar em consequências abusivas e injustas*”. Cfr. DIATHESOPOULOS, Michael, *cit.*, p. 24.

obedecer ao conjunto de regras que definem as trocas contratuais numa determinada sociedade (nomeadamente, o sistema legal, os protocolos de comunicação, o sistema monetário, os procedimentos de troca e de negociação, etc.). Assim, cada troca desenvolve-se na medida do permitido numa determinada matriz social. Como tal, a matriz social consiste em todos os factores necessários para a ocorrência de uma troca contratual, na qual a relação se integra e é por ela influenciada.

### **7.2.3.2. Normas relacionais<sup>142</sup>**

Como já foi referido, Macneil identifica três normas específicas para os contratos relacionais.

A primeira é a “*preservation of the relation norm*”, que é uma intensificação e expansão da “*contractual solidarity norm*”, compreendendo um nível de preservação individual – dos membros da relação contratual – e colectiva – de toda a relação contratual.

A segunda é a “*harmonization of relational conflict norm*”, que está relacionada com a norma anterior. No entanto, Macneil trata-a separadamente, porque podem ocorrer conflitos nas modernas relações contratuais que reclamam ajustamentos nas mesmas. Esta norma dirige-se, assim, ao estabelecimento de um quadro relativo aos meios de resolução de conflitos e à adaptação contratual, sendo, por isso, particularmente importante para a manutenção da relação estabelecida entre as partes.

A terceira é a “*supracontract norms*”, que está, por sua vez, relacionada com a “*harmonization of relational conflict norm*”. Aquela norma é constituída por um conjunto de princípios que não têm propriamente um carácter contratual, nomeadamente a justiça distributiva, a liberdade, a dignidade humana e a igualdade social.

## **7.3. Os contratos discretos**

Macneil veio defender a existência dos contratos relacionais, por oposição aos contratos discretos. Os primeiros prolongam-se no tempo e exigem uma contínua cooperação entre as partes, enquanto os outros apresentam um carácter instantâneo, esgotando-se num momento.

---

<sup>142</sup> Neste ponto, seguimos de perto DIATHESOPOULOS, Michael, *cit.*, pp. 27-28, dado o carácter prático e explicativo da estrutura apresentada pelo Autor, baseada na teoria de Macneil.

No entanto, parece que a distinção em causa deve centrar-se não na longevidade do contrato, mas antes no comprometimento e no empenho pessoal das partes<sup>143</sup>.

Na verdade, tanto nos contratos relacionais como nos contratos discretos, há uma troca económica. Contudo, nos contratos discretos ou impessoais a troca é pontual, de execução instantânea, e as partes são mais individualistas. Por sua vez, nos contratos relacionais as partes são mais colectivistas, sendo fundamental o aspecto da cooperação. Isto mesmo resulta da forma como os conflitos são resolvidos. Perante uma situação de incumprimento, ao invés da resolução do contrato, procura-se, nos contratos relacionais, mediante a negociação ou outro processo que favoreça a cooperação, alcançar a sua manutenção.

Importa, pois, para distinguir entre os contratos discretos e os relacionais, atender à natureza da relação contratual. Estaremos perante um contrato discreto (ou impessoal), “*se o empenho das partes é limitado, se os contratantes são intermutáveis, se os meios de comunicação são exclusivamente formais e se o objecto do contrato é simples e substituível em dinheiro*”<sup>144</sup>.

Ademais, existe ainda um conjunto de aspectos distintivos entre os contratos discretos e os contratos relacionais<sup>145</sup>. Ora, nos primeiros o contrato tem por objecto prestações quantificáveis, enquanto nos segundos as prestações são dificilmente mensuráveis.

Outro aspecto diz respeito ao cumprimento contratual. Nos contratos discretos, as partes cumprirão as suas obrigações pois receiam a aplicação de sanções. Aliás, o cumprimento das obrigações determina o fim do contrato. Nos contratos relacionais, as partes têm em vista a continuação da relação contratual, pelo que cumprirão as suas obrigações porque perspectivam outras trocas com o contratante actual.

A duração do contrato é outro factor distintivo. Os contratos discretos são normalmente de curta duração, pontuais e instantâneos. Pelo contrário, os contratos relacionais são duradouros, não estando previsto nenhum termo para o contrato, podendo mesmo continuar após a morte de um dos contratantes.

Seguidamente, há que ter em conta o início e o *terminus* do contrato. Nos contratos discretos, o contrato inicia-se com a sua celebração num determinado

---

<sup>143</sup> Cfr. LEITE DE CAMPOS, Diogo, “Dos contratos de relação às relações de associação”, Vol. I/IV, A. 70, 2010, disponível in [www.oa.pt](http://www.oa.pt) (acesso em 23/11/2012), p. 1.

<sup>144</sup> Cfr. LEITE DE CAMPOS, Diogo, *cit.*, p. 4.

<sup>145</sup> Quanto à distinção em causa, seguimos de perto LEITE DE CAMPOS, Diogo, *cit.*, pp. 4-5, dada a relevância dos critérios distintivos apresentados pelo Autor.

momento e termina com o cumprimento das obrigações pelas partes. Nos contratos relacionais, pode não existir uma definição exacta do início e do fim do contrato.

Por sua vez, a planificação também é distinta em ambas as categorias contratuais. Nos contratos discretos, as partes tendem a celebrar o contrato o mais completo possível (“*presentiation*”). Nos contratos relacionais, as partes, mediante uma intensa cooperação, vão planificando o contrato ao longo da sua execução.

Um outro aspecto tem a ver com a repartição de benefícios e encargos. Nos contratos discretos, ambos pertencem à parte que é proprietária do bem, enquanto nos contratos relacionais os benefícios e encargos são partilhados entre as partes.

No que respeita à fonte das obrigações, nos contratos discretos a fonte exclusiva do conteúdo da obrigação encontra-se nas promessas formuladas entre as partes. Nos contratos relacionais, independentemente das promessas expressamente formuladas, o conteúdo da obrigação é impreciso e modificável.

Quanto ao carácter pessoal do contrato, nos contratos discretos uma ou ambas as partes podem ser substituídas sem que se coloque em causa a validade do acordo celebrado. Pelo contrário, nos contratos relacionais as partes não são intermutáveis, dada a importância da sua identidade pessoal e o facto de as obrigações não serem exclusivamente económicas.

No que toca ao número de contratantes, nos contratos discretos existem em princípio apenas duas partes, uma vez que, havendo mais do que duas partes contratuais, o contrato tende a tornar-se relacional, pois será necessário proceder a uma harmonização de interesses diferentes e a uma contínua e próxima colaboração.

Por fim, importa referir a visão que os contratantes têm do seu contrato. Nos contratos discretos, as partes veem o contrato como um meio de troca, isto é, como um meio de transferir a propriedade de um determinado bem. Pelo contrário, nos contratos relacionais as partes não pensam no contrato como uma troca de equivalentes, visando antes alcançar um objectivo comum.

## CAPÍTULO IV

### INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS

#### 8. A Convenção de Viena de 1980

##### 8.1. Generalidades

A Convenção das Nações Unidas Sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias ou Convenção de Viena, criada na senda da Convenção de Haia de 1964<sup>146</sup>, assumiu a sua função de uniformizar as regras substantivas do direito da compra e venda internacional.

De facto, tendo em conta os fracassos anteriores, a Comissão das Nações Unidas Para o Direito do Comércio Internacional (CNUDI), criada em 1966 por uma Resolução da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), estabeleceu como prioridade a revisão do Direito Uniforme sobre a compra e venda internacional. O trabalho desenvolvido pela CNUDI culminou, numa conferência diplomática em Viena, em 1980, com a aprovação da Convenção de Viena, que entrou em vigor no dia 1 de Janeiro de 1988.

A sua aceitação por 79 países<sup>147</sup> (dos quais Portugal não faz parte) acabou por determinar o seu sucesso e a sua importância no âmbito do direito do comércio internacional. A Convenção de Viena é considerada um substituto moderno e uniforme para os diversos sistemas legais.

Tendo em conta os objectivos da Convenção, enunciados no seu preâmbulo, o seu propósito foi o de “*unificar o Direito da compra e venda na medida do necessário à eliminação de eventuais obstáculos jurídicos ao desenvolvimento do comércio internacional e com respeito pela diversidade dos sistemas sociais, económicos e*

---

<sup>146</sup> A Convenção de Haia de 1 de Julho de 1964, relativa a uma lei uniforme sobre a compra e venda internacional de bens móveis corpóreos constitui um esforço importante para a unificação do direito material no âmbito da compra e venda internacional. Contudo, a adesão de um número limitado de países, acabou por determinar o seu insucesso, acabando por servir de referência aos redactores da Convenção de Viena. No que toca especificamente à alteração das circunstâncias, nomeadamente à exoneração das obrigações em virtude da ocorrência de um evento perturbador dos contratos, a solução do artigo 74º da Convenção de Haia deu origem a dificuldades interpretativas. Cfr. ALMEIDA PRADO, Mauricio, *op. cit.*, pp. 83-95.

<sup>147</sup> Dados referidos a Abril de 2013. Cfr. [www.unicitral.org](http://www.unicitral.org).

*jurídicos nacionais*”<sup>148</sup>. Note-se que, no contexto do comércio internacional, muitas das dificuldades decorrem das diferenças existentes nos direitos nacionais relativas à governação do direito da compra e venda. Como tal, a expansão da compra e venda internacional requer um entendimento comum dos direitos e das obrigações legais das partes numa transacção internacional.

Ora, nos termos do artigo 1º, nº 1 da Convenção, esta aplica-se aos contratos de compra e venda de mercadorias, isto é, de bens móveis corpóreos. Além disso, é necessário que os Estados em que as partes têm o seu estabelecimento sejam Estados contratantes ou que as regras de Direito Internacional Privado vigentes no Estado do foro conduzam à aplicação da lei de um Estado contratante (cfr. artigo 1º, nº 1, alíneas a) e b) da Convenção). Daqui resulta que a Convenção não tem carácter universal<sup>149</sup>, mas apresenta um carácter internacional.

Quanto ao objecto da Convenção, a mesma tem por objectivo regular os contratos internacionais de compra e venda de mercadorias. Ainda que não tenha definido um conceito de contrato de compra e venda, a Convenção determinou a sua aplicação aos contratos de fornecimento de mercadorias, a fabricar ou a produzir, com excepção dos casos previstos nos artigos 2º e 3º. Importa referir que a Convenção trata de assuntos como a formação dos contratos e os direitos e obrigações das partes, mas não regula a validade do contrato ou das suas cláusulas, os efeitos do contrato sobre a propriedade das mercadorias vendidas e a responsabilidade do vendedor em caso de morte ou de lesões corporais causadas pelas mercadorias a quem quer que seja.

## **8.2. O artigo 79º da Convenção de Viena**

O artigo 79º da Convenção de Viena, relativo à exoneração das obrigações, ainda que seja uma versão revista do artigo 74º da Convenção de Haia, constitui uma solução original em relação aos direitos nacionais. De facto, em virtude do seu carácter autónomo e neutro, constitui, apesar das semelhanças, uma formulação independente dos direitos nacionais, que deve ser interpretada segundo as regras da Convenção<sup>150</sup>.

---

<sup>148</sup> Cfr. MOURA VICENTE, Dário, “A Convenção de Viena sobre a compra e venda internacional de mercadorias”, in *Estudos de Direito Comercial Internacional I*, coord. Luís de Lima Pinheiro, Coimbra, Almedina, 2004, p. 273.

<sup>149</sup> Cfr. MOURA VICENTE, Dário, *op. cit.*, p. 279.

<sup>150</sup> De acordo com o artigo 7º da Convenção, o preenchimento das lacunas deve ter em conta, primeiro, os princípios gerais nos quais a Convenção se baseou e, depois, a lei aplicável segundo as regras do direito internacional privado. Mais recentemente, a doutrina indicou os Princípios do Unidroit relativos aos

### 8.2.1. A aplicação do artigo 79º da Convenção de Viena

O parágrafo 1º do artigo 79º estabelece as condições de exoneração da parte que não consegue realizar as suas obrigações<sup>151</sup>. Para tal, é necessária a ocorrência de um impedimento, cuja natureza não é determinada pelo artigo 79º. Como tal, o evento perturbador pode ser de natureza económica, natural ou política.

Por outro lado, quanto ao momento da ocorrência do impedimento, a doutrina debate-se entre os eventos existentes no momento da conclusão do contrato e aqueles só ocorridos durante a execução do contrato. Há quem entenda que o artigo 79º, dada a sua generalidade, se aplica a impedimentos ocorridos em qualquer altura (antes e depois da execução do contrato)<sup>152</sup>. No entanto, esta solução pode originar consequências diversas da exoneração, uma vez que, em certos sistemas jurídicos, os eventos perturbadores ocorridos no momento da conclusão do contrato colocam em causa a sua validade (é o caso dos vícios da vontade no nosso ordenamento jurídico). Por isso, dado que está em causa a exoneração do cumprimento das obrigações, há quem entenda também que o artigo 79º só se aplica aos eventos que ocorrem durante a execução do contrato<sup>153</sup>.

Além disto, é necessário que o evento seja imprevisível, no sentido de que se o não fosse no momento da conclusão do contrato, a parte afectada teria assumido esse risco. A previsibilidade não está apenas relacionada com o impedimento em si, mas também com a data da sua ocorrência. Por outro lado, o artigo 79º especifica que se trata de um evento que não podia ser razoavelmente esperado no momento da conclusão do contrato. As partes estão obrigadas a evitar impedimentos e a tomar medidas nesse sentido. Como tal, importa interpretar o termo “razoavelmente” e ter um critério de referência. Podemos-nos, então, referir ao critério do bom pai de família ou ao critério de um contratante razoável no domínio do comércio internacional (a actuação de uma pessoa com a mesma qualidade colocada na mesma situação). Não obstante, podem

---

contratos de comércio internacional para interpretar e integrar as lacunas da Convenção, antes de se recorrer às regras do direito internacional privado. O recurso aos Princípios do Unidroit é feito mediante a aplicação do parágrafo 2º do artigo 7º da Convenção, respeitante aos princípios gerais em que esta se baseou. Cfr. ALMEIDA PRADO, Mauricio, *op. cit.*, pp. 98-100.

<sup>151</sup> Artigo 79º (1): “*Une partie n’est pas responsable de l’inexécution de l’une quelconque de ses obligations si elle prouve que cette inexécution est due à un empêchement indépendant de sa volonté et que l’on ne pouvait raisonnablement attendre d’elle qu’elle le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu’elle le prévienne ou le surmonte ou qu’elle prévienne ou surmonte ses conséquences.*”

<sup>152</sup> Cfr. 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”, 2011, disponível in [www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/rimke.html](http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/rimke.html) (acesso em 2/1/2013), p. 12.

<sup>153</sup> Cfr. ALMEIDA PRADO, Mauricio, *op. cit.*, pp. 98-100.

surgir dificuldades em distinguir o que é ou não possível de ser razoavelmente esperado pela parte, nomeadamente se as situações de *hardship* estão incluídas no artigo 79º da Convenção.

Para a aplicação deste artigo, é ainda necessário que o impedimento escape ao controlo da parte, isto é, que seja independente da sua vontade. Esta exterioridade significa que se excluem todos os impedimentos causados pela parte. Como tal, importa não só que o impedimento não possa ser imputado à parte, como que a própria tenha tomado todas as medidas razoáveis para evitar as consequências do mesmo<sup>154</sup>.

Neste ponto, o artigo 79º, no parágrafo 2º<sup>155</sup>, considera igualmente o impedimento de um terceiro com quem a parte contratante se tenha relacionado para cumprir a totalidade ou parte das obrigações contratuais. Para que o terceiro seja exonerado, é necessário que estejam cumpridos os requisitos dos parágrafos 1º e 2º do artigo 79º. O terceiro em causa não pode ser um fornecedor de bens ou de matérias-primas do vendedor. Além disso, deve existir uma ligação orgânica entre o contrato principal e o contrato com o terceiro<sup>156</sup>.

Quanto aos efeitos da aplicação do artigo 79º da Convenção, o parágrafo 4º impõe à parte afectada pelo impedimento a obrigação de notificar a contraparte<sup>157</sup>. Assim, no que toca ao conteúdo da notificação, apesar de a Convenção ser omissa, aquela deve conter a comunicação do impedimento que determina a aplicação do artigo 79º. Esta comunicação vai permitir à contraparte aferir da legitimidade da aplicação do artigo 79º e tomar as medidas necessárias para minimizar as consequências<sup>158</sup>. Outro ponto omissa respeita ao momento em que deve ser feita a notificação, mas deve ter-se em conta quer o momento em que a parte afectada teve conhecimento do impedimento, quer o momento no qual um comerciante diligente teria avisado a contraparte.

---

<sup>154</sup> “No controlo do vendedor estão, por exemplo, todos os factores relacionados com uma organização ordenada do seu processo de produção e/ou de aquisição, como também estão as qualificações de pessoal, o equipamento técnico e a disposição dos meios financeiros necessários para assegurar a produção e a aquisição.” Cfr. RIMKE, Joern, *cit.*, p. 12.

<sup>155</sup> Artigo 79º (2): “Si l’inexécution par une partie est due à l’inexécution par un tiers qu’elle a chargé d’exécuter toute ou partie du contrat, cette partie n’est pas exonérée de sa responsabilité que dans le cas: a) où elle l’est en vertu des dispositions du paragraphe précédent; et b) où le tiers serait lui aussi exonéré si les dispositions de ce paragraphe lui étaient appliquées.”

<sup>156</sup> Cfr. RIMKE, Joern, *cit.*, p. 13.

<sup>157</sup> Artigo 79º (4): “La partie qui n’a pas exécuté doit avertir l’autre partie de l’empêchement et ses effets sur sa capacité d’exécuter. Si l’avertissement n’arrive pas à destination dans un délai raisonnable à partir du moment où la partie qui n’a pas exécuté a connu ou aurait dû connaître l’empêchement, celle-ci est tenue à des dommages-intérêts du fait de ce défaut de réception.”

<sup>158</sup> Cfr. ALMEIDA PRADO, Mauricio, *op. cit.*, p. 108.

No caso de falha da notificação (ausência ou atraso razoável), a parte afectada terá de responder pelos danos decorrentes dessa falta e não por aqueles que advêm da inexecução das suas obrigações (cfr. parágrafo 4º, parte final). Assim, apenas será responsável pelas perdas que teriam sido evitadas caso a notificação tivesse sido prontamente realizada, não perdendo o direito de ser exonerada do cumprimento do contrato<sup>159</sup>.

Perante um impedimento temporário, outra consequência do artigo 79º, parágrafo 3º da Convenção<sup>160</sup> é a suspensão da execução das obrigações da parte afectada pelo impedimento. Isto é, a suspensão é apenas permitida na medida do impedimento, pelo que pode ser exigida a execução das obrigações não afectadas pelo mesmo. Não obstante, tratando-se de uma obrigação essencial do contrato, a parte afectada poderá resolver o contrato. Após a cessação do impedimento, a parte afectada volta a cumprir as suas obrigações contratuais, sob pena de arcar com as consequências da sua inexecução. Ainda assim, pode haver casos em que o impedimento se torna permanente, resultando na exoneração do cumprimento do contrato.

Por último, a aplicação do artigo 79º da Convenção pode ter como efeito a exoneração das obrigações, cuja origem pode estar no surgimento do impedimento ou quando este se torna permanente. A exoneração pode abranger a totalidade ou apenas parte do contrato. Neste caso, apenas são executadas as obrigações não afectadas pelo impedimento e pode igualmente existir uma redução do preço (cfr. artigos 50º e 51º da Convenção), privilegiando-se a manutenção do contrato. Do mesmo modo, tratando-se de obrigações essenciais do contrato, pode haver lugar à resolução do contrato (cfr. artigos 49º e 64º da Convenção). O parágrafo 5º do artigo 79º limita os efeitos da exoneração à reparação de danos compensatórios e moratórios, ainda que preservando todos os outros direitos previstos nos termos da Convenção<sup>161</sup>.

