



**FACULDADE DE DIREITO**  
UNIVERSIDADE DE LISBOA

**DISTRIBUIÇÃO DE RISCOS E AUTONOMIA PRIVADA:  
UMA ANÁLISE DE DIREITO COMPARADO SOBRE A GESTÃO DA  
SUPERVENIÊNCIA CONTRATUAL**

**ISABELA SPERANDIO GOMES**

**N.º DE ALUNO 61790**

Mestrado em Direito e Ciência Jurídica  
Orientador: Senhor Professor Doutor Dário Moura Vicente

**Lisboa**  
**2024**





**FACULDADE DE DIREITO**  
UNIVERSIDADE DE LISBOA

**DISTRIBUIÇÃO DE RISCOS E AUTONOMIA PRIVADA:  
UMA ANÁLISE DE DIREITO COMPARADO SOBRE A GESTÃO DA  
SUPERVENIÊNCIA CONTRATUAL**

**ISABELA SPERANDIO GOMES**

**N.º DE ALUNO 61790**

Dissertação de Mestrado apresentada à  
Faculdade de Direito da Universidade de  
Lisboa como parte da exigência para  
obtenção do título de Mestre em Direito –  
Perfil Ciências Jurídicas.

Orientação: Professor Doutor Dário Moura  
Vicente

**Lisboa**  
**2024**

*À minha família, pela firmeza da base.  
Ao Lucio, pela leveza do cotidiano.*

## **Agradecimentos**

Aos meus pais, pelo apoio incondicional e por terem me incentivado, desde sempre, a nunca deixar de investir na educação. À minha avó, pelo carinho e sabedoria com que sempre me guiou, e aos meus tios, pela compreensão e apoio imprescindíveis.

Ao Lucio, pela presença contínua, que tornou cada passo deste caminho mais leve.

Ao Professor Doutor Dário Moura Vicente, orientador da minha dissertação, que aceitou prontamente o convite para me orientar. Agradeço pela disponibilidade e pela orientação fornecida ao longo deste processo.

## RESUMO

Esta tese busca examinar como as figuras de distribuição de riscos, especialmente em eventos supervenientes, são aplicadas em contextos de grandes alterações de circunstâncias. A pesquisa adota uma abordagem comparada entre os sistemas de *Common Law* e *Civil Law*, analisando a interação entre autonomia privada e soluções heterônomas na regulação contratual de riscos. Examinando jurisprudência recente e doutrina pós-pandemia, o estudo investiga os limites da autonomia privada em contratos entre partes sofisticadas, com especial atenção à aplicação de cláusulas de força maior, *hardship* e MAC, e como diferentes tradições jurídicas afetam a alocação contratual de riscos. Além disso, o estudo aborda como crises sistêmicas, como a pandemia da COVID-19, desafiam a eficácia das soluções contratuais previamente estabelecidas.

**Palavras-chave:** Distribuição de riscos; Autonomia privada; Heteronomia; Superveniência; Direito Comparado.

## **ABSTRACT**

This thesis examines how risk distribution mechanisms, particularly in supervening events, are applied in the context of major changes in circumstances. The research adopts a comparative approach between Common Law and Civil Law systems, analyzing the interaction between private autonomy and heteronomous solutions in contractual risk regulation. Drawing on recent case law and post-pandemic doctrine, the study explores the limits of private autonomy in contracts between sophisticated parties, with special attention to the application of force majeure, hardship, and MAC clauses, and how different legal traditions influence contractual risk allocation. Furthermore, the study addresses how systemic crises, such as the COVID-19 pandemic, challenge the effectiveness of pre-established contractual solutions.

**Keywords:** Risk allocation; Private autonomy; Heteronomy; Supervening events; Comparative Law.

## **Advertência**

O texto da presente dissertação foi redigido de acordo com as regras gramaticais e ortográficas da língua portuguesa corrente no Brasil, conforme o Acordo Ortográfico de 1990, em vigor no Brasil desde 1º de Janeiro de 2009. Entretanto, a redação original foi mantida nas citações de obras portuguesas feitas de forma literal e direta.

## **Lista de siglas e abreviaturas**

**AC** – Appeals Cases

**AgInt** – Agravo Interno

**AREsp** – Agravo em Recurso Especial

**Art.** – Artigo

**CA** – Court of Appeal (Tribunal de Apelação)

**C.A.** – Chancery Appeals

**CCI** – Câmara de Comércio Internacional (International Chamber of Commerce)

**CC** – Código Civil

**CISG** – Convention for the International Sale of Goods (Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional Mercantil)

**Co.** – Company

**Comm.** – Commercial

**Corp.** – Corporation

**DJe** – Diário de Justiça Eletrônico

**EWHC** – England and Wales High Court

**FIDIC** – Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils (International Federation of Consulting Engineers)

**IGPM** – Índice Geral de Preços do Mercado

**LLE** – Lei de Liberdade Econômica

**MAE** – Material Adverse Effect

**MAC** – Material Adverse Change

**n.º** – Número

**p.** – Página

**PECL** – Principles of European Contract Law

**Rel.** – Relator(a)

**REsp** – Recurso Especial

**STJ** – Superior Tribunal de Justiça

**TJ** – Tribunal de Justiça

**UK** – United Kingdom (Reino Unido)

**UNIDROIT** – International Institute for the Unification of Private Law

**US** – United States (Estados Unidos)

**v.** – Volume

## ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	12
I. Risco nos Contratos: Conceito e Função.....	16
I.1. Conceito de risco .....	16
I.2. A Função Essencial do Contrato na Distribuição e Gestão de Riscos .....	22
II. A Distribuição de Riscos: Entre Autonomia e Heteronomia .....	31
II.1. Heteronomia e Autonomia na Regulação do Risco no Sistema de <i>Civil Law</i> .....	31
II.2. Autonomia e Heteronomia na Regulação do Risco no Sistema de <i>Common Law</i> .....	35
II.3. Síntese Comparativa: uma divergência de método .....	43
III. A Regulação Heterônoma da Distribuição de Riscos de Superveniência .....	46
III.1. Regulação Heterônoma da Superveniência no Sistema de <i>Civil Law</i> .....	48
III.1.1. Ordenamento jurídico português .....	48
III.1.2. Ordenamento jurídico brasileiro .....	53
III.2. Regulação Heterônoma da Superveniência no Sistema de <i>Common Law</i> .....	61
III.2.1. Ordenamento jurídico inglês.....	61
III.2.2. Ordenamento jurídico norte-americano .....	67
III.3 Síntese Comparativa: flexibilidade ou rigidez.....	76
IV. A Regulação Autônoma da Distribuição de Riscos de Superveniência.....	82
IV.1. Os Mecanismos de Autonomia Privada na Distribuição de Riscos de Superveniência ..	82
IV.1.1. A Cláusula de <i>Força Maior</i> .....	83
IV.1.2. A Cláusula de <i>Hardship</i> .....	88
IV.1.3. A Cláusula de <i>Material Adverse Change</i> .....	94
IV.2. Síntese: Técnicas Anglo-Saxônicas e Desafio da Compatibilização.....	99
V. Interação Dos Mecanismos de Autonomia Privada com os Sistemas Jurídicos ...	102
V.1. Interação dos Mecanismos de Autonomia Privada com o sistema de <i>Civil Law</i> .....	104
V.1.1. Ordenamento jurídico português .....	104
V.1.2. Ordenamento jurídico brasileiro .....	125
V.2. Interação dos Mecanismos de Autonomia Privada com o sistema de <i>Common Law</i> .....	136
V.2.1. Ordenamento jurídico inglês.....	136
V.2.2. Ordenamento jurídico norte-americano .....	141
V.3. Síntese comparativa: Intervenção e Autossuficiência dos Mecanismos.....	146
VI. A Distribuição de Risco e as Grandes Alterações de Circunstâncias .....	153
VI.1 Autonomia Privada e Crises Sistêmicas.....	153
VI.2. A Distribuição Contratual de Riscos e a Pandemia de COVID-19.....	154
VI.2.1. Estudo de Casos: As Respostas da Jurisprudência nos Diferentes Sistemas .....	161
VI.2.1.1 Jurisprudência portuguesa.....	161
VI.2.1.2 Jurisprudência brasileira .....	165
VI.2.1.3 Jurisprudência inglesa.....	170
VI.2.1.4. Jurisprudência norte-americana .....	174
VI.3. Síntese comparativa: manutenção da distribuição de riscos no contexto da pandemia	178

CONCLUSÃO.....	181
Referências Bibliográficas.....	185
Referências Jurisprudenciais .....	208

## INTRODUÇÃO

Esta tese se propõe a encontrar respostas na doutrina recente e na jurisprudência pós-pandemia no sentido de verificar se as figuras de distribuição de riscos são aplicadas nas grandes alterações de circunstâncias.

No direito dos contratos, a noção de risco é especialmente relevante, abrangendo a impossibilidade superveniente – incluindo casos fortuitos e de força maior – e as doutrinas de revisão e resolução por alteração das circunstâncias, relacionadas a teorias como excessiva onerosidade, base do negócio e imprevisão<sup>1</sup>.

Tendo como tema central os eventos supervenientes que afetam o programa contratual, este estudo tem por objetivo analisar, com o auxílio do direito comparado das obrigações, qual é o espaço ocupado pela autonomia privada na divisão de riscos entre as partes. Nas palavras de Robert Hillman, os princípios de liberdade contratual e de equidade dividem a atenção no direito contratual<sup>2</sup>. Ao delinear o escopo desta investigação, é dada especial atenção à interação entre a autonomia das partes no contrato e os eventos supervenientes, uma questão de crescente importância no direito contratual contemporâneo. Não fazem parte desta investigação as aplicações do conceito de risco na responsabilidade civil, na perda ou deterioração do bem na compra e venda e no direito dos seguros.

Um dos propósitos da pesquisa é, portanto, identificar os limites da autonomia privada em situações de ausência de assimetria negocial, restringindo-se aos contratos celebrados entre partes consideradas sofisticadas. Os contratos entre empresários em situação de assimetria informativa (*terzo contratto*) não se enquadram na problemática aqui abordada.

A celebração de um contrato implica invariavelmente uma projeção do futuro, alicerçada em percepções subjetivas acerca da evolução potencialmente favorável ou

---

<sup>1</sup> MARTINS-COSTA, Judith. “O risco contratual (e os significados do risco)”. In: PIRES, Catarina Monteiro; et. al. (Coord.). *Riscos no Direito Privado e na Arbitragem*. São Paulo: Almedina Brasil, 2023, p. 36.

<sup>2</sup> HILLMAN, Robert A. *The Richness of Contract Law: An Analysis and Critique of Contemporary Theories of Contract Law*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers. 1997, p. 41.

desfavorável das circunstâncias. Todavia, as expectativas dos contratantes estão sujeitas a vicissitudes imprevistas e imprevisíveis, capazes de ocasionar interferências substanciais na execução regular do programa contratual. Tais intercorrências podem frustrar ou perturbar de maneira significativa os benefícios que as partes almejavam auferir do negócio jurídico em questão<sup>3</sup>.

Enquanto um contrato serve essencialmente para gerir os riscos futuros, há sempre a possibilidade de surgirem eventualidades imprevistas que desafiam o planejamento cuidadoso das partes envolvidas. Nessas situações, as partes se apoiam nas diretrizes do direito contratual ou desenvolvem termos abrangentes para lidar com riscos não antecipados. Todavia, em certos contextos, mesmo a previsibilidade das partes e suas estratégias para administrar riscos contratuais podem se mostrar inadequadas ou mesmo ineficazes. Nas palavras de Werner Flume, se a realidade muda após a celebração do contrato, é necessário determinar, com base nos termos contratuais, quem deve suportar o risco dessa realidade<sup>4</sup>.

Para António Menezes Cordeiro, a abordagem que posiciona a alteração das circunstâncias no âmbito da distribuição de risco oferece uma visão enriquecedora, mas não é uma solução completa. O conceito de risco, isoladamente, não define regras para sua própria limitação ou distribuição, exigindo a consulta ao direito objetivo e à vontade das partes<sup>5</sup>.

Os instrumentos contratuais refletem as previsões das partes sobre o futuro da sua relação, definindo no momento da celebração as consequentes obrigações. Idealmente, os contratos deveriam existir em um ambiente de estabilidade, proporcionando respostas decisivas e soluções duradouras. Contudo, a crescente percepção da importância de adaptar-se às realidades mutáveis de cada momento desafia esse ideal, trazendo uma

---

<sup>3</sup> ATAÍDE, Rui Mascarenhas. “Modelos convencionais de regulação e distribuição do risco contratual em especial, as cláusulas hardship”. In: *Revista de Direito Civil*, a.6 n.1, 2021, p. 64-65 Disponível em: <https://www.revistadedireitocivil.pt/revistas/ano-vi-1>.

<sup>4</sup> FLUME, Werner. *El negocio jurídico. Parte general del Derecho civil*, Tomo II, 4ª ed. Tradução por GONZÁLEZ, José María Miguel; CALLE, Esther Gómez. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998, p. 598.

<sup>5</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*, vol. II, Tomo IV, 2010, p. 285.

natureza inerentemente instável às soluções propostas, especialmente no âmbito do direito das obrigações<sup>6</sup>.

Seguindo o conceito de macrocomparação jurídica de Zweigert e Kötz<sup>7</sup>, o estudo comparará as diferentes técnicas legislativas, judiciais ou contratuais de distribuição de riscos contratuais, bem os métodos interpretativos empregados nos sistemas jurídicos sob análise<sup>8</sup>. Pretende-se, assim, descobrir se existem métodos comuns de distribuição de riscos nos diferentes sistemas legais, qual é a contribuição dos diversos componentes legais, culturais e socioeconômicos nesse contexto e quais são os critérios hermenêuticos aplicados em sede litigiosa. Já na perspectiva da microcomparação<sup>9</sup>, essa investigação passará pela análise dos diferentes institutos legais destinados a solucionar o problema da distribuição de riscos, bem como das interações entre mecanismos autônomos e heterônimos.

O problema que se enfrenta, portanto, é de saber em que medida a regulação contratual é capaz de prever e gerir as superveniências de forma autônoma, e quais são os impactos que diferentes tradições jurídicas têm na relação entre alocações de riscos de origem contratual ou estatutária. Assim, centrando-se em contratos paritários ou bilateralmente comerciais, analisar-se-á como os ordenamentos jurídicos de *Common Law*, a exemplo da Inglaterra e dos EUA, e de *Civil Law*, a exemplo de Portugal e do Brasil, diferem ou convergem em suas abordagens sobre o problema do risco, adotando soluções mais contratuais ou mais estatutárias. A pesquisa buscará avaliar em que medida as intervenções estatutárias ou judiciais na regulação de riscos influenciam as decisões das partes em adotar soluções privadas.

A análise se estenderá aos impactos das diversas soluções legais na alocação de riscos conforme originalmente estipulado nos contratos. Será investigado se as soluções do tipo *all-or-nothing*, que tendem a ser mais rígidas, respeitam mais efetivamente a

---

<sup>6</sup> SILVA, Paula Costa e; MARTINS-COSTA, Judith. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação: estudo de direito comparado luso-brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 29.

<sup>7</sup> ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduction to Comparative Law*. Tradução de Tony Weir, 3ª ed. Rev. Oxford: Clarendon Press, 1998, p. 4.

<sup>8</sup> GIAMPIERI, Alberto. "Rischio Contrattuale in common law". In: *Contratto e Impresa*, ano XII, n.º 2. Padova: Cedam, 1996, p. 594.

<sup>9</sup> ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduction to Comparative Law*. Tradução de Tony Weir, 3ª ed. Rev. Oxford: Clarendon Press, 1998, p. 5.

distribuição de riscos pretendida pelas partes em comparação com as abordagens que permitem uma modificação contratual mais flexível. Questionar-se-á se há, de fato, uma maior tendência ao recurso às figuras da autonomia privada, como as cláusulas de *force majeure*, *hardship* e MAC, com técnicas de redação comumente associadas à *Common Law*, que modulam os riscos de eventos supervenientes, e como esses mecanismos são recebidos pela estrutura heterônoma dos diferentes sistemas.

Assim, parte essencial desta pesquisa centra-se no estudo da interação entre a regulação contratual e as soluções legais aplicáveis, dita relação autonomia-heteronomia. O foco será entender como as disposições contratuais se relacionam e são adaptadas pelas soluções disponibilizadas pelo sistema jurídico, particularmente em situações litigiosas ou quando há uma necessidade de interpretação legal.

Optamos por utilizar a terminologia "heteronomia" ou "abordagem heterônoma" ao longo deste estudo, pois ela não se restringe à regulação normativa do risco, abrangendo também a interpretação dos tribunais sobre a repartição ou alocação de riscos pelas partes. Essa perspectiva reflete como a jurisprudência contribui para determinar o alcance da efetividade dos mecanismos da autonomia privada, reconhecendo que a regulação heterônoma ocorre tanto por meio de normas legais quanto pela atuação dos tribunais na resolução de disputas, principalmente no sistema de *Common Law*, mas também de forma significativa nos ordenamentos da tradição romano-germânica.

Por fim, o estudo enfrentará a problemática da distribuição de riscos e das grandes alterações das circunstâncias. Questionar-se-á sobre até que ponto o aparente sucesso da autonomia privada na alocação de riscos e na criação de figuras que modulam as soluções para eventos de superveniência se sustenta em tempos de incerteza, marcados por crises de cunho econômico, social ou mesmo sanitário. Serão estudados casos práticos que abordam a questão repartição – ou mesmo redistribuição – do risco no contexto da pandemia da COVID-19 para avaliar e comparar os posicionamentos dos tribunais portugueses, brasileiros, ingleses e norte-americanos frente à essa problemática.

## I. Risco nos Contratos: Conceito e Função

### I.1. Conceito de risco

O conceito de risco é fundamental para a compreensão de diversas dinâmicas presentes na sociedade contemporânea, influenciando desde decisões individuais até políticas públicas complexas. Por *risco*, deve entender-se a incerteza sobre o resultado de uma situação com a possibilidade de um desfecho desfavorável. Além de inerente ao Direito, esse conceito é amplamente estudado por diversas áreas do conhecimento, como economia, estatística, ou psicologia, que debatem sobre definições, delimitações e escopos úteis para as análises em seus respectivos campos de investigação<sup>10</sup>.

A complexidade do conceito de risco e a sua ubiquidade nas mais variadas esferas das relações sociais invocam uma abordagem multidisciplinar para a sua melhor compreensão. Assim, nos diversos campos do conhecimento, o termo “risco” pode ser caracterizado enquanto (i) probabilidade de perda; (ii) possibilidade de um resultado desfavorável; (iii) incerteza; (iv) discrepância entre os resultados esperados e os reais; ou ainda, e de forma geral, (v) probabilidade de qualquer desvio do resultado esperado<sup>11</sup>. Essas várias caracterizações demonstram que estes conceitos recebem diferentes abordagens, ora tratando o risco como uma condição objetiva e quantificável do mundo real, ora considerando-o um fenômeno subjetivo decorrente das limitações do conhecimento humano<sup>12</sup>.

Pode dizer-se que essa dualidade entre as perspectivas objetivas e subjetivas do risco se manifesta de forma particularmente relevante no sistema jurídico, na interação entre normas e expectativas dos contraentes. Uma abordagem mais objetiva é proposta por J. Vaughan, que, em estudo dedicado ao risco, define tal conceito como o conjunto de

---

<sup>10</sup> VAUGHAN, Emmet J. *Fundamentals of risk and insurance*. New York: John Wiley & Sons, 3ª ed., 1982, p. 3.

<sup>11</sup> VAUGHAN, Emmet J. *Fundamentals of risk and insurance*. New York: John Wiley & Sons, 3ª ed., 1982, p. 4.

<sup>12</sup> VAUGHAN, Emmet J. *Fundamentals of risk and insurance*. New York: John Wiley & Sons, 3ª ed., 1982, p. 4.

circunstâncias objetivas que traduzem a possibilidade de um desvio adverso de um resultado desejado ou esperado<sup>13</sup>.

Tendo em consideração essas diferentes nuances, pode partir-se do princípio de que, em um sentido amplo, o risco representa a “consequência econômica de um evento incerto”, como sugere Alpa<sup>14</sup>. A compreensão do risco como uma consequência econômica de incerteza fornece uma base para a análise da alocação de riscos em arranjos contratuais e para a avaliação de situações de desequilíbrio contratual decorrentes de eventos imprevistos. Assim, do ponto de vista jurídico, e a fim de aprofundar a compreensão de como funciona a distribuição legal de risco, é relevante analisar os componentes que formam a noção abstrata de risco, quais sejam: (i) evento; (ii) causa; (iii) incerteza; (iv) dano; (v) sujeito envolvido<sup>15</sup>.

Dentre esses componentes, o termo *evento* pode ser entendido com um fenômeno ou conjunto de fenômenos escolhidos entre a totalidade dos eventos futuros devido à possibilidade de causar danos um sujeito específico. Pode ser um incêndio, uma tempestade ou a variação dos preços de mercado de uma *commodity*<sup>16</sup>.

Em termos de classificação, os riscos podem ser categorizados enquanto exógenos ou endógenos. Riscos exógenos referem-se a eventos que são impostos a um determinado sistema, como o financeiro, por eventos externos, enquanto riscos endógenos são ocasionados por falhas internas daquele sistema. Nesse sentido, uma pandemia é um evento exógeno para o sistema financeiro, enquanto a crise financeira de 2008 teria sido endógeno<sup>17</sup>.

Diante da presença inevitável do risco, as estratégias para o seu gerenciamento resumem-se a evitá-lo, retê-lo, transferi-lo, compartilhá-lo ou reduzi-lo. Dentro elas,

---

<sup>13</sup> VAUGHAN, Emmet J. *Fundamentals of risk and insurance*. New York: John Wiley & Sons, 3ª ed., 1982, p. 4.

<sup>14</sup> ALPA, Guido. “Rischio”. In: *Enciclopedia del Diritto*, Milano: Giuffrè, 1989, vol. 40, 1989, p. 1146.

<sup>15</sup> PATTERSON, Edwin W. “The apportionment of business risks”. In: *Columbia Law Review*, Apr., 1924, Vol. 24, No. 4 (Apr., 1924), pp. 335-359. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1114194>, p. 337.

<sup>16</sup> PATTERSON, Edwin W. “The apportionment of business risks”. In: *Columbia Law Review*, Apr., 1924, Vol. 24, No. 4 (Apr., 1924), pp. 335-359. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1114194>, p. 337.

<sup>17</sup> GHODOOSI, Farshad. “Contracting Risks.” In: *University of Illinois Law Review*, 2022, p. 805-859. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3743033>, p. 816.

Vaughan aponta que a transferência de risco através de contratos – isto é, a distribuição contratual – é uma das abordagens mais significativas<sup>18</sup>.

Contudo, é geralmente difícil ou impossível eliminar completamente um risco. Em alguns casos, o risco é totalmente externo e não pode ser controlado. Uma parte neutra em relação ao risco não adota medidas adicionais além do controle mínimo, pois está focada apenas no custo médio do risco adverso. Por outro lado, uma parte avessa ao risco pode adotar uma segunda estratégia para reduzir o custo de lidar com riscos que não podem ser controlados de forma eficaz e econômica, por exemplo, adquirindo seguro ou buscando proteções em mercados financeiros. O objetivo geral da gestão de riscos é, portanto, minimizar o custo total das atividades de controle de risco e do risco residual<sup>19</sup>.

Em termos práticos, portanto, a distribuição de risco através de contratos, por exemplo, é uma prática comum que se manifesta em diversas cláusulas contratuais, como as de força maior, *hardship*, ou *material adverse change*. A escolha entre reter ou transferir riscos, bem como a decisão de adquirir seguros, são elementos cruciais na negociação e estruturação de contratos, especialmente em transações comerciais complexas.

Transitando para o campo da heteronomia legal, a noção de risco no Direito tem implicações normativas variáveis. No sistema legal português, por exemplo, este termo é utilizado para a possibilidade de perda ou deterioração de um objeto, para situações de insolvência ou crédito, bem como para os eventos imprevisíveis não imputáveis às partes que impactam o contrato<sup>20</sup>. De forma similar, o direito brasileiro menciona a palavra "risco" em pelo menos cinquenta ocasiões no Código Civil, seja para se referir ao risco como dano, prejuízo ou desvantagem que pode afetar o objeto da obrigação. Além disso,

---

<sup>18</sup> VAUGHAN, Emmet J. *Fundamentals of risk and insurance*. New York: John Wiley & Sons, 3ª ed., 1982, p. 9-10.

<sup>19</sup> TRIANTIS, George G. "Contractual Allocations of Unknown Risks: A Critique of the Doctrine of Commercial Impracticability". In: *The University of Toronto Law Journal*, Vol. 42, No. 4 (Autumn, 1992), p. 454.

<sup>20</sup> AURELIANO, Nuno. *O Risco nos Contratos de Alienação: Contributo para o Estudo do Direito Privado Português*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 21-23.

utiliza a expressão *álea*, tangente à noção de risco, para distinguir contratos aleatórios de contratos comutativos<sup>21</sup>.

A utilização frequente do termo "risco" nos códigos civis reflete a centralidade deste conceito no direito privado. A distinção entre contratos aleatórios e comutativos, em particular, demonstra como a noção de risco pode ser fundamental na própria classificação e regulação dos tipos contratuais. Esta distinção tem implicações significativas em termos de interpretação contratual, atribuição de responsabilidades e aplicação de teorias como a da imprevisão.

Nos contratos comutativos, o risco, desde que se mantenha dentro dos limites inerentes à natureza do negócio e seja classificado como *álea ordinária*, possui uma função distintiva na base do negócio. Já nos contratos aleatórios, o risco é um elemento central para o objeto contratual, como é o caso dos contratos de seguro<sup>22</sup>.

A *álea normal* em contratos caracteriza-se pela previsibilidade e normalidade dos eventos que podem ocorrer, diferindo de eventos extraordinários e imprevistos que justificam a resolução do contrato por onerosidade excessiva, ou seja, trata-se da influência previsível de fatores como flutuações de mercado nas obrigações contratuais<sup>23</sup>. Essa delimitação entre *álea normal* e *extraordinária* pode inclusive ser definida pela lei, como no caso do Código Civil italiano, cujo artigo 1664<sup>24</sup> determina que variações de até dez por cento nos custos de mão de obra e material em contratos de empreitada são consideradas normais. Portanto, o risco reconhecido e assumido pelas partes na celebração do contrato representa, em sua essência, a *álea normal* de cada acordo<sup>25</sup>.

---

<sup>21</sup> MARTINS-COSTA, Judith. “O risco contratual (e os significados do risco)”. In: PIRES, Catarina Monteiro; et. al. (Coord.). *Riscos no Direito Privado e na Arbitragem*. São Paulo: Almedina Brasil, 2023, p. 25.

<sup>22</sup> REALI, Francesco. “Alea, commutatività e scommessa: il ruolo assunto dal ‘rischio’ e le scommesse atipiche”. In: *Contratto e impresa*, 4-5, ano 23, Padova: Cedam, 2007, p. 961.

<sup>23</sup> BANDEIRA, Paula Greco. *Contrato Incompleto*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 131.

<sup>24</sup> Confira-se *Articolo 1664, Codice Civile*: “Onerosità o difficoltà dell'esecuzione Qualora per effetto di circostanze imprevedibili si siano verificati aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della mano d'opera, tali da determinare un aumento o una diminuzione superiori al decimo del prezzo complessivo convenuto, l'appaltatore o il committente possono chiedere una revisione del prezzo medesimo. La revisione può esser accordata solo per quella differenza che eccede il decimo. Se nel corso dell'opera si manifestano difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche e simili, non previste dalle parti, che rendono notevolmente più onerosa la prestazione dell'appaltatore, questi ha diritto a un equo compenso.”

<sup>25</sup> REALI, Francesco. “Alea, commutatività e scommessa: il ruolo assunto dal ‘rischio’ e le scommesse atipiche”. In: *Contratto e impresa*, 4-5, ano 23, Padova: Cedam, 2007, p. 967.

Portanto, o risco reconhecido e assumido pelas partes na celebração do contrato representa, em sua essência, a álea normal de cada acordo<sup>26</sup>.

Essa compreensão é crucial, já que, quando consideradas as implicações econômicas de um evento incerto, o risco contratual se assemelha ao risco econômico associado a ele. Se esse risco econômico for previsível, ele se enquadra na álea normal. No entanto, se o risco econômico se revelar imprevisível, estamos diante de uma álea extraordinária, que pode justificar a aplicação da teoria da excessiva onerosidade quando os outros requisitos para sua aplicação também estejam presentes. Apesar da ampla natureza do conceito de risco e da falta de regulamentação detalhada nesse campo, é evidente que os riscos estão intrinsecamente ligados aos contratos, que buscam, na medida do possível, regular seus efeitos temporais sobre as obrigações<sup>27</sup>.

A repartição de riscos tem implicações significativas, pois influencia os incentivos de cada parte na alocação de recursos e explora as diferenças nas atitudes de cada uma delas em relação ao risco, seja aversão ou indiferença<sup>28</sup>. Ou seja, contraentes com diferentes níveis de aversão ao risco podem negociar arranjos contratuais que reflitam essas diferenças. Assim, a relação entre risco e retorno desempenha um papel fundamental no direito, uma vez que, quando a incerteza não pode ser plenamente quantificada, não pode ser incluída no preço como contingência. Isso levanta a questão de se o contratante pode absorver o impacto de eventos imprevisíveis, incalculáveis e, portanto, não precificáveis<sup>29</sup>.

Essa questão se torna ainda mais complexa quando consideramos que, seja em contextos empresariais, seja na formulação de políticas públicas, ou mesmo no comportamento individual, a limitação da racionalidade do agente frente a riscos é muitas vezes equiparável, já que, em todos esses cenários, as partes envolvidas têm conhecimento restrito sobre as opções disponíveis e tendem a interpretar erroneamente

---

<sup>26</sup> REALI, Francesco. “Alea, commutatività e scommessa: il ruolo assunto dal ‘rischio’ e le scommesse atipiche”. In: *Contratto e impresa*, 4-5, ano 23, Padova: Cedam, 2007, p. 967.

<sup>27</sup> BANDEIRA, Paula Greco. *Contrato Incompleto*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 6.

<sup>28</sup> ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 630.

<sup>29</sup> FERNANDES, Wanderley. “Caso fortuito e força maior: um assunto antigo que permanece moderno”. In: PIRES, Catarina Monteiro; et. al. (Coord.). *Riscos no Direito Privado e na Arbitragem*. São Paulo: Almedina Brasil, 2023, p. 341.

eventos probabilísticos. Consequentemente, adotam estratégias para reduzir ou evitar a incerteza, frequentemente recorrendo a abordagens de curto prazo e voltadas a crises<sup>30</sup>.

Nesse contexto, a limitação da racionalidade é particularmente evidente em contratos internacionais complexos, que são, de forma geral, caracterizados por uma elevada probabilidade de encontrar problemas ao longo de sua execução. Na maioria das vezes, é uma realidade econômica comum que os prazos e os custos inicialmente projetados precisarão ser ajustados durante a execução do contrato. Esses contratos complexos costumam envolver riscos significativos, tornando praticamente impossível, no momento da celebração, antecipar todas as possíveis situações<sup>31</sup>.

Corroborando essa perspectiva, Brunner aponta que nas transações comerciais internacionais a chance de eventos imprevistos impactarem o cumprimento de obrigações contratuais é substancialmente maior do que em contratos domésticos, nos quais ambas as partes operam sob o mesmo ordenamento jurídico e econômico. Essa diferença se dá porque contratos transfronteiriços enfrentam riscos adicionais, e o ambiente jurídico e político que os rege é geralmente menos previsível e estável do que o dos contratos internos<sup>32</sup>.

Esse cenário de crescente incerteza amplifica a necessidade de mecanismos jurídicos capazes de lidar com as alterações de circunstâncias que podem afetar a execução desses contratos. Diante dessa complexidade, a questão do risco contratual diante das alterações de circunstâncias permanece desafiadora, exigindo que a jurisprudência e a doutrina empenhem-se na complexa tarefa de adaptar diretrizes tradicionais e tendências teóricas que prevaleceram no passado<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> SLOVIC, Paul, KUNREUTHER, Howard; WHITE, Gilbert F. “Decision processes, Rationality and Adjustment to Natural Hazards”. In: SLOVIC, Paul (ed.). *The Perception of Risk*. London: Earthscan Publications Ltd., 1ª Ed., 2000, p. 8.

<sup>31</sup> FRICK, Joachim G. *Arbitration and Complex International Contracts*. The Hague: Kluwer Law International, 2001, p. 20-22.

<sup>32</sup> BRUNNER, Christoph. *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-performance in International Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2008, p. 1.

<sup>33</sup> BESSONE, Mario. “Eventi prevedibili, limite del rischio assunto e risoluzione del contratto per inesigibilità dell’adempimento”. In: ALPA, Guido; BESSONE, Mario; ROPPO, Enzo. *Rischio Contrattuale e Autonomia Privata*. Napoli: Jovene Editore, 1982, p. 377.

## **I.2. A Função Essencial do Contrato na Distribuição e Gestão de Riscos**

Ao distribuir os riscos das operações econômicas, o contrato confere uma base jurídica às transações resultantes da autonomia privada, estabelecendo as normas legais que guiarão a relação entre as partes contratantes<sup>34</sup>. Esta distribuição de riscos é fundamental para a estabilidade e previsibilidade das relações contratuais, pois permite que as partes antecipem possíveis cenários e se protejam adequadamente.

Essa intrínseca relação entre risco e contratos é corroborado por Ferreira de Almeida, que ensina que todos os contratos obrigacionais envolvem, em maior ou menor grau, riscos associados ao comportamento da outra parte, às circunstâncias futuras que afetam o valor dos bens e às características do objeto recebido ou a receber, ou seja, a ideia de risco está conectada a várias problemáticas, incluindo temas de incumprimento, equivalência das prestações, base do negócio, alteração de circunstâncias, e perda ou deterioração do objeto<sup>35</sup>.

Nesse sentido, é inegável que um dos propósitos mais importantes na maioria dos contratos é a distribuição de riscos entre as partes, de forma que grande parte do que acontece durante a negociação e a relação contratual só adquire pleno sentido quando considerado esse objetivo. Assim, a compreensão do contrato como um mecanismo de alocação oferece uma perspectiva valiosa para a interpretação e regulação das relações contratuais. Esta visão enfatiza a importância da negociação e da autonomia da vontade na determinação da alocação de riscos, mas também reconhece o papel do direito na proteção das expectativas legítimas das partes e na manutenção de um equilíbrio justo entre os interesses envolvidos.

Sob essa perspectiva, o estudo sobre o risco contratual foca primordialmente na investigação de circunstâncias, previstas ou imprevistas, que são independentes da vontade das partes contratantes. Esses eventos podem causar um desequilíbrio na relação contratual, alterando assim a dinâmica dos interesses inicialmente acordados, e

---

<sup>34</sup> BANDEIRA, Paula Greco. *Contrato Incompleto*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 11.

<sup>35</sup> ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos*, vol. III, 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2023, p. 159.

potencialmente frustrando a realização plena do contrato, mesmo que isso impacte apenas um dos envolvidos<sup>36</sup>.

A alocação de riscos em um contrato não é apenas uma questão técnica, mas também um reflexo do equilíbrio de interesses entre as partes. Este equilíbrio, por sua vez, está intrinsecamente ligado ao conceito de autonomia contratual, que é central no direito contemporâneo. No direito contratual contemporâneo, a representação do equilíbrio de interesses só pode ser plenamente expressa através da noção abrangente de autonomia contratual, examinando sua conformidade com os demais princípios legais<sup>37</sup>.

A tendência contemporânea que, de certo modo, resgata abordagens mais tradicionais, enfatiza o contrato como uma iniciativa econômica privada dentro dos limites definidos pelo interesse público. Essa perspectiva coloca a gestão e a alocação do risco sob a esfera da autonomia privada, adquirindo importância social apenas quando as cláusulas acordadas pelas partes potencialmente afetam negativamente o bem-estar social<sup>38</sup>.

O equilíbrio econômico de cada contrato é determinado pelas condições e características estabelecidas pelas partes envolvidas, de modo que o valor de cada prestação é sempre definido pelo que a contraparte está disposta a oferecer para obtê-la, refletindo, assim, o valor que o interessado lhe atribuiu, e não um valor de mercado abstrato e objetivo<sup>39</sup>. A subjetividade na valoração econômica dos contratos está intimamente ligada à noção de "economia do negócio", um conceito crucial para compreender como os riscos são distribuídos em um contrato, especialmente em face de eventos supervenientes.

---

<sup>36</sup> GIAMPIERI, Alberto. "Rischio Contrattuale in common law". In: *Contratto e Impresa*, ano XII, n.º 2. Padova: Cedam, 1996, p. 592.

<sup>37</sup> GABRIELLI, Enrico. "La nozione di contratto e la sua funzione. Appunti sulla prospettiva di una nuova definizione di contratto". In: NAVARRETTA, Emanuela (ed.) *La funzione delle norme generali sui contratti e sugli atti di autonomia privata. Prospettive di riforma del Codice civile*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2021, p. 102.

<sup>38</sup> ALPA, Guido. "Rischio". In: *Enciclopedia del Diritto*, Milano: Giuffrè, 1989, vol. 40, 1989, p. 1147.

<sup>39</sup> BESSONE, Mario. "Eventi prevedibili, limite del rischio assunto e risoluzione del contratto per inesigibilità dell'adempimento". In: ALPA, Guido; BESSONE, Mario; ROPPO, Enzo. *Rischio Contrattuale e Autonomia Privata*. Napoli: Jovene Editore, 1982, p. 378.

Também nesse sentido, Mario Bessone entende que a expressão "economia do negócio" se torna uma fórmula resumida para indicar a distribuição do risco da superveniência que, a cada momento, está de acordo com a regulação de interesses prevista contratualmente<sup>40</sup>. Assim, o contrato enquanto vestimenta de uma operação econômica desempenha o papel central de imputar os riscos inerentes à realização do negócio entre as partes contratantes. Esta atribuição de riscos é um dos objetivos essenciais do acordo firmado, que, para Krueger Pela, ainda nem sempre considerado na aplicação do direito contratual<sup>41</sup>.

Deve reconhecer-se, assim, que a análise sob as lentes do risco não deve ocupar um papel secundário, mas sim central nos contratos. Quando se adota essa perspectiva, Alpa observa que os raciocínios lógicos aplicados são uniformes, seja pelo recurso moderado ao princípio da boa-fé, seja pela atribuição do resultado da operação à vontade efetiva das partes, avaliando o equilíbrio entre vantagens e desvantagens na operação econômica revestida<sup>42</sup>. Dessa maneira, Alpa defende que o conceito de risco contratual, embora não seja normalmente aplicado, transforma-se em uma ferramenta multifacetada, que fornece critérios de orientação capazes de prevenir soluções arbitrárias e tornar as decisões mais previsíveis<sup>43</sup>.

Karampatzos reconhece que a perspectiva da distribuição de riscos permite uma abordagem mais econômica na análise dos casos de eventos supervenientes que dificultem o cumprimento contratual. Essa perspectiva facilita a avaliação de como os riscos são alocados entre as partes e como as mudanças inesperadas nas circunstâncias podem afetar a execução do contrato, promovendo uma compreensão mais aprofundada dos impactos econômicos dessas situações e das possíveis soluções contratuais<sup>44</sup>. Afinal, ao elaborar um contrato, as partes consideram cuidadosamente a relevância dos riscos envolvidos, ponderando a viabilidade econômica das condições propostas.

---

<sup>40</sup> BESSONE, Mario. "Eventi prevedibili, limite del rischio assunto e risoluzione del contratto per inesigibilità dell'adempimento". In: ALPA, Guido; BESSONE, Mario; ROPPO, Enzo. *Rischio Contrattuale e Autonomia Privata*. Napoli: Jovene Editore, 1982, p. 383.

<sup>41</sup> PELA, Juliana Krueger. "Risco e Contratos Empresariais. A aplicação da resolução por onerosidade excessiva". In: *Direito Empresarial: Estudos em Homenagem ao Professor Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa*, 1ª ed. São Paulo: IASP, 2015, p. 488.

<sup>42</sup> ALPA, Guido. "Rischio". In: *Enciclopedia del Diritto*, Milano: Giuffrè, 1989, vol. 40, 1989, p. 1151.

<sup>43</sup> ALPA, Guido. "Rischio". In: *Enciclopedia del Diritto*, Milano: Giuffrè, 1989, vol. 40, 1989, p. 1158.

<sup>44</sup> KARAMPATZOS, Antonis. "Supervening Hardship as Subdivision of the General Frustration Rule: A comparative Analysis with Reference to Anglo-American, German, French and Greek Law". In: *European Review of Private Law*, 2, Alphen aan den Rijn: Kluwer International Law, 2005, p. 146.

Esse processo de avaliação inclui a análise da relação entre custos, lucros esperados e os possíveis riscos decorrentes de circunstâncias externas ou de eventual inadimplemento. O resultado dessa avaliação tem um impacto direto no valor econômico atribuído ao benefício desejado, influenciando não apenas o preço acordado, mas também a escolha do tipo contratual e a inclusão de cláusulas específicas destinadas a mitigar ou distribuir esses riscos<sup>45</sup>. Quando a obtenção de informações envolve custos, chega-se a um ponto em que se torna mais eficiente para o tomador de decisão aceitar a existência de riscos desconhecidos, em vez de investir na aquisição de informações adicionais. Contudo, ao contrário do que se costuma acreditar, os riscos de eventos imprevistos são frequentemente tratados no contrato como parte de riscos mais amplos, aos quais esses eventos contribuem como variáveis contextuais<sup>46</sup>.

O tomador de decisão considera a incompletude na especificação dessas variáveis contextuais em sua abordagem mais restritiva, ajustando a avaliação da probabilidade do risco mais amplo com base na compreensão de que certos aspectos do contexto não podem ser completamente previstos ou detalhados<sup>47</sup>. Isso ocorre porque a incapacidade de antecipar riscos pode resultar não apenas de informações incompletas, mas também de erros cognitivos e vieses. Esses fatores podem levar os contratantes a subestimar as probabilidades associadas a riscos mais amplos que podem impactar significativamente a execução do contrato. Como consequência, as partes podem inadvertidamente ignorar ou minimizar a importância de certas variáveis contextuais que, embora pareçam remotas ou insignificantes no momento da celebração do contrato, têm o potencial de afetar profundamente a viabilidade do acordo<sup>48</sup>.

Embora prever o inesperado seja um desafio, Mulcahy e Tillotson entendem ser plenamente possível estruturar as obrigações em um contrato de maneira que esclareça

---

<sup>45</sup> GIAMPIERI, Alberto. "Rischio Contrattuale in common law". In: *Contratto e Impresa*, ano XII, n.º 2. Padova: Cedam, 1996, p. 627-628.

<sup>46</sup> TRIANTIS, George G. "Contractual Allocations of Unknown Risks: A Critique of the Doctrine of Commercial Impracticability". In: *The University of Toronto Law Journal*, Vol. 42, No. 4 (Autumn, 1992), p. 468.

<sup>47</sup> TRIANTIS, George G. "Contractual Allocations of Unknown Risks: A Critique of the Doctrine of Commercial Impracticability". In: *The University of Toronto Law Journal*, Vol. 42, No. 4 (Autumn, 1992), p. 468.

<sup>48</sup> TRIANTIS, George G. "Contractual Allocations of Unknown Risks: A Critique of the Doctrine of Commercial Impracticability". In: *The University of Toronto Law Journal*, Vol. 42, No. 4 (Autumn, 1992), p. 468.

quem será responsável caso a execução se torne complexa ou inviável. Essa alocação de responsabilidades é frequentemente refletida no preço acordado. Assim, a parte que tem maior aversão ao risco pode escolher pagar um valor adicional para garantir a proteção de seus interesses diante da incerteza, assegurando que suas preocupações sejam atendidas, mesmo em cenários imprevistos<sup>49</sup>.

Os contratos empresariais baseiam-se na racionalidade econômica para maximizar benefícios financeiros. Outros contratos, incluindo os de direito comum e de consumo, também buscam ganhos pessoais, mas tendem a focar na satisfação de necessidades pessoais. É por isso que, para Ribeiro e Galeski Júnior, a racionalidade econômica é crucial para a interpretação judicial desses contratos e para preencher lacunas na execução contratual<sup>50</sup>.

A configuração do problema como uma questão de distribuição de riscos e prejuízos aponta para um controle que deve ser exercido numa avaliação dos interesses em jogo, guiada por uma consideração da economia do contrato com base em critérios objetivos de valoração<sup>51</sup>.

Percebeu-se que, na ausência de cláusulas específicas, a necessidade de preencher uma lacuna no acordo das partes encontra seu instrumento natural na assunção das consequências da superveniência, avaliadas de acordo com a distribuição de riscos que, levando em conta o conteúdo do negócio, seria justo atribuir a cada um dos contraentes<sup>52</sup>. Diante dessa situação, os tribunais determinarão a alocação de riscos com base nas disposições estatutárias para tipos específicos de contratos<sup>53</sup>, ou seja, o tipo contratual escolhido, seja previsto legalmente, seja concretizado na prática comercial, influencia as respectivas esferas de risco das partes.

---

<sup>49</sup> MULCAHY, Linda; TILLOTSON, John. *Contract Law in Perspective*. 4ª ed. London: Cavendish Publishing, 2004, p. 135.

<sup>50</sup> RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; JUNIOR, Irineu Galeski. *Teoria Geral dos Contratos: Contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 184.

<sup>51</sup> BESSONE, Mario. *Adempimento e rischio contrattuale*. Milano: Giuffrè, 1969, p. 339.

<sup>52</sup> BESSONE, Mario. *Adempimento e rischio contrattuale*. Milano: Giuffrè, 1969, p. 338.

<sup>53</sup> SCHWARZ, Franz T.; TRENOR, John A., et al. *Contractual Performance and COVID-19: An In-Depth Comparative Law Analysis*. Kluwer Law International, 2021, p. 325.

São critérios de orientação de interpretação de riscos contratuais a análise (i) das características das partes (consumidores ou empresas, não sofisticadas ou sofisticadas); (ii) da natureza da prestação (fungível ou infungível); (iii) da função econômica própria ao negócio jurídico; (iv) das consequências sistêmicas da escolha de repartição de riscos; (v) das práticas comuns comerciais do mercado em que determinado acordo se insere<sup>54</sup>. No que diz respeito às características das partes, por "sofisticadas", entendem-se os indivíduos ou empresas que possuem acesso a informações e recursos para alocar riscos, experiência, bem como a disposição para contrariar certos preconceitos cognitivos. Espera-se que essas partes habilidosas conduzam negociações de forma eficaz e estructurem os termos contratuais adequadamente, justificando, assim, uma intervenção reduzida no exercício de sua autonomia privada<sup>55</sup>.

Estas práticas comerciais comuns, também conhecidas como usos e costumes do mercado, desempenham um papel crucial na interpretação dos riscos contratuais, pois fornecem um contexto importante para entender as expectativas razoáveis das partes em um determinado setor econômico. Ou seja, permitem avaliar se o modelo de repartição escolhido se alinha com as práticas do setor, ou se representa um desvio significativo que possa indicar uma racionalidade particular.

Schwarz dá como exemplo um contrato de venda de mercadorias, pelo qual o vendedor usualmente suporta o ônus de adquirir as mercadorias bem como o risco do cumprimento<sup>56</sup>. Portanto, em princípio, o vendedor arca com o risco de aumentos de custos na fabricação, aquisição ou entrega de mercadorias ou serviços causados por circunstâncias externas relacionadas à COVID-19, a menos que as partes tenham concordado com alguma cláusula de ajuste de preço ou outra disposição contratual. Por outro lado, o responsável pela prestação também colheria benefícios de eventuais diminuições nos custos. Esse princípio também se aplica a acordos de fornecimento de longo prazo, que normalmente incluem cláusulas de ajuste. A ausência de tal cláusula

---

<sup>54</sup> ALPA, Guido. "Rischio". In: Enciclopedia del Diritto, Milano: Giuffrè, 1989, vol. 40, 1989, p. 1158.

<sup>55</sup> OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. Desvinculação programada do contrato. Coimbra: Almedina, 2021, p. 20.

<sup>56</sup> SCHWARZ, Franz T.; TRENOR, John A., et al. Contractual Performance and COVID-19: An In-Depth Comparative Law Analysis. Kluwer Law International, 2021, p. 325.

pode, de maneira geral, indicar que o responsável/vendedor assumiu o risco de aumentos de custos<sup>57</sup>.

Construindo sobre a importância da alocação de riscos em contratos de venda, uma ênfase semelhante na compreensão e gestão de riscos é observada em outros setores, especialmente aqueles que envolvem projetos complexos. No mercado internacional de construção, por exemplo, a compreensão dos riscos é fundamental, exigindo dos seus *players* uma habilidade significativa de identificação de contingências que possam impactar a sua atividade segundo um patamar de dever de conhecimento mais elevado que o critério do homem médio<sup>58</sup>. Por isso, Jaeger e Hök apontam que uma minuta padrão de contratação internacional deve estabelecer: (i) a atribuição de responsabilidade pelo risco; (ii) os direitos e obrigações resultantes da ocorrência desse risco; e (iii) os procedimentos nos quais tais direitos podem ser exercidos<sup>59</sup>. Também se exige que os métodos de gestão do risco sejam bem definidos<sup>60</sup>, uma vez que

*[...] é necessário controlá-lo de modo adequado. Por isso, padrões contratuais evoluídos contêm disposições que obrigam as partes a avisar a tempo sobre acontecimentos que acontecem que afetam a qualidade, o preço e o prazo e a anunciar reclamações/reivindicações por pagamentos complementares e prolongamento de prazos<sup>61</sup>.*

A adequação da distribuição de riscos, que é tida como uma característica dos modelos publicados pela *Fédération Internationale des Ingénieurs - Conseils* (FIDIC), pode ser comprometida por “modificações impensadas na parte especial (como, por exemplo, a eliminação de reclamações/reivindicações, mudanças de formulação inconsistentes etc.)”<sup>62</sup>, que podem resultar na criação de lacunas e inconsistências que tornam o contrato mais suscetível à aplicação de soluções previstas nos direitos nacionais

---

<sup>57</sup> SCHWARZ, Franz T.; TRENOR, John A., et al. *Contractual Performance and COVID-19: An In-Depth Comparative Law Analysis*. Kluwer Law International, 2021, p. 325.

<sup>58</sup> PELA, Juliana Krueger. “Risco e Contratos Empresariais. A aplicação da resolução por onerosidade excessiva”. In: *Direito Empresarial: Estudos em Homenagem ao Professor Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa*, 1ª ed. São Paulo: IASP, 2015, pp. 493-494.

<sup>59</sup> JAEGER, Axel-Volkmar; HÖK, Götz-Sebastian. *FIDIC - A Guide for Practitioners*. Berlin: Springer-Verlag, 2010, p. 325.

<sup>60</sup> JAEGER, Axel-Volkmar; HÖK, Götz-Sebastian. *FIDIC - A Guide for Practitioners*. Berlin: Springer-Verlag, 2010, p. 326.

<sup>61</sup> MARIANGELO, Rafael; KLEE, Lukás. *Recomendações FIDIC para orientação de contratos de projetos e obra*. São Paulo: Editora Pini, 2014, p. 78-79.

<sup>62</sup> MARIANGELO, Rafael; KLEE, Lukás. *Recomendações FIDIC para orientação de contratos de projetos e obra*. São Paulo: Editora Pini, 2014, p. 78-79.

aplicáveis ao caso. Ou seja, a fase de avaliação dos riscos em projetos internacionais não se limita à identificação de eventos que possam impactar o contrato, mas também abrange a identificação de possíveis *claims* e das respectivas soluções contratuais e estatutárias, considerando que questões de direito aplicável ou vias de resolução de disputas e meios de reação disponíveis às partes também devem ser tratados como riscos nesse contexto<sup>63</sup>.

A busca por soluções que auxiliem na identificação e gerenciamento de riscos torna-se essencial. Ferramentas tecnológicas, incluindo sistemas de inteligência artificial, começam a ser consideradas para aprimorar esses processos inerentemente complexos. Em face da rápida evolução desses sistemas, cada vez mais acessíveis às partes, torna-se necessário também ter em consideração as capacidades e limitações deste novo paradigma tecnológico, especialmente no que concerne à distribuição de riscos<sup>64</sup>.

Um exemplo concreto dessa tendência é uso de *smart contracts* programados por meio de tecnologia *blockchain*, que reflete uma escolha deliberada na distribuição de riscos negociais, especialmente no que diz respeito a eventos supervenientes no âmbito contratual<sup>65</sup>. Isso porque os *smart contracts* são contratos autoexecutáveis cujos termos e condições são escritos diretamente em código de computador. Eles permitem a execução automática de obrigações contratuais quando determinadas condições pré-programadas são atendidas, reduzindo a necessidade de intermediários e minimizando o risco de inadimplemento<sup>66</sup>.

---

<sup>63</sup> Cf. a esse respeito: “Of course on international projects, jurisdictional risks can be very significant. When looking to perform works in a foreign country, the jurisdictional risks can include economic barriers to entering the market, tax and tariff issues, currency risks, insurance risks, risks of expropriation or nationalisation, political and social instability, relationships with the ruling government, applicable social, business and religious customs, dispute resolution and enforcement options, governing law risks, adequacy of surrounding infrastructure, approvals and permits issues, importation and customs issues, payment risks and customs, bonding and security customs, and labour issues including visa issues and national labour participation. While it is possible for almost any of these risk issues to arise in a domestic project, the familiarity with the jurisdiction and the longevity of business in that market (combined with established corporate policies to address domestic jurisdictional risk) tends to mitigate jurisdictional risks on domestic projects”. KERUR, Sachin; MARSHALL, William. “Identifying and Managing Risk in International Construction Projects” *In: International Review of Law*, 2012, p. 5. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/inrevla2012&i=56>.

<sup>64</sup> MIK, Eliza. “AI in Negotiating and Entering into Contracts”. *In: DIMATTEO, Larry A; et. al (Ed.). The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence. Global Perspectives on Law and Ethics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2022, p. 46.

<sup>65</sup> OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *Smart Contracts, risco e codificação da desvinculação ou modificação negocial: os falsos dilemas da inter-relação Lei-Código nos contratos empresariais*. Coimbra: Almedina, 2023, p. 91.

<sup>66</sup> BUCHWALD, Michael. “Smart contract dispute resolution: the Inescapable flaws of blockchain-based arbitration”. *In: University of Pennsylvania Law Review*, vol. 168,2020, p. 1372.

No estado atual da tecnologia, a inteligência artificial demonstra capacidades crescentes na negociação de termos contratuais, embora com limitações significativas<sup>67</sup>. A sua crescente adoção em contextos negociais se destaca tanto em contratos comerciais quanto com usuários finais, servindo como uma tecnologia facilitadora, agente ou até como entidade autônoma em um contrato<sup>68</sup>. A tecnologia já permite o uso de aplicações de sistemas capazes de otimizar a avaliação dos riscos envolvidos nos contratos, como a criação de cenários hipotéticos e cálculo de probabilidades, fornecendo, em última análise, as informações que subsidiam as decisões dos contratantes<sup>69</sup>. Essas ferramentas fornecem, em última análise, informações valiosas que subsidiam as decisões dos contratantes, promovendo uma alocação de riscos mais informada e estratégica.

No entanto, Mik destaca que, ainda que a inteligência artificial possa processar eficientemente termos contratuais quantificáveis, tais como preços e datas de entrega, essa tecnologia ainda carece da habilidade para entender completamente a linguagem natural e os princípios jurídicos complexos, fundamentais nas negociações das cláusulas de alocação de riscos. Além disso, os dispositivos contratuais que regulam o risco exigem habilidades distintamente humanas para sua negociação efetiva, tais como a compreensão das motivações e estado subjetivo da outra parte<sup>70</sup>.

Em suma, a tendência da autonomia privada em utilizar normas e desenvolver técnicas – jurídicas ou tecnológicas – para tornar um contrato menos arriscado manifesta-se de diversas formas. No entanto, Bessone admite que esse esforço nunca é completamente suficiente e pode apenas diminuir a magnitude dos riscos contratuais que ameaçam a economia do negócio<sup>71</sup>.

---

<sup>67</sup> MIK, Eliza. “AI in Negotiating and Entering into Contracts”. In: DIMATTEO, Larry A; *et. al* (Ed.). *The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence. Global Perspectives on Law and Ethics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2022, p. 46.

<sup>68</sup> MARTIN-BARITEAU, Florian; PAVLOVIC, Marina. AI and Contract Law. In: MARTIN-BARITEAU, Florian; SCASSA, Teresa (Eds.). *Artificial Intelligence and the Law in Canada*. Toronto: LexisNexis Canada, 2021, p. 3. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3730385>.

<sup>69</sup> EHRHARDT JR., Marcos; SILVA, Gabriela Buarque Pereira. “Contratos e Algoritmos: Alocação de Riscos, Discriminação e Necessidade de Supervisão por Humanos”. In: *Jurismat*, nº 13, 2021, p. 13-41, Nota de rodapé 19. Disponível em: <https://revistas.ulusofona.pt/index.php/jurismat/article/view/8153>.

<sup>70</sup> MIK, Eliza. “AI in Negotiating and Entering into Contracts”. In: DIMATTEO, Larry A; *et. al* (Ed.). *The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence. Global Perspectives on Law and Ethics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2022, p. 46.

<sup>71</sup> BESSONE, Mario. *Adempimento e rischio contrattuale*. Milano: Giuffrè, 1969, p. 4.

## II. A Distribuição de Riscos: Entre Autonomia e Heteronomia

Como ensina Macario, a gestão do risco deve considerar três abordagens. A primeira é a forma contratual, por meio do acordo das partes. A segunda é a via normativa, como as disposições gerais sobre alterações de circunstâncias ou onerosidade excessiva. E, por fim, a terceira abordagem é a via da intervenção judicial, especialmente para resolver disputas e harmonizar as disposições contratuais com as normas legais<sup>72</sup>. Essas três abordagens, muitas vezes, interagem, refletindo a tensão entre a autonomia das partes e a imposição de soluções heterônomas, que se manifestará ao longo do estudo.

Em alguns sistemas jurídicos, há uma preferência por alocar o risco contratual por meio de normas heterônomas, ou seja, utilizando leis e regulamentos como principal método de distribuição dos riscos. Nesse contexto, torna-se essencial compreender a natureza dessas normas para avaliar os limites impostos à autonomia das partes. A identificação desses limites permite determinar até que ponto os contratantes têm liberdade para definir suas próprias regras, ou se estão vinculados a disposições legais que não podem ser afastadas pela vontade privada.

### II.1. Heteronomia e Autonomia na Regulação do Risco no Sistema de *Civil Law*

O direito romano já contemplava as noções de incerteza sobre eventos futuros, expressa pela palavra "alea", e de impactos desfavoráveis, descritos pelas expressões "periculum" e "damnum". Especificamente, o *periculum*, entendido como um resultado contratual desfavorável, era alocado ou repartido em determinados negócios jurídicos, como compra e venda, locação e outros acordos bilaterais, ainda que não existisse uma teoria ou regra geral que regulamentasse de forma abrangente essa questão naquele sistema<sup>73</sup>.

---

<sup>72</sup> MACARIO, Francesco. "Rinegoziatione e obbligo di rinegoziare come questione giuridica sistematica e come problema dell'emergenza pandemica". In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Ano LXII, 2021, n. 2, p. 74.

<sup>73</sup> CORDEIRO, António Menezes. "Da gestão do risco no direito da arbitragem In: PIRES, Catarina Monteiro; et. al. (Coord.). Riscos no Direito Privado e na Arbitragem. São Paulo: Almedina Brasil, 2023, p. 632.

Passando já para os sistemas jurídicos continentais modernos, os ordenamentos contavam com uma estrutura bem desenvolvida de regulamentação das várias modalidades de transações, baseados em doutrinas de direito natural. Cada tipo de contrato possuía uma classificação específica e uma lista detalhada de obrigações naturais. No século XIX, essas normas, embora tenham perdido seu caráter de direito natural, transformaram-se em direito positivo e foram mantidas. Dessa forma, o respeito à autonomia da vontade das partes era ajustado pela aplicação das regras específicas a cada tipo de contrato<sup>74</sup>.

Apesar da fragmentação decorrente das especificidades de cada tipo contratual, é possível identificar certas máximas ou regras gerais subjacentes à distribuição de risco nos contratos. Menezes Cordeiro, ensina, assim, que o esquema de risco rege-se de forma harmoniosa pela máxima latina *ubi commoda, ibi incommoda*, que, vale dizer: quem recebe legalmente uma vantagem também deve suportar qualquer eventual dano dela decorrente, evitando-se, assim, distorções na distribuição de riqueza<sup>75</sup>.

Além disso, a construção mais relevante que ainda influencia algumas das instituições de direito civil relacionadas ao risco veio do *ius commune*, onde foram desenvolvidas fórmulas tradicionalmente associadas ao tratamento jurídico do risco, como *res perit domino*, *res perit creditori*, e *res perit debitori*. Este tratamento geral e relativamente sistemático do risco em contratos comutativos ligava-se essencialmente à impossibilidade de cumprir uma obrigação e à subsequente responsabilidade, especialmente no caso de impossibilidade imputável, envolvendo o risco de deterioração ou perda da coisa, bem como garantias contra o risco de evicção<sup>76</sup>.

Assim, A família de *civil law* não segue o princípio de *strict liability* nem aloca o risco conforme a esfera de controle das partes. Em vez disso, baseia-se no conceito de culpa, como ensina Cordero-Moss. Ou seja, a regra geral é de que e a parte impossibilitada

---

<sup>74</sup> CORDERO-MOSS, Giuditta. *International Commercial Contracts: Contract Terms, Applicable Law and Arbitration*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2024, p. 142-143.

<sup>75</sup> CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES. “Da alteração das circunstâncias: a concretização do artigo 437º do código civil, à luz da jurisprudência posterior a 1974”. Separata de: Estudos em memória do Prof. Doutor Paulo Cunha, Lisboa: AAFDL, 1987, p. 43.

<sup>76</sup> MARTINS-COSTA, Judith. “O risco contratual (e os significados do risco)”. In: PIRES, Catarina Monteiro; et. al. (Coord.). *Riscos no Direito Privado e na Arbitragem*. São Paulo: Almedina Brasil, 2023, p. 30.

de cumprir suas obrigações for responsabilizada pelo impedimento ou por suas consequências, não será isenta de responsabilidade. Contudo, se essa parte demonstrar que não agiu com negligência, será exonerada de sua obrigação de indenizar<sup>77</sup>.

Também se pondera, ainda que preliminarmente, se o inadimplemento culposos deve ser incluído na categoria de risco contratual, bem como as estratégias para mitigar danos sofridos pela parte prejudicada. Giampieri defende que, na tradição jurídica romano-germânica, a diferenciação entre circunstâncias externas, sejam preexistentes ou supervenientes, e o inadimplemento imputável a uma das partes, preclui a classificação deste último como parte integrante do conceito de risco contratual<sup>78</sup>.

A repartição do risco é, assim, influenciada pela alocação normativa, de modo que regulamentação específica de um tipo de contrato pode prescrever a responsabilidade de cada parte frente às consequências de circunstâncias externas. Isso significa que a decisão dos contratantes ao escolher um determinado modelo contratual já estabelece um critério para a distribuição do risco, refletindo a aceitação voluntária da regulamentação legal aplicável a esse tipo contratual<sup>79</sup>.

Em um tribunal de *Civil Law*, o contrato é analisado com base nas diversas normas supletivas ou dispositivas previstas na legislação aplicável ao tipo de contrato em questão. Parte-se do princípio, portanto, de que quando o contrato está sujeito a uma lei que regulamenta a maior parte da relação jurídica, não há necessidade de incluir cláusulas detalhadas no próprio contrato<sup>80</sup>. Ainda que as partes tenham liberdade para determinar o conteúdo do contrato, o processo de aplicação do Direito no sistema de *Civil Law* tende a categorizar determinado negócio jurídico pelo tipo contratual, de modo que os direitos e deveres das partes serão vistos como decorrentes dessa categorização<sup>81</sup>.

---

<sup>77</sup> CORDERO-MOSS, Giuditta. *International Commercial Contracts: Contract Terms, Applicable Law and Arbitration*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2024, p. 175.

<sup>78</sup> GIAMPIERI, Alberto. "Rischio Contrattuale in common law". In: *Contratto e Impresa*, ano XII, n.º 2. Padova: Cedam, 1996, p. 599.

<sup>79</sup> GIAMPIERI, Alberto. "Rischio Contrattuale in common law". In: *Contratto e Impresa*, ano XII, n.º 2. Padova: Cedam, 1996, p. 615.

<sup>80</sup> CORDERO-MOSS, Giuditta. *International Commercial Contracts: Contract Terms, Applicable Law and Arbitration*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2024, p. 14.

<sup>81</sup> NICHOLAS, Barry. "Rules and Terms. Civil Law and Common Law", In: *Tulane Law Review*, vol. 48, no. 4, 1973-1974, p. 949. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/tulr48&i=986>.

Como aponta Alpa, a formulação de princípios gerais relativos ao risco em contratos é impraticável, pois cada categoria contratual possui esquemas específicos de distribuição de riscos, orientados por noções de justiça distributiva. Nos contratos típicos, a alocação de riscos segue uma lógica já estabelecida, enquanto nos atípicos, uma simplificação excessiva da atribuição de riscos na fase de interpretação contratual, pode ser inadequada. Isso porque essa interpretação acaba por criar um espaço de discricionariedade significativa para o juiz para modificar o conteúdo contratual, afetando a essência da operação econômica visada pelas partes<sup>82</sup>.

Apesar de a abordagem estatutária ser relativamente abrangente nesses sistemas, Konder e Sales sugerem que a fragmentação do quadro normativo que regula a operação contratual traz uma complexidade adicional à tarefa do intérprete, já que deixa ser suficiente ou adequado basear-se exclusivamente na alocação de riscos estabelecida pelo legislador por meio dos tipos contratuais previstos em lei<sup>83</sup>. E assim, para além das fontes legais, o campo das negociações contratuais surge para oferecer uma ampla área de atuação para a distribuição dos riscos decorrentes de contratos complexos<sup>84</sup>.

Embora o sistema de *Civil Law* tenda a categorizar os negócios jurídicos dentro de tipos contratuais específicos, a evolução das relações comerciais e a influência de outros sistemas, como o *Common Law*, fomentaram o surgimento de contratos atípicos que não se enquadram nas categorias tradicionais previstas em lei. Esses contratos, muitas vezes identificados pelo sufixo “-ing”, como leasing e franchising, evidenciam a necessidade de flexibilização e adaptação para lidar com novas demandas econômicas, refletindo a coexistência de elementos típicos e atípicos no desenvolvimento das relações contratuais contemporâneas<sup>85</sup>.

Do ponto de vista das vantagens do método preferencial adotado pelo sistema romano-germânico, há quem defenda que a abordagem normativa resulta em uma

---

<sup>82</sup> ALPA, Guido. “Rischio”. In: *Enciclopedia del Diritto*, Milano: Giuffrè, 1989, vol. 40, 1989, 1146

<sup>83</sup> KONDER, Carlos Nelson; SALES, Manoela Medeiros. “Riscos em Complexos Contratuais”. In: PIRES, Catarina Monteiro; et. al. (Coord.). *Riscos no Direito Privado e na Arbitragem*. São Paulo: Almedina Brasil, 2023, p. 90-91.

<sup>84</sup> KONDER, Carlos Nelson; SALES, Manoela Medeiros. “Riscos em Complexos Contratuais”. In: PIRES, Catarina Monteiro; et. al. (Coord.). *Riscos no Direito Privado e na Arbitragem*. São Paulo: Almedina Brasil, 2023, p. 89.

<sup>85</sup> PARGENDLER, Mariana. “The Role of the State in Contract Law: The Common-Civil Law Divide”. In: *Yale Journal of International Law*, vol. 43, n. 1, 2018, p. 156.

diminuição dos custos associados às negociações, uma vez que, ao escolher o tipo contratual, é possível reduzir ao mínimo necessário o esforço de antecipar detalhadamente os critérios de alocação<sup>86</sup>.

Contudo, a o tratamento estatutário para alocação de riscos frequentemente se mostra insuficiente, dado que o sistema legal nem sempre dispõe de todos os instrumentos necessários para uma distribuição efetiva. Nestes casos, torna-se essencial recorrer à interpretação supletiva, considerando que um contrato pode estabelecer inicialmente uma distribuição de riscos ideal, que pode se tornar inadequada ao longo de sua execução devido a situações de alterações nas circunstâncias, por exemplo<sup>87</sup>.

## **II.2. Autonomia e Heteronomia na Regulação do Risco no Sistema de *Common Law***

No sistema anglo-saxônico, a legislação tinha um papel limitado no direito contratual até 1800. Apenas a partir do século XIX houve uma transição gradual para uma maior intervenção legislativa em tema de contratos. Em contraste, parte da doutrina atual considera que o processo de contratação chega a ser altamente regulamentado no direito contemporâneo<sup>88</sup>.

Mesmo os conceitos de "contrato" e "*consideration*" apenas começaram a ser desenvolvidos de forma mais sistemática apenas no final do século XVIII e no início do século XIX. Foi durante esse período que os juristas do *Common Law* passaram a dedicar-se à elaboração de tratados, onde esses conceitos foram aprofundados e formalizados. Esses tratados desempenharam um papel crucial na consolidação e na clareza das ideias fundamentais que hoje sustentam o direito contratual no âmbito do sistema de *Common Law*<sup>89</sup>.

---

<sup>86</sup> GIAMPIERI, Alberto. "Rischio Contrattuale in common law". In: *Contratto e Impresa*, ano XII, n.º 2. Padova: Cedam, 1996, p. 616.

<sup>87</sup> GIAMPIERI, Alberto. "Rischio Contrattuale in common law". In: *Contratto e Impresa*, ano XII, n.º 2. Padova: Cedam, 1996, p. 616.

<sup>88</sup> SWAIN, Warren. *The Law of Contract 1670-1870*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 250.

<sup>89</sup> GORDLEY, James; *et. al.* *An Introduction to the Comparative Study of Private Law. Readings, Cases, Materials*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021, p. 142.

Antes do século XIX, os juristas estruturavam seu raciocínio jurídico não em torno das categorias modernas de responsabilidade civil (*tort*) e contrato, mas sim com base nos formatos tradicionais de ação. Em vez de categorizar os casos sob os conceitos abstratos, os profissionais do direito focavam nas formas específicas de ação – como a ação de dívida –, que eram as ferramentas principais para pleitear e resolver disputas. Essas ações tradicionais serviam como a base para a análise jurídica e determinavam como os casos eram argumentados e decididos nos tribunais<sup>90</sup>.

Portanto, até o século XIX, o direito contratual era amplamente moldado pela ação de dívida, com as transações comerciais sendo concebidas de maneira distinta em relação aos retornos futuros. Nesse período, as regras-padrão, que hoje estabelecem regras predefinidas para situações específicas, não eram aplicadas. Isso se devia ao fato de que a atribuição de riscos imprevistos e as consequências do inadimplemento não eram vistas como questões relevantes. Os tribunais de direito comum, por sua vez, focavam-se quase exclusivamente na rigorosa execução dos acordos firmados pelas partes, sem recorrer às normas adicionais que são típicas dos contratos modernos<sup>91</sup>.

A partir do século XIX, os tribunais desenvolveram caso a caso uma justificativa para a inclusão de termos supletivos como parte do papel hermenêutico de *Common Law*, como no caso Taylor v. Caldwell, de 1863, em que o Juiz Blackburn explicou a *default rule* emergente de impossibilidade da seguinte forma<sup>92</sup>:

*Essa implicação [de uma condição de exoneração] visa promover o grande objetivo de tornar a interpretação legal de modo a cumprir a intenção daqueles que celebraram o contrato. Pois, no curso dos negócios, as pessoas, ao fazerem tais contratos em geral, se isso lhes viesse à mente, diriam que deveria haver tal condição*<sup>93</sup>.

---

<sup>90</sup> GORDLEY, James; *et. al.* *An Introduction to the Comparative Study of Private Law. Readings, Cases, Materials*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021, p. 141.

<sup>91</sup> SCHWARTZ, Alan; SCOTT, Robert E. “The Common Law of Contract and the Default Rule Project”. *In: Virginia Law Review*, vol. 102, issue 6, 2016, p. 1534. Disponível em: [https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1471&context=faculty\\_scholarship](https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1471&context=faculty_scholarship).

<sup>92</sup> SCHWARTZ, Alan; SCOTT, Robert E. “The Common Law of Contract and the Default Rule Project”. *In: Virginia Law Review*, vol. 102, issue 6, 2016, p. 1536. Disponível em: [https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1471&context=faculty\\_scholarship](https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1471&context=faculty_scholarship).

<sup>93</sup> Taylor v Caldwell (1863) 3 B & S 826, Court of King’s Bench.

Como explica Moura Vicente, a importância secundária conferida à lei evidencia a abordagem empirista característica das tradições jurídicas anglo-saxãs. Nessas tradições, os problemas sociais são tratados conforme se manifestam, em vez de serem previstos antecipadamente. O Direito, portanto, é entendido principalmente como um mecanismo para resolver situações concretas e específicas que surgem na vida cotidiana, em contraste com uma visão que o conceberia como um sistema de princípios e normas gerais<sup>94</sup>. A natureza subsidiária da lei como fonte de Direito, nesse contexto, tem como objetivo principal resguardar a sociedade de uma intervenção estatal excessiva em suas dinâmicas. Essa abordagem busca limitar o papel do Estado, evitando assim que a sua atuação interfira de maneira desnecessária ou desproporcional no funcionamento natural das relações sociais<sup>95</sup>.

Atualmente, a família de *Common Law* não possui uma área específica denominada *direito das obrigações* como no do sistema jurídico continental, limitando-se ao conceito de direito contratual ou dos contratos (*contract law*). Dentro desse contexto, o direito contratual é amplamente compreendido como uma ferramenta fundamental para a criação de *default-rules*, as quais desempenham um papel crucial ao preencher lacunas deixadas em contratos considerados incompletos. Essas regras-padrão fornecem diretrizes que suprem os elementos não especificados pelas partes, assegurando a previsibilidade e a eficácia nas relações contratuais, mesmo quando as partes não preveem todas as possíveis eventualidades<sup>96</sup>.

Ou seja, as regras-padrão no contexto dos tribunais de *Common Law* possuem uma característica distinta, que deriva da maneira como a interpretação judicial entende o seu papel na resolução de disputas contratuais. Esses tribunais exercem a função de preencher lacunas, e, portanto, aplicam regras-padrão no direito contratual quando o próprio contrato não aborda uma questão relevante<sup>97</sup>.

---

<sup>94</sup> VICENTE, Dário Moura. *Direito Comparado, Volume I: Introdução, Sistemas Jurídicos em Geral*. 3ª ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2015, p. 262.

<sup>95</sup> VICENTE, Dário Moura. *Direito Comparado, Volume I: Introdução, Sistemas Jurídicos em Geral*. 3ª ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2015, p. 262-263.

<sup>96</sup> SCHWARTZ, Andrew A. "A Standard Clause Analysis of the Frustration Doctrine and the Material Adverse Change Clause". In: *UCLA Law Review*, v. 57, 2010, p. 792. Disponível em: <https://scholar.law.colorado.edu/faculty-articles/451>.

<sup>97</sup> SCHWARTZ, Alan; SCOTT, Robert E. "The Common Law of Contract and the Default Rule Project". In: *Virginia Law Review*, vol. 102, issue 6, 2016, p. 1546. Disponível em: [https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1471&context=faculty\\_scholarship](https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1471&context=faculty_scholarship).

Essas lacunas surgem, muitas vezes, porque as partes envolvidas consideram economicamente inviável prever e estipular termos que cubram todos os possíveis cenários futuros que possam impactar seu acordo. Em vez disso, as partes tendem a formular cláusulas para regular eventos que consideram mais prováveis. Entretanto, reconhece-se que é justamente quando ocorre um evento improvável que essas lacunas contratuais se tornam aparentes, exigindo a intervenção judicial para sua resolução<sup>98</sup>.

Tal método de eleição não fica isento de críticas. Triantis observa que a decisão dos tribunais em casos desse gênero, por ser tomada de maneira individualizada, acaba por estabelecer um *standard* – um critério ou padrão de decisão – mas não uma norma jurídica propriamente dita. Esses critérios amplos e flexíveis tornam mais difícil a previsão da alocação de riscos entre as partes, o que, por sua vez, aumenta a incerteza jurídica. A intervenção judicial, portanto, pode amplificar essa incerteza, inserindo mais variáveis em um ambiente já naturalmente incerto para as partes envolvidas nas transações contratuais<sup>99</sup>.

Portanto, nos países de tradição de *Common Law*, a disciplina do direito contratual, por si só, não oferece uma resposta clara à questão de quais tipos de riscos as partes normalmente buscam distribuir entre si por meio de negócios jurídicos. Como explica Ghodoosi, a alocação de riscos em contratos é frequentemente deixada à discricionariedade das partes, sem uma orientação explícita sobre quais riscos devem ser previstos e como devem ser geridos. No entanto, outras áreas do direito, como o direito de seguros, oferecem uma abordagem mais específica e estruturada para a distribuição de riscos, fornecendo respostas mais claras e detalhadas sobre como tais riscos podem ser tratados e mitigados<sup>100</sup>.

---

<sup>98</sup> SCHWARTZ, Alan; SCOTT, Robert E. "The Common Law of Contract and the Default Rule Project". In: *Virginia Law Review*, vol. 102, issue 6, 2016, p. 1546. Disponível em: [https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1471&context=faculty\\_scholarship](https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1471&context=faculty_scholarship).

<sup>99</sup> TRIANTIS, George G. "Contractual Allocations of Unknown Risks: A Critique of the Doctrine of Commercial Impracticability". In: *The University of Toronto Law Journal*, Vol. 42, No. 4 (Autumn, 1992), p. 476.

<sup>100</sup> GHODOOSI, Farshad. "Contracting Risks." In: *University of Illinois Law Review*, 2022, p. 805-859. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3743033>, p. 815.

Prevalece, pois, a visão de que contratos atuam como mecanismos para repartir riscos inerentes a transações econômicas, independentemente da sua previsibilidade no momento da celebração. Assim, as partes têm a prerrogativa de negociar e ajustar as repercussões adversas oriundas de circunstâncias imprevistas. A intervenção do intérprete, com o objetivo de estabelecer critérios retroativos para a distribuição de riscos, ocorre apenas na ausência de tal previsão contratual<sup>101</sup>.

Na teoria, há uma preferência pela utilização de contratos padronizados que resulta na formação de um corpo significativo de precedentes interpretativos relativos às cláusulas e termos mais comuns empregados nesses acordos<sup>102</sup>. Esses precedentes oferecem orientação sobre como tais disposições contratuais devem ser compreendidas e aplicadas, promovendo maior uniformidade e previsibilidade nas interpretações jurídicas e facilitando a resolução de disputas em casos futuros.

Quando o contrato é omissivo, o recurso às cláusulas implícitas (*implied terms*) e às regras-padrão desempenha um papel crucial na determinação da alocação de riscos em contratos padronizados de determinados setores econômicos. Nessas situações, presume-se que as partes tinham a intenção de realizar determinada distribuição de riscos, mesmo que não disciplinado expressamente o assunto. Essa presunção auxilia na interpretação do contrato, garantindo que a ausência de disposições específicas não prejudique a compreensão dos riscos assumidos, e reflete a expectativa de que as partes teriam desejado uma alocação justa e previsível, conforme as práticas do setor<sup>103</sup>. Vale dizer, em diversos cenários, os costumes do setor desempenham um papel fundamental na determinação judicial da repartição de riscos<sup>104</sup>.

Diante desse cenário, Giamperi entende que a determinação da repartição de riscos por meio da intervenção judicial pode ocorrer através da interpretação contratual, fundamentada na teoria de *implied term*. Essa análise hermenêutica não se orienta por critérios de equidade, mas sim pela reconstrução da intenção hipotética das partes. O

---

<sup>101</sup> GIAMPIERI, Alberto. “Rischio Contrattuale in common law”. In: *Contratto e Impresa*, ano XII, n.º 2. Padova: Cedam, 1996, p. 608-609.

<sup>102</sup> LOOTS, Philip; CHARRETT, Donald. *Practical Guide to Engineering and Construction Contracts*. Austrália: CCH Australia, 2009, p. 34.

<sup>103</sup> COLLINS, Hugh. *Regulating Contracts*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 161-162.

<sup>104</sup> DIMATTEO, Larry A. “Excuse: Force Majeure and Hardship”. In: DIMATTEO, Larry A.; *et. at.* (Ed.). *International Sales Law. A Handbook*, 2ª. Ed. Baden-Baden: Nomos, 2021, p. 718-719.

tribunal de *Common Law*, assim, procura determinar o que as partes teriam acordado se estivessem cientes do evento superveniente, buscando uma interpretação que reflita a vontade presumida das partes no momento da formação do contrato, em vez de impor uma solução baseada em considerações de justiça ou equilíbrio<sup>105</sup>.

Em termos de hermenêutica aplicada pelos tribunais de *Common Law*, uma das balizas utilizadas pelos tribunais é o entendimento de que, frequentemente, um contrato não prevê contingências específicas, deixando em aberto a distribuição de riscos em situações imprevistas. Nessa situação de silêncio contratual, muitas vezes se atribui o significado de que o contrato implicitamente atribui todos os riscos a uma das partes, de modo que as perdas devam ser suportadas por quem as sofrer, regra representada pela máxima *the loss lies where it falls*<sup>106</sup>.

Ou seja, na ausência de uma cláusula expressa sobre a alocação de riscos, os tribunais de *Common Law* tendem a atribuir o risco à parte cujo desempenho é diretamente afetado por ele. O entendimento é de que, se a parte desejasse uma distribuição diferente, deveria ter incluído uma cláusula específica no contrato. Entretanto, DiMatteo aponta que, nesse tipo de caso, o recurso aos usos e costumes do setor representa uma exceção à regra geral de “*the loss lies where it falls*”, ao inferir a alocação de riscos a partir das práticas comerciais estabelecidas<sup>107</sup>.

Nesse sentido, Harisson explica que a abordagem da noção de alocação eficiente das perdas geralmente concentra a responsabilidade total em uma das partes, especificamente na parte que está em melhor posição para prevenir ou assegurar-se contra a perda, em contraste com a noção de equidade, que tende a exigir que as partes compartilhem a perda de forma mais proporcional<sup>108</sup>.

---

<sup>105</sup> GIAMPIERI, Alberto. “Rischio Contrattuale in common law”. In: *Contratto e Impresa*, ano XII, n.º 2. Padova: Cedam, 1996, p. 610.

<sup>106</sup> CONNOLLY, Niamh. Planning for Failure: Contract Design, Ineffective Bargains and Restitution. In: DAVIES, Paul S.; RACZYNSKA, Magda (Eds.). *Contents of Commercial Contracts: Terms Affecting Freedoms*. Oxford: Hart Publishing, 2020. p. 273.

<sup>107</sup> DIMATTEO, Larry A. “Excuse: Force Majeure and Hardship”. In: DIMATTEO, Larry A.; *et. at.* (Ed.). *International Sales Law. A Handbook*, 2ª. Ed. Baden-Baden: Nomos, 2021, p. 718-719.

<sup>108</sup> HARRISON, Jeffrey L. “A Case for Loss Sharing.” In: *Southern California Law Review*, vol. 56, no. 2, January 1983, p. 574.

Deve-se destacar, ainda, que o direito contratual nos Estados Unidos é moldado não apenas por decisões judiciais, mas também por meio do trabalho do *American Law Institute* (em suas *Restatements*) e pela colaboração entre tal instituição e a *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, que resultou em textos como o *Uniform Commercial Code* (UCC). Esses dois últimos organismos, considerados verdadeiros *law makers*, enfrentam desafios significativos na criação de *default rules* que sejam satisfatórias para a ampla diversidade de contratos existentes<sup>109</sup>.

O direito contratual inglês, por sua vez, também tende a justificar as decisões de disputas contratuais com base na interpretação do contrato em questão, em vez de recorrer diretamente às *doctrines* do direito contratual<sup>110</sup>. Essas *doctrines*, enquanto conjunto de regras ou padrões estabelecidos por decisões judiciais que orientam a resolução de casos futuros<sup>111</sup>, servem como diretrizes gerais para a atribuição de riscos contratuais. No entanto, são frequentemente vistas como secundárias em relação à interpretação dos termos específicos acordados pelas partes<sup>112</sup>.

Embora os *statutes* tenham sido frequentemente negligenciados nos ordenamentos da família anglo-saxã, seu papel tem se tornado cada vez mais expansivo e relevante. Historicamente, a adoção de normas estatutárias era vista como uma interferência na esfera privada dos contratos, sendo considerada uma intrusão nas relações contratuais que, em princípio, deveriam ser regidas pela autonomia das partes<sup>113</sup>. A evolução legislativa nesses ordenamentos evidencia uma progressiva aceitação dessa interferência, especialmente em contratos que envolvem consumidores e contratos comerciais que impõem cláusulas abusivas. A legislação inglesa sobre *Unfair Contract Terms* de 1977 e

---

<sup>109</sup> SCHWARTZ, Alan. “The Default Rule Paradigm and the Limits of Contract Law”. In: *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, vol. 3. N. 1, 1993, p. 396. Disponível em: <https://openyls.law.yale.edu/handle/20.500.13051/280>.

<sup>110</sup> MITCHELL, Catherine. “Interpreting Commercial Contracts – English Law”, In: DIMATTEO, Larry; HOGG, Martin (ed.) *Comparative Contract Law: British and American perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 232.

<sup>111</sup> TILLER, Emerson; CROSS, Frank B. “What is Legal Doctrine”. In: *Public Law and Legal Theory Papers, Northwestern University School of Law*, 2005, p. 1. Disponível em: <https://core.ac.uk/display/76622332>.

<sup>112</sup> DUNG, Phan Minh; THANG, Phan Minh. “Modular argumentation for modelling legal doctrines in common law of contract”. In: *Artificial Intelligence and Law*, v. 17, n. 3, 2009, p. 70. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10506-009-9076-x>.

<sup>113</sup> KOSTRITSKY, Juliet P. “Statutes and the Common Law of Contracts: A Shared Methodology”. In: *Faculty Publications*, n. 2018, Case Western Reserve University School of Law, 2020, p. 36. Disponível em: [https://scholarlycommons.law.case.edu/faculty\\_publications/2058](https://scholarlycommons.law.case.edu/faculty_publications/2058).

a *Sale of Goods Act* de 1979, assim como na Lei irlandesa de *Sale of Goods and Supply of Services* de 1980<sup>114</sup> são exemplos de como o sistema anglo-saxônico busca balancear a autonomia privada com normas de proteção obrigatórias, caracterizadas como *mandatory rules*<sup>115</sup>, especialmente em setores que envolvem parte economicamente vulnerável ou relações com forte assimetria de poder. São regras que impõem restrições ao conteúdo e à forma dos contratos, visando assegurar que o consentimento das partes seja livre, informado e em conformidade com a lei<sup>116</sup>. Contudo, não se ocupam diretamente de regras de distribuição ou repartição dos riscos contratuais, especialmente em relações simétricas.

Assim, a interpretação dos contratos foi atenuada pela introdução de normas legais que incorporam termos implícitos aos contratos, que Cordero-Moss compara às regras presentes no sistema romano-germânico para diferentes tipos contratuais. Isso se verifica, em especial, na proteção da parte contratual mais frágil, geralmente o consumidor. Por outro lado, nos contratos comerciais, a presença de *implicit terms* estabelecidos por lei é menos frequente<sup>117</sup>.

Conclui-se, portanto, que há um reconhecimento generalizado na *Common Law* da ampla liberdade que as partes possuem para distribuir riscos de maneira eficiente em transações puramente comerciais. Essa liberdade permite que os riscos sejam refletidos no preço e na redução de custos, promovendo eficiência econômica. No entanto, nas transações envolvendo consumidores, observou-se que as empresas frequentemente utilizavam contratos-padrão para transferir o risco ao consumidor, muitas vezes sem que este tivesse o devido reconhecimento ou entendimento sobre essa alocação de riscos<sup>118</sup>.

---

<sup>114</sup> LÓPEZ, Carmen Vaquero. “Autonomía de la voluntad y normas imperativas”. In: LORENZO, Sixto Sánchez (Ed.) *Derecho Contractual Comparado: Una perspectiva europea y transnacional*. 3ª ed, Tomo II, Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited, 2016, p. 104.

<sup>115</sup> É fundamental distinguir entre normas-padrão (*default rules*) e normas mandatórias (*mandatory rules*). As *default rules* são direitos e deveres estabelecidos pelo legislador que possuem um caráter supletivo, ou seja, são aplicáveis a menos que as partes optem por excluí-las ou modificá-las por meio de contrato. Essas regras podem ser “privatizadas”, permitindo que as partes ajustem seus termos conforme suas necessidades específicas. Em contraste, as *mandatory rules* são direitos e deveres que o legislador cria com um caráter cogente, o que significa que não podem ser afastados ou modificados pelas partes contratantes. Essas normas são irrenunciáveis e, portanto, não podem ser “privatizadas”, prevalecendo independentemente da vontade das partes. A esse respeito, cf. WARE, Stephen J. “Default Rules from Mandatory Rules: Privatizing Law Through Arbitration”. In: *Minnesota Law Review*, vol. 83:703, 1999, p. 706.

<sup>116</sup> COLLINS, Hugh. *Regulating Contracts*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 63-64.

<sup>117</sup> CORDERO-MOSS, Giuditta. *International Commercial Contracts: Contract Terms, Applicable Law and Arbitration*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2024, p. 140.

<sup>118</sup> COLLINS, Hugh. *Regulating Contracts*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 47.

### II.3. Síntese Comparativa: uma divergência de método

As peculiaridades do direito contratual nos sistemas anglo-saxão e romano-germânico resultam das diferenças no grau de intervenção estatal em cada uma dessas tradições jurídicas. De forma geral, é possível concluir que nos sistemas de *Common Law*, a abordagem à elaboração e execução dos contratos tende a ser mais flexível, com maior ênfase na autonomia das partes e na interpretação contratual. Em contraste, nos sistemas de *Civil Law*, as relações contratuais são mais rigorosamente regulamentadas, com maior intervenção estatal para garantir que os contratos cumpram certas normas e princípios estabelecidos por lei<sup>119</sup>.

Sob a ótica liberal que rege a família de *Common Law*, a ênfase recai sobre a proteção da autonomia da vontade, vendo o contrato como o resultado de vontades livres e equivalentes entre as partes. Essa perspectiva valoriza especialmente a questão dos vícios da vontade, restringindo a noção de igualdade a um formalismo jurídico e promovendo uma abordagem estatal não intervencionista. Nesse paradigma, a justiça contratual não é posta em xeque, sob o argumento de que "ninguém seria injusto consigo mesmo"<sup>120</sup>.

Além disso, no campo do direito contratual, uma diferença fundamental entre os sistemas reside no processo de aplicação do Direito. No sistema de *Common Law*, a prática jurídica geralmente busca deduzir todas as consequências de um contrato a partir da vontade das partes que o celebraram, utilizando, por exemplo, cláusulas implícitas (*implied terms*) para preencher lacunas ou esclarecer intenções não expressamente declaradas. Em contraste, a tradição do *civil law* tende a recorrer com mais frequência a regras legais normativamente estabelecidas, que podem incluir princípios gerais, como a boa-fé<sup>121</sup>.

---

<sup>119</sup> PARGENDLER, Mariana. "O direito contratual comparado em nova perspectiva: revisitando as diferenças entre os sistemas romano-germânico e de common law". In: Revista Direito GV, v. 13, n. 3, set-dez. 2017, p. 799. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/ngVjSy5nSnNrZ4d63CnVpsJ/#>.

<sup>120</sup> MONTEIRO, António Pinto. "O contrato na gestão do risco e na garantia da equidade". In: MONTEIRO, António Pinto (Coord.). O contrato na gestão do risco e na garantia da equidade, Coimbra: Instituto Jurídico Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 11.

<sup>121</sup> NICHOLAS, Barry. "Rules and Terms. Civil Law and Common Law", In: Tulane Law Review, vol. 48, no. 4, 1973-1974, p. 948-950. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/tulr48&i=986>.

É possível concluir, assim, que o método de distribuição de riscos varia conforme o direito aplicável. Nos ordenamentos jurídicos de *Common Law* a regra geral é que o risco é alocado pelas partes diretamente por meio do contrato. Nesse sistema, a autonomia das partes é fundamental e a alocação de riscos depende em grande parte do que foi expressamente acordado entre elas<sup>122</sup>.

Por outro lado, nos ordenamentos de *Civil Law*, a alocação de riscos é geralmente determinada por regras de direito civil preestabelecidas. Embora as partes também possam ajustar essa distribuição de riscos contratualmente, essa flexibilização ocorre dentro dos limites impostos pelas normas jurídicas aplicáveis, que podem intervir para assegurar uma alocação mais justa ou equilibrada conforme os princípios subjacentes ao direito dos contratos<sup>123</sup>.

De forma semelhante à perspectiva que se adota em relação a regulação normativa do risco no sistema de *Civil Law*, há também quem defenda que a adoção de mais *default rules* no âmbito contratual pode ser vantajosa, com base nos estudos do ramo de *Law and Economics*<sup>124</sup>. Tais regras minimizam erros de interpretação e reduzem os custos de transação, promovendo maior eficiência ao refletirem as escolhas que a maioria das partes teria feito.

No entanto, Gillette entende que, no contexto da distribuição de riscos, a eficácia dessas regras-padrão é limitada. A alocação de riscos envolve particularidades que muitas vezes escapam às soluções generalistas das *default rules*, o que leva as partes a renunciá-las ou modificá-las para ajustar os termos conforme suas expectativas, ressaltando a importância da autonomia contratual. Além disso, se a norma-padrão estabelece uma repartição de risco específica, qualquer tentativa de substituí-la exigirá um maior custo

---

<sup>122</sup> JAEGER, Axel-Volkmar; HÖK, Götz-Sebastian. *FIDIC - A Guide for Practitioners*. Berlin: Springer-Verlag, 2010, p. 325.

<sup>123</sup> JAEGER, Axel-Volkmar; HÖK, Götz-Sebastian. *FIDIC - A Guide for Practitioners*. Berlin: Springer-Verlag, 2010, p. 325.

<sup>124</sup> RILEY, C. A. "Designing Default Rules in Contract Law. Consent, Conventionalism, and Efficiency". In: *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 20. N. 3, 2000, p. 368. Disponível em: <https://academic.oup.com/ojls/article-abstract/20/3/367/1553833?redirectedFrom=PDF>.

na resolução de questões complexas relacionadas à negociação e à divisão de ganhos e perdas contratuais<sup>125</sup>.

Este paralelo analítico também pode ser feito com os ordenamentos de *Civil Law*. Ou seja, embora a tradição romano-germânica ofereça uma série de normas dispositivas para a repartição de riscos em diversos tipos contratuais, essas regras podem não refletir, por vezes, as particularidades ou as intenções dos contratantes. Assim, as partes, frequentemente, optam por modificar ou excluir as disposições padrão para criar soluções que atendam melhor às suas necessidades específicas.

De acordo com Schwartz, ao longo do desenvolvimento da prática contratual, os advogados começaram a formular cláusulas padrão, como as de *force majeure*, que passaram a ser rotineiramente empregadas em contratos escritos. Esse processo levou à criação de uma correspondência prática entre as *default rules* do direito contratual e as cláusulas padrão desenvolvidas pelos profissionais do direito. Para cada *default rule*, tornou-se comum que os advogados elaborassem uma cláusula padrão específica que reflita a regra, tornando-a mais aplicável e relevante na prática jurídica cotidiana<sup>126</sup>.

Nessa perspectiva, a cláusula de *force majeure*, por exemplo, é entendida como sendo projetada para lidar com situações que, em tese, seriam normalmente abrangidas pela doutrina da *impracticability*, considerada uma *default rule*. Essa cláusula oferece uma resolução específica para tais cenários, detalhando de forma explícita no texto do contrato como esses eventos devem ser tratados<sup>127</sup>.

---

<sup>125</sup> GILLETTE, Clayton P. "Commercial Relationships and the Selection of Default Rules for Remote Risks". In: *The Journal of Legal Studies*, vol. 19, n. 2, Jun. 1990, p. 541-542. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/724381>.

<sup>126</sup> SCHWARTZ, Andrew A. "A Standard Clause Analysis of the Frustration Doctrine and the Material Adverse Change Clause". In: *UCLA Law Review*, v. 57, 2010, p. 792. Disponível em: <https://scholar.law.colorado.edu/faculty-articles/451>.

<sup>127</sup> SCHWARTZ, Andrew A. "A Standard Clause Analysis of the Frustration Doctrine and the Material Adverse Change Clause". In: *UCLA Law Review*, v. 57, 2010, p. 801. Disponível em: <https://scholar.law.colorado.edu/faculty-articles/451>.

### III. A Regulação Heterônoma da Distribuição de Riscos de Superveniência

Os problemas distintivos do direito contratual emergem principalmente quando o cumprimento das obrigações contratuais não ocorre no momento da celebração do contrato. A natureza do contrato, que se estende para o futuro, introduz um nível significativo de incerteza. Esta incerteza, por sua vez, gera uma série de riscos associados à execução das obrigações estabelecidas<sup>128</sup>.

Nesse sentido, argumenta-se que o direito contratual visa reduzir os custos das negociações, fornecendo regras que atuam como cláusulas contratuais que as partes razoavelmente teriam incluído explicitamente no contrato. Em outras palavras, a heteronomia do direito contratual não apenas assegura a eficácia da alocação de risco como também simplifica a tratativa das partes ao minimizar a necessidade de recorrer a uma negociação extensiva<sup>129</sup>.

Como ensina Alpa, o conceito de risco no direito contratual pode ser dividido em duas grandes categorias. A primeira categoria é o risco de inadimplemento, que ocorre quando uma das obrigações contratuais não é satisfeita devido a ações voluntárias ou negligência do devedor, interferência de terceiros ou casos fortuitos.

A segunda categoria é o risco de diminuição da satisfação econômica do negócio, que surge da existência ou do surgimento de circunstâncias, sejam elas previstas ou imprevisas, previsíveis ou imprevisíveis, que não resultam em inadimplemento *stricto sensu*, mas que afetam a economia original do contrato<sup>130</sup>. Embora esses riscos sejam distintos em teoria, na prática eles frequentemente se entrelaçam, tanto na realidade efetiva quanto na dinâmica contratual e processual. Independentemente da natureza específica dos riscos, as avaliações sobre a distribuição ou alocação deles devem seguir critérios consistentes e aplicáveis a ambas as situações<sup>131</sup>.

---

<sup>128</sup> POSNER, Richard A., ROSENFELD, Andrew M. “Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis.” In: *The Journal of Legal Studies*, vol. 6, no. 1, 1977, pp. 83–118. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/724191>. 8

<sup>129</sup> POSNER, Richard A., ROSENFELD, Andrew M. “Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis.” In: *The Journal of Legal Studies*, vol. 6, no. 1, 1977, pp. 83–118. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/724191>.

<sup>130</sup> ALPA, Guido. “Rischio”. In: *Enciclopedia del Diritto*, Milano: Giuffrè, 1989, vol. 40, 1989, p. 1146.

<sup>131</sup> ALPA, Guido. “Rischio”. In: *Enciclopedia del Diritto*, Milano: Giuffrè, 1989, vol. 40, 1989, p. 1146.

Ao adotar a delimitação proposta por Giampieri, restringimos a nossa investigação à análise das circunstâncias externas que afetam a distribuição de riscos contratuais, excluindo, portanto, o inadimplemento culposo<sup>132</sup>. Essa exclusão é justificada pela diferenciação tradicional no direito romano-germânico entre fatores externos, sejam preexistentes ou supervenientes, e o inadimplemento atribuído a uma das partes. O recorte proposto permite concentrar a análise na distribuição de riscos que decorrem de eventos alheios ao controle das partes, o que melhor se alinha ao conceito de risco contratual como categoria distinta do inadimplemento.

Como consequência, as figuras heterônimas estudadas no âmbito da gestão do risco e da superveniência serão delimitadas a eventos externos que influenciam o equilíbrio contratual, como impossibilidade por caso fortuito e força, teorias como a da onerosidade excessiva e alteração de circunstâncias, bem como *frustration* e *impracticability*. Essas categorias se destacam por representarem intervenções externas que impactam a execução do contrato, sem que uma das partes tenha contribuído diretamente para o surgimento do evento. Ao focar nesses elementos, o presente estudo busca esclarecer como o direito, por meio de soluções heterônimas, gere a distribuição de riscos em situações excepcionais e imprevistas.

Para avançarmos na análise, dedicaremos o próximo capítulo às principais figuras normativas que regulam a superveniência contratual nos ordenamentos português e brasileiro, assim como nos sistemas inglês e norte-americano. Essa exploração nos permitirá estabelecer uma base comparativa sólida para, posteriormente, examinar a interação dessas soluções heterônimas com as figuras da autonomia contratual. Convém mencionar, ainda que de forma breve, que o tema da superveniência e da distribuição de riscos tem sido objeto de estudo ao longo dos séculos, refletindo sua complexidade e relevância duradoura. No entanto, para os fins desta investigação, não pretendemos esgotar o tema, limitando-nos a oferecer uma análise focada nas questões centrais para a compreensão das dinâmicas entre heteronomia e autonomia na gestão de riscos contratuais.

---

<sup>132</sup> GIAMPIERI, Alberto. “Rischio Contrattuale in common law”. In: *Contratto e Impresa*, ano XII, n.º 2. Padova: Cedam, 1996, p. 599.

### III.1. Regulação Heterônoma da Superveniência no Sistema de *Civil Law*

#### III.1.1. Ordenamento jurídico português

Como destaca Ferreira de Almeida, o termo “risco” assume múltiplos significados no sistema jurídico português, particularmente no âmbito do direito dos contratos e das obrigações, onde se podem identificar as seguintes referências: (i) risco de incumprimento, mencionado nos artigos 629.º, n.º 3, e 654.º; (ii) risco de impossibilidade da prestação, abordado nos artigos 795.º e 815.º; (iii) risco de insolvência, previsto nos artigos 519.º, n.º 1, e 633.º, n.º 2; riscos inerentes ao contrato no contexto da alteração das circunstâncias e do erro sobre a base do negócio, conforme os artigos 437.º, n.º 1, e 252.º, n.º 2; (iv) risco relacionado ao valor e à qualidade do objeto, regulado nos artigos 913.º e seguintes, 957.º, 1032.º e seguintes, 1218.º e seguintes; e (v) risco de perecimento ou deterioração do objeto do contrato, tratado nos artigos 796.º, 797.º, 807.º, 938.º, n.º 1, alínea c), 984.º, 1126.º e 673.º<sup>133</sup>.

A análise das várias acepções da palavra *risco* no contexto jurídico português revela a complexidade inerente à sua aplicação em diferentes situações contratuais. Dentre essas, destaca-se a impossibilidade de cumprimento da obrigação, que se configura como uma das manifestações mais relevantes dos riscos contratuais. Essa perspectiva nos conduz à abordagem do tratamento normativo dado à impossibilidade de cumprimento e às consequências jurídicas daí resultantes.

Assim, no que diz respeito ao risco de impossibilidade de cumprimento de uma prestação devido a caso fortuito ou força maior, classificadas como não imputáveis a nenhuma das partes, a solução normativa faz com que a obrigação se extinga, com base no artigo 790.º do Código Civil. Nesses casos, o credor é liberado da execução da contraprestação, conforme previsto no artigo 795.º do mesmo código<sup>134</sup>. Ou seja, a obrigação é extinta, conforme o chamado efeito extintivo, e o devedor não é

---

<sup>133</sup> ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos*, vol. III, 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2023, p. 159.

<sup>134</sup> SILVA, Paula Costa e; MARTINS-COSTA, Judith. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação: estudo de direito comparado luso-brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 122.

responsabilizado pelos prejuízos sofridos pelo credor, caracterizando o efeito exoneratório no direito português<sup>135</sup>.

De acordo com o regime atual, o devedor só é liberado do cumprimento e exonerado de responsabilidade se a impossibilidade superveniente da prestação reunir um conjunto rigoroso de condições cumulativas: ela deve ser total, definitiva, objetiva e absoluta<sup>136</sup>. Assim, a regra geral sistema do sistema de impossibilidade no Direito português segue uma determinada distribuição de risco, como descrito por Perestrelo de Oliveira, pela qual o devedor não é responsabilizado pela mora, já que esta, tecnicamente, não existe, e o credor não é obrigado a realizar pagamentos, pois não há bens ou serviços a serem entregues ou prestados<sup>137</sup>.

No entanto, o devedor perde o direito de cumprir a obrigação e deve restituir tudo o que recebeu, conforme disposto no artigo 795.º, n.º 1 do Código Civil. Taveira da Fonseca caracteriza essa situação como uma regra "tudo ou nada" dentro do ordenamento jurídico português, uma vez que não há meio-termo: ou a obrigação é cumprida ou, na sua impossibilidade, extingue-se sem que subsista qualquer direito ou dever de compensação parcial<sup>138</sup>.

No caso de impossibilidade temporária, a distribuição do risco, conforme previsto no sistema legal, estabelece que o devedor não é responsável pela mora, uma vez que, tecnicamente, esta não existe. Nesse cenário, o credor também não está obrigado a efetuar qualquer pagamento, pois, durante o período de impossibilidade, não há bens a serem entregues ou serviços a serem prestados<sup>139</sup>. No entanto, também pode surgir a dúvida sobre a justiça da solução adotada com essa regra normativa, especialmente quando faz

---

<sup>135</sup> FONSECA, Ana Taveira da. Pandemia de Covid-19 e riscos próprios do contrato. In: MALHEIRO, Gonçalo; XAVIER, Luís Barreto (Coord.). Contratos e Pandemia: Resolução, suspensão e modificação dos contratos em tempos de pandemia. Coimbra: Almedina, 2021. p. 13-36.

<sup>136</sup> ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. Culpa, risco e impossibilidade no Direito português do não-cumprimento. *Revista de Direito Civil*, Lisboa, a. 9, n. 1, 2024, p. 44. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacao/revista-de-direito-civil-ano-ix-2024-numero-1/348>.

<sup>137</sup> OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. "Cláusulas de força maior e limites da autonomia privada". In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. 61, n. 1, 2020, p. 72.

<sup>138</sup> FONSECA, Ana Taveira da. Pandemia de Covid-19 e riscos próprios do contrato. In: MALHEIRO, Gonçalo; XAVIER, Luís Barreto (Coord.). Contratos e Pandemia: Resolução, suspensão e modificação dos contratos em tempos de pandemia. Coimbra: Almedina, 2021. p. 13-36.

<sup>139</sup> OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. Desvinculação programada do contrato. Coimbra: Almedina, 2021, p. 273.

com que devedor continue arcando com despesas significativas, sem obter qualquer vantagem contratual<sup>140</sup>.

Todas essas regras estabelecidas para os casos de impossibilidade objetiva e absoluta, não se aplicam, no entanto, quando a impossibilidade se configura no caso concreto como subjetiva, prevista no artigo 791.º do Código Civil. Vale dizer, a impossibilidade meramente subjetiva, caracterizada como um obstáculo ao cumprimento que afeta apenas a pessoa ou os bens do devedor, não é, por si só, causa de exoneração da obrigação. Concluir que, na ausência de impossibilidade objetiva, o devedor é responsabilizado como se tivesse agido com culpa implica reconhecer que determinados riscos, embora aumentem consideravelmente as dificuldades de cumprimento, permanecem a cargo do devedor. Para Mascarenhas Ataíde, ainda que transcendem a responsabilidade culposa propriamente dita, esses riscos podem levar à imputação de inadimplemento culposos caso o devedor não consiga superar os obstáculos imprevistos que lhe surgirem, impedindo o cumprimento da prestação<sup>141</sup>.

A noção de risco também aparece no artigo 437.º do Código Civil, que introduz o instituto da alteração das circunstâncias no direito português. Tal disposição permite enfrentar as situações em que mudanças imprevisíveis comprometem o equilíbrio contratual originalmente pretendido pelas partes.

A codificação portuguesa optou por adotar a teoria alemã da base do negócio, que, segundo a opinião de Vaz Serra, Presidente da Comissão Redatora do Código de 1966, era aquela que apresentava “a mais perfeita fundamentação de uma resolução ou revisão dos contratos por alteração das circunstâncias”<sup>142</sup>, por abranger tanto os casos de desequilíbrio contratual e onerosidade excessiva quanto os de frustração do fim do contrato.

---

<sup>140</sup> OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. “Cláusulas de força maior e limites da autonomia privada”. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. 61, n. 1, 2020, p. 72-73.

<sup>141</sup> ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. Culpa, risco e impossibilidade no Direito português do não-cumprimento. *Revista de Direito Civil*, Lisboa, a. 9, n. 1, 2024, p. 44. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacao/revista-de-direito-civil-ano-ix-2024-numero-1/348>.

<sup>142</sup> SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. “Resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias”. In: *Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, n. 68, Lisboa, 1957, p. 20.

A teoria da queda da base do negócio objetiva aborda situações em que ocorre uma alteração substancial e prejudicial das condições após a celebração do contrato, de modo que a divisão de riscos inicialmente acordada é significativamente perturbada em detrimento de uma das partes. Como consequência, torna-se irrazoável exigir que a parte afetada continue a cumprir o contrato nos termos originais, sem que haja modificações<sup>143</sup>.

A redação do artigo 437.º, n.º 1 do Código Civil impõe uma série de requisitos para que se possa invocar a teoria da alteração das circunstâncias. Primeiramente, é necessário que a alteração (i) incida sobre as circunstâncias que fundamentaram a decisão das partes de celebrar o contrato, ou seja, que atinja a base do negócio. Em segundo lugar, a alteração deve (ii) ser considerada anormal, ou seja, algo que as partes não poderiam razoavelmente prever no momento da celebração do contrato. Além disso, (iii) essa alteração não deve estar abrangida pelos riscos próprios do contrato, ou seja, não deve ser algo que as partes tenham assumido como risco contratual, sendo preciso demonstrar que (iv) a manutenção do contrato nos seus termos originais causaria um prejuízo significativo a uma das partes, e que (v) essa manutenção comprometeria seriamente os princípios da boa-fé que regem as obrigações estipuladas no contrato.

O critério de aplicação, portanto, deve se concentrar menos na caracterização do evento como imprevisível e mais na compreensão de se, dentro do escopo dos riscos inerentes ao contrato, estão incluídos riscos extraordinários que sejam considerados, conforme as palavras de Taveira da Fonseca, socialmente atípicos<sup>144</sup>. Essa abordagem foca na avaliação de se o risco em questão ultrapassa o que as partes poderiam razoavelmente ter incluído na distribuição normal de riscos, levando em conta a natureza e o contexto social do contrato. Dessa forma, a análise se desloca da mera imprevisibilidade do evento para uma consideração mais ampla sobre a tipicidade social e a razoabilidade da alocação de riscos entre as partes.

---

<sup>143</sup> PINTO, Paulo Mota. “O contrato como instrumento de gestão do risco de ‘alteração das circunstâncias’”. In: MONTEIRO, António Pinto (Coord.). O contrato na gestão do risco e na garantia da equidade, Coimbra: Instituto Jurídico Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 85.

<sup>144</sup> FONSECA, Ana Taveira da. Pandemia de Covid-19 e riscos próprios do contrato. In: MALHEIRO, Gonçalo; XAVIER, Luís Barreto (Coord.). Contratos e Pandemia: Resolução, suspensão e modificação dos contratos em tempos de pandemia. Coimbra: Almedina, 2021. p. 31.

Nesse sentido, Menezes Cordeiro entende que a delimitação do instituto da alteração das circunstâncias é significativamente influenciada pelo conceito de risco, isto é, pelas regras que determinam qual das partes deve suportar o dano decorrente de um evento superveniente. No entanto, reconhece que a associação completa entre a alteração das circunstâncias e a noção de risco é uma questão complexa, pois envolve uma interação intrincada entre os princípios contratuais e as contingências não previstas pelas partes<sup>145</sup>.

A vontade das partes é essencial na avaliação da adequação da solução de modificação contratual prevista no artigo 437.º, sendo necessário considerar as condições contratuais, bem como as margens de lucro e de risco envolvidas na operação. Como destaca António Menezes Cordeiro, é importante sublinhar que a redução *ad aequitatem* visa exclusivamente prevenir que a execução da obrigação assumida venha a violar de forma significativa os princípios da boa-fé. Ou seja, o objetivo não é permitir que a parte afetada obtenha os lucros inicialmente previstos, mas sim assegurar que a continuidade do contrato não resulte em uma injustiça evidente, mantendo-se o equilíbrio contratual dentro dos limites da equidade<sup>146</sup>.

Em relação aos seus efeitos, conforme estipulado no dispositivo legal, a alteração de circunstâncias no Direito português confere à parte prejudicada o direito de requerer a resolução do contrato ou sua modificação segundo critérios de equidade. Caso a parte prejudicada opte pela resolução, a parte contrária tem o direito de se opor a essa resolução propondo, em vez disso, a modificação do contrato para restabelecer o equilíbrio contratual. Esse mecanismo está previsto no artigo 437.º, n.º 2, que reflete o princípio da preservação do negócio jurídico, buscando evitar a extinção do contrato sempre que seja possível mantê-lo em vigor, ainda que com alterações necessárias para ajustar as obrigações das partes às novas circunstâncias.

O artigo 438.º do Código Civil, ao excluir o direito de resolução ou modificação do contrato devido a uma alteração das circunstâncias quando a parte que busca tal medida está em mora, não tem como objetivo impor uma punição à parte inadimplente, o que seria incompatível com os princípios do Direito Civil. Na verdade, Menezes Cordeiro

---

<sup>145</sup> CORDEIRO, António Menezes. Tratado de Direito Civil Português, vol. II, Tomo IV, 2010, p. 293.

<sup>146</sup> CORDEIRO, António Menezes. “A proposta na contratação pública e a alteração das circunstâncias”. In: O direito: Edições jurídicas, A. 142, n.º 2, 2010, p. 295.

aponta que essa exclusão reflete a primazia do princípio do risco, segundo o qual, em caso de mora, o risco é transferido integralmente para a esfera do devedor<sup>147</sup>. Isso significa que o devedor em mora assume todos os riscos associados ao cumprimento da obrigação, conforme estabelecido pelo artigo 807.º, n.º 1. Assim, a mora altera a dinâmica da alocação de riscos no contrato, impedindo que o devedor alegue alterações nas circunstâncias como fundamento para modificar ou extinguir suas obrigações<sup>148</sup>.

O instituto da alteração das circunstâncias é amplamente reconhecido como um remédio de equidade no âmbito jurídico. No entanto, sua aplicação na prática revela-se desafiadora, dado que envolve um processo de concretização que não é apenas difícil de implementar, mas também marcado por um elevado grau de imprevisibilidade quanto aos seus resultados<sup>149</sup>.

### **III.1.2. Ordenamento jurídico brasileiro**

Ao tratar de questões obrigacionais ou contratuais, o Código Civil brasileiro prevê o risco em diversas situações específicas. Primeiramente, há o risco de perecimento ou deterioração do objeto, abordado em vários artigos, como os artigos 492, 494, 524, 583, 587, 753, § 2º, 1.358-G, V, 1.363 e 1.942, que tratam de como esses riscos devem ser geridos em diferentes tipos de contratos. Além disso, o Código regula o risco decorrente de evicção nos artigos 448 e seguintes, estabelecendo as consequências quando o adquirente perde a posse ou propriedade de um bem em razão de direitos anteriores de terceiros. Já a regulação dos contratos aleatórios, que são aqueles nos quais a existência ou o valor da prestação depende de um evento incerto, têm suas normas de risco previstas nos artigos 458 e seguintes.

Nas relações paritárias, os artigos 421-A e 1.085 abordam os riscos inerentes às atividades empresariais, com ênfase na autonomia privada e na gestão desses riscos entre

---

<sup>147</sup> CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES. “Da alteração das circunstâncias: a concretização do artigo 437º do código civil, à luz da jurisprudência posterior a 1974”. Separata de: Estudos em memória do Prof. Doutor Paulo Cunha, Lisboa: AAFDL, 1987, p. 44.

<sup>148</sup> CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES. “Da alteração das circunstâncias: a concretização do artigo 437º do código civil, à luz da jurisprudência posterior a 1974”. Separata de: Estudos em memória do Prof. Doutor Paulo Cunha, Lisboa: AAFDL, 1987, p. 44.

<sup>149</sup> CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES. “Da alteração das circunstâncias: a concretização do artigo 437º do código civil, à luz da jurisprudência posterior a 1974”. Separata de: Estudos em memória do Prof. Doutor Paulo Cunha, Lisboa: AAFDL, 1987, p. 43-44.

as partes. Nas palavras de Marino, os contratos paritários e simétricos devem ser entendidos como aqueles “pautados pela observância das cláusulas que alocam riscos entre as partes e que particularizam regras interpretativas, revisionais e resolutorias”, que, por sua natureza, contrapõem-se aos contratos desiguais ou assimétricos, particularmente nas formas de contrato de adesão e contrato de consumo, que se submetem a uma disciplina protetiva que impõe diretrizes distintas daquelas definidas nos incisos do artigo 421-A do Código Civil<sup>150</sup>.

Por fim, o risco na empreitada de obra é tratado nos artigos 611 e 612, determinando como devem ser manejados os imprevistos que possam surgir durante a execução de um projeto de construção. Isso significa que o devedor em mora assume todos os riscos