

DOCTRINA – ARBITRAGEM EM TEMPOS DE CRISE

Arbitragem e alteração das circunstâncias: uma reflexão breve a propósito do momento presente
Mafalda Miranda Barbosa
Pandemia, conflito bélico, força maior e alteração das circunstâncias – Coordenadas de reflexão em litígios arbitrais submetidos ao Direito português
Ana Filipa Morais Antunes
Deference in international arbitration and economic sanctions
Caroline Kleiner / Pierrick Le Goff
Risk allocation as a mechanism for minimising disputes in construction contracts in challenging times
Telma Pires de Lima
Investment Arbitration and The Right to a Clean, Healthy and Sustainable Environment as a Human Right
Crina Baltag

DOCTRINA – OUTROS CONTRIBUTOS

A aplicação da Convenção de Viena na arbitragem transnacional
Filipe A. Henriques Rocha
Os 10 anos de vigência da LAV: perspetivas de futuro
Filipa Cansado Carvalho
O Princípio da Igualdade de Partes e o Artigo 476.º do Código dos Contratos Públicos
Simão Mendes de Sousa

PESQUISA EMPÍRICA

Pesquisa empírica sobre a arbitragem comercial – inquérito
António Pedro Pinto Monteiro / Ruben Bahamonde

JURISPRUDÊNCIA

Crónica de Jurisprudência .
Armindo Ribeiro Mendes / Sofia Ribeiro Mendes

RECENSÕES

Recensão à obra Fixação das Regras Processuais e Exercício da Função Arbitral na Arbitragem Voluntária, de André Almeida Martins
Diogo Costa Gonçalves
Recensão à obra Resolução Alternativa de Litígios Jurídico-Públicos: Novas sobre a Mediação, a Conciliação e a Arbitragem Administrativas, de Isabel Celeste Fonseca (coordenação)
Artur Flaminio da Silva

ISSN 1647-192X PVP 22,90€



REVISTA INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM E CONCILIAÇÃO

SEMESTRAL - N.º 18 - 2022

REVISTA INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM E CONCILIAÇÃO

SEMESTRAL - N.º 18 - 2022

ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE ARBITRAGEM



Doutrina
Pesquisa empírica
Jurisprudência
Recensões



Ana Filipa Morais Antunes

*Professora Auxiliar da Escola de Lisboa da Faculdade de Direito
da Universidade Católica Portuguesa
Doutora em Direito*

Pandemia, conflito bélico, força maior e alteração das circunstâncias – Coordenadas de reflexão em litígios arbitrais submetidos ao Direito português

1. O problema

A pandemia causada pela Covid-19, assim como o conflito bélico que opõe a Rússia à Ucrânia, precipitaram uma instabilidade sistémica, com vicissitudes significativas no cumprimento dos contratos. A emergência sanitária e as consequentes limitações em matéria de circulação de pessoas e bens, em primeiro lugar, e, na actualidade, a guerra, os condicionamentos verificados no acesso a matérias-primas e o fenómeno de subida generalizada dos preços, podem interferir, em termos prejudiciais, nos contratos em execução.

Como nota comum, estão em causa fenómenos susceptíveis de serem qualificados como *eventos de força maior*, em razão do seu carácter extrínseco, imprevisível, inelutável, inimputável, e prejudicial¹.

¹ Para o conceito e caracteres de um evento de força maior, v. o nosso “A força maior e o (des) equilíbrio negocial”, in ELSA VAZ DE SEQUEIRA (COORD.), *Católica Talks: Direito e Pandemia*, UCE, Lisboa, 2022, pp. 9-75 (em especial, pp. 18-26). No Direito português, inexistente um regime comum ou uma noção uniforme de força maior. Em todo o caso, encontram-se previsões legais explícitas, no Código Civil (cfr. artigos 321.º, n.º 1; 505.º; 509.º; 1072.º, n.º 2, *a*)), e em legislação extravagante (assim, e, designadamente, no artigo 12.º, n.º 3 da Lei n.º 24/2007, de 18 de Julho, em matéria de direitos dos utentes nas vias rodoviárias classificadas como auto-estradas concessionadas, itinerários principais e itinerários complementares). A relevância da força maior, enquanto causa de exclusão de responsabilidade do devedor, pode, ainda, ser ilustrada tendo por referência os principais

Por outro lado, são acontecimentos susceptíveis de, em abstracto, titular a aplicação do *regime jurídico da alteração das circunstâncias* (previsto, no Direito português, nos artigos 437.º a 439.º do Código Civil – “C.C.”)².

Este diagnóstico não permite, no entanto, legitimar, em qualquer caso, o exercício dos direitos de resolução ou de modificação de um contrato de execução diferida no tempo³. Na verdade, tanto a pandemia como a guerra não podem ser invocadas como “*free pass*” para ingerir na execução contratual ou como fundamento válido para justificar, em qualquer hipótese, a não realização da prestação devida nos termos contratualizados e a cujo cumprimento uma das partes se vinculou.

Assim:

– *Em primeiro lugar*, a pandemia e o conflito bélico constituem vicissitudes extrínsecas e que podem, como referido, serem qualificadas

instrumentos de harmonização do Direito dos contratos: assim sucede no artigo 79.º (sob a epígrafe “Exoneração”) da Convenção de Viena sobre a compra e venda internacional de mercadorias (CISG); no artigo 7.1.7. dos Princípios Unidroit; no artigo 8:108 (sob a epígrafe “Excuse due to an impediment”) dos “Principles of European Contract Law” (PECL); no artigo III – 3:104: (sob a epígrafe “Excuse due to an impediment”) do “Draft Common Frame of Reference”. Muito recentemente, o European Law Institute aprovou os “Principles for the Covid-19 Crisis”, dedicando o princípio 13 à “*Force majeure and hardship*”. O ICC aprovou, em 2020, uma revisão da cláusula sobre “force majeure”, que inclui um catálogo de eventos relevantes, e que pode ser acessível aqui: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/07/icc-force majeure-hardship-clauses-march2020-por1.pdf>, nas duas versões disponíveis (“forma detalhada” e “forma curta”).

² O regime legal não constitui uma originalidade do Direito português, uma vez que tem o seu equivalente funcional noutros sistemas jurídicos, assim como em Projectos de harmonização do Direito dos contratos, que reconhecem a alternativa fundamental entre modificar ou cessar antecipadamente um contrato de execução diferida no tempo. Assim, e designadamente, nos artigos 6.2.1. a 6.2.3. (incluídos na secção II – “*Hardship*”) dos Princípios Unidroit; no artigo 6:111 do PECL; no artigo III. – I:110: (sob a epígrafe “*Variation or termination by court on a change of circumstances*”) do DCFR.

³ Com a defesa do entendimento de que “nem todas as situações provocadas por alterações políticas, sanitárias, económicas, etc. conduzem ou podem conduzir à resolução ou à modificação dos contratos”, v. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Alteração das Circunstâncias e Justiça do Contrato*, Principia, Cascais, 2021, p. 92. Sobre o ponto, v., ainda, MARIANA FONTES DA COSTA, *Covid-19 e alteração superveniente das circunstâncias*, acessível em <https://portal.oa.pt/media/133314/mariana-fontes-da-costa.pdf>.

como eventos imprevisíveis, inevitáveis, imputáveis e prejudiciais. Em concreto, elevam-se como fenómenos que, em termos de adequada razoabilidade, não podiam ser antecipados pelas partes no momento da cristalização do acordo de vontades, cujo curso não é possível impedir, que não constituem a consequência de uma conduta imputável a uma ou a ambas as partes, e que são fonte de prejuízos relevantes.

- *Em segundo lugar*, a interferência prejudicial dos dois eventos referidos pode projectar-se em dois sentidos, a saber: (i) impedir a execução do contrato (no todo ou em parte); ou (ii) agravar o modo de realização da prestação (que subsiste como possível, mas mais onerosa). O referido diagnóstico bicéfalo pode conduzir o intérprete e o julgador a soluções distintas.
- *Em terceiro lugar*, e em termos complementares, a existência de um evento de força maior, na ausência de uma estipulação contratual, pode legitimar a aplicação do regime comum da impossibilidade da prestação (nos termos dos artigos 796.º-ss. do C.C.) ou da alteração das circunstâncias (com base nos artigos 437.º a 439.º do C.C.)⁴. Sem prejuízo do referido, qualquer dos termos da alternativa pressupõe a demonstração exigente dos respectivos pressupostos e requisitos de relevância jurídica.
- *Em quarto lugar*, como corolário do que se referiu, a estabilidade dos vínculos contratuais, que surge como uma das directrizes gerais dos contratos, consagrada no artigo 406.º, n.º 1 do Código Civil, só deve ceder em situações excepcionais, com fundamento na lei ou no contrato, que podem legitimar a adequação das relações em curso de execução, a suspensão do vínculo e, em situações-limite, a correspondente cessação antecipada⁵.

O contexto actual, caracterizado por condicionamentos relevantes na execução pontual dos contratos, determinou que as figuras da “força maior” e da alteração das circunstâncias sejam, hoje, “*hot topics*” na contratação entre empresas. Por outro lado, o problema assume uma dimen-

⁴ V. o nosso “A força maior e o (des) equilíbrio negocial”, cit., pp. 23-26.

⁵ Sobre os meios de tutela jurídica de um evento de força maior, v. o nosso “A força maior e o (des) equilíbrio negocial”, cit., pp. 26-37.

são transversal, podendo afectar relações estabelecidas entre particulares, mas também com entidades públicas⁶.

A questão adquire uma relevância particular, considerando que:

- *Primeiro*, o Direito português não prevê um regime comum sobre a força maior e, em concreto, não precisa a correspondente aptidão para ingerir na execução contratual;
- *Segundo*, e como se vai concretizar, o regime jurídico sobre a resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias (que assenta em requisitos de verificação cumulativa) deve ser reservado para casos excepcionais em que se entenda estar prejudicado o equilíbrio contratual, pelo que nem todas as hipóteses de assimetria superveniente entre as prestações contratualizadas são abrangidas;
- *Terceiro*, a aplicação do regime da alteração das circunstâncias suscita dúvidas interpretativas (assim, e desde logo, o sentido da expressão “*circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar*”, assim como o enunciado gramatical relativo à exigência de que as “*obrigações por ela assumidas (...) não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato*”), a par de dificuldades de concretização, em cada situação individual, dos conceitos de “*equação económica*” e de “*equilíbrio negocial*”.

Aos motivos enunciados acresce uma *quarta razão para a acuidade prática do tema*, a saber, o facto de, em particular nos contratos concluí-

⁶ Neste último caso, para além do regime comum consagrado nos artigos 312.º, b) e 314.º do Código dos Contratos Públicos (onde se prevê um fundamento de modificação dos contratos administrativos por alteração anormal e imprevisível das circunstâncias em que as partes assentaram a sua decisão de contratar), foi aprovado um diploma excepcional e temporário no âmbito do aumento dos preços com impacto em contratos públicos, aplicável a contratos em execução ou a celebrar – cfr. Decreto-lei n.º 36/2022, de 20 de Maio. Por um lado, o artigo 3.º do referido diploma consagra um mecanismo extraordinário de revisão dos preços nos contratos de empreitada de obras públicas; por outro lado, no artigo 4.º, admite-se que o empreiteiro requeira uma prorrogação dos prazos contratuais, em caso de “*atraso no cumprimento do plano de trabalhos, por impossibilidade de o empreiteiro obter materiais necessários para a execução da obra, por motivos que comprovadamente não lhe sejam imputáveis*”, sem qualquer penalização ou sem qualquer pagamento adicional ao empreiteiro.

dos entre partes sofisticadas, ser frequente a estipulação de cláusulas de alocação do risco contratual (e, entre elas, cláusulas de *force majeure* ou de *hardship*) que, existindo, têm de ser articuladas com o regime legal, que se entenda ser concretamente competente para dirimir o litígio⁷.

Esclarecido que está o interesse teórico-prático do tema da alteração das circunstâncias, no actual contexto de crise sistémica, impõe-se, de seguida, identificar os traços identitários do regime jurídico previsto nos artigos 437.º a 439.º do C.C.

2. Os traços identitários do regime da alteração das circunstâncias

O instituto da alteração anormal das circunstâncias tem um figurino particular, uma vez que a aplicação do regime depende do preenchimento cumulativo de requisitos de relevância jurídica (enunciados em termos positivos e negativos, nos artigos 437.º, n.º 1 e 438.º)⁸.

Por um lado, no plano da *delimitação positiva*, exige-se, nos termos do artigo 437.º, n.º 1, uma alteração qualificada, o que implica demonstrar:

- A sua natureza *superveniente* (a modificação das circunstâncias tem de se manifestar em momento subsequente ao da conclusão do contrato, pelo que não pode ser anterior ou contemporânea relativamente à sua celebração);

⁷ O alcance de uma cláusula de força maior – excluir, na prática, a responsabilidade do devedor pela não realização integral ou pontual da prestação – distingue-se da alternativa autorizada pelo regime jurídico da alteração das circunstâncias (a saber, a manutenção do vínculo em termos adaptados ou a resolução do contrato). Neste sentido, a existência de uma cláusula de força maior não prejudica, sem mais, a aplicação daquele regime legal. Sobre a previsão e a estatuição de uma cláusula de força maior, e a importância de uma interpretação e aplicação adequadas, v. o nosso “A força maior e o (des)equilíbrio negocial”, cit., pp. 26-37.

⁸ Para uma análise do regime da alteração das circunstâncias, v. HENRIQUE SOUSA ANTUNES, comentário aos artigos 437.º a 439.º do Código Civil, in BRANDÃO PROENÇA (COORD.), “Comentário ao Código Civil. Direito das Obrigações/Das Obrigações em Geral”, UCE, Lisboa, 2018, pp. 151-162. V., ainda, MENEZES CORDEIRO, anotação aos artigos 437.º a 439.º do Código Civil, in MENEZES CORDEIRO (COORD.), “Código Civil Comentado. II – Das Obrigações em Geral”, Almedina, Coimbra, 2021, pp. 270-288.

- A interferência na *base negocial* (portanto, nas “circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar”);
- A sua *anormalidade* (no sentido de estar em causa uma vicissitude não antecipável, à data da conclusão do contrato, em termos de adequada razoabilidade);
- O seu alcance *significativo* (pelo facto de determinar a existência de prejuízos relevantes, em termos gravemente ofensivos da boa fé);
- Que a superveniência prejudicial *não se compreende no perímetro de risco contratual* (isto é, não se acomoda nos “riscos próprios do contrato”, o que, por sua vez, reclama que se atenda ao tipo contratual relevante e que se integre na análise o concreto modelo contratualizado de alocação de risco – cristalizado em cláusula especial ou não).

Por outro lado, no plano da *delimitação negativa*, o artigo 438.º reclama que a “parte lesada” (isto é, o contraente que pretende exercer os poderes jurídicos reconhecidos no artigo 437.º, n.º 1, no quadro da alternativa entre a resolução ou a modificação equitativa do contrato) *não esteja em mora*, “no momento em que a alteração das circunstâncias se verificou”.

O regime da alteração das circunstâncias é privativo dos *contratos de execução diferida no tempo*, isto é, que titulam uma relação duradoura entre as partes, e que, tendo sido concluídos em momento anterior ao evento anormal e prejudicial, se encontram em fase de execução.

Estando em causa um desvio – autorizado pela lei – ao princípio da estabilidade dos contratos (cfr. artigo 406.º, n.º 1 do C.C.), a aplicação deste regime singular deve ser precedida da demonstração do correspondente *fundamento material*, para o que cabe à “parte lesada” alegar que a manutenção do vínculo nos termos inalterados perturba a exigência de justiça do contrato⁹ e, em concreto, determina uma *assimetria relevante*

⁹ Sobre a relação entre a figura e a justiça contratual, v. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil*, acessível em <https://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-Oliveira-ALTERACAO-DAS-CIRCUNSTANCIAS-E-JUSTICA-CONTRATUAL-NO-NOVO-CODIGO-CIVIL.pdf>. Mais recentemente, v. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Alteração das Circunstâncias e Justiça do Contrato*, cit., p. 25, pp. 31-ss. e pp. 109-ss. – com apelo explícito à

das prestações que não se pode considerar legítima¹⁰. A alteração das circunstâncias perspectiva-se, pois, como um instituto que visa reagir a um *desequilíbrio manifesto superveniente*, e que reclama uma ingerência do Direito objectivo para repor a justiça do conteúdo¹¹.

Nos últimos anos, o regime tem sido apreciado pela jurisprudência nacional em hipóteses em que se alega uma *onerosidade excessiva da prestação*, em contextos de execução contratual adversos, motivados por eventos extraordinários e subsequentes ao momento da vinculação contratual, que agravam, em termos significativos, os termos de cumprimento da prestação (assim sucedeu por ocasião da crise financeira iniciada em 2007, nos casos dos “swaps”; e, mais recentemente, durante a pandemia). Neste sentido, o regime parece ser inspirado por uma teleologia particular, dirigindo-se a *tutelar o contraente que se encontra, no momento da alteração superveniente das circunstâncias, adstrito ao dever de prestar*. Fundamenta, como tal, uma *excepção material* (de não cumprimento da prestação devida, no contexto de um contrato, de execução diferida no tempo), *a actuar pelo devedor*¹².

ideia de “justiça objetiva do contrato e da relação contratual” (ob. cit., p. 110) – e p. 118 – com o reconhecimento de que o artigo 437.º, n.º 1 “é expressão de um cerne de justiça contratual inarredável pela vontade das partes, integrante da ordem pública (contratual), injuntivo e inderrogável por vontade das partes”.

¹⁰ Com a defesa da ideia de equilíbrio negocial como “*uma directriz geral do Direito dos Contratos*, com a natureza de *princípio transpositivo*, aplicável à generalidade dos contratos”, v. o nosso “A força maior e o (des) equilíbrio negocial”, cit., pp. 43-ss. (ob. cit., pp. 53-54).

¹¹ Para uma reflexão sobre o conceito de vulnerabilidade da “parte prejudicada” e os riscos implicados pela pretensão de cumprimento de um contrato desequilibrado, v. NUNO PINTO OLIVEIRA, *Em tema de renegociação – a vulnerabilidade dos equilíbrios contratuais no infinito jogo dos casos*, RFDUL – Lisbon Law Review, Ano LXII (2021), N.º 1, Tomo 2, pp. 793-837. V., ainda, DIOGO COSTA GONÇALVES, *Crise e renegociação dos contratos no Direito português e brasileiro – Algumas reflexões*, RFDUL – Lisbon Law Review, Ano LXI (2020), N.º 1, pp. 149-185 – que reconhece que “[a] perturbação abrupta do equilíbrio contratual originário pode tornar inexigível o cumprimento pontual das obrigações assumidas (dando lugar à resolução ou modificação do contrato)” (ob. cit., p. 177).

¹² No sentido de que “aquele que alega a alteração das circunstâncias está a alegar que se explica ou que se justifica uma *excepção* e que a excepção que se explica ou que se justifica consiste em que *não deve exigir-se-lhe que cumpra aquilo a que se auto-determinou ou auto-vinculou*”, v. NUNO PINTO OLIVEIRA, *Em tema de renegociação*, cit., p. 795.

Em termos complementares:

- *Primeiro*, não é qualquer evolução extraordinária da realidade que legitima a resolução ou a modificação do contrato com fundamento no regime da alteração das circunstâncias; de modo distinto, os contratos de longa duração podem ver a sua execução perturbada por vicissitudes que não se projectem na base negocial e que, no essencial, não se devam considerar significativas;
- *Segundo*, e em termos complementares, o contexto adverso de execução contratual (ainda que de sinal contrário à estimativa inicial de uma das partes assumida no momento da celebração do contrato) não titula, com carácter necessário, o poder jurídico de promover, unilateralmente, uma alteração do acordo de vontades: mesmo nos casos em que a equação económica inicial resulte alterada em consequência de um evento superveniente, imputável, e não antecipável em termos de adequada razoabilidade, a interferência no contrato só deve ser admitida se a exigência de cumprimento do contrato em termos inalterados for manifestamente ofensiva dos ditames da boa fé (cfr. artigo 437.º, n.º 1 do C.C.);
- *Terceiro*, e como se adiantou, o regime deve ser aplicado em casos de assimetria relevante das prestações, pelo que o mero agravamento das condições do cumprimento do contrato não legitima, sem mais, o exercício dos poderes jurídicos no sentido de promover a resolução do contrato ou a sua modificação equitativa;
- *Quarto*, a base negocial que se alega ter sido perturbada de modo significativo pela pandemia ou pelo conflito bélico tem de ser encontrada considerando o momento da conclusão do contrato, sendo integrada por circunstâncias – factuais ou de direito – anteriores ou contemporâneas ao mútuo consenso, exteriores e que, por definição, não integram o conteúdo contratual;
- *Quinto*, a intervenção do julgador (a requerimento da “parte lesada”, tal como preceituado no artigo 437.º, n.º 1) pressupõe que o contraente que alega prejuízos relevantes e que está vinculado a realizar a prestação devida, demonstre o nexo entre o evento anormal com carácter impediante e prejudicial e a insusceptibilidade de realizar a prestação devida, nos termos contratualizados, sob pena de ofensa grave dos ditames da boa fé (cfr. artigo 437.º, n.º 1). Por

consequente, a ingerência na execução pontual do contrato não se pode sustentar na invocação vaga e genérica de um evento superveniente quanto à celebração do contrato, mesmo que extraordinário e fonte de prejuízos significativos; antes, depende da alegação e prova, nos termos preceituados pelo artigo 342.º, n.º 1 do C.C., dos factos constitutivos do direito que o contraente pretende actuar, no quadro da referida alternativa entre resolver o contrato ou ver declarada a sua modificação equitativa;

- *Sexto*, e como corolário do que se afirmou, as partes vinculadas ao cumprimento das prestações devem colaborar reciprocamente, não apenas num cenário de execução normal do contrato, mas, também, em contextos de perturbação relevante e não expectável. Para tal, assume um papel central a observância de “deveres de natureza procedimental”, como: (i) a comunicação à contraparte, com uma antecedência razoável, do evento superveniente com aptidão para interferir na execução pontual e integral do contrato; (ii) a informação – ainda que com carácter provisório – sobre o impacto concreto do evento no cumprimento pontual e integral do contrato; (iii) a indicação das medidas de mitigação da interferência prejudicial no contrato que a parte se propõe observar; (iv) a estimativa quanto à duração do evento de natureza impediante¹³.

Mais do que uma descrição genérica dos acontecimentos que se entende terem carácter impediante, é fundamental provar o *impacto concreto causado pelo(s) evento(s) na execução pontual e integral do contrato*: o contraente tem, assim, o ónus de alegar e demonstrar o tipo de condicionamento determinado pelo evento impediante (a sua extensão e duração), tendo por referência cada uma das prestações contratualizadas.

Portanto, não pode considerar-se suficiente a comunicação que se limite a fazer referência, em termos genéricos, a “um contexto generalizado adverso de execução contratual”, desacompanhada de mais elementos, ou a “uma dificuldade crescente na obtenção de materiais, em

¹³ Sobre o conteúdo dos deveres de colaboração recíproca, v. o nosso “A força maior e o (des) equilíbrio negocial”, cit., pp. 32-35 – onde concluímos no sentido de que se pretende “assegurar uma *actuação informada, contextualizada e prudente*, para o que o se impõe privilegiar *comunicações preventivas*” (ob. cit., p. 34).

consequência da pandemia causada pela Covid-19 e pela crise global energética resultante do conflito bélico”, sem especificar o tipo de constrangimento, o impacto concreto na estrutura global de custos contratualizada, e sem esclarecer os “materiais” afectados ou o seu papel na fase de execução contratual. Em particular, comunicações com aquele teor abstracto e não instruídas em termos adequados não podem ter o efeito de colocar a contraparte numa posição de desvantagem assinalável, que passaria por ter de demonstrar o não preenchimento dos requisitos de relevância que a “parte lesada” não conseguiu demonstrar, à luz da situação individual.

Por conseguinte, não deve autorizar-se a interferência no contrato, por acto unilateral de um dos contraentes, na base da mera invocação da superveniência de fenómenos extraordinários como a pandemia e a guerra. De modo diverso, o sucesso da pretensão vai depender da prova do nexo de causalidade entre o evento e as consequências necessárias e prejudiciais na execução pontual do contrato. Sem a prova adequada da referida relação de causa-efeito, e, subsistindo uma dúvida relevante, a aplicação do regime legal parece dever ser rejeitada.

3. Os parâmetros decisórios de um litígio arbitral submetido ao Direito português – Proposta de sistematização

Como se deixou evidenciado, a perturbação sistémica favorece um cenário de aumento de litígios no âmbito dos quais se peticione a aplicação do regime da alteração das circunstâncias.

Perante um pedido de resolução do contrato ou da sua modificação equitativa, nos termos previstos pelo artigo 437.º, n.º 1 do C.C., caberá ao tribunal avaliar o preenchimento dos requisitos de relevância jurídica e, em especial, decidir sobre as *consequências concretas do evento superveniente, anormal e prejudicial alegado*, e que se entende ter a aptidão para perturbar a execução pontual do contrato.

Uma decisão proferida num processo arbitral submetido ao Direito português tenderá a ponderar as tendências fundamentais quanto à aplicação do instituto da alteração das circunstâncias, suportando-se nos contributos doutrinário e jurisprudencial. Estes subsídios perspectivam-

-se como particularmente relevantes, em particular, nos casos em que a aplicação do regime se afigure mais duvidosa.

A doutrina e a jurisprudência nacionais têm enfatizado o carácter excepcional do regime da alteração das circunstâncias, sendo particularmente exigentes no diagnóstico relativo aos requisitos de relevância jurídica¹⁴. A aplicação do regime da alteração das circunstâncias tem sido reservada para cenários de litígio insanável, caracterizados, em regra, pela *inexigibilidade de manutenção do vínculo negocial* nos termos originariamente celebrados em resultado do desequilíbrio significativo e substancial superveniente.

Esta tendência não parece ter sido invertida, na actualidade. Nos últimos dois anos, os tribunais apreciaram e decidiram casos em que se suscitou a aplicação do regime previsto nos artigos 437.º a 439.º do Código Civil a contratos cuja execução se entendeu ter sido significativamente perturbada em virtude da pandemia¹⁵.

¹⁴ V. PAULO MOTA PINTO, *O contrato como instrumento de gestão de risco de “alteração das circunstâncias”*, in “Direito Civil. Estudos”, Gestlegal, Coimbra, 2018, pp. 465-511 (em especial, p. 480 – onde alude a “uma medida cuja *excepcionalidade* é claramente assumida e reconhecida pela ordem jurídica e pelo aplicador do direito”; e p. 493 – com a afirmação: “o recurso ao regime da alteração da base do negócio é *excepcional*”). Para uma análise sobre o que qualifica como “aplicação cautelosa do instituto” pela jurisprudência nacional, v. A. e ob. cit., pp. 504-509 (ob. cit., p. 504). Muito recentemente, com a defesa da ideia de que “a possibilidade de resolução da crise através do regime da alteração das circunstâncias deverá encarar-se com alguma *prudência* e, porventura, com alguma *reserva*”, v. NUNO PINTO OLIVEIRA, *Em tema de renegociação*, cit., pp. 836-837. V., também, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Alteração das Circunstâncias e Justiça do Contrato*, cit., pp. 92-94 e pp. 107-118; e DIOGO COSTA GONÇALVES, *Crise e renegociação dos contratos*, cit., p. 185 – com o entendimento de que “em causa está, na verdade, uma solução extrema do ordenamento”.

¹⁵ A primeira decisão proferida em contexto pandémico, pelo Tribunal da Relação de Lisboa, em 8 de Abril de 2021 (19222/20.1T8LSB.L1-6), foi no sentido de liberar o devedor, que actuava como locatário comercial, e que se encontrava vinculado à realização da prestação de pagamento de rendas. A Relação de Lisboa considerou legítima a resolução extrajudicial do contrato de arrendamento comercial, por iniciativa do locatário, ao abrigo do disposto no artigo 437.º, n.º 1 do C.C. Esta decisão viria a ser objecto de recurso para o STJ, que foi decidido por Acórdão de 14 de Julho de 2021 (19222/20.1T8LSB.L1.S1). Para além dos acórdãos citados no presente texto, em nota, pode, ainda, consultar-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 25 de Novembro de 2021 (609/21.9PT8PTM.E1) – que decidiu um caso em que estavam implicados dois

Tendo presente as decisões proferidas, é possível ensaiar as seguintes coordenadas fundamentais:

1. Os casos analisados tiveram por objecto, no essencial, *contratos empresariais*, com a natureza, designadamente, de contratos de arrendamento comercial¹⁶, locação operacional¹⁷, locação de equipamento¹⁸, cessão de exploração comercial¹⁹, e locação financeira mobiliária²⁰;
2. Os tribunais, reconhecendo a excepcionalidade da situação pandémica, exigiram a demonstração dos *requisitos de relevância jurídica do regime da alteração das circunstâncias*, e enfatizaram a importância de se proceder a uma análise contextualizada do caso, considerando, nomeadamente, a data da celebração do contrato cuja execução se entende ter sido afectada²¹;
3. O regime da alteração das circunstâncias foi invocado pelo *contraente que se encontrava adstrito ao dever de prestar*, num contexto caracterizado por dificuldades significativas quanto ao cumprimento do contrato, nos termos originariamente celebrados;

contratos, celebrados sucessivamente, entre as mesmas partes, a saber, um contrato de arrendamento e um contrato-promessa de compra e venda sobre o mesmo imóvel; Sobre o problema da mora preexistente do devedor, cfr. a decisão do Tribunal da Relação do Porto de 12 de Outubro de 2021 (2363/20.2T8VLG-A.P1).

¹⁶ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 8 de Abril de 2021 (19222/20.1T8LSB.L1-6).

¹⁷ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14 de Setembro de 2021 (5769/21.6T8LSB.L1-A-7).

¹⁸ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 23 de Novembro de 2021 (74602/20.2YIPRT.L1-7).

¹⁹ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 7 de Outubro de 2021 (46168/20.0YIPRT.G1) – que decidiu no sentido da modificação equitativa do contrato, por via do diferimento do pagamento das prestações devidas.

²⁰ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 20 de Janeiro de 2022 (3409/21.2T8BRG.G1) – que decidiu que as alterações da taxa de juro e de esforço na concessão de empréstimo bancário celebrado para o pagamento do preço contratual, o desemprego e a desvalorização da moeda não são eventos aptos para preencher o requisito da imprevisibilidade da alteração. Relevou-se, bem assim, o facto de o incumprimento contratual alegado remontar a data anterior ao início da pandemia.

²¹ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14 de Julho de 2022 (11105/

4. Os casos apreciados parecem poder ser reconduzidos às situações de *onerosidade excessiva superveniente*, tendo o Tribunal considerado, para tal, índices factuais de agravamento das condições do cumprimento contratual, como, v.g., a quebra significativa do volume de receitas determinada pela pandemia e os condicionamentos no acesso aos bens e serviços, que motivaram uma diminuição apreciável de clientela.

Neste sentido, questionando-se, num litígio arbitral submetido ao Direito português, sobre a *legitimidade material de uma pretensão dirigida a resolver ou a modificar o contrato com fundamento na alteração superveniente e anormal das circunstâncias*, admite-se uma tendencial uniformidade no processo decisório.

A aplicação do regime da alteração das circunstâncias tem, nos termos gerais, de ser precedida da *análise adequada do contrato* e da correspondente *interpretação funcional*, no sentido de esclarecer a existência de cláusulas de força maior, de *hardship* ou de mecanismos equivalentes de alocação do risco.

De igual modo, tem de se identificar o *acervo de interesses* que as partes pretenderam satisfazer com a auto-vinculação contratual (a sua “causa negocial” ou “função negocial concreta”²²), e a *equação económica* aceite, no momento do acordo. Releva, ainda, considerar o facto de o contrato ter sido concluído, com conhecimento e aceitação pelas partes, na pendência da pandemia ou depois de iniciado o conflito bélico.

O contrato eleva-se, assim, como um *duplo limite*: por um lado, constitui o ponto de partida da análise sobre o impacto da circunstância superveniente, anormal e prejudicial alegada por um dos contraentes (a “parte lesada”); por outro lado, é ainda no contrato (em concreto, na equação

20.1T8LSB.L1-2) – onde se ponderou o facto de o contrato de fornecimento de uma determinada quantidade de caixas de vinho ter sido celebrado quando já havia sido decretado o estado de emergência em matéria de saúde pública pela Organização Mundial de Saúde.

²² Para o conceito de causa negocial como fundamento de juridicidade ou a razão de ser da vinculação jurídica, v. o nosso *A causa do negócio jurídico no Direito civil*, UCE, Lisboa, 2022 (reimp) – onde se propõe a noção de “função correspondente a um dado negócio e que deve ser merecedora de tutela pelo Direito”, ob. cit., p. 19.

económica inicial que se entende ter sido gravemente perturbada) que uma decisão eventual de adequação do contrato se tem de fundamentar.

Verificados os requisitos de relevância jurídica do instituto, a intervenção do julgador no sentido de declarar a manutenção do vínculo em termos adaptados, deve ser balizada pelo *propósito de assegurar o equilíbrio contratual* que se entende ter sido prejudicado pelo evento superveniente e extraordinário que afectou, de modo significativo, a base negocial. O principal desafio residirá no esclarecimento da “equação económica” na situação individual considerada, e que funcionará como limite de legitimidade de uma intervenção correctiva do contrato cuja execução se alega ter sido fortemente perturbada, por força do evento exterior, superveniente, anormal, imprevisível, imputável, e não abrangido pelo perímetro de risco contratual. Com efeito, a adaptação do contrato pelo tribunal terá de assentar em parâmetros, a determinar, não tanto com base num exame padronizado e abstracto (em função da natureza e do tipo contratual), mas privilegiando o concreto regulamento contratual. A importância de uma *análise ancorada às circunstâncias particulares do caso* é, de resto, plenamente justificada pela referência, na formulação gramatical do artigo 437.º, n.º 1, aos “juízos de equidade”.

Como corolário, não se afigura adequado recorrer, em termos abstractos, a modelos igualitários de distribuição dos prejuízos causados pelo evento exterior, superveniente extraordinário e imprevisível²³. A adequação do contrato não equivale, em todos os casos, a uma repartição dos prejuízos supervenientes e extraordinários pelas partes numa lógica 50% / 50%; a proporção a considerar tem de partir da estrutura de custos acordada e ponderar a margem de risco aceite quanto a fenómenos que extravasam o controlo directo pelas partes como seja, v.g., a inflação, a flexibilidade dos preços e as flutuações no mercado das matérias-primas²⁴.

²³ A este respeito, cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 7 de Outubro de 2021 – que decidiu: “II. *A repercussão jurídica da Covid-19 deve ser repartida por igual (igualdade não no sentido formal – no sentido de matematicamente igual –, mas antes material, ou seja, de forma equitativa) de forma a que não se criem desequilíbrios na distribuição do risco contratual*”.

²⁴ Sobre o ponto, v. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Onerosidade excessiva por “alteração das circunstâncias”*, in “Estudos em Memória do Prof. Doutor José Dias Marques”, Almeida, Coimbra, 2007, pp. 515-535. V., ainda, o nosso “A força maior e o (des) equilíbrio

Por outro lado, a decisão do Tribunal tem de ter correspondência com a *equação económica originária do contrato*, e que não parece poder ser, sem mais, substituída por uma que se entenda ser mais adequada no contexto presente da execução contratual. Significa isto que a actualização do conteúdo contratual, ao abrigo do regime da alteração das circunstâncias, não pode ser feita para o equivaler com o momento presente, sem respeito e à margem do *background* contratual²⁵; antes, tem de se ponderar a utilidade da subsistência (em termos adaptados) do vínculo, para o que cabe individualizar o acervo de interesses relevantes (na dupla perspectiva da utilidade da prestação para o credor, e dos custos implicados pelo acto de cumprimento pelo devedor) e o impacto da alteração peticionada na situação individual²⁶.

Por conseguinte, não se antecipa que os tribunais arbitrais assumam uma postura de aligeiramento dos requisitos de relevância jurídica do regime da alteração das circunstâncias: por um lado, a aplicação exigente do instituto é coerente com a sua natureza excepcional, assim como com o facto de consubstanciar um desvio ao princípio da estabilidade do contrato (cfr. artigo 406.º, n.º 1 do C.C.); por outro lado, a “parte lesada” tem de se demonstrar uma perturbação substancial e significativa dos pressupostos fundacionais do programa prestacional, e que tem de extravasar, em termos de adequada razoabilidade, a sua esfera de controlo ou de domínio.

A intervenção do Direito e do julgador no sentido de “actualizar” os termos de um contrato em execução deve, portanto, ser reservada para

negocial”, cit., pp. 60-ss. – com a defesa de uma “*fórmula equitativa de distribuição dos riscos anormais* (porque imprevisíveis e extraordinários, à data da celebração do contrato)”.

²⁵ Para o conceito de equilíbrio contratual genético ou originário, v. DIOGO COSTA GONÇALVES, *Crise e renegociação dos contratos*, cit., em especial, pp. 153-154.

²⁶ Tal como tivemos oportunidade de defender: “frustrando-se a *dimensão funcional do vínculo*, isto é, desaparecendo o fundamento material que justificava a sua juridicidade (representado pelo *acervo de interesses típicos* que as partes pretenderam satisfazer com o contrato, no momento da correspondente celebração), *deixa de ser legítima a pretensão dirigida ao cumprimento da prestação*” – v. o nosso “A força maior e o (des)equilíbrio negocial”, cit., p. 60.

situações de assimetria relevante das prestações contratualizadas e que sejam destituídas de um fundamento material legítimo²⁷.

4. Conclusões

- 1.º A pandemia motivada pela Covid-19, assim como o conflito bélico que opõe a Rússia à Ucrânia constituem fenómenos aptos, em abstracto, para serem qualificados como eventos de força maior;
- 2.º Este diagnóstico não constitui título suficiente para liberar o devedor das obrigações a cujo cumprimento se vinculou por efeitos do contrato – em particular, nos casos em que esteja em causa uma impossibilidade temporária de cumprir ou um aumento não expressivo dos custos pressupostos pelo acto do cumprimento; de igual modo, não legitima, por si só, uma das partes a modificar unilateralmente o contrato ou a aplicar o regime da alteração anormal e superveniente das circunstâncias;
- 3.º A análise pelo julgador tem de privilegiar o contrato, no sentido de esclarecer se as partes acomodaram, em alguma medida, no plano de risco acordado, as consequências jurídicas de uma vicissitude como a pandemia ou a guerra; em especial, releva considerar o eventual conhecimento pelas partes de que o contrato foi concluído durante a pandemia ou em período de conflito bélico;
- 4.º A base negocial que se alega ter sido perturbada de modo significativo pela pandemia ou pelo conflito bélico tem de ser encontrada considerando o momento da conclusão do contrato, sendo integrada por circunstâncias (factuais ou de direito) anteriores ou contemporâneas ao mútuo consenso, exteriores e que, por definição, não integram o conteúdo contratual;
- 5.º A superveniência com aptidão para fundamentar uma perturbação no contrato em fase de execução deve ter uma expressão relevante

²⁷ Sobre o princípio do equilíbrio negocial, v. o nosso “A força maior e o (des) equilíbrio negocial”, cit., pp. 43-ss. – com a conclusão de que esta directriz releva “em todos os casos de *assimetria grave e significativa das prestações desassistida de um fundamento material legítimo*” (ob. cit., p. 61).

em termos substanciais; exige-se uma assimetria significativa do programa prestacional, e que não possa, por isso, ser considerada como legítima, sob pena de ofensa dos ditames da boa fé (cfr. artigo 437.º, n.º 1);

- 6.º A invocação do regime da alteração das circunstâncias deve ser reservada para cenários de litígio insanável, caracterizado pela inexigibilidade de manutenção do vínculo negocial nos termos originariamente celebrados em resultado do desequilíbrio superveniente, significativo e substancial do contrato. Este exame pressupõe uma interpretação adequada do contrato e a individualização do eventual plano de risco aceite, assim como da equação económica originária;
- 7.º O instituto fundamenta uma excepção material (de não cumprimento da prestação devida, no contexto de um contrato de execução diferida no tempo), a actuar pelo devedor;
- 8.º A intervenção do julgador dirige-se à reposição do equilíbrio económico pretendido pelas partes, e que foi por elas prefigurado no momento da celebração do vínculo; neste sentido, a adaptação do contrato não pode ter o efeito de conduzir a um novo desequilíbrio no feixe de interesses, sem correspondência com o modelo prestacional contratualizado;
- 9.º A ingerência pelo julgador no contrato – designadamente, por via da correspondente modificação equitativa (cfr. artigo 437.º, n.º 1) – tem de ser precedida de um esforço sério no plano factual, a assumir pela “parte lesada”, a quem cabe demonstrar os requisitos de relevância jurídica do instituto, assim como enunciar e justificar a equação económica do contrato; as alegações genéricas a fenómenos “conhecidos e públicos”, aos condicionamentos provocados por estas causas, em termos abstractos e não contextualizados, não legitimam o desvio à regra da estabilidade do contrato (cfr. artigo 406.º, n.º 1 do C.C.);
- 10.º Em cenários de dúvida relevante quanto ao preenchimento dos requisitos de relevância jurídica da figura, a aplicação do regime da alteração das circunstâncias deve ser rejeitada: é esta a direttriz que se impõe observar considerando o figurino excepcional do instituto.