### **8.2.2. Os problemas do artigo 79º - relação com a *hardship***

O problema de saber se o artigo 79º da Convenção abrange as situações de *hardship* é uma questão controversa. De facto, não há nenhuma norma na Convenção

---

<sup>159</sup> Cfr. ALMEIDA PRADO, Mauricio, *op. cit.*, p. 108 e RIMKE, Joern, *cit.*, p. 13.

<sup>160</sup> Artigo 79º (3): “L’exonération prévue par le présent article produit effet pendant la durée de l’empêchement.”

<sup>161</sup> Artigo 79º (5): “Les dispositions du présent article n’interdisent pas à une partie d’exercer tous ses droits autres que celui d’obtenir des dommages-intérêts en vertu de la présente Convention.”

que se refira especificamente a situações resultantes de alterações das circunstâncias que tornam mais onerosa a prestação de uma das partes.

A Convenção desenvolveu um sistema em torno dos impedimentos, sem qualquer referência literal aos direitos nacionais, o que dificulta a interpretação do artigo 79º. Este artigo é vago e impreciso, o que possibilita ao juiz ou ao árbitro interpretá-lo de acordo com o seu sistema jurídico, mas prejudica a aplicação uniforme da Convenção.

Assim, a situação de *hardship* pode ser resolvida por referência aos direitos nacionais (cfr. artigo 7º, parágrafo 2º da Convenção). Na verdade, apesar de ter tido em conta que as partes nos contratos comerciais internacionais lidam com alterações das circunstâncias, a Convenção omite deliberadamente qualquer referência à *hardship*.

A principal questão a considerar nesta problemática diz respeito à concretização das circunstâncias imprevistas e excepcionais que permitem à parte afectada demandar a aplicação do artigo 79º da Convenção. Se é claro que cabem aqui as circunstâncias de impossibilidade física e legal da execução do contrato, por outro lado a doutrina hesita em abranger as situações nas quais a execução é excessivamente onerosa para uma das partes. A verdade é que, neste caso, ainda é possível executar o contrato, logo o impedimento não é objectivamente intransponível. Como já foi referido, a Convenção não prevê directamente as situações de *hardship*, existindo autores que contrariam a aplicação do artigo 79º quando a execução é excessivamente onerosa, outros que são favoráveis<sup>162</sup> e outros que consideram que este artigo não abrange esta questão.

Não obstante, a tendência será a de não incluir as situações de *hardship* no artigo 79º. Contudo, com o surgimento dos Princípios do Unidroit sobre os contratos de comércio internacional, pode alterar-se o entendimento sobre esta questão. Desde logo, porque contêm um artigo relativo à cláusula de *hardship*. E depois porque podem ser usados para interpretar instrumentos internacionais de direito uniforme, como é o caso da Convenção de Viena.

---

<sup>162</sup> Neste sentido, vide BONELL, Michael Joachim, “Force majeure e hardship nel diritto uniforme della vendita internazionale”, in *Diritto del Commercio Internazionale, Genova, 4,2 (luglio/Dia.1990)*, pp. 570-571. O Autor entende que o artigo 79º da Convenção, ao se referir a um impedimento, não está limitado aos casos de impossibilidade absoluta; mas antes que do próprio elemento literal do dispositivo se infere que estão incluídas as situações em que a prestação (ainda que material e juridicamente possível) resulta excessivamente onerosa para o devedor. Não obstante, o Autor refere também que os efeitos resultantes da excessiva onerosidade da execução apenas poderão ser aqueles derivados das causas de exoneração em geral, em consonância com o artigo 79º da Convenção. A possibilidade de adaptação do contrato apenas poderá resultar da previsão de uma cláusula de *hardship*, por força da autonomia privada das partes.

Neste sentido, o artigo 79º apresenta uma solução mais flexível em relação às situações de força maior, mas mais restrita (e menos inovadora) em relação às situações de *hardship*. Todavia, este artigo é ainda recente e existe pouca jurisprudência sobre o mesmo, pelo que não se pode afirmar com certeza que a Convenção trata dos casos em que a prestação de uma das partes se torna excessivamente onerosa. Voltaremos a este assunto infra, a propósito da relação entre a Convenção de Viena e os Princípios do Unidroit.

## **9. Os Princípios do Unidroit**

### **9.1. Generalidades**

Os Princípios do Unidroit relativos aos Contratos Comerciais Internacionais, publicados primeiramente em Maio de 1994, foram elaborados pelo Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (Unidroit), uma organização internacional intergovernamental, sob a coordenação do Prof. Michael Joachim Bonnel. Estes Princípios começaram, a partir de 1980, a ser elaborados pelas mesmas pessoas que prepararam a Convenção de Viena, mas, sobretudo, por académicos dos maiores sistemas legais e económicos do mundo, peritos em direito comparado e em direito comercial internacional, que optaram por não transmitir as respectivas soluções nacionais. Como tal, os Princípios traduzem um novo esforço de unificação do direito comercial internacional, que procuraram compensar o carácter fragmentário de outras convenções e modelos contratuais, representando um avanço na globalização do pensamento legal, porquanto pretendiam alcançar um âmbito de aplicação à escala planetária. Mais tarde, em 2004, foi publicada uma nova versão dos Princípios do Unidroit.

As soluções apresentadas pelos Princípios fundam-se em instrumentos internacionais já existentes, como a Convenção de Viena. Contudo, distinguem-se dela em três pontos: primeiro, os Princípios têm um escopo mais alargado, abrangendo uma maior variedade de contratos comerciais e lidando com a questão da validade contratual, porquanto a Convenção apenas se aplica aos contratos de compra e venda de mercadorias e exclui certas questões relacionadas com este tipo contratual (como a validade); segundo, os Princípios constituem um documento mais amadurecido do que a

Convenção nas matérias a que se aplicam ambos os instrumentos; terceiro, os Princípios não terão em vista a sua adopção como tratado ou lei uniforme, porquanto terão a natureza de “*restatement*” do direito dos contratos comerciais<sup>163</sup>.

Assim, a primeira versão dos Princípios (de 1994) dispunha sobre a formação do contrato, a validade, a interpretação, o conteúdo, o cumprimento e o incumprimento. Na segunda versão dos Princípios (de 2004) acrescentaram-se regras sobre a representação, o contrato a favor de terceiro, a compensação, a cessão de créditos, a assunção de dívidas, a transmissão da posição contratual e a prescrição.

Quanto ao campo de aplicação específico dos Princípios, o mesmo retira-se do seu Preâmbulo, onde se diz que aqueles se aplicam aos contratos do comércio internacional. Isto significa que os Princípios aplicam-se aos contratos comerciais e civis, excluindo-se os contratos no âmbito do direito do consumidor<sup>164</sup>. Por outro lado, os Princípios aplicam-se igualmente a todos os contratos que possam ser considerados como internacionais, podendo inclusive aplicar-se aos contratos internos, quando assim for determinado pelas partes, mas prevalecendo a aplicação das normas imperativas nacionais<sup>165</sup>.

Outra especificidade respeita ao facto de cada artigo dos Princípios ter um comentário que é parte integrante do mesmo. Os comentários explicitam os artigos e a forma como que eles operam na prática. Dada a generalidade dos artigos, os comentários são importantes para a sua compreensão. Não obstante, aos comentários não pode ser atribuída qualquer força obrigatória, porquanto eles apenas traduzem a interpretação feita pelos autores dos Princípios<sup>166</sup>.

## 9.2. *Hardship*

As disposições dos Princípios do Unidroit relativas à *hardship* estão entre os artigos 6.2.1 e 6.2.3. De facto, ao contrário da Convenção de Viena, os Princípios dedicam uma secção às situações de *hardship*<sup>167</sup>.

---

<sup>163</sup> Cfr. PERILLO, Joseph M., “Unidroit Principles of International Commercial Contracts: The Black Letter Text and Review”, 63 Fordham Law Review 281 (Article 1), 1994, disponível in <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol63/iss2/1> (acesso em 14/8/2013), pp. 282 e 283.

<sup>164</sup> Cfr. ALMEIDA PRADO, Mauricio, *op. cit.*, p. 234.

<sup>165</sup> Cfr. ALMEIDA PRADO, Mauricio, *op. cit.*, p. 234.

<sup>166</sup> Cfr. ALMEIDA PRADO, Mauricio, *op. cit.*, p. 233.

<sup>167</sup> Logo no início da vigência dos Princípios do Unidroit, os repórteres nacionais, mormente no que toca à inclusão de cláusulas de *hardship* nos contratos internacionais, referiam a sua aceitação. Em França,

O artigo 6.2.1 começa por referir o carácter excepcional da *hardship* em relação ao princípio *pacta sunt servanda*<sup>168</sup>. Assim, o artigo refere-se ao princípio geral da força obrigatória dos contratos, que determina que o cumprimento do contrato mesmo que uma das partes sofra grandes perdas relativamente aos lucros ganhos ou que a execução contratual já não faça sentido para essa parte<sup>169</sup>. Contudo, este princípio não é absoluto, pois admite-se a existência de situações excepcionais em que exista uma alteração fundamental do equilíbrio das prestações, apeladas de *hardship*<sup>170</sup>.

O artigo 6.2.2 define as situações de *hardship* como aquelas em que surgem eventos que alteram fundamentalmente o equilíbrio das prestações, desde que estes eventos respeitem as condições previstas nas alíneas a) a d) deste artigo<sup>171</sup>. Ora, saber quando estamos perante uma alteração “fundamental” dependerá das circunstâncias do caso concreto<sup>172</sup>. Quanto à natureza do evento perturbador, o artigo 6.2.2 não o especifica.

Para que ocorra uma alteração fundamental do equilíbrio das prestações, os Princípios preveem duas hipóteses: um aumento do custo da execução das obrigações ou uma diminuição do valor da contraprestação. No primeiro caso, deve ocorrer um aumento substancial do custo das obrigações, normalmente para a parte que tem a seu cargo uma prestação não pecuniária (prestação de serviços ou mercadorias). Na origem deste aumento substancial pode estar o aumento do preço das matérias-primas

---

ainda que o instituto da alteração das circunstâncias não esteja previsto no sistema jurídico, as partes inserem, muitas vezes, cláusulas de renegociação nos contratos internacionais; a revisão é, assim, admitida de forma estrita, isto é, se verificadas as condições dos Princípios. Na Alemanha, as cláusulas de *hardship* reflectem a adopção da teoria da base negocial, nomeadamente no artigo 6.2.2, respeitante aos elementos do conceito de *hardship*. No Reino Unido, ainda que não se encontre paralelo em matéria de *hardship* (o direito inglês – e os tribunais americanos – usam a doutrina da “*frustration of contract*”, aplicável aos casos de impossibilidade e de alteração das circunstâncias, quando esta conduza à frustração do fim visado com o contrato, podendo levar à sua adaptação ou resolução pelo tribunal – vide LIMA PINHEIRO, Luís, *op. cit.*, p. 249), é comum a inclusão de cláusulas de *hardship* nos contratos comerciais internacionais. Cfr. BONELL, Michael Joachim, “A new approach to international commercial contracts: the UNIDROIT principles of international commercial contracts”, in *International Congress of Comparative Law*, 15, Bristol, 1998, pp. 6, 107, 136 e 385.

<sup>168</sup> Artigo 6.2.1: “*Les parties sont tenues de remplir leurs obligations, quand bien même l’exécution en serait devenue plus onéreuse, sous réserve des dispositions suivantes relatives au hardship.*”

<sup>169</sup> Cfr. Comentário oficial nº 1.

<sup>170</sup> Cfr. Comentário oficial nº 2.

<sup>171</sup> Cfr. Comentário oficial nº 1. Artigo 6.2.2: “*Il ya hardship lorsque surviennent des événements qui altèrent fondamentalement l’équilibre des prestations, soit que le coût de l’exécution des obligations ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué, et a) que ces événements sont survenus ou ont été connus de la partie lésée après la conclusion du contrat; b) que la partie lésée n’a pu, lors de la conclusion du contrat, raisonnablement prendre de tels événements en considération; c) que ces événements échappent au contrôle de la partie lésée; et d) que le risque de ces événements n’a pas été assumé par la partie lésée.*”

<sup>172</sup> Cfr. Comentário oficial nº 2.

necessárias para a produção de mercadorias ou para o fornecimento de serviços ou a introdução de regras de segurança que tornam os processos de produção mais onerosos<sup>173</sup>. No segundo caso, tem de existir uma forte diminuição do valor da contraprestação, que pode ocorrer inclusive quando a mesma deixa de ter qualquer valor para o credor, mas que não pode resultar de uma simples mudança da sua opinião. Por outro lado, a diminuição ou a perda total do valor da contraprestação pode derivar de modificações nas condições de mercado (como é o caso de uma inflação do preço) ou do desaparecimento da finalidade do contrato (como é o caso de um embargo de uma construção)<sup>174</sup>. Neste ponto, critica-se que, apesar da definição destas duas hipóteses em que há um desequilíbrio do contrato, os Comentários abrem espaço para a situação em que a prestação não é directamente afectada, logo não há propriamente um desequilíbrio contratual, mas apenas existe uma perda do seu valor económico para uma das partes<sup>175</sup>. Neste sentido, entende-se que se deve considerar apenas as hipóteses em que há uma ruptura do equilíbrio contratual, excepcionando-se as situações onde o mesmo não é afectado pela perda da utilidade económica da prestação<sup>176</sup>. De qualquer forma, importará a adopção de um critério objectivo, nomeadamente para “medir” a diminuição de valor da contraprestação.

Por sua vez, o evento que alterará fundamentalmente o equilíbrio das prestações terá de respeitar uma série de condições necessárias para que se verifique uma situação de *hardship*. Assim, o evento perturbador deverá surgir ou ser conhecido após a conclusão do contrato. A ideia é que se o evento fosse conhecido pela parte afectada no momento da conclusão do contrato, ela tê-lo-ia tido em conta nessa altura<sup>177</sup>. A exclusão dos eventos anteriores à conclusão do contrato evita a confusão com outros institutos como o erro-vício. Por outro lado, a parte afectada não poderá razoavelmente ter tido em conta o evento perturbador no momento da conclusão do contrato, pois, caso contrário, não estaremos perante uma situação de *hardship*. Isto significa que o evento perturbador deverá ser imprevisível. No entanto, mesmo que o evento perturbador comece antes da conclusão do contrato (alteração das circunstâncias progressiva), poderá haver uma situação de *hardship*, caso a alteração seja espectacular durante a

---

<sup>173</sup> Cfr. Comentário oficial nº 2-a.

<sup>174</sup> Cfr. Comentário oficial nº 2-b.

<sup>175</sup> Cfr. ALMEIDA PRADO, Mauricio, *op. cit.*, pp. 238 e 239.

<sup>176</sup> Cfr. ALMEIDA PRADO, Mauricio, *op. cit.*, p. 239.

<sup>177</sup> Cfr. Comentário oficial nº 3-a.

execução contratual<sup>178</sup>. Além disso, é necessário que o evento perturbador escape ao controlo da parte lesada e que esta não tenha assumido o risco da alteração das circunstâncias. Daqui resulta a característica de exterioridade do evento perturbador. Primeiro, a parte lesada não poderá ter cometido qualquer falta durante a execução contratual ou então deverá ter tomado todas as medidas possíveis para evitar a perturbação do contrato; depois, não poderá também ter assumido, tácita ou expressamente, o risco da ocorrência de um evento perturbador (se no momento da conclusão do contrato a parte sabia da existência do evento e nada disse, assume o risco do seu surgimento)<sup>179</sup>.

Os Comentários explicitam ainda algumas características da *hardship* no âmbito dos Princípios do Unidroit. Assim, apenas existirá uma situação de *hardship* se a prestação ainda não tiver sido executada. Logo que uma parte executar a sua obrigação, ela não poderá invocar uma alteração fundamental do equilíbrio das prestações. Se a prestação estiver parcialmente executada, apenas se poderá invocar a *hardship* quanto ao resto da prestação que falta executar<sup>180</sup>.

Quanto à aplicação da *hardship* aos vários tipos contratuais, pode afirmar-se que a mesma será particularmente importante nos contratos de longa duração (onde a execução da prestação se estende por um certo período de tempo)<sup>181</sup>.

Os Comentários distinguem ainda as situações de *hardship* das de *força maior*, uma vez que há casos que podem cumprir os requisitos de ambas. Se a parte afectada invocar a força maior, apenas daí poderá resultar a exoneração da execução da prestação em causa. Se invocar a *hardship*, terá em vista a renegociação do contrato a fim de conseguir a sua manutenção<sup>182</sup>.

No que toca à relação entre a *hardship* e a prática contratual, os Comentários destacam o carácter geral da definição feita pelos Princípios, por oposição às disposições mais precisas existentes nos contratos de comércio internacional. Como tal, as partes terão tendência para adaptar o conteúdo do artigo 6.2.2 dos Princípios, de forma a contemplar as especificidades de cada operação económica<sup>183</sup>.

---

<sup>178</sup> Cfr. Comentário oficial n° 3-b.

<sup>179</sup> Cfr. ALMEIDA PRADO, Mauricio, *op. cit.*, pp. 236 e 237.

<sup>180</sup> Cfr. Comentário oficial n° 4.

<sup>181</sup> Cfr. Comentário oficial n° 5.

<sup>182</sup> Cfr. Comentário oficial n° 6.

<sup>183</sup> Cfr. Comentário oficial n° 7.

Por último, o artigo 6.2.3 dos Princípios estabelece os efeitos da ocorrência de uma situação de *hardship* prevista no artigo 6.2.2, onde se destacam duas fases: a de renegociações e a de recurso ao tribunal<sup>184</sup>. Numa primeira fase, aquele artigo permite à parte lesada demandar a outra parte para renegociar as cláusulas contratuais iniciais e adaptá-las às novas circunstâncias<sup>185</sup>. A demanda deverá ser comunicada sem atrasos indevidos (dependendo das circunstâncias, e se existir uma alteração das circunstâncias progressiva, poderá levar mais tempo) e de forma fundamentada para a contraparte aferir se estão reunidos os requisitos da *hardship*. Neste ponto, o artigo nada diz quanto às consequências do atraso ou insuficiência da comunicação. No entanto, os Comentários referem que, no caso de atraso, a parte lesada não perde o direito de requerer renegociações, podendo apenas ter um efeito sobre a existência real da *hardship* e respectivas consequências para o contrato<sup>186</sup>. No caso de não indicar as razões justificativas da demanda para renegociações, dever-se-á considerar a comunicação como realizada com atraso (aplicando-se-lhe os mesmos efeitos), a não ser que, por serem evidentes, seja desnecessária a exposição dos motivos<sup>187</sup>. Por outro lado, o artigo 6.2.3 estabelece que a demanda para renegociações não dá o direito à parte lesada de suspender a execução das suas obrigações. Dado o carácter excepcional da *hardship* e o risco de eventuais abusos, a suspensão da execução das obrigações da parte lesada apenas pode ocorrer em circunstâncias extraordinárias<sup>188</sup>. Por fim, durante as negociações, as partes devem actuar de boa fé, uma vez que estão sujeitas ao princípio geral da boa fé e ao dever de colaboração (cfr. artigo 1.7 e 5.1.3 dos Princípios)<sup>189</sup>. Como tal, a parte lesada não deve demandar a outra para renegociações sem que esteja efectivamente perante uma situação de *hardship* e, durante as negociações, as partes devem prestar todas as informações necessárias e abster-se de qualquer comportamento que comprometa as mesmas.

---

<sup>184</sup> Artigo 6.2.3: “1) *En cas d’hardship, la partie lésée peut demander l’ouverture de négociations. La demande doit être faite sans retard indu et être motivée.* 2) *La demande ne donne pas par elle-même à la partie lésée le droit de suspendre l’exécution de ses obligations.* 3) *Faute d’accord entre les parties dans un délai raisonnable, l’une ou l’autre peut saisir le tribunal.* 4) *Le tribunal qui conclut à l’existence d’un cas d’hardship, peut s’il estime raisonnable: a) mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu’il fixe; ou b) adapter le contrat en vue de rétablir l’équilibre des prestations.*”

<sup>185</sup> O pedido de renegociações não é possível se o contrato tiver uma cláusula que preveja a sua adaptação automática. Contudo, se essa cláusula de adaptação não prever os eventos causadores da situação de *hardship* já será admissível demandar a contraparte. Cfr. Comentário oficial nº 1.

<sup>186</sup> Cfr. Comentário oficial nº 2.

<sup>187</sup> Cfr. Comentário oficial nº 3.

<sup>188</sup> Cfr. Comentário oficial nº 4.

<sup>189</sup> Cfr. Comentário oficial nº 5.

Numa segunda fase, se as partes não chegarem a um acordo num período de tempo razoável, o artigo 6.2.3 permite a qualquer das partes recorrer ao tribunal, cujo momento do recurso dependerá da complexidade das questões e das circunstâncias especiais do caso. Isto pode ocorrer porque a contraparte ignora a existência da situação de *hardship* ou porque as partes, ainda que de boa fé, não conseguem adaptar o contrato às novas circunstâncias<sup>190</sup>. Caso se verifique efectivamente uma situação de *hardship*, o artigo 6.2.3 prevê a actuação que o tribunal deve seguir: terminar ou adaptar o contrato. A propósito da adaptação por um terceiro, lembre-se que os direitos nacionais hesitam em atribuir este poder a um juiz, contribuindo para a reticência das partes em incluir cláusulas de *hardship* nos contratos. Como já foi referido, as partes têm dificuldade em aceitar que um terceiro (juiz ou árbitro) conduza as renegociações do seu contrato, apenas lhe conferindo uma faculdade consultiva<sup>191</sup>. De qualquer forma, quanto à resolução do contrato, os Princípios estabelecem que o juiz poderá terminar o contrato, em data e condições por si definidas. Isto significa que, como a resolução não decorre de uma inexecução contratual, não se produzirão eventualmente os efeitos gerais da resolução em relação às prestações já executadas<sup>192</sup>. Quanto à adaptação do contrato, a mesma terá em vista restabelecer o equilíbrio do contrato, pelo que o tribunal procederá a uma justa repartição das perdas entre as partes<sup>193</sup>. Não obstante, o artigo 6.2.3 refere expressamente que o tribunal tem outras alternativas, se o julgar razoável. Assim, se a resolução ou a adaptação não forem oportunas, restará ao tribunal impor às partes a renegociação do contrato com vista à sua adaptação, ou confirmar as cláusulas contratuais tal como estão previstas, prosseguindo a execução contratual sem qualquer alteração<sup>194</sup>. Isto significa que a parte lesada continuará a sujeitar-se à *hardship*, o que poderá constituir uma situação inválida nos termos do preconizado pelos Princípios. Pelo que se considera que esta insuficiência dos Princípios poderá dificultar a sua aplicação aos casos concretos<sup>195</sup>.

---

<sup>190</sup> Cfr. Comentário oficial nº 6.

<sup>191</sup> Cfr. ALMEIDA PRADO, Mauricio, *op. cit.*, pp. 243 e 244.

<sup>192</sup> Cfr. Comentário oficial nº 7.

<sup>193</sup> Caso se verifique uma adaptação do preço, a mesma não reflectirá necessariamente a totalidade das perdas, pois o tribunal deverá considerar o risco assumido por uma parte e os benefícios que a outra parte poderá ainda obter. Cfr. Comentário oficial nº 7.

<sup>194</sup> Cfr. Comentário oficial nº 7.

<sup>195</sup> Cfr. ALMEIDA PRADO, Mauricio, *op. cit.*, pp. 244 e 245.

### 9.3. A natureza dos Princípios do Unidroit

É reconhecida pela doutrina a originalidade dos Princípios do Unidroit em relação aos outros instrumentos de uniformização do direito comercial internacional. Assim, entende-se que os Princípios não correspondem a formas contratuais nem têm a forma de uma convenção internacional, pelo que não possuem qualquer força jurídica (resultante de uma autorização governamental) que não seja da sua aplicação prática pelos operadores económicos, por satisfazerem uma necessidade internacional<sup>196</sup>.

Como tal, no que toca à natureza dos Princípios do Unidroit, a doutrina divide-se.

Como já foi referido, há quem atribua aos Princípios a natureza de “*restatement*” à semelhança do que vem sendo elaborado nos EUA pelo American Law Institute, uma vez que ambos foram levados a cabo por peritos independentes, sem poder legislativo, cuja tarefa principal é de reformar (e não criar) a lei<sup>197</sup>. No entanto, esta posição não deixa de ser criticada, dado que a natureza dos “*restatements*” e o seu impacto na legislação e na jurisprudência não deixa de ser problemática inclusive nos EUA. Neste sentido, torna-se difícil a aproximação entre ambos os instrumentos, até mesmo devido ao diferente enquadramento legal em que os mesmos operam<sup>198</sup>. Uma outra crítica apontada é a de que falta aos Princípios do Unidroit um dos elementos constitutivos do método de elaboração dos “*restatements*”, correspondente às notas dos repórteres, as quais, a seguir a cada comentário, transmitiriam ao leitor referências doutrinárias e jurisprudenciais para melhor compreensão dos Princípios<sup>199</sup>. Contudo, como já foi referido, os autores dos Princípios optaram por não transmitir as respectivas soluções nacionais, criando uma obra de cariz internacional, pelo que não consideraram útil a inserção das notas dos repórteres<sup>200</sup>.

---

<sup>196</sup> Cfr. BONELL, Michael Joachim, *op. cit.*, p. 3.

<sup>197</sup> Cfr. BONELL, Michael Joachim, *op. cit.*, p. 3.

<sup>198</sup> Cfr. BONELL, Michael Joachim, *op. cit.*, pp. 3 e 4.

<sup>199</sup> Cfr. KESSEDJIAN, Catherine, “Un exercice de renovation des sources du droit des contrats du commerce international: les principes proposes par l’Unidroit”, in *Revue Critique de Droit International Privé*, T. 84, N° 4, 1995, p. 646.

<sup>200</sup> Não obstante, esta opção não deixa de ser considerada como pouca esclarecedora e ambígua para quem faça uso dos Princípios do Unidroit. Cfr. KESSEDJIAN, Catherine, *cit.*, p. 646.

Por outro lado, há quem actualmente entenda os Princípios do Unidroit como uma nova/moderna *lex mercatoria*<sup>201</sup>. Contudo, uma vez mais, não deixa de se considerar problemática a identificação dos Princípios com a noção vaga de *lex mercatoria*<sup>202</sup>. No rescaldo da primeira publicação dos Princípios, pretendeu-se frisar que os mesmos ainda não constituíam verdadeiros usos, nem simplesmente estabeleciam princípios ou regras que fossem genericamente aceites a nível internacional, mas apenas apresentam uma solução que melhor satisfará as necessidades do comércio internacional. Neste sentido, dado que os Princípios do Unidroit representam um desafio para os conceitos tradicionais de direito, o seu valor normativo apenas poderá ser apurado através de uma nova reflexão teórica<sup>203</sup>.

Noutro prisma, há quem veja os Princípios do Unidroit como um estudo de direito comparado, elaborado no cumprimento do previsto no estatuto orgânico do Unidroit<sup>204</sup>. Tendo em conta o preâmbulo dos Princípios, a Autora começa por rejeitar a natureza de convenção, dada a generalidade dos assuntos abordados, que não corresponde ao método de elaboração de uma convenção internacional. Não obstante, do preâmbulo se extrai igualmente que os Princípios foram projectados como um modelo legislativo para auxiliar os Estados a legislarem em matéria de contratos internacionais. Neste caso, tratando-se de uma lei modelo, concluir-se-á que os Princípios estão ao serviço dos Estados e não dos operadores do comércio internacional. Ainda assim, questiona-se se os Princípios, enquanto lei modelo, correspondem a uma real necessidade dos legisladores nacionais de legislar sobre o comércio internacional ou mesmo que possam trazer segurança jurídica para os operadores do comércio internacional<sup>205</sup>.

Como tal, a Autora conclui que o Unidroit terá ordenado (porque tinha poder para tal) a realização de um estudo de direito comparado, assegurando-se que o mesmo fosse divulgado, mediante a organização de conferências. Neste sentido, considerando que o estatuto orgânico do Unidroit indica dois instrumentos diferentes (um previsto no preâmbulo - a lei modelo - e outro implícito - a obra científica) questiona-se se os

---

<sup>201</sup> Neste sentido, AURELIANO, Nuno, *O Risco nos Contratos de Alienação - Contributo para o Estudo do Direito Privado Português*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 280, ALTERINI, A. Aníbal, *cit.*, p. 64 e FUCCI, Frederick R., *cit.*, p. 9.

<sup>202</sup> “Um conjunto de regras a-nacionais e práticas desenvolvidas por círculos empresariais interessados ou um sistema misto composto por usos do comércio e por princípios gerais de direito universalmente reconhecidos”. Cfr. BONELL, Michael Joachim, *op. cit.*, p. 4.

<sup>203</sup> Cfr. BONELL, Michael Joachim, *op. cit.*, p. 4.

<sup>204</sup> Cfr. KESSEDJIAN, Catherine, *cit.*, p. 651.

<sup>205</sup> Cfr. KESSEDJIAN, Catherine, *cit.*, pp. 649-651.

Princípios constituirão uma obra científica ou normas jurídicas. Ora, neste conspecto, deve ter-se em conta que os autores dos Princípios encontraram soluções de compromisso (entre os vários sistemas jurídicos estudados), no sentido de alcançar o maior equilíbrio possível entre os contratantes<sup>206</sup>. De facto, para alguns operadores do comércio internacional, os Princípios constituem um guia para a redacção dos contratos internacionais (bem como para os juristas de uma empresa). No entanto, a Autora considera que os Princípios não podem ser tidos como meras regras técnicas<sup>207</sup>. Assim, a Autora constata que os Princípios têm uma natureza mista (“*un mélange de genres evident*”), apresentando-se como uma obra colectiva de vários autores de diferentes culturas jurídicas, a qual não é fundamentalmente diferente de outros estudos elaborados por outras sociedades de cariz internacional<sup>208</sup>.

Aqui chegados, não podemos deixar de frisar que se referenciam neste ponto posições ensaiadas no rescaldo da primeira publicação dos Princípios. Não obstante, sabe-se que os Princípios estão a ser cada vez mais usados na prática pelos operadores do comércio internacional nos seus contratos, até pelo número crescente de decisões judiciais e arbitrais. Trata-se de um processo em evolução, que se desenvolve a partir das duas publicações dos Princípios, na medida da sua aplicação prática e da reflexão sobre o direito dos contratos. De acordo com o Preâmbulo dos Princípios do Unidroit, os mesmos poderão ser aplicados se as partes estabelecerem que o contrato será governado por princípios gerais de direito, pela *lex mercatoria* ou por algo semelhante. Os Princípios constituem, assim, um instrumento de que as partes se podem servir para interpretar os contratos. Restam, porém, ainda dúvidas em saber se os Princípios constituirão uma expressão dos princípios gerais de direito ou da *lex mercatoria*.

---

<sup>206</sup> Cfr. KESSEDJIAN, Catherine, *cit.*, p. 652.

<sup>207</sup> Cfr. KESSEDJIAN, Catherine, *cit.*, pp. 654 e 655. Neste ponto, a Autora acrescenta que os Princípios não têm a natureza de verdadeiros princípios, porque consagradores de regras técnicas precisas e não de um *jus commune* correspondente à ideia inicial dos seus autores, constituindo um factor de confusão a troca do título original - “codificação” - para o título adoptado - “Princípios”. É esta uma posição com a qual não concordamos e a cuja discussão voltaremos no capítulo seguinte.

<sup>208</sup> Cfr. KESSEDJIAN, Catherine, *cit.*, pp. 655 e 656.

## 9.4. As funções dos Princípios do Unidroit

### 9.4.1. *Lex Contractus*

Os Princípios do Unidroit podem ser usados enquanto lei escolhida pelas partes para governar o contrato ou, na falta desta referência, ser aplicados por tribunais judiciais ou arbitrais. De facto, é possível atribuir esta função aos Princípios se os tivermos como “ (...) *um sistema de regras que pretende enunciar princípios que são comuns aos sistemas legais existentes e/ou melhor adaptados aos requisitos especiais dos contratos comerciais internacionais (...)* ”, podendo ser considerados como um moderno “*ius commune*”<sup>209</sup>.

No entanto, a aplicação dos Princípios pelos tribunais judiciais pode resultar prejudicada pelo facto de estes tribunais estarem obrigados a aplicar as regras de conflitos nacionais, as quais restringem a escolha da lei substantiva aplicável aos contratos internacionais à lei nacional, com exclusão dos instrumentos supranacionais ou a-nacionais (mesmo no caso de as partes preverem expressamente como *lex contractus* os Princípios do Unidroit, dado que os tribunais tenderão a considerar esta referência como um mero acordo para os incluir no contrato)<sup>210</sup>. Nem sempre será assim no caso da escolha da aplicação dos Princípios pelas partes prevalecer sobre a actuação do tribunal.

Por outro lado, alguma legislação arbitral não restringe a escolha da lei substantiva aplicável à lei nacional, atribuindo às partes o direito de escolher regras de direito de cariz supranacional ou a-nacional (estipulação de uma *lex arbitri*). Deste modo, os tribunais arbitrais permitirão o uso dos Princípios do Unidroit como lei substantiva aplicável, excluindo-se a lei nacional (à excepção de regras imperativas)<sup>211</sup>.

---

<sup>209</sup> Cfr. BONELL, Michael Joachim, *op. cit.*, pp. 8-9. Será mais vantajoso nos países em vias de desenvolvimento, uma vez que, dado o carácter a-nacional dos Princípios, a aplicação dos mesmos não tenderá a beneficiar o país mais desenvolvido.

<sup>210</sup> Cfr. BONELL, Michael Joachim, *op. cit.*, p. 9.

<sup>211</sup> Cfr. BONELL, Michael Joachim, *op. cit.*, p. 10 e GOODE, Roy; KRONKE, Herbert; MCKENDRICK, Ewan; e WOOL, Jeffrey, *Transnational commercial law: international instruments and commentary*, Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 40.

#### 9.4.2. Interpretação e substituição da lei nacional aplicável

De acordo com o preâmbulo, os Princípios do Unidroit podem igualmente substituir a lei nacional aplicável, quando esta seja impossível de determinar e a solução possa ser encontrada nos Princípios. Pode tratar-se de uma impossibilidade absoluta de estabelecer a lei nacional aplicável ou de um caso em que a procura pela mesma requeira esforço ou custos desproporcionais (nomeadamente quando deva ser encontrada num sistema legal de carácter rudimentar e/ou de difícil acesso)<sup>212</sup>. Note-se, porém, que a substituição da lei do foro pelos Princípios é um recurso de última instância<sup>213</sup>.

Por outro lado, os Princípios também podem ser utilizados como um meio para interpretar a lei nacional aplicável, nomeadamente quando a *lex contractus* é imprecisa ou apresenta lacunas<sup>214</sup>. Os Princípios, no seu comentário oficial, explicam que “*quando um conflito contende com um contrato comercial internacional, pode ser aconselhável recorrer aos Princípios como uma fonte de inspiração*”<sup>215</sup>. Assim, os tribunais judiciais e arbitrais acabam por aplicar as soluções preconizadas pelos Princípios do Unidroit. De facto, esta constitui a função mais comum dos Princípios no seio das jurisdições nacionais e com maior aplicabilidade prática, tendo resultado na referência expressa desta possibilidade na segunda publicação dos Princípios<sup>216</sup>.

#### 9.4.3. Interpretação de outros instrumentos internacionais

Os Princípios do Unidroit poderão eventualmente servir como meio de interpretar outros instrumentos internacionais de direito uniforme, nomeadamente a Convenção de Viena. De facto, o artigo 7º, parágrafo 1º da Convenção prevê, em matéria de interpretação, que se deve atender ao carácter internacional da Convenção e à necessidade de promover a uniformidade na sua aplicação. Por sua vez, o artigo 7º, parágrafo 2º da Convenção estabelece que as lacunas deverão ser integradas em

<sup>212</sup> Cfr. BONELL, Michael Joachim, *op. cit.*, pp. 10 e 11.

<sup>213</sup> Cfr. RIMKE, Joern, *cit.*, p. 23.

<sup>214</sup> Cfr. BONELL, Michael Joachim, *op. cit.*, p. 11 e GOODE, Roy..[et al.], *op. cit.*, p. 40.

<sup>215</sup> Cfr. VENEZIANO, Anna, “Unidroit Principles and CISG: Change of Circumstances and Duty to Renegotiate according to the Belgian Supreme Court”, in *Rev. Dr. Unif.* 2010, disponível em <http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/2010-1-veneziano-e.pdf>, (acesso em 2/1/2013), p. 150.

<sup>216</sup> Cfr. VENEZIANO, Anna, *cit.*, pp. 150 e 151.

conformidade com os princípios gerais nos quais a Convenção se baseia. Como seria de esperar, existem posições divergentes nesta questão: entre aqueles que rejeitam esta aplicação dos Princípios porque apenas adoptados posteriormente à Convenção e outros que entendem os Princípios como princípios gerais dos contratos comerciais internacionais<sup>217</sup>.

À partida os Princípios do Unidroit podem ser usados para interpretar instrumentos internacionais como a Convenção de Viena<sup>218</sup>. Como nota Anna Veneziano, esta possibilidade resulta reforçada com a recente decisão do Tribunal Supremo da Bélgica que reconheceu esta função particular dos Princípios (o que importa sobremaneira porque foi proveniente de um tribunal judicial e não arbitral)<sup>219</sup>. Por sua vez, está igualmente em causa a questão da relação entre a Convenção de Viena (mormente, o seu artigo 79º) e os Princípios do Unidroit.

Quanto à possibilidade de se usarem os Princípios do Unidroit para interpretar a Convenção de Viena, na ausência de qualquer referência no contrato pelas partes, como havia sido referido, alguma doutrina rejeita esta hipótese com base num argumento cronológico, correspondente ao facto de os Princípios não poderem ser usados para interpretar um instrumento adoptado em data anterior. Contudo, a este argumento Anna Veneziano aponta uma falha, consubstanciada na necessidade de promover a aplicação prática e o desenvolvimento futuro de qualquer instrumento internacional de *hard law*. Noutra perspectiva, é igualmente referido um argumento substancial para rejeitar esta função dos Princípios, considerando-os como um elemento externo sem qualquer relevância na determinação dos princípios gerais em que a Convenção se baseia (cfr. artigo 7º, parágrafo 2º).

Por outro lado, outros autores existem que consideram que se podem usar os Princípios para interpretar a Convenção, uma vez que aqueles configuram normas gerais do comércio internacional. Anna Veneziano reconhece o mérito desta posição, dado que esta contempla decisões que apresentam uma visão prática da questão em detrimento da discussão de questões teóricas, considerando útil o recurso aos Princípios para interpretar a Convenção.

---

<sup>217</sup> Cfr. BONELL, Michael Joachim, *op. cit.*, pp. 12 e 13.

<sup>218</sup> Neste sentido, GOODE, Roy..[et al.], *op. cit.*, p. 40.

<sup>219</sup> Correspondente à Cass., de 19/6/2009, *Scafom International BV v. Lorraine Tubes S. A. S.* Cfr. VENEZIANO, Anna, *cit.*, p. 137 e nota (3). De ora em diante seguiremos de perto VENEZIANO, Anna, *cit.*, pp. 140-143, dada a relevância das posições que serão apontadas.

Não obstante, existe também uma posição intermédia, na qual se pode usar os Princípios para interpretar a Convenção na medida em que ajudem a clarificar ou a reforçar os princípios gerais existentes na mesma e onde ela se baseia. Dada a dificuldade em determinar quais os princípios gerais da Convenção, Anna Veneziano salienta que a questão em causa é saber se os Princípios devem necessariamente estar previstos nas regras específicas do texto da Convenção ou se podem derivar igualmente de uma interpretação sistemática e evolutiva dessas mesmas regras. Considerando a segunda hipótese a mais indicada, e tendo em conta a necessidade de uma interpretação uniforme e autónoma (nos termos do artigo 7º, parágrafo 1º da Convenção), a Autora afirma que, em nome do desenvolvimento do direito do comércio internacional, os Princípios podem servir para clarificar quais os princípios gerais que podem ser considerados como parte integrante da Convenção. Deste modo, a Autora atribui uma função concreta aos Princípios na integração de lacunas da Convenção, que dependerá das circunstâncias do caso específico<sup>220221</sup>.

#### **9.4.3.1. A relação entre o artigo 79º da Convenção de Viena e os Princípios do Unidroit**

No que toca especificamente a esta questão, a referida decisão do Supremo Tribunal da Bélgica salienta que o artigo 79º da Convenção inclui expressamente situações de força maior, mas não exclui implicitamente situações de *hardship*<sup>222</sup>.

Não obstante, uma alteração de circunstâncias que altere substancialmente o equilíbrio contratual é um evento exonerador do cumprimento nos termos do artigo 79º da Convenção.

---

<sup>220</sup> “Primeiramente, deve ser considerado se o assunto está “incluído no âmbito de aplicação da Convenção” (o que é usualmente referido como “lacuna interna”). Em Segundo lugar, a existência de um “princípio geral subjacente à CISG” deve ser investigado no caso específico, tendo em conta as regras dos Princípios do UNIDROIT como base para a existência do tal princípio e na extracção de uma regra específica para a situação não regulada expressamente pela CISG.” Cfr. Anna Veneziano, *cit.*, p. 143. No mesmo sentido, RIMKE, Joern, *cit.*, p. 24.

<sup>221</sup> Uma outra opção corresponde à inserção pelas partes de uma cláusula que estabeleça a aplicação dos Princípios ao contrato “em adição” à Convenção, ou seja, relativamente às matérias não cobertas por esta. Nesta opção, em vez de servirem para integrar lacunas por via do artigo 7º, parágrafo 2º da Convenção, os Princípios aplicam-se precisamente a matérias que estão fora do âmbito da Convenção e que, doutra forma, seriam tratadas pela lei nacional aplicável. Claro está que esta opção corre sempre o risco de ser entendida pelos tribunais judiciais como um acordo das partes relativo à governação do contrato. Não obstante, se as partes estipularem igualmente o recurso aos tribunais arbitrais, estes não terão necessariamente de recorrer à lei nacional aplicável, pelo que será mais fácil a aplicação dos Princípios. Cfr. FLETCHER, Ian; MISTELIS, Loukas; e CREMONA, Marise, *op. cit.*, pp. 308-309.

<sup>222</sup> Neste ponto, continuaremos a seguir de perto Anna Veneziano, *cit.*, p. 139-140, 143-148.

Neste sentido, o Supremo Tribunal da Bélgica, tendo em conta o artigo 7º da Convenção, observa que as lacunas devem ser integradas de uma maneira uniforme, com referência aos princípios gerais do direito do comércio internacional, os quais podem ser encontrados nos Princípios do Unidroit. Como tal, alicerçado nestes Princípios, o Tribunal conclui que a parte afectada por uma alteração das circunstâncias que altera fundamentalmente o equilíbrio contratual poderá requerer a renegociação do contrato.

Neste conspecto, dever-se-á analisar, em primeiro lugar, a possibilidade de os Princípios do Unidroit completarem o disposto no artigo 79º. Como já foi referido, ainda não é certo em que medida este dispositivo integra ou não as situações de *hardship*. Há quem entenda que existe uma verdadeira lacuna na Convenção quanto a esta matéria, a qual apenas poderia ser resolvida de acordo com a lei nacional aplicável. Por outro lado, há quem entenda também que a Convenção pode incluir situações de impraticabilidade (mormente, alterações das circunstâncias imprevistas), que terão como consequência a exoneração do cumprimento do contrato, nos mesmos termos previstos para o artigo 79º. Assim, Anna Veneziano afirma que a aplicação das regras de *hardship* dos Princípios do Unidroit na integração da Convenção terá de fundar-se no artigo 7º, parágrafo 2º da Convenção. Deste modo, “*em primeiro lugar, a hardship deve ser considerada uma “matéria governada mas não regulada expressamente” na CISG; em segundo lugar, deve ser construído um princípio geral na Convenção*”. Contudo, a Autora salienta que se pode questionar se a aplicação dos efeitos da *hardship* dos Princípios do Unidroit poderá basear-se em qualquer princípio geral subjacente à Convenção. Isto porque implica que a parte afectada tenha o direito de requerer renegociações e de, caso não se obtenha um acordo, recorrer ao tribunal, o qual poderá não só terminar o contrato como adaptá-lo ou ainda ordenar que as partes retomem negociações ou confirmar o contrato nos termos em que existe. Ao que acresce o facto de a aplicação dos dispositivos da *hardship* contidos nos Princípios nos contratos internacionais não ser totalmente aceite, nomeadamente por referência das partes aos princípios gerais de direito, à *lex mercatoria* ou algo semelhante. Assim sendo, a Autora considera questionável que a aplicação dos dispositivos dos Princípios relativos à *hardship* resulte apenas da referência aos princípios gerais do direito comercial internacional e aos Princípios do Unidroit como um seu “*restatement*”. Noutra perspectiva, deverá considerar-se que as partes cujo contrato está sujeito à Convenção

podem livremente acordar na aplicação dos Princípios ao contrato, passando as suas disposições sobre a *hardship* a fazer parte desse acordo e, conseqüentemente, a completar o artigo 79º da Convenção. Além disso, é igualmente possível às partes incluir as disposições da *hardship* dos Princípios no contrato. Como tal, nesta perspectiva, atendendo ao escopo limitado e às incertezas em volta do artigo 79º, a possibilidade das disposições dos Princípios completarem o artigo 79º torna-se sobremaneira aconselhável<sup>223</sup>.

Em alternativa, o Supremo Tribunal da Bélgica apoia-se no princípio geral da boa fé para que a parte afectada tenha o direito de requerer renegociações. O princípio da boa fé (que justificará o direito da parte afectada a requerer renegociações), enquanto princípio geral subjacente à Convenção, poderá resultar do previsto no artigo 7º, parágrafo 2º da Convenção. Também neste ponto, fazendo uma interpretação do artigo 7º, parágrafo 1º da Convenção, há quem negue a existência deste princípio geral da boa fé<sup>224</sup>. Um outro entendimento é aquele em que a boa fé no desempenho contratual é já considerada como subjacente às disposições da Convenção e que, por isso, pode ser erigida como princípio geral. É este um caso em que os Princípios do Unidroit não servem apenas para interpretar ou reforçar um princípio geral subjacente à Convenção, mas também para demonstrar como esse mesmo princípio pode ser convertido numa regra específica. Deste modo, considera-se o direito a renegociar o contrato previsto nas disposições da *hardship* (artigos 6.2.1 a 6.2.3) como uma derivação da disposição da boa fé (artigo 1.7), enquanto uma das ideias fundamentais subjacentes aos Princípios (e a outros instrumentos internacionais). Assim sendo, os Princípios podem servir para determinar o significado do direito a renegociar e as conseqüências no caso de insucesso das renegociações.

---

<sup>223</sup> Cfr. RIMKE, Joern, *cit.*, pp. 25 e 26. Considerando a efectiva possibilidade de um tribunal judicial ou arbitral recorrer aos Princípios para completar o artigo 79º da Convenção, vide GOODE, Roy..[et al.], *op. cit.*, p. 213.

<sup>224</sup> A este propósito (sobre se a boa fé está contemplada no artigo 7º, parágrafo 1º da Convenção), vide GOODE, Roy..[et al.], *op. cit.*, p. 208.

## 10. Os Princípios de Direito Europeu dos Contratos

### 10.1. Generalidades

Os *Principles of European Contract Law* (PECL) foram elaborados pela *Commission on European Contract Law*, um grupo de advogados resultante de todos os membros da União Europeia, presidida pelo Professor Ole Lando<sup>225</sup>. Os PECL são, assim, o resultado da necessidade de criação de um direito europeu dos contratos, de forma a consolidar “*a rápida expansão de volume do direito comunitário na regulação de tipos contratuais específicos*”<sup>226</sup>. Com efeito, os PECL traduzem uma “*tentativa de subsídio para uma futura construção normativa europeia no domínio contratual*”, surgindo na sequência da “*abertura dos órgãos comunitários a uma harmonização ou uniformização normativa*” e afirmando-se como um “*instrumento que não apenas analisa as diversas soluções jurídicas preexistentes, mas que introduz dados inovadores em termos dogmáticos*”<sup>227</sup>.

Enquanto fonte de inspiração, a Comissão não deixou de, em certa medida, ter em conta o sistema legal de cada Estado-Membro e as suas condições económicas e sociais, já que os PECL se destinam a ser usados principalmente pelos Estados-Membros na União Europeia. Contudo, nem todos os Estados tiveram a mesma influência, bem como nenhum serviu como ponto de partida para a elaboração dos PECL e para a terminologia usada, não havendo intenção (apenas na medida do necessário) de estabelecer compromissos entre as várias legislações nacionais. Paralelamente, a Comissão não deixou igualmente de se basear em instrumentos internacionais, como a Convenção de Viena e os Princípios do Unidroit. Porém, por um lado, os PECL apresentam um carácter essencialmente europeu que os distinguem fundamentalmente destes instrumentos internacionais. Por outro lado, apesar da

---

<sup>225</sup> Não obstante, existe um anteprojecto de um Código Europeu dos Contratos, produzido pela Academia dos Jusprivatistas Europeus (*Pavia Group*), dirigido pelo Prof. Giuseppe Gandolfi. Por outro lado, está previsto que os PECL sejam completados por regras para contratos específicos, elaboradas por um grupo de estudo para um Código Civil Europeu, sob a direcção do Prof. Christian von Bar. Cfr. GOODE, Roy..[et al.], *op. cit.*, pp. 39 (nota 1) e 40.

<sup>226</sup> Cfr. LANDO, Ole e BEALE, Hugh, *Principles of European Contract Law*, The Hague: Kluwer Law International, 2000, p. 21.

<sup>227</sup> Cfr. AURELIANO, Nuno, *op. cit.*, p. 283.

utilidade dos PECL nas transacções comerciais internacionais na Europa, poderão ser também aplicados aos contratos internos<sup>228</sup>.

Assim, iniciados os trabalhos em Dezembro de 1980, foi publicada, em 1995, a Parte I dos PECL, relativa à execução, inexecução e meios de defesa. Em 1999, foram publicadas, novamente a Parte I (revista), e a Parte II, relativas à formação do contrato, representação, validade, interpretação, conteúdo, execução, inexecução e meios de defesa. Finalmente, em 2003, foi publicada a Parte III, relativa à pluralidade de partes, cessão de créditos, transmissão da posição contratual, compensação, prescrição, ilegalidade, condições e capitalização de juros.

Quanto ao âmbito de aplicação dos PECL, os mesmos pretendem aplicar-se aos contratos em geral (e não só aos contratos comerciais), incluindo contratos entre comerciantes e consumidores.

Em termos estruturais, à semelhança dos Princípios do Unidroit, cada artigo é acompanhado de um comentário que explicita a razão de ser da norma e o seu propósito, relação com outras normas e aplicação prática. Esta última é ainda ilustrada com um exemplo. Ao que acresce uma nota final que identifica as principais fontes utilizadas e descreve a forma como o assunto é tratado nos sistemas legais dos Estados-Membros.

Por último, vejamos os vários benefícios que resultam da formulação dos PECL<sup>229</sup>. Em primeiro lugar, os PECL facilitam o comércio transfronteiriço na Europa, uma vez que pretendem harmonizar e, conseqüentemente, eliminar as diferenças existentes nos vários sistemas legais nacionais. Desta forma, os PECL propiciam às partes contratar por referência a um conjunto de normas que se aplica uniformemente aos vários Estados-Membros, independentemente de cada sistema nacional, que está disponível em diversas línguas e que se tornará mais familiar para quem o use do que as leis nacionais dos países em que contratam. Em segundo lugar, os PECL contribuem para o reforço do Mercado Único Europeu, que consiste precisamente numa abordagem unitária da lei e da regulação que ultrapassa os obstáculos do comércio e as distorções do mercado resultantes dos diferentes sistemas nacionais. Em terceiro lugar, os PECL concorrem igualmente para a criação de um direito dos contratos no seio da Comunidade (dadas as diferenças na governação dos contratos nos vários Estados-Membros), no sentido de reforçar as medidas já tomadas em benefício de uma

---

<sup>228</sup> Cfr. LANDO, Ole e BEALE, Hugh, *op. cit.*, p. 25.

<sup>229</sup> Quanto aos benefícios, *vide* LANDO, Ole e BEALE, Hugh, *op. cit.*, pp. 21-23 e GOODE, Roy..[et al.], *op. cit.*, p. 40.

integração legal no domínio das transacções comerciais e de consumo. Em quarto lugar, os PECL servem como um guia para os tribunais e legislação da Comunidade, oferecendo uma resposta mais satisfatória para os problemas de direito dos contratos do que a resposta tradicional nacional. Por último, os PECL servem igualmente como uma ponte entre os sistemas de *civil law* e os da *common law*, providenciando regras eliminadoras das grandes diferenças existentes entre os dois sistemas jurídicos (por exemplo, a inexistência do princípio da boa fé nos sistemas da *common law*), as quais são prejudiciais para o funcionamento eficiente do Mercado Único Europeu.

## 10.2. Alteração das circunstâncias

O artigo 6:111 dos PECL define as situações constitutivas de uma alteração das circunstâncias e quais os efeitos da sua existência. Seguindo a estrutura de cada artigo, os autores dos PECL começam por fazer um comentário geral a este artigo, do qual se podem extrair alguns pontos importantes<sup>230</sup>.

Assim, os PECL adoptam um mecanismo, à semelhança do utilizado nos sistemas nacionais e nas cláusulas de *hardship*, que faz face a um desequilíbrio contratual imprevisto, mas dotando-o de uma feição mais flexível, porque consubstanciado na justiça contratual (evitando que os custos deste desequilíbrio recaiam apenas sobre uma parte). Por outro lado, este mecanismo reflecte igualmente uma concepção moderna que atribui ao tribunal o poder de moderar os princípios da liberdade contratual e do *pacta sunt servanda*.

Outro aspecto importante respeita ao facto de os PECL não terem um carácter de obrigatoriedade. Por isso, as partes têm liberdade para adoptar qualquer mecanismo dirigido à adaptação ou à renegociação do contrato, bem como para acordar que determinada alteração das circunstâncias não deve afectar a execução contratual. Neste sentido, o artigo 6:111 não permite que a renegociação opere perante qualquer alteração das circunstâncias, mas apenas quando a execução do contrato se torna excessivamente onerosa para uma das partes.

Além disso, as situações abrangidas por este artigo dos PECL distinguem-se das situações de impossibilidade contratual (em ambas ocorre um evento imprevisto que causa um obstáculo à execução, mas na primeira o contrato tem de terminar e na

---

<sup>230</sup> Cfr., quanto aos mesmos, LANDO, Ole e BEALE, Hugh, *op. cit.*, pp. 323-324.

segunda o tribunal pode escolher entre adaptar ou terminar o contrato). No entanto, esta decisão do tribunal é tida como último recurso, uma vez que o procedimento plasmado no artigo em causa pretende incentivar as partes a chegar a um acordo (ou seja, ao dever de renegociar).

Vejamos agora que condições<sup>231</sup> se têm de verificar para que se possa desencadear o mecanismo da renegociação contratual. Importa, contudo, clarificar previamente que, tal como os Princípios do Unidroit, os PECL consideram a regra de *hardship* contida no artigo 6:111 (denominada de alteração de circunstâncias) como uma excepção ao princípio da força obrigatória dos contratos<sup>232</sup> (cfr. parágrafo 1º do artigo<sup>233</sup>).

Assim, o parágrafo 2º do artigo 6:111<sup>234</sup> começa por elencar a primeira condição, qual seja a de que a alteração das circunstâncias deve tornar a execução contratual excessivamente onerosa, isto é, deve perturbar o equilíbrio do contrato em grande medida. Ainda que o artigo não apresente qualquer restrição à natureza do evento perturbador, resulta dos comentários que uma alteração ao contexto económico subsequente à celebração do contrato não é suficiente para que a parte afectada possa ter direito à sua renegociação. Ou seja, não está aqui em causa um qualquer desequilíbrio contratual. Com efeito, o mecanismo previsto neste artigo apenas pode ser aplicado quando o contrato seja posto em causa pelo evento perturbador, no sentido de que, apesar de ainda ser possível a sua execução, esta acarretaria custos exorbitantes para uma das partes. Como tal, esta excessiva onerosidade pode advir do aumento do custo da execução contratual ou da valorização da contraprestação<sup>235</sup>.

A segunda condição respeita ao facto de a alteração das circunstâncias ter de ocorrer após a celebração do contrato (cfr. parágrafo 2º-a), sob pena de que, se fosse

---

<sup>231</sup> Cfr., quanto às mesmas, LANDO, Ole e BEALE, Hugh, *op. cit.*, pp. 324-326.

<sup>232</sup> Cfr. ALMEIDA PRADO, Mauricio, *op. cit.*, p. 247.

<sup>233</sup> Artigo 6:111 (1): “A party is bound to fulfil its obligations even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of the performance it receives has diminished.”

<sup>234</sup> Artigo 6:111 (2): “If, however, performance of the contract becomes excessively onerous because of a change of circumstances, the parties are bound to enter into negotiations with a view to adapting the contract or ending it, provided that: “(a) the change of circumstances occurred after the time of conclusion of the contract, (b) the possibility of a change of circumstances was not one which could reasonably have been taken into account at the time of conclusion of the contract, and (c) the risk of the change of circumstances is not one which, according to the contract, the party affected should be required to bear.”

<sup>235</sup> Entende-se, neste ponto, que os Princípios do Unidroit e os PECL pretenderam cobrir o mesmo conjunto de circunstâncias, apesar da diferente terminologia empregue (“alteração fundamental do equilíbrio das prestações” e “onerosidade excessiva”).

conhecida para qualquer das partes no momento da celebração do contrato, ter-se-iam que aplicar, ao invés, as regras sobre o erro.

A terceira condição é relativa à característica da imprevisibilidade do evento perturbador. De facto, a alteração das circunstâncias não podia ser razoavelmente tida em conta pelas partes no momento da conclusão do contrato (cfr. parágrafo 2º-b). Os Comentários indicam um critério objectivo pelo qual se pode apreciar a questão da razoabilidade. Assim, a regra de *hardship* não pode ser invocada se o evento tivesse sido previsto ou tido em conta por um homem razoável na mesma situação, isto é, por uma pessoa que não é excessivamente optimista ou pessimista, nem despreocupado com os seus próprios interesses.

Por último, é necessário que o risco da alteração das circunstâncias não seja um que, de acordo com o contrato, a parte afectada tenha de suportar (cfr. parágrafo 2º-c). Esta condição corresponde à exterioridade do evento perturbador. De acordo com os Comentários, tratando-se de um risco que a parte afectada se comprometeu a assumir ou se estiver em causa um contrato especulativo, a mesma não poderá invocar a regra de *hardship*. Ao contrário dos Princípios do Unidroit, os autores dos PECL não mencionam um outro aspecto da característica da exterioridade, segundo o qual se requer que a parte afectada tenha tomado as medidas razoáveis para evitar a perturbação da execução contratual. Ainda assim, entende-se que o artigo 6:111 não poderá ser aplicado se a parte afectada nada tenha feito para evitar as consequências da alteração das circunstâncias, pelo que esta condição poderá ser estabelecida a partir das exigências de boa fé na execução contratual, previstas nos artigos 1:106 e 1:201 dos PECL<sup>236</sup>.

Verificadas todas estas condições, as partes são obrigadas a entrar em negociações para adaptar ou terminar o contrato (cfr. parágrafo 2º)<sup>237</sup>. A parte afectada deve iniciar as negociações num prazo razoável e motivar a sua comunicação, especificando o efeito que a alteração das circunstâncias teve no contrato. As negociações devem decorrer de acordo com o princípio da boa fé, devendo as partes envidar todos os esforços para chegar a uma solução consensual, não podendo ser prolongadas ou interrompidas abusivamente. Haverá má fé se uma das partes continuar a negociar quando já existe um contrato incompatível com uma terceira parte. Por sua vez, o princípio da boa fé requer a discussão de todos os pontos em que as partes

---

<sup>236</sup> Cfr. ALMEIDA PRADO, Mauricio, *op. cit.*, p. 249.

<sup>237</sup> Cfr., quanto à obrigação de renegociar, LANDO, Ole e BEALE, Hugh, *op. cit.*, p. 326.

estiverem em desacordo. Quanto à execução do contrato durante a fase das negociações, os Comentários não se referem a este assunto, pelo que se depreenderá que a parte afectada deverá prosseguir a execução das prestações acordadas<sup>238</sup>. O incumprimento da obrigação de renegociar, seja pela sua recusa ou pela sua interrupção contrária à boa fé, traduzir-se-á na atribuição pelo tribunal (a qualquer uma das partes) de uma compensação pelos danos causados (cfr. parágrafo 3º<sup>239</sup>).

Finalmente, vejamos a possível actuação do tribunal quando as partes não conseguem chegar a um acordo num prazo razoável<sup>240</sup>. Neste caso, se as partes levarem o assunto a tribunal, este poderá terminar ou adaptar o contrato (tal como nos Princípios do Unidroit). O primeiro propósito do tribunal será o de preservar o contrato. Por isso, o tribunal poderá inclusivamente requerer às partes que façam um último esforço nas renegociações, empregando meios permitidos nas leis nacionais, como seja a atribuição de um mediador às partes. De acordo com o parágrafo 3º-b), a adaptação do contrato terá como objectivo o restabelecimento do equilíbrio contratual mediante a distribuição equitativa pelas partes das perdas e ganhos resultantes da alteração das circunstâncias<sup>241</sup>. Além disto, de acordo com os Comentários, a actuação prevista no artigo 6.111 configura meras opções, pelo que o tribunal poderá aplicar outras medidas (limitadas pela lei substantiva aplicável). O tribunal poderá estender o período de execução, aumentar ou reduzir o preço ou ordenar um pagamento compensatório. Contudo, apesar de o tribunal poder modificar as cláusulas contratuais, não poderá reescrever todo o contrato. Neste caso, ao tribunal só caberá terminar o contrato. Para tal, o tribunal fixará a data em que o contrato terminará, de modo a que a parte lesada não seja prejudicada injustamente pela falha da outra parte em acordar o fim do contrato ou em renegociar a sua adaptação. Na verdade, é ao tribunal que cabe declarar o fim do contrato. Não obstante, uma das partes pode unilateralmente anunciar que o contrato terminou quando as negociações se revelem infrutíferas. Se esta situação chegar ao tribunal pela outra

---

<sup>238</sup> Cfr. ALMEIDA PRADO, Mauricio, *op. cit.*, p. 251.

<sup>239</sup> Artigo 6:111 (3): “*If the parties fail to reach agreement within a reasonable period, the court may: (a) end the contract at a date and on terms to be determined by the court; or (b) adapt the contract in order to distribute between the parties in a just and equitable manner the losses and gains resulting from the change of circumstances. In either case, the court may award damages for the loss suffered through a party refusing to negotiate or breaking off negotiations contrary to good faith and fair dealing.*”

<sup>240</sup> Cfr., quanto aos poderes dos tribunais, LANDO, Ole e BEALE, Hugh, *op. cit.*, pp. 326-327.

<sup>241</sup> Neste ponto, questiona-se se este objectivo previsto nos PECL equivale ao previsto nos Princípios do Unidroit (o restabelecimento do equilíbrio das prestações). Atendendo ao elemento literal, entende-se que, nos PECL, o tribunal deverá necessariamente distribuir os custos extra por ambas as partes, enquanto nos Princípios do Unidroit parece ser concedida mais liberdade ao tribunal, que poderá atribuir estes custos a uma só parte, se o considerar conveniente. Cfr. ALMEIDA PRADO, Mauricio, *op. cit.*, pp. 251-252.

parte, caberá ao tribunal determinar se havia justificação para aquela anunciar o fim do contrato. Ademais, o tribunal terá de fixar a data a partir da qual o contrato terminou, a qual servirá para determinar o montante da restituição que será devida. Será ainda possível ao tribunal terminar o contrato mediante a atribuição de uma indemnização, ou ordenar o pagamento de um complemento ao preço ou de uma compensação por um certo período de tempo, findo o qual o contrato terminará. Apesar de todas estas possibilidades de actuação do tribunal, nos Comentários não se deixa de advertir para um uso moderado das mesmas, de modo a conservar a estabilidade das relações contratuais.

### 10.3. Os objectivos dos PECL

Os PECL servem os mais variados objectivos, destinando-se a ser aplicados por instituições, empresas e pessoas singulares<sup>242</sup>.

Assim, os PECL podem servir como uma infraestrutura legal para assistir os órgãos da Comunidade na criação de medidas e para assistir os tribunais, árbitros e consultores na aplicação das mesmas. Como tal, o objectivo dos PECL será o de servir como base de um futuro Código Europeu dos Contratos.

Por sua vez, os PECL servem igualmente como um conjunto de regras neutral, independente das soluções de cada sistema nacional, mas que oferece as melhores soluções de entre todos os sistemas legais europeus (e não só), úteis para as pessoas singulares que negociam em diferentes Estados. Neste sentido, as partes podem convencionar que o contrato deve ser governado pelos PECL.

Ademais, os PECL podem ser aplicados quando as partes convencionem que o contrato será regido pelos “princípios gerais de direito”, pela “*lex mercatoria*” ou utilizando uma “expressão similar”. Trata-se de situações em que as partes querem que o contrato seja governado por princípios internacionalmente aceites (ou são incapazes de convencionar a governação do contrato por um determinado sistema nacional) e, portanto, adoptam a *lex mercatoria* para governar o seu contrato. Não obstante, um árbitro, perante este contrato, terá dificuldade em precisar quais são os princípios internacionalmente aceites. Pelo que um dos objectivos dos PECL é igualmente servir

---

<sup>242</sup> Cfr., quanto aos objectivos, LANDO, Ole e BEALE, Hugh, *op. cit.*, pp. 23-24.

como uma declaração destes princípios, que possam ser aceites na Europa e utilizados por árbitros, traduzindo-se numa verdadeira *lex mercatoria* moderna.

Por outro lado, os PECL podem servir também como um modelo para o desenvolvimento legislativo e judicial do direito dos contratos. De facto, os tribunais ou os árbitros podem deparar-se com questões que não se encontram adequadamente tratadas pelos sistemas nacionais. Neste conspecto, podem encontrar a solução nos PECL, tendo em conta que representam o núcleo comum dos sistemas legais europeus ou ainda um desenvolvimento progressivo do mesmo. Do mesmo modo, as soluções plasmadas nos PECL podem ser adoptadas pelos legisladores que reformem o direito dos contratos nacional.

Por último, em face do exposto, os PECL podem servir como base para uma harmonização do direito dos contratos da União Europeia. Assim, os PECL não só podem servir de imediato, a nível nacional ou europeu – ajudando as pessoas singulares a governar os seus contratos, servindo como modelo para os tribunais e os árbitros decidirem e os legisladores elaborarem regras contratuais -, bem como, a longo termo, contribuindo para a harmonização do direito geral dos contratos na União Europeia.

## **11. A *Lex Mercatoria***

### **11.1. Origem e Necessidade**

As partes, mormente aquelas que se dedicam a actividades económicas, desde sempre tiveram necessidade de recorrer a um conjunto de regras e princípios reguladores das suas relações comerciais. Na Baixa Idade Média, este conjunto normativo era formado pelos estatutos das corporações mercantis, pelos costumes mercantis, pela jurisprudência dos tribunais de mercadores, apelidado de “*ius mercatorum*” ou “*lex mercatoria*”, que era independente do poder político. No entanto, a partir do século XVI, assiste-se a um declínio da *lex mercatoria* em detrimento do Direito estadual regulador do comércio. Pelo que a *lex mercatoria* apenas reganhou importância no século XX, com o desenvolvimento do comércio internacional, afirmando-se enquanto Direito autónomo do comércio internacional. Este compreende um complexo normativo composto por “*regras e princípios aplicáveis às relações do comércio internacional que se formam independentemente da acção dos órgãos*

*estaduais e supraestaduais*”<sup>243</sup>. Estas regras e princípios podem relevar na ordem jurídica interna, mas, por outro lado, as normas de conflitos internas também podem remeter para aquelas a resolução de certas questões<sup>244</sup>.

A existência da *lex mercatoria* resulta, assim, da necessidade das partes de recorrer a um conjunto de regras a-nacional. Isto pode ocorrer quando o sistema nacional não é adequado ou quando as partes não conseguem chegar a um acordo quanto ao sistema nacional a aplicar<sup>245</sup>. No fundo, o recurso a um sistema a-nacional decorre das necessidades específicas do comércio internacional, que não podem ser satisfeitas pelos sistemas nacionais. Com efeito, os sistemas nacionais podem acarretar soluções contraditórias ou soluções que não são verdadeiramente neutras. Por outro lado, as leis nacionais podem ser modificadas em detrimento de uma das partes. Por isso, as partes sentem necessidade de dispor de um sistema jurídico a-nacional, de princípios gerais de direito ou da *lex mercatoria*, enquanto substitutos da aplicação do direito nacional<sup>246</sup>.

## 11.2. Natureza

Como já foi referido, a existência deste corpo de regras e princípios a-nacional resulta do desenvolvimento dos costumes e práticas do comércio internacional. Contudo, a sua natureza não deixa de ser uma questão controversa, porquanto se questiona se a *lex mercatoria* constitui apenas uma integração dos costumes do comércio internacional nos direitos nacionais aplicáveis aos contratos internacionais ou se constitui um direito autónomo (dos direitos nacionais) criado por agentes do comércio internacional<sup>247</sup>. É esta uma questão teórica, que pode ser vista de uma

---

<sup>243</sup> Cfr. LIMA PINHEIRO, Luís, “O Direito Autónomo do Comércio Internacional em Transição: a adolescência de uma nova *lex mercatoria*”, in *Estudos de Direito Civil, Direito Comercial e Direito Comercial Internacional*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 392.

<sup>244</sup> Cfr. LIMA PINHEIRO, Luís, *O Direito Autónomo ...*, p. 392.

<sup>245</sup> Cfr. FRICK, Joachim G., *op. cit.*, p. 88.

<sup>246</sup> Cfr. FRICK, Joachim G., *op. cit.*, p. 89.

<sup>247</sup> Cfr. FRICK, Joachim G., *op. cit.*, p. 90. A este propósito, refira-se as teses de Schmitthoff e de Goldman. A primeira entende a *lex mercatoria* como “*Direito material especial do comércio internacional dotado de um certo grau de uniformidade internacional*”, que se baseia em “*convenções internacionais, em regras criadas por “entidades reguladoras” (designadamente leis-modelo, modelos contratuais, cláusulas contratuais gerais, termos normalizados e condições gerais) e, embora em segundo plano, costumes e usos do comércio internacional*”. Nesta tese, a *lex mercatoria* não é tida como uma ordem jurídica autónoma, isto é, como um direito internacional ou supranacional, “*na qual os contratos internacionais se encontrem radicados*”, tendo apenas uma função interpretativa e integrativa do contrato “*e, eventualmente, o papel de fonte subsidiária da ordem jurídica estadual*”. A segunda vê a *lex mercatoria* como a “*ordem jurídica da *societas mercatorum*: um conjunto de princípios gerais e*

perspectiva teórica, empírica ou legalista<sup>248</sup>. A primeira foi desenvolvida por autores franceses e apresenta um cariz sociológico, no sentido de que a comunidade do comércio internacional, solidária entre si, criou a *lex mercatoria*, de forma a disporem de um conjunto de regras independente dos sistemas nacionais e dotadas de força jurídica. A segunda encara a *lex mercatoria* como resultado da evolução do comércio e do direito comercial internacional, mormente da actividade dos tribunais arbitrais internacionais, que lidam com contratos internacionais complexos. Assim, a *lex mercatoria* tem na base da sua existência modelos contratuais e *incoterms* ou princípios gerais de direito utilizados no comércio internacional, nos contratos internacionais e nas decisões arbitrais. A terceira faz referência a dispositivos legais dos sistemas nacionais, que determinam que os tribunais arbitrais devem aplicar normas legais, concluindo que estas incluem a *lex mercatoria*.

Neste conspecto, necessário se torna indagar da existência da *lex mercatoria* enquanto ordem jurídica autónoma do comércio internacional. Assim, não podemos deixar de apontar a posição de Lima Pinheiro<sup>249</sup>. O Autor começa por destacar que o primeiro pressuposto para a formação de uma ordem jurídica autónoma do comércio internacional é a existência de um espaço transnacional adequado para o efeito. Nestes termos, considera-o verificado, uma vez que inexistem impeditivos por parte dos sistemas nacionais e das ordens jurídicas supraestaduais para a auto-regulação das relações comerciais internacionais, nem para a resolução dos litígios emergentes destas relações de acordo com a vontade das partes. Ora, este espaço transnacional não deixa de estar limitado. De facto, a aplicação do Direito Transnacional independente está condicionado à celebração de uma convenção de arbitragem, pelo que só vinculará as partes que voluntariamente se colocarem na sua esfera normativa. Como tal, “*a aplicabilidade da lex mercatoria fica dependente da autonomia privada*”. Por outro lado, os sistemas nacionais delimitam as matérias que podem ser reguladas pela *lex mercatoria*. Assim, dentro dos seus limites materiais, “*a lex mercatoria não tem uma competência exclusiva de regulação, mas uma competência concorrente com a dos*

---

*regras costumeiras espontaneamente referidas ou elaboradas no quadro do comércio internacional, sem referência a um particular sistema jurídico nacional, que exprime concepções jurídicas partilhadas pela comunidade dos sujeitos do comércio internacional*”. Nesta tese, a *lex mercatoria* poderia ser escolhida pelas partes, bem como, em casos de omissão, seria permitido aos árbitros o recurso à mesma. Neste sentido, “*a lex mercatoria não se apresenta como uma mera opção adicional de escolha, a par dos sistemas nacionais, devido à sua maior aptidão para satisfazer as necessidades específicas das relações económicas internacionais*”. Cfr. LIMA PINHEIRO, Luís, *O Direito Autónomo...*, pp. 394-396, 400-401.

<sup>248</sup> Cfr., quanto a estas perspectivas, FRICK, Joachim G., *op. cit.*, pp. 91-92.

<sup>249</sup> Cfr. LIMA PINHEIRO, Luís, *O Direito Autónomo...*, pp. 418-429.

*Estados, podendo igualmente concorrer com a regulação por normas e princípios de Direito Internacional Público e de Direito Comunitário*". Um outro pressuposto destacado por Lima Pinheiro é a existência de um "consenso básico sobre um certo núcleo de valores comuns", que passa pela avaliação da homogeneidade e organização dos agentes do comércio internacional. O Autor entende que esta comunidade não é suficientemente homogênea e organizada, nomeadamente devido à "heterogeneidade dos sujeitos do comércio internacional" (numa era global, existe uma diversidade de agentes económicos, oriundos de todo o mundo, a realizarem negócios transfronteiriços), à "diferença de condições existentes nos seus diversos sectores" (as condições para a formação de um direito autónomo variam consoante o sector económico em causa) e à "incipiência dos pólos organizativos centrais" (a Câmara do Comércio Internacional não será representativa de todos os operadores económicos, bem como não se destina à regulação das relações económicas estabelecidas entre os seus membros), resultando num grupo de comerciantes insuficientemente coeso para a formação de uma ordem jurídica autónoma. Pelo que conclui que, à parte de sociedades de âmbito sectorial e regional, inexistem ainda uma "societas mercatorum". Além disso, o Autor afirma a existência de uma teoria das fontes deficiente para a formação de uma ordem jurídica autónoma do comércio internacional, apontando um défice da coesão valorativa e do sistema normativo. Lima Pinheiro reclama uma ordem objectiva das relações comerciais internacionais, "que regule os aspectos essenciais da vida social dentro da sua esfera de acção". Assim, a existência de um direito autónomo teria de "assentar numa maior coesão dos sujeitos do comércio internacional (...) e no progressivo desenvolvimento de uma estrutura normativa que permita ordenar a interacção social nessa esfera da vida e controlar os elementos que a integram". Não obstante, o Autor admite a existência de ordenamentos autónomos sectoriais, dada a homogeneidade de certos sectores do comércio internacional, que dispõem de organizações sectoriais, assumindo algumas delas uma função reguladora das actividades realizadas pelos seus membros. Ainda assim, a admissão destes regimes jurídicos fragmentários não implica necessariamente a existência de uma ordem jurídica autónoma do comércio internacional. Isto é, as regras jurídicas da *lex mercatoria* podem vigorar autonomamente sem dependerem da pertença a uma ordem jurídica autónoma (ou da recepção por uma ordem jurídica estadual). Contudo, Lima Pinheiro entende que

o desenvolvimento do direito transnacional deve ser favorecido, por ser o mais adequado às especificidades do comércio internacional<sup>250</sup>.

### 11.3. Conteúdo

Não obstante a controvérsia acima mencionada, é possível retirar da *lex mercatoria* um conteúdo específico, atendendo a determinados pressupostos<sup>251</sup>. Primeiro, existe uma concepção que perspectiva a *lex mercatoria* como normas legais, reconhecida (ou, pelo menos, tolerada) por pessoas singulares, empresas públicas e privadas, estados, organizações nacionais e internacionais. Em segundo lugar, é um dado adquirido que a *lex mercatoria* resultou do desenvolvimento do comércio internacional e é o meio adequado para fazer face às necessidades das transacções comerciais internacionais. Em terceiro lugar, é igualmente consensual que a *lex mercatoria* compreende diversas fontes, como sejam modelos contratuais internacionais, convenções internacionais, regras de direito comercial, usos e costumes, princípios gerais de direito e práticas comerciais. Ora, pode, assim, extrair-se um conteúdo da *lex mercatoria*, que alberga um consenso alargado e é composto por princípios gerais de direito (por exemplo, os Princípios do Unidroit), pelos usos e costumes da prática comercial internacional (como sejam, modelos contratuais, *incoterms*, cláusulas de força maior e de *hardship*), por publicações de decisões arbitrais e pelo direito internacional público no que respeita a contratos celebrados entre governos e privados (por exemplo, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados)<sup>252</sup>.

---

<sup>250</sup> “Graças à sua uniformidade internacional dispensa a escolha do Direito estadual aplicável e a averiguação do seu conteúdo, facilitando o conhecimento do regime aplicável pelos interessados, aumentando a previsibilidade jurídica e minorando o acréscimo dos custos de transacção resultantes da transnacionalidade da relação”. Cfr. LIMA PINHEIRO, Luís, *O Direito Autónomo...*, p. 429.

<sup>251</sup> Cfr., quanto a estes pressupostos, FRICK, Joachim G., *op. cit.*, pp. 93-94.

<sup>252</sup> Cfr. FRICK, Joachim G., *op. cit.*, p. 95.

## 11.4. Aplicabilidade: os contratos internacionais complexos

### 11.4.1. Aplicação conforme a regra de conflitos

No que respeita ao problema da aplicabilidade da *lex mercatoria*, quando as partes não escolhem a lei substantiva aplicável, podemos encontrar duas situações: aquela em que a *lex mercatoria* apresenta uma conexão próxima com o caso e outra em que a *lex mercatoria* apenas se aplica subsidiariamente.

No primeiro caso, a *lex mercatoria* pode aplicar-se pelo facto de constituir o complexo normativo com a conexão mais próxima com o caso. É esta uma perspectiva relacionada com a aplicação das regras de conflitos, sem olhar ao mérito da questão. Deste modo, os árbitros não têm a autonomia suficiente para aplicar a *lex mercatoria* em função do mérito do caso<sup>253</sup>.

No segundo caso, a *lex mercatoria* pode aplicar-se após ser feita uma análise das regras de conflitos, no sentido de se concluir que a *lex mercatoria* apenas apresenta uma conexão mais próxima com o caso, porque a regra de conflitos não leva à aplicação de uma determinada lei nacional ou porque essa lei nacional não tem qualquer conexão com o caso. Neste sentido, deste raciocínio deriva um princípio de subsidiariedade da *lex mercatoria*<sup>254</sup>. O mesmo é justificado pelo facto de a *lex mercatoria* consistir num complexo normativo, o qual não deve ser aplicado apenas porque é mais apropriado em função do mérito do caso. Como tal, deverá recorrer-se primeiro à aplicação das regras de conflitos. Por outro lado, a *lex mercatoria* ainda não se estabeleceu como um conjunto de regras de definido, o que causa incerteza nas decisões arbitrais e, consequentemente, impossibilita as partes de preverem o resultado das suas acções<sup>255</sup>. Não obstante, esta perspectiva não deixa de assumir que importa o facto de os árbitros terem igualmente em conta a obtenção de um resultado justo e equitativo e que vá de encontro às expectativas (razoáveis) das partes. E, portanto, é neste âmbito que a arbitragem internacional assume um papel importante, nomeadamente face aos tribunais nacionais<sup>256</sup>.

Por fim, a *lex mercatoria* pode ainda aplicar-se quando as partes incluem nos seus contratos cláusulas negativas da lei aplicável (“*negative choice of law clauses*”),

---

<sup>253</sup> Cfr. FRICK, Joachim G., *op. cit.*, p. 117.

<sup>254</sup> Cfr. FRICK, Joachim G., *op. cit.*, p. 117.

<sup>255</sup> Cfr. FRICK, Joachim G., *op. cit.*, p. 118-119.

<sup>256</sup> Cfr. FRICK, Joachim G., *op. cit.*, p. 119.

que se traduzem na referência expressa ao facto de o contrato não dever ser governado pelas leis nacionais das partes<sup>257</sup>.

#### 11.4.2. O fenómeno da desnacionalização<sup>258</sup>

Neste âmbito, a aplicação da *lex mercatoria* é preferencial. De facto, a sua aplicação tem como premissa o fenómeno da internacionalização ou desnacionalização dos contratos. Com efeito, os contratos mais “desnacionalizados” apresentarão uma maior conexão com a *lex mercatoria*. É o caso dos contratos internacionais complexos, onde a aplicação da *lex mercatoria* é mais propícia. Assim, a *lex mercatoria* aplica-se não só porque os contratos internacionais complexos são um pressuposto da sua existência, mas também porque as partes destes contratos preferem um tribunal arbitral (desnacionalizado) para solucionar eventuais conflitos. Trata-se de situações em que inexistente uma lei nacional conexa com o caso ou em que as leis nacionais não correspondem às necessidades específicas deste tipo contratual. As vantagens da aplicação da *lex mercatoria* traduzem-se no facto de não se aplicar uma lei nacional inadequada para regular os contratos internacionais complexos e de se evitar que o caso seja decidido de acordo com a lei nacional de uma das partes. Ora, a aplicação da *lex mercatoria* com base nesta desnacionalização dos contratos comerciais internacionais radica nas expectativas das partes (e não na inclusão de uma cláusula de arbitragem). Tendo em conta as características dos contratos internacionais complexos (como já foram descritas supra), a *lex mercatoria* será a que mais corresponde às expectativas das partes e a mais apropriada para evitar os constrangimentos e arbitrariedades inesperadas das leis nacionais.

Assim, conclui-se que, tirando os casos em que a lei substantiva aplicável manda aplicar a *lex mercatoria* ou em que a sua aplicação resulta de uma escolha implícita das partes, a aplicabilidade da *lex mercatoria* resulta das seguintes situações: segundo um princípio de subsidiariedade, quando as regras de conflitos excluem uma conexão próxima com uma lei nacional, e nos casos de desnacionalização dos contratos comerciais internacionais, cujas características propiciam a conexão com a *lex mercatoria*<sup>259</sup>.

---

<sup>257</sup> Cfr. FRICK, Joachim G., *op. cit.*, p. 119.

<sup>258</sup> Cfr. FRICK, Joachim G., *op. cit.*, pp. 120-121.

<sup>259</sup> Cfr. FRICK, Joachim G., *op. cit.*, p. 129.

## CAPÍTULO V

### O PRINCÍPIO GERAL DA RENEGOCIAÇÃO DOS CONTRATOS

#### 12. O dever de renegociar

##### 12.1. Definição e Fontes

O dever de renegociar pode ser definido como um esforço das partes para adaptar o contrato às alterações substanciais que o mesmo haja sofrido, isto é, logo que a execução do contrato seja praticamente impraticável. De facto, “*esta obrigação impõe que as partes se aproximem e procurem, através de negociações sérias, encontrar uma solução para superar estes problemas*”<sup>260</sup>. No fundo, o dever de renegociar os contratos impõe que as partes iniciem negociações e cheguem a um acordo quanto às modificações a implementar. Para tal, importam três elementos: um contrato válido, a obrigação das partes de modificar o contrato mediante um consenso e a existência de uma certa “*margem de manobra*” nas negociações<sup>261</sup>.

De um ponto de vista factual, assiste-se na prática comercial (mormente, a internacional) à renegociação dos contratos pelas partes, nomeadamente porque estas vêm estipulando cláusulas para regular situações de *hardship*.

Por outro lado, a existência de um dever de renegociar os contratos resulta reforçada com a sua estipulação em instrumentos internacionais, como os Princípios do Unidroit ou os PECL.

Numa outra perspectiva, sempre se dirá que o dever de renegociar resulta da obrigação das partes de regularem as suas relações comerciais mediante a observância de regras da boa fé. Esta obrigação de execução do contrato de boa fé é especialmente importante nos contratos sinalagmáticos, de longa duração e em que a cooperação é imprescindível. A boa fé conduz, assim, as partes a se informarem de alguma dificuldade gravosa na execução contratual e, conseqüentemente, a encetarem negociações sérias para ultrapassá-la.

---

<sup>260</sup> Cfr. ALMEIDA PRADO, Mauricio, *op. cit.*, p. 220.

<sup>261</sup> Cfr. FRICK, Joachim G., *op. cit.*, p. 182.

Neste sentido encontram-se igualmente as decisões arbitrais, que configuram o dever de renegociar no seio da *lex mercatoria*. Aquelas configuram a obrigação de renegociar os contratos como uma consequência lógica da boa fé e, bem assim, como uma prática dos negócios internacionais. Como tal, consagram a obrigação das partes de trocar propostas, que devem ser razoáveis em face das circunstâncias do caso e dos interesses da contraparte<sup>262</sup>.

Em todo o caso, conclui-se que o dever de renegociar pode resultar de uma cláusula contratual (mormente, das de *hardship*, cujo efeito principal é precisamente a renegociação dos contratos), ou existir mesmo na ausência de uma cláusula que conduza à renegociação contratual. O procedimento de renegociação pode ter na sua base regras contratuais, regras institucionais, a lei substantiva aplicável ou outras regras específicas<sup>263</sup>.

## 12.2. Procedimento<sup>264</sup>

Como já foi referido, à parte afectada pela alteração das circunstâncias cabe a iniciativa de requerer as negociações. A comunicação à contraparte deverá ser feita antes de se tornar impraticável o cumprimento das prestações. Cabe depois à parte mais favorecida avaliar (no decurso das negociações) da existência de uma situação de *hardship*, tendo em conta o caso concreto e as referências legais e jurisprudenciais existentes. Nesta medida, a contraparte é obrigada a agir de boa fé, não devendo recusar negociar se lhe for feita uma proposta de adaptação razoável, sob pena de ser responsabilizada pelos danos causados. O objectivo da proposta é compensar a parte afectada pelos prejuízos sofridos, bem como do lucro que obteria em face do contrato original. Assim, o dever de renegociar cessa quando as partes acordam na adaptação contratual ou pela falta desse consenso.

## 12.3. Incumprimento

Quando uma das partes não cumpre a obrigação de renegociar o contrato, esta conduta será tida em conta pelo juiz ou árbitro que terá de adaptar o contrato. Nesta

---

<sup>262</sup> Cfr. ALMEIDA PRADO, Mauricio, *op. cit.*, p. 218.

<sup>263</sup> Cfr. FRICK, Joachim G., *op. cit.*, p. 182.

<sup>264</sup> Cfr. FRICK, Joachim G., *op. cit.*, pp. 185-186 e FUCCI, Frederick R., *cit.*, p. 32.

medida, a eficácia do dever de renegociar está dependente da sanção estipulada para o seu incumprimento. Ora, claro está que é difícil demonstrar a violação do dever de renegociar de boa fé, pois tem de se demonstrar que o comportamento da parte comprometeu o progresso das negociações – causando o seu insucesso –, o que será aferido pelo árbitro ou juiz, tendo por base o critério de bom pai de família<sup>265</sup>. Do mesmo modo, a parte afectada tem de demonstrar igualmente que realizou todos os esforços para minimizar as consequências resultantes de uma eventual inexecução da sua parte<sup>266</sup>.

A maioria das cláusulas contratuais que conduzem à renegociação dos contratos preveem o recurso aos tribunais ou à arbitragem quando as partes não conseguem chegar a um acordo ou quando há um incumprimento do dever de renegociar. Neste caso, prevê-se igualmente o direito à resolução do contrato, bem como o direito a uma indemnização pelos danos causados<sup>267</sup>.

Por fim, as partes podem ainda recorrer à intervenção de um terceiro – que não um juiz ou um árbitro – para adaptar o contrato, cuja decisão pode ser recorrível em tribunais judiciais ou arbitrais.

#### 12.4. Dever de renegociar implícito

Uma outra questão que importa analisar é a existência de um dever implícito de renegociar pelas partes, mormente em contratos de longa duração. Este dever implícito de renegociar assentaria, assim, na boa fé, uma vez que o princípio *pacta sunt servanda* teria de ceder perante uma alteração das circunstâncias. Como tal, em vez da referência

---

<sup>265</sup> Cfr. FUCCI, Frederick R., *cit.*, p. 33.

<sup>266</sup> Cfr. FUCCI, Frederick R., *cit.*, p. 33. No mesmo sentido se estipulou a “ICC Hardship Clause 2003”, que reforça que o direito de renegociar da parte afectada deve ser justificado: “ 2. (...) *where a party to a contract proves that: 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 expected to have taken into account at the time of the conclusion of the contract; and that 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*” (sublinhado nosso).

<sup>267</sup> Com efeito, nos contratos de investimentos internacionais duradouros, as partes tendem a prever pagamentos em caso de resolução, tendo em conta diversos cenários, como as situações de *hardship*, os quais evitam, de alguma forma, a incerteza relativa às consequências resultantes destas situações. Cfr. FUCCI, Frederick R., *cit.*, pp. 39-40.

expressa através da cláusula de *hardship*, a obrigação de renegociar o contrato resultaria de forma implícita, dada a longa duração dos contratos e as exigências da boa fé<sup>268</sup>.

Noutra perspectiva, os autores alemães afirmam que o dever de renegociar pode ter lugar na ausência de uma cláusula contratual em casos de eminência de resolução de contratos especialmente protegidos pela lei (como as relações laborais)<sup>269</sup>. Por outro lado, os tribunais americanos tendem a ordenar que as partes iniciem negociações de boa fé, o que pode levá-las a alcançar um acordo equitativo<sup>270</sup>.

De facto, o direito suíço e alemão estabelece a obrigação das partes iniciarem negociações, como efeito directo da alteração das circunstâncias, nos contratos internacionais complexos, independentemente da existência de uma cláusula contratual que conduza à renegociação, no sentido de que a intervenção de terceiros apenas seria necessária no caso de recusa de uma proposta de adaptação equitativa e conforme com as regras da boa fé<sup>271</sup>.

Importa aqui notar a referência às características de certos tipos contratuais e ao facto de as partes preferirem resolver estas questões de acordo com a autonomia da vontade. Nestes termos, a existência deste dever implícito de renegociar assentaria igualmente no carácter relacional de certo tipo de contratos, como é o caso dos contratos internacionais complexos. O carácter relacional do contrato obrigaria, assim, as partes a renegociar o contrato de boa fé, aquando de uma alteração das circunstâncias, bem como a aceitar uma proposta de adaptação que fosse equitativa e de boa fé<sup>272</sup>. Esta obrigação de renegociar reflecte, por um lado, a vontade das partes de preservar a relação contratual e, por outro lado, a intenção de proteger normas relacionais e de evitar o eventual oportunismo da parte mais favorecida<sup>273</sup>. Nesta perspectiva, a falha nas negociações originará o direito dos árbitros ou dos tribunais de adaptar o contrato, a não ser que a parte lesada prefira suportar as consequências resultantes da alteração das circunstâncias<sup>274</sup>.

---

<sup>268</sup> “De ello se sigue que, en los hechos, en los contratos de duración se producen los resultados prácticos de la teoría de la imprevisión, aunque las leyes no la regulen expresamente.” Cfr. ALTERINI, A. Anibal, *cit.*, pp. 62-63.

<sup>269</sup> Cfr. FRICK, Joachim G., *op. cit.*, p. 183.

<sup>270</sup> Cfr. FRICK, Joachim G., *op. cit.*, p. 183.

<sup>271</sup> Cfr. FRICK, Joachim G., *op. cit.*, pp. 183-184.

<sup>272</sup> Cfr. FRICK, Joachim G., *op. cit.*, p. 184.

<sup>273</sup> Cfr. FRICK, Joachim G., *op. cit.*, p. 185.

<sup>274</sup> Cfr. FRICK, Joachim G., *op. cit.*, p. 185.

### 13. O Princípio geral da renegociação dos contratos

#### 13.1. Fundamentos

Face ao exposto, a questão que nos cumpre analisar é a da possibilidade da existência de um princípio geral da renegociação dos contratos, atendendo à incapacidade humana de tudo prever e fazer face às situações imprevistas.

Na prática comercial, é comum as partes renegociarem os seus contratos quando os mesmos se tornam inexecutáveis.

Na verdade, a renegociação dos contratos é uma prática que se tem consolidado. Vejamos, assim, quais os fundamentos mais significativos para a existência de um princípio geral da renegociação dos contratos.

Previamente, sempre se dirá que o mesmo tem como fundamento as exigências da boa fé, no sentido de que as partes devem conduzir as negociações de boa fé, bem como deve a parte mais favorecida aceitar uma proposta da contraparte que seja equitativa e de boa fé. Isto significa que a boa fé implica lealdade entre as partes, perante as especificidades do comércio internacional. Assim, conduzir a execução do contrato segundo a boa fé pressupõe honestidade e cooperação, de forma a manter o equilíbrio prestacional e a alcançar os objectivos a que as partes inicialmente se propuseram. É este um dever de conduta que integra diversos ordenamentos jurídicos e convenções internacionais. O incumprimento deste dever de conduta é sancionável pelo juiz quando tiver que apreciar o insucesso na conservação do equilíbrio inicial das prestações. Pelo daqui pode resultar um princípio geral da renegociação dos contratos assente em critérios de boa fé, independentemente de uma referência expressa no contrato<sup>275</sup>.

Para além do princípio geral da boa fé, outro existe e é reconhecido na ordem jurídica que pode também justificar a existência de um princípio geral da renegociação dos contratos. Trata-se do princípio geral da taxatividade dos negócios unilaterais, plasmado no artigo 457º do CC. Deste princípio geral pode inferir-se a preferência pela ideia de harmonização e de consenso entre as partes, no sentido de que estas devem encontrar uma solução em conjunto, mediante um processo de negociação, sendo excepcional o recurso a uma solução encontrada unilateralmente.

---

<sup>275</sup> Cfr., a propósito da boa fé nos contratos internacionais, ADAME GODDARD, Jorge, “El principio de la buena fe en los contratos internacionales”, in *Roma e America*, Ano 19/20 (2005), pp. 545-558.

Não obstante, a par disso, independentemente do regime geral estabelecido nos artigos 437º a 439º do CC, as partes têm lidado com eventuais alterações das circunstâncias mediante *standards* usados nos contratos em certos sectores económicos e a inclusão de cláusulas de adaptação, especialmente as de *hardship*, cujo efeito principal é a renegociação do contrato. Trata-se de uma forma de as partes se acautelarem em relação a situações imprevistas e aos riscos daí decorrentes e, ulteriormente, às respectivas consequências. As cláusulas de adaptação, mormente as de *hardship*, apresentam-se então como uma vantagem para as partes, não só porque permitem estabelecer um regime diferente do legalmente estabelecido (mais adequado à modalidade contratual e ao contexto internacional em que se insere), bem como permitem às partes evitarem a solução oferecida pela lei nacional aplicável e lidar com a incerteza da sua determinação<sup>276</sup>.

Contribui também para a afirmação da existência de um princípio geral da renegociação dos contratos a recente reforma ocorrida no direito das obrigações do ordenamento jurídico alemão (reforma do BGB de 2001/2002), no sentido de privilegiar a adaptação do contrato, apenas se recorrendo ulteriormente à resolução, precisamente no caso de impossibilidade da modificação. A mesma reforma é demonstrativa da tendência gizada nos instrumentos internacionais e na *lex mercatoria* e das novas práticas do comércio internacional, as quais preconizam a renegociação contratual e, em último recurso, a intervenção arbitral ou judicial para a determinação da adaptação do contrato ou para o fazer cessar.

Um argumento de peso para a afirmação deste princípio resulta igualmente da prática comercial internacional, traduzindo-se na existência de determinadas modalidades contratuais apelidadas de contratos internacionais complexos e de contratos relacionais. Importam significativamente as suas características, pois delas emerge a necessidade de renegociação, permitindo a emergência de um princípio geral da renegociação dos contratos. É esta uma realidade empresarial e contratual que não podemos olvidar, nem tampouco deixar de extrair as necessárias consequências. Em geral, estes novos tipos contratuais apresentam determinadas especificidades, como sejam a necessidade de planificação detalhada e grandes investimentos, uma vez que se trata de contratos que estão sujeitos a riscos específicos e à ocorrência de imprevistos. Por outro lado, trata-se, em regra, de contratos de longa duração, pelo que existe um

---

<sup>276</sup> Cfr. ARAGÃO, Alexandra [et al.], *Direito do Petróleo*, coord. José Carlos Vieira de Andrade, Rui de Figueiredo Marcos, Coimbra: Faculdade de Direito, Instituto Jurídico, 2013, p. 168 e nota (94).

forte interesse das partes em preservar o contrato (e acautelar as consequências de uma resolução contratual), permitindo-se, assim, a sua adaptação e o reajustamento do equilíbrio prestacional, em moldes que apenas se precisarão no momento da renegociação entre as partes. Além disso, são categorias contratuais cujo objecto contratual relaciona-se com a investigação tecnológica, que envolvem competências técnicas e um elevado nível de complexidade (e que, por isso mesmo, se tornam mais sensíveis à ocorrência de contingências) e requerem igualmente que as partes cooperem e sejam solidárias na concretização dos seus interesses. Este aspecto é especialmente importante nos contratos relacionais, dada a lógica subjacente. É esta uma lógica diferente, determinada pela abertura e pela flexibilidade contratual, no sentido de que o conteúdo do contrato não pode ser definido *ab initio*, no momento da formação, mas apenas no decurso da execução contratual e de acordo com o contexto circunstancial envolvente. Por isso, Ian R. Macneil estabeleceu um conjunto de regras de governação da relação contratual, as quais são tendentes a permitir um processo contínuo de constante adaptação e reajustamento às novas circunstâncias, instigando as partes à renegociação. Daí que a disciplina dos direitos, obrigações e efeitos dos contratos fica dependente de uma governação *ex post*, consoante o desenrolar da relação contratual. Neste sentido, os autores vêm associando os contratos relacionais aos contratos de tipo associativo ou societário (por exemplo, as parecerias profissionais, os acordos empresariais de cooperação tecnológica, a formação de redes produtivas e de fornecimento de produtos, as franquias ou os contratos de trabalho). Por outro lado, estas novas categorias contratuais (em que se incluem os contratos internacionais complexos e os contratos relacionais que, apesar de diferentes, podem sobrepor-se) tornam-se essenciais na antevisão dos riscos, dada a dificuldade na previsão de obstáculos. Como tal, a sua concretização requer, uma vez mais, a necessidade de planificação e de um modo específico de resolução dos problemas pelas partes que passa pela renegociação, e não tanto pela intervenção do tribunal<sup>277</sup>.

Ora, este direito à renegociação (que consubstanciará o princípio geral da renegociação dos contratos), cujo reconhecimento resulta das situações de *hardship* advém, de alguma forma, da *lex mercatoria* própria da contratação no seio do comércio internacional, tendo depois se alargado a alguns textos tendentes à uniformização

---

<sup>277</sup> Cfr., quanto a estas categorias contratuais, ARAGÃO, Alexandra [et al.], *op. cit.*, pp. 151-152 e nota (38) e FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer, “O contrato como regulador e como produtor de riscos”, disponível in [http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/ocontrato.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/ocontrato.pdf), (acesso em 13/7/2013), pp. 65 e 71.

legislativa. De facto, nas convenções internacionais (relativas aos contratos comerciais internacionais), como a Convenção de Viena, os Princípios do Unidroit e os PECL, faz-se referência às situações de *hardship* e ao inerente direito à renegociação. A propósito dos Princípios do Unidroit e dos PECL, há quem afirme que os mesmos não configuram um elenco de verdadeiros princípios jurídicos gerais, mas apenas meros modelos de regulação (“*que podem ser incorporados no contrato, com o valor de cláusulas contratuais gerais, ou podem ser recebidos no conteúdo de normas materiais de um Direito estadual ou de uma Convenção internacional*”)<sup>278</sup>. É esta uma posição com a qual não podemos concordar. Em nossa opinião, estamos perante verdadeiros “princípios”, porquanto os mesmos foram elaborados como tal e porque se baseiam em ideias gerais de equilíbrio, justiça, razoabilidade e universalidade (pelo menos, na prática contratual que se efectiva diariamente no comércio internacional). São estas ideias que constituem precisamente o critério fundamental do que seja um “princípio jurídico”. Um verdadeiro princípio jurídico constitui, pois, uma determinada intenção prático-material, que reflecte “*exigências – que exprimem as intenções, os valores, ou os compromissos práticos que o direito deve assumir e realizar – consonantes com o específico sentido da normatividade jurídica*”<sup>279</sup>. De facto, estes princípios exprimem um determinado sentido prático (o direito à renegociação), que são, por sua vez, a expressão de certos valores partilhados pela maioria dos agentes do comércio internacional e que se vão consolidando na consciência jurídica dos operadores do direito. Nestes termos, é de alguma forma irrelevante o facto de estes princípios ainda não se encontrarem positivados nas leis civis ou comerciais da generalidade dos ordenamentos jurídicos. É preciso notar que os ordenamentos estatais normalmente não contêm disposições relativas à contratação internacional, nem disposições específicas respeitantes a contratos internacionais complexos ou a contratos relacionais. Ora, como é bom de ver, é sobretudo na contratação internacional que se aplicam os Princípios do Unidroit e os PECL, assim como é nestas novas categorias contratuais que se afirma o princípio geral da renegociação dos contratos relativo às situações de *hardship*. Como tal, não se pode, por isso, dizer que estes princípios são puros “princípios” abstractos, desligados da realidade contratual e jurisprudencial. Pelo contrário, eles representam também o produto ou a recepção de todos os elementos (que temos vindo a referir e

---

<sup>278</sup> Cfr. LIMA PINHEIRO, Luís, “*O Direito Autónomo...*”, pp. 407-409.

<sup>279</sup> Cfr. BRONZE, Fernando José, *Lições de Introdução ao Direito*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 629.

outros que ainda referiremos) que levam à consolidação do princípio geral da renegociação dos contratos. Isto porque os princípios jurídicos não surgem *ex abrupto*, antes revelando-se como “*intenções práticas que o pensamento jurídico vai excogitando: as instâncias a quem estiver acometida a constituição do direito, ao reflectirem as soluções concretas para as controvérsias jurídicas que emergem num determinado horizonte comunitário, não podem deixar de inferir os seus pressupostos fundamentantes (...)*”<sup>280</sup>. É este um processo lento e progressivo, determinado pelo ritmo das controvérsias para as quais não existe resposta adequada. Pelo que teremos de concluir que este é, na verdade, direito objectivo aplicável.

Neste conspecto, convém referir ainda outros elementos que contribuem para a consolidação do princípio geral da renegociação dos contratos. Assim, a ideia da necessidade de renegociação surge igualmente na jurisprudência, mormente a arbitral, na área da contratação relacionada com o investimento estrangeiro (as decisões arbitrais afirmam a existência de um dever de renegociar, por referência às situações de *hardship* e ao carácter particular dos contratos em causa; por outro lado, reconhecem a *rebus sic stantibus* como um princípio geral do direito internacional, com carácter excepcional face ao *pacta sunt servanda*, estabelecendo as consequências da sua aplicação – adaptação ou extinção do contrato – por referência à regra de *hardship* prevista nos Princípios do Unidroit<sup>281</sup>), bem como em regulamentos de associações profissionais e empresariais (e, porventura, em alguns diplomas legislativos internos). Por outro lado, deve referir-se ainda a influência da *common law* e das análises ligadas à *law and economics*, cuja teoria demonstrou a existência de uma “*corrente teórica que pretendia conduzir a praxis contratual para fora do contexto normativo (e do pacta sunt servanda)*”, isto porque caracteriza o cumprimento contratual como uma escolha das partes entre a execução e o ressarcimento pelo incumprimento, cuja opção remete “*às formas iniciais de avaliação da relação custo/benefício*”<sup>282</sup>.

Por dever de consciência, não podemos deixar de mencionar algumas críticas que têm sido feitas à existência de um dever geral (implícito) de renegociar. Note-se que o princípio geral da renegociação dos contratos pressupõe uma obrigação de renegociar das partes e, por sua vez, a progressiva consolidação do direito de renegociar da parte afectada contribui para a afirmação desse mesmo princípio geral. Uma das críticas

---

<sup>280</sup> Cfr. BRONZE, Fernando José, *op. cit.*, p. 633.

<sup>281</sup> Cfr. ALMEIDA PRADO, Mauricio, *op. cit.*, pp. 200-205.

<sup>282</sup> Cfr. FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer, *cit.*, p. 73.

referidas é a inexistência de base legal que fundamente um dever de renegociar<sup>283</sup>. Não obstante, já expusemos supra as razões pelas quais consideramos irrelevante a inexistência de posituação de um princípio que conduza à obrigação de renegociar. Uma outra crítica respeita à desnecessidade de um direito de renegociar, uma vez que o receio de uma intervenção de um terceiro (árbitro ou juiz) por si só impele as partes a negociar (pelo que um processo de renegociação só serviria para adiar a intervenção de terceiros) e, por outro lado, se as partes quisessem usufruir de tal direito, tê-lo-iam previsto no seu contrato<sup>284</sup>. Primeiramente, deve voltar a referir-se que as partes nem sempre conseguem prever a ocorrência de acontecimentos imprevistos, nem a sua natureza e as suas consequências ao nível da distribuição dos riscos do contrato; mas é certo, pelo menos, que as partes preferem a conservação da estabilidade contratual (em vez de suportar as consequências de uma resolução precoce) e a realização dos seus interesses (que, no seio da contratação internacional, implicou investimentos avultados, que pressupõem a manutenção do contrato por um determinado período de tempo). Pelo que a possibilidade de renegociar funciona para, de alguma forma, tutelar o contrato – preservando-o e repondo o seu equilíbrio – para se evitar a fase da resolução (cujo recurso acaba por acarretar um aumento dos custos de contratar). No seguimento desta questão, mais se refere relativamente à desnecessidade de um direito de renegociar, no sentido de que as partes não terão capacidade para avaliar uma situação de alteração das circunstâncias (ausência de um critério) e acabarão por aceder a essa evidência porque estão de boa fé, abdicando da força obrigatória do contrato<sup>285</sup>. Neste sentido, é também mencionado o perigo do oportunismo da parte favorecida com a alteração das circunstâncias, implicando uma negociação desigual na reposição do equilíbrio contratual<sup>286</sup>. Ora, conforme a caracterização já efectuada da cláusula de *hardship* e das regras previstas nos Princípios do Unidroit e dos PECL, reconhece-se que a obrigação de renegociar deverá impor-se quando exista uma alteração profunda do equilíbrio contratual durante a execução do contrato (para tanto os regimes nacionais já vão neste sentido e a lei substantiva aplicável poderá aferir a necessidade de adaptação), tornando-o impraticável e, como tal, impelindo a parte favorecida a negociar de boa fé e a aceitar uma proposta razoável e equilibrada. Por outro lado, como já foi referido, a obrigação

---

<sup>283</sup> Cfr. FRICK, Joachim G., *op. cit.*, p. 188.

<sup>284</sup> Cfr. FRICK, Joachim G., *op. cit.*, p. 189.

<sup>285</sup> Cfr. FRICK, Joachim G., *op. cit.*, p. 189.

<sup>286</sup> Cfr. SCHANZE, Erich, “Failure of Long-Term Contracts and the Duty to Re-negotiate”, 10, disponível in <http://www.uni-marburg.de>, (acesso em 2/1/2013), p. 159.

de renegociar é o principal efeito da existência de situações de *hardship*, mas não é o único, no sentido de que, se as negociações falharem (por recusa de negociar ou de aceitar a proposta, ou até por impossibilidade de se chegar a um acordo), existe sempre uma fase judicial que avaliará a existência de tal situação e, naturalmente, não deixará de ter em conta o comportamento anterior das partes, podendo ordenar a adaptação ou a resolução do contrato. Aliás, desta forma se evita, pelo contrário, o oportunismo da parte mais favorecida, que tem de renegociar de boa fé, sob pena de consequências que podem passar pela indemnização dos danos causados com uma eventual obstrução ao progresso das negociações.

Não obstante, a ideia da necessidade de renegociar é real e colhe a preferência das partes. A moderna realidade da contratação internacional, mormente no âmbito dos contratos de longa duração, faz surgir um direito de renegociar perante a ocorrência de uma alteração das circunstâncias. Trata-se de uma realidade contratual que requer flexibilidade. É óbvio que as partes se devem esforçar por distribuir os riscos e prevenir-se mediante, por exemplo, a inserção de cláusulas de adaptação. Mas o facto de não o fazerem não quer dizer que não possam confiar numa cooperação futura para resolver problemas que não foram possíveis de prever (ainda que conscientes que iriam ocorrer, mas incapazes de os determinar). Note-se que estamos perante um tipo contratual que é necessariamente incompleto, pelo que a sua eficiência não advém propriamente do tempo gasto na sua formação, mas antes, posteriormente, no momento do seu ajustamento. Além disso, a renegociação satisfaz igualmente o interesse de se resolverem conflitos pela via da conciliação e do compromisso, em consonância com as expectativas das partes. Pelo facto de as partes se encontrarem ligadas por um determinado compromisso, “*elas têm alguma obrigação de partilhar benefícios e perdas inesperados no caso de um acidente no curso do investimento*”, cujo conceito não deixa de ser reconhecido no direito alemão e suíço<sup>287</sup>. Isto faz particular sentido no âmbito das novas categorias contratuais já caracterizadas, nomeadamente em virtude da interdependência e reciprocidade existente entre as partes – apesar de haver quem proponha um princípio geral de partilha de perdas, independente do tipo contratual<sup>288</sup>. De qualquer forma, importa a consciência das partes de que será necessária flexibilidade e cooperação, pelo que a renegociação servirá o propósito de se alcançarem os objectivos inicialmente planeados. Convém ter em conta que, na generalidade dos casos,

---

<sup>287</sup> Cfr. FRICK, Joachim G., *op. cit.*, p. 158.

<sup>288</sup> Cfr. FRICK, Joachim G., *op. cit.*, p. 159.

só a renegociação contratual poderá preservar a relação entre as partes e permitir que os seus interesses sejam concretizados, porquanto a resolução importaria consequências que os mercados internacionais não poderiam solucionar, pelo que a renegociação torna-se a alternativa mais adequada (e a resolução uma opção de último recurso).

Neste conspecto, explicitados os elementos que levaram ao seu surgimento e consolidação e respondidas as críticas enunciadas, concluímos pela existência de um princípio geral da renegociação dos contratos, porque necessário se tornou na ordem jurídica, em face das controvérsias registadas.

### 13.2. Caracterização

Face à conclusão supra referida, cabe-nos caracterizar o princípio geral da renegociação dos contratos. Apesar de este ser um princípio já aceite e com uma certa estabilidade, esta caracterização não deixará de estar condicionada ao momento histórico em que nos encontramos, dado que também este princípio pressuporá um processo progressivo de consagração na ordem jurídica.

Ora, ocorrendo uma alteração superveniente das circunstâncias, que afecte profundamente o equilíbrio contratual, tem aplicação o princípio geral da renegociação dos contratos, independentemente da previsão de uma cláusula que a tal conduza (mormente, a de *hardship*). Este princípio tem incidência em várias modalidades contratuais, - particularmente nas novas categorias contratuais correspondentes aos contratos internacionais complexos e contratos relacionais, mas também na generalidade dos contratos duradouros -, o que justifica a natureza de princípio geral<sup>289</sup>. O princípio geral da renegociação dos contratos concede à parte afectada o direito de renegociar, isto é, o direito de exigir que se iniciem as negociações (e não propriamente que se chegue a um acordo). Como tal, à parte afectada caberá comunicar à contraparte, de forma fundamentada e num curto espaço de tempo (e normalmente mantendo-se a

---

<sup>289</sup> Como já foi referido, a obrigação de renegociar consagra a expressão de valores partilhados por grande parte dos operadores do comércio internacional, sendo um método idóneo para a concretização desses valores perante a consciência dos mesmos. Além disso, é aplicado na jurisprudência, mormente a arbitral, e é conforme com os valores fundamentais e os princípios gerais de direito. Neste sentido, entendemos que se encontra diluído o argumento da heterogeneidade (valorativa) dos operadores do comércio internacional, principalmente se tivermos em conta as semelhanças existentes entre os sistemas legais nacionais e fizermos uma comparação funcional dos mesmos, porquanto se alcançará, de certa forma, uma harmonização. Note-se que, independentemente da orientação política, ideológica ou económica das ordens jurídicas que estejam em causa, as técnicas legais que densificam o comércio internacional são as mesmas. *Vide*, a este propósito, FLETCHER, Ian; MISTELIS, Loukas; e CREMONA, Marise, *op. cit.*, pp. 8-10.

execução do contrato), a ocorrência de uma alteração das circunstâncias. Neste sentido, o princípio geral da renegociação dos contratos faz impender sobre as partes uma obrigação de renegociar, que cabe primeiramente à parte mais favorecida<sup>290</sup>, devendo a mesma aceitar uma proposta razoável e equilibrada e que seja conforme com as regras da boa fé. Aliás, em sede judicial (não se chegando a acordo), esta proposta (confirmando-se a sua razoabilidade) poderá ser tida em conta pelo juiz (na senda do que tem ocorrido nos tribunais alemães no que respeita às cláusulas de *hardship*) e ser inclusive alvo de execução específica. Esta solução confirma uma preferência de conservação do contrato e de reposição do equilíbrio contratual, que resulta também da afirmação do princípio geral da renegociação dos contratos. Neste sentido, uma proposta equilibrada é aquela que mantém a repartição dos custos, riscos e benefícios inicialmente convencionada, o que pressupõe, não uma reposição do valor absoluto das prestações, mas a reconstituição da “*posição relativa dos contraentes, segundo critérios de proporcionalidade (...) o que significa que as perdas resultantes da vicissitude ocorrida devem ser repartidas, pela forma considerada “justa” ou “proporcional”, entre ambas as partes*” (o que, de acordo com o inicialmente convencionado, pode querer dizer que uma das partes terá de suportar as perdas por inteiro)<sup>291292</sup>.

Ora, há quem afirme que o reconhecimento desta obrigação de renegociar (que deriva do princípio geral da renegociação dos contratos) “*pode gerar um novo risco, que é o de interferir em preceitos contratuais consolidados e essenciais para a estrutura teórica do sistema contratual, perfazendo um momento de efetiva alteração paradigmática no universo dos contratos*”<sup>293</sup>. Neste sentido, a existir uma positivação desta obrigação de renegociar, a Autora faz corresponder uma “*modificação relevante na estrutura principiológica dos contratos*”<sup>294</sup>. Por outro lado, afirma ainda que os contratos relacionais levaram à existência de um maior poder por parte do juiz, que pode impor o acordo modificativo, invadindo a esfera da autonomia privada<sup>295</sup>. A ideia subjacente a esta argumentação é a de que deve existir um “*ponto de equilíbrio*” entre a

<sup>290</sup> Cfr. ARAGÃO, Alexandra ... [et al.], *op. cit.*, p. 170.

<sup>291</sup> Cfr. ARAGÃO, Alexandra ... [et al.], *op. cit.*, p. 173.

<sup>292</sup> Convém referir ainda que, falhando esta primeira via preconizada pelo princípio geral da renegociação dos contratos, seguir-se-á, em princípio, outra fase, na qual o árbitro ou o juiz poderá ordenar a adaptação ou a resolução do contrato afectado pela alteração das circunstâncias. Trata-se de consequências conformes com a prática contratual, nomeadamente a internacional, e com o previsto nos Princípios do Unidroit e nos PECL.

<sup>293</sup> Cfr. FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer, *cit.*, p. 76.

<sup>294</sup> No mesmo sentido, referindo que a obrigação de renegociar contradiria directamente o princípio *pacta sunt servanda*, vide FRICK, Joachim G., *op. cit.*, p. 188.

<sup>295</sup> Cfr. FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer, *cit.*, pp. 76-77.

autonomia privada e a intervenção judicial, de forma a garantir “a idoneidade do contrato de se apresentar como um instrumento da autonomia privada e como um meio para a realização das atividades econômicas dos contratantes, numa relação que não se configure exclusivamente como uma situação de poder (que beneficia os interesses de um na proporção em que expolia e exclui o interesse do outro)”<sup>296</sup>.

Ora, em nosso entender, existe uma mudança na medida em que surgem novas categorias contratuais e novas formas de contratar que reclamam novas necessidades, mas não propriamente uma “alteração paradigmática”, violadora dos princípios contratuais. Na verdade, o reconhecimento de um princípio geral da renegociação dos contratos não deixa de salvaguardar o princípio *pacta sunt servanda* e a autonomia da vontade. Por outro lado, inexistente qualquer excesso de intervenção judicial ou por parte do legislador. Trata-se antes precisamente do reforço da vinculação bilateral, no sentido de que devem ser as partes, em primeira via, a resolver os problemas resultantes do desequilíbrio da execução contratual, alcançando os interesses inicialmente convenionados mediante a renegociação. No fundo, o que está aqui em causa é uma redefinição do conteúdo contratual, pelo facto de o contrato ter sofrido uma alteração superveniente das circunstâncias que veio alterar profundamente o equilíbrio das prestações. Note-se que, no comércio internacional, as obrigações contratuais resultam não só do que foi convenionado, mas também da natureza e finalidade do contrato, das práticas estabelecidas entre as partes e da boa fé e da lealdade contratual<sup>297</sup>. Daqui resulta reforçada a necessidade da afirmação de um princípio geral da renegociação dos contratos, que pretende a preservação do equilíbrio contratual e reconhece a vigência do princípio da proporcionalidade na relação entre as partes, mediante um processo de renegociação. Nesta perspectiva, não se deixa de respeitar o *pacta sunt servanda*, porquanto a obrigação de renegociar permite que se alcance a solução a que as partes teriam chegado se tivessem previsto a ocorrência do evento perturbador<sup>298</sup>. Além disso, permite-se que o contrato se mantenha, ainda que redefinido, mas de forma a se efectivarem os interesses contratuais das partes, com base no que se inicialmente se previu, por oposição à resolução abrupta do contrato. Nas diversas modalidades

---

<sup>296</sup> Cfr. FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer, *cit.*, p. 78.

<sup>297</sup> Segundo o artigo 104º do “*Contract Code*” – elaborado por H. McGregor sobre o direito contratual inglês -, existe uma disposição contratual implícita quando à luz das circunstâncias que o rodeiam, incluídos os princípios gerais e qualquer processo de relação entre as partes, tal previsão deve ter-se por querida pelas partes. Cfr. ALTERINI, A. Aníbal, *cit.*, p. 56.

<sup>298</sup> Cfr. FRICK, Joachim G., *op. cit.*, p. 158.

contratuais apontadas – contratos duradouros, contratos internacionais complexos e nos contratos relacionais – as partes têm a obrigação de se esforçar por alcançar os objectivos comuns, renegociando para se minimizarem as perdas, numa atitude de boa fé. Assim se podem corrigir até os excessos do *pacta sunt servanda*, principalmente quando está em causa a natureza das alterações e do contrato, exigências de boa fé e equidade e demais circunstâncias concretas do caso. Por tudo quanto foi dito, o não reconhecimento do princípio geral da renegociação dos contratos constituiria uma visão redutora da realidade contratual, porquanto o mesmo faz face às exigências de certas modalidades contratuais que relevam sobremaneira no contexto contratual actual. Além disso, a consagração deste princípio importa igualmente no contexto actual de sucessivas crises económicas, sociais e políticas potencialmente geradoras de alterações nas circunstâncias subjacentes à vontade de contratar das partes e que estas não podiam manifestamente prever. Corroboram, aliás, esta solução os referentes da conservação e estabilidade dos contratos, da autonomia da vontade e da boa fé. Neste sentido, perspectiva-se, neste âmbito, o contrato como “*uma realidade em permanente construção, como um sistema*”.

## 14. Conclusões

- Desde o Direito Romano, a consagração da eficácia da alteração das circunstâncias exigiu um longo período de tempo, onde se desenvolveram várias teorias, advindo o principal contributo da doutrina alemã da base negocial.

- Apesar de eventuais semelhanças, a figura da alteração das circunstâncias distingue-se do erro-vício, da impossibilidade do cumprimento (caso fortuito e caso de força maior) e do não cumprimento, das regras sobre o risco e das teorias modernas da interpretação contratual e da tutela da confiança.

- No regime legal português, para que se esteja perante uma alteração das circunstâncias, é necessário que se verifiquem determinados pressupostos cumulativos: uma alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar (não contemplada no momento da celebração do contrato), perturbadora do originário equilíbrio contratual, que afecte gravemente o princípio da boa fé. Por sua vez, a obrigação afectada não deverá estar coberta pelos riscos próprios do contrato e a parte lesada não poderá estar em mora.

- Verificada a alteração das circunstâncias, a parte lesada tem direito à resolução ou à modificação do contrato. Requerendo a resolução, a contraparte pode opor-se ao pedido e declarar que aceita a modificação do contrato, segundo juízos de equidade.

- As cláusulas de *hardship* estipulam um dever de renegociar o contrato quando ocorra uma alteração fundamental das circunstâncias susceptível de afectar o equilíbrio global do contrato, a fim de manter a execução contratual.

- As cláusulas de *hardship* configuram uma prática contratual originária dos contratos comerciais internacionais, de modo a fazer face precisamente às exigências do comércio internacional. Além disso, existem determinados eventos, seja de ordem natural, económica, política ou legal, que podem modificar consideravelmente as condições do contrato.

- O escopo das cláusulas de *hardship* é o de manter o equilíbrio do contrato, de modo a permanecerem equitativas as prestações a que as partes se obrigaram, evitando-se, assim, a resolução.

- Para que as cláusulas de *hardship* sejam aplicadas é necessária a ocorrência, após a conclusão do contrato, de um evento perturbador das circunstâncias, que seja imprevisível e exterior às partes.

- A aplicação das cláusulas de *hardship* gera uma obrigação de renegociar, a qual deverá seguir um procedimento que contempla um conjunto de deveres de conduta, de acordo com as regras da boa fé (como sejam, o dever de participar nas negociações, o dever de prestar as informações necessárias e de apresentar propostas razoáveis, etc.), o que pode implicar igualmente a intervenção de terceiros (árbitro, juiz ou perito).

- A adaptação contratual é uma necessidade premente, em virtude da natureza complexa e relacional dos contratos comerciais internacionais e da preservação dos interesses das partes.

- A adaptação contratual reforça os laços de dependência, passando o contrato a ser visto como um esforço comum e recíproco das partes.

- Existe uma grande variedade de cláusulas de adaptação, sendo as mais comuns as cláusulas de variação por uma das partes, as cláusulas de adaptação automática, as cláusulas de estabilização, as cláusulas de revisão e renegociação e as cláusulas de força maior, de *hardship* e de risco especial.

- A aplicação das cláusulas de adaptação pode ter efeitos sobre uma obrigação contratual (sobre a sua existência ou apenas sobre o seu objecto) ou sobre o contrato (que difere consoante tenha êxito ou falhe a adaptação do contrato).

- Recentemente, emergiram na ordem jurídica novas categorias contratuais, correspondentes aos contratos internacionais complexos e aos contratos relacionais.

- Os contratos internacionais complexos apresentam as seguintes características: ausência legislativa e judicial, longa duração, tecnicidade/volume do negócio, incerteza, sensibilidade e perturbações contratuais, complexidade, número (elevado) de partes e interdependência entre as partes.

- Os contratos internacionais complexos distinguem-se principalmente dos contratos discretos (transacções pontuais), bem como dos contratos de parceria e das “*relations of duration*”.

- A Teoria dos Contratos Relacionais é uma teoria que foi desenvolvida em grande parte nos EUA, por Ian R. Macneil. O Autor atende ao comportamento das partes na contratação, entendendo-a como um fenómeno (e não como um conjunto de trocas individuais), sendo que todos os contratos são, em maior ou menor medida, relacionais.

- Segundo Macneil, as relações contratuais estão sujeitas a um conjunto de normas que caracterizam os contratos em geral (sejam discretos ou relacionais) e que traduzem o comportamento habitual das partes.

- O Autor desenvolveu um conjunto de categorias comportamentais: as normas comuns (a todos os contratos) e as normas relacionais (relativas aos contratos relacionais).

- Os contratos relacionais distinguem-se naturalmente dos contratos discretos. Por outro lado, trata-se de um conceito diferente dos contratos internacionais complexos, ainda que se sobreponham.

- O artigo 79º da Convenção de Viena estabelece a exoneração da parte que não consegue realizar as suas obrigações quando ocorra um impedimento imprevisível e exterior à parte afectada, o qual não podia ser razoavelmente esperado no momento da conclusão do contrato.

- A aplicação deste dispositivo implica a obrigação de notificar a contraparte, bem como a suspensão da execução das obrigações - no caso de impedimento temporário - ou a exoneração do cumprimento (podendo haver lugar à resolução do contrato).

- Os artigos 6.2.1 a 6.2.3 dos Princípios do Unidroit, relativos à *hardship*, estabelecem a ocorrência (após a celebração do contrato) de um evento que altere fundamentalmente o equilíbrio das prestações, que seja imprevisível e exterior à parte lesada, e cuja prestação afectada ainda não tenha sido executada.

- Havendo uma situação de *hardship*, a parte lesada terá, em primeira linha, o direito de demandar a contraparte para renegociações de boa fé (sem direito à suspensão da execução das suas obrigações). Se as partes não chegarem a um acordo num período de tempo razoável, qualquer uma delas poderá recorrer ao tribunal, que terminará ou adaptará o contrato, visando o restabelecimento do equilíbrio do contrato, mediante uma justa repartição das perdas.

- Para desencadear o mecanismo da renegociação, o artigo 6:111 dos PECL estabelece um conjunto de condições: a ocorrência (após a celebração do contrato) de uma alteração das circunstâncias que torne a execução contratual excessivamente onerosa, que seja imprevisível e exterior à parte afectada.

- Verificadas estas condições, as partes são obrigadas a entrar em negociações para adaptar ou terminar o contrato. Se as partes não chegarem a um acordo num prazo

razoável, o tribunal poderá terminar ou adaptar o contrato, visando o restabelecimento do equilíbrio contratual, mediante a distribuição equitativa das perdas e ganhos.

- A *lex mercatoria* compreende um corpo de regras e princípios a-nacional aplicável às relações do comércio internacional, composto por princípios gerais de direito, pelos usos e costumes da prática comercial internacional, por publicações de decisões arbitrais e pelo Direito Internacional Público no que respeita a contratos celebrados entre governos e privados.

- A *lex mercatoria* aplica-se, segundo um princípio de subsidiariedade, quando as regras de conflitos excluem uma conexão próxima com uma lei nacional, e nos casos de desnacionalização dos contratos comerciais internacionais, cujas características propiciam a conexão com a *lex mercatoria*.

- O dever de renegociar constitui um esforço das partes para adaptar o contrato às alterações substanciais que tenha sofrido, resultante de uma cláusula contratual (mormente, das de *hardship*), da estipulação em instrumentos internacionais (como os Princípios do Unidroit ou os PECL) e das regras da boa fé.

- A existência de um dever de renegociar implícito justifica-se pelas exigências da boa fé, pela longa duração dos contratos e pelo carácter relacional de certos tipos contratuais.

- Em nosso entender, existe um princípio geral da renegociação dos contratos, porquanto resulta das exigências da boa fé, do princípio geral da taxatividade dos negócios unilaterais, do recurso às cláusulas de adaptação (especialmente as de *hardship*), da recente reforma do direito das obrigações alemão, das características dos contratos internacionais complexos e dos contratos relacionais, da *lex mercatoria*, da concretização das situações de *hardship* em convenções internacionais relativas aos contratos comerciais internacionais, da jurisprudência (mormente, a arbitral), de regulamentos de associações profissionais e empresariais e da influência da *common law* e das análises ligadas à *law and economics*.

- Perante uma alteração superveniente das circunstâncias, que afecte profundamente o equilíbrio contratual, aplicar-se-á o princípio geral da renegociação dos contratos, independentemente da previsão de uma cláusula nesse sentido, nomeadamente quando em causa estejam contratos duradouros, contrato internacionais complexos ou contratos relacionais, concedendo à parte afectada o direito de renegociar.

### Referências bibliográficas

- ADAME GODDARD, Jorge, “El principio de la buena fe en los contratos internacionales”, in *Roma e America*, Ano 19/20 (2005), pp. 545-558
- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio, *Direito das Obrigações*, 12ª ed. rev. e actual., Coimbra, Almedina, 2009
- ALMEIDA PRADO, Maurício, *Le hardship dans le droit du commerce international*, FEC, Bruylant, 2003
- ALTERINI, A. Aníbal, “Teoria de la Imprévision y cláusula de hardship”, in *Revista Roma e America*, 2002, pp.53-70
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, 4ª reimpr., Vol. 2, Coimbra, Almedina, 1974
- ANTUNES VARELA, João de Matos, *Das obrigações em Geral*, Vol. II, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2009
- ANTUNES VARELA, João de Matos, *Ineficácia do testamento e vontade conjectural do testador*, Coimbra, Coimbra Editora, 1950
- ANTUNES VARELA, João de Matos, “Resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias”, in *CJ VII* (1982), II, pp. 7-17
- AQUINO, Leonardo Gomes de, *A cláusula de hardship no contrato internacional*, Dissertação de mestrado na área de Ciências Jurídico-Empresariais, orient. Joaquim de Sousa Ribeiro, Coimbra, 2003
- ARAGÃO, Alexandra [et al.], *Direito do Petróleo*, coord. José Carlos Vieira de Andrade, Rui de Figueiredo Marcos, Coimbra: Faculdade de Direito, Instituto Jurídico, 2013
- AURELIANO, Nuno, *O Risco nos Contratos de Alienação - Contributo para o Estudo do Direito Privado Português*, Coimbra, Almedina, 2009
- BONELL, Michael Joachim, “A new approach to international commercial contracts: the UNIDROIT principles of international commercial contracts”, in *International Congress of Comparative Law*, 15, Bristol, 1998
- BONELL, Michael Joachim, “Force majeure e hardship nel diritto uniforme della vendita internazionale”, in *Diritto del Commercio Internazionale*, Genova, 4,2 (luglio/Dia.1990), pp. 543-571

- BRONZE, Fernando José, *Lições de Introdução ao Direito*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2006
- CARVALHO FERNANDES, Luís A., *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil Português*, reimp. c/ nota de actualização, Lisboa, Quid Juris?, 2001
- CEDRAS, Jean, “L’obligation de négocier”, in *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique*, Vol. 38, 1985, pp. 265-290
- DIATHESOPOULOS, Michael, “Relational contract theory and management contracts: A paradigm for the application of the Theory of the Norms”, 2010, disponível in <http://mpra.ub.uni-munchen.de/24028/>
- FABRE, Régis, “Les Clauses d’Adaptation dans les contrats”, in *Revue Trimestrielle de droit civil*, 1983, pp. 1-30
- FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer, “O contrato como regulador e como produtor de riscos”, disponível in [http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/ocontrato.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/ocontrato.pdf)
- FLETCHER, Ian; MISTELIS, Loukas; e CREMONA, Marise, *Foundations and Perspectives of International Trade Law*, London: Sweet and Maxwell, 2001
- FRICK, Joachim G., *Arbitration and Complex International Contracts: with special emphasis on the determination of the applicable substantive law on the adaptation of contracts to changed circumstances*, Kluwer Law International, Schulthess, 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”, in *American Bar Association, Section of International Law*, New York, April 2006
- GOODE, Roy; KRONKE, Herbert; MCKENDRICK, Ewan; e WOOL, Jeffrey, *Transnational commercial law: international instruments and commentary*, Oxford: Oxford University Press, 2004
- HVIID, Morten, “4200 LONG-TERM CONTRACTS AND RELATIONAL CONTRACTS”, University of Warwick, Department of Economics, 1999, p. 46, disponível in <http://encyclo.findlaw.com/4200book.pdf>
- KESSEDJIAN, Catherine, “Un exercice de renovation des sources du droit des contrats du commerce international: les principes proposes par l’Unidroit”, in *Revue Critique de Droit International Privé*, T. 84, N° 4, 1995, pp. 641-670
- LANDO, Ole e BEALE, Hugh, *Principles of European Contract Law*, The Hague: Kluwer Law International, 2000

- LEITE DE CAMPOS, Diogo, “Dos contratos de relação às relações de associação”, Vol. I/IV, A. 70, 2010, disponível in [www.oa.pt](http://www.oa.pt)
- LIMA PINHEIRO, Luís, “Cláusulas típicas dos contratos do comércio internacional”, in *Estudos de Direito Comercial Internacional I*, coord. Luís Lima Pinheiro, Coimbra, Almedina, 2004
- LIMA PINHEIRO, Luís, “O Direito Autónomo do Comércio Internacional em Transição: a adolescência de uma nova lex mercatoria”, in *Estudos de Direito Civil, Direito Comercial e Direito Comercial Internacional*, Almedina, Coimbra, 2006
- MACNEIL, Ian R., “Contracts: Adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassic, and relational contract law”, 72 Nw. U. L. Rev. 854 1977-1978, disponível in <http://heinonline.org>
- MACNEIL, Ian R., “Relational Contract: What we do and do not know”, Wis. L. Rev. 483 1985, disponível in <http://heinonline.org>
- MACNEIL, Ian R., “Relational Contract Theory: Challenges and Queries”, 94 Nw. U. L. Rev. 877 1999-2000, disponível in <http://heinonline.org>
- MACNEIL, Ian R., “Restatement (second) of contracts and presentation”, 60 Va. L. Rev. 589 1974, disponível in <http://heinonline.org>
- MACNEIL, Ian R., “The Many Futures of Contracts”, 47 So. Cal. L. Rev. 691 1974, disponível in <http://heinonline.org>
- MACNEIL, Ian R., “The New Social Contract”, 4 New Haven, Conn. USA: Yale UP 1980, disponível in <http://heinonline.org>
- MENEZES CORDEIRO, António, “A Modernização do Direito das Obrigações”, in *ROA*, A. 62, 2 (2002), pp. 319-345
- MENEZES CORDEIRO, António, *Da alteração das circunstâncias: a concretização do artigo 437 do Código Civil, à luz da jurisprudência posterior a 1974*, in Sep. de Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha, Lisboa, 1987
- MOTA PINTO, Carlos Alberto da, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra, Coimbra Editora, 2005
- MOURA VICENTE, Dário, “A Convenção de Viena sobre a compra e venda internacional de mercadorias”, in *Estudos de Direito Comercial Internacional I*, coord. Luís de Lima Pinheiro, Coimbra, Almedina, 2004

- OPPETIT, Bruno, “L’Adaptation des Contrats Internationaux aux Changements de Circonstances: la Clause de «Hardship»”, in *Journal du Droit International*, vol. 101, 1974, pp. 795-814
- PERILLO, Joseph M., “Unidroit Principles of International Commercial Contracts: The Black Letter Text and Review”, 63 *Fordham Law Review* 281 (Article 1), 1994, disponível in <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol63/iss2/1>
- PINTO MONTEIRO, António/GOMES, Júlio Manuel Vieira, “A Hardship Clause e o problema da alteração das circunstâncias (breve apontamento) ”, in *Separata Juris et de Urbe*, Porto, UCP, 1998
- PINTO MONTEIRO, António, “Erro e teoria da imprevisão”, in *Estudos do Direito do Consumidor-6*, 2004, pp. 319-341
- PINTO MONTEIRO, António, *Erro e Vinculação negocial: a propósito da aplicação do bem a fim diferente do declarado*, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 18-40
- PIRES DE LIMA, Fernando Andrade/ANTUNES VARELA, João de Matos, *Código Civil Anotado*, 4ª ed. rev. e actual (c/ a colab. de M. Henrique Mesquita), I, Coimbra, Coimbra Editora, 1997
- 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”, 2011, disponível in [www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/rimke.html](http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/rimke.html)
- RODRIGUES BASTOS, Jacinto Fernandes, *Das Obrigações em Geral: segundo o Código Civil de 1966*, I, Viseu, Tipografia Guerra, 1971
- SCHANZE, Erich, “Failure of Long-Term Contracts and the Duty to Re-negotiate”, 10, disponível in <http://www.uni-marburg.de>
- VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva, “Resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias”, in *BMJ* 68, Lisboa, 1957, pp. 293-384
- VENEZIANO, Anna, “Unidroit Principles and CISG: Change of Circumstances and Duty to Renegotiate according to the Belgian Supreme Court”, in *Rev. Dr. Unif.* 2010, disponível in <http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/2010-1-veneziano-e.pdf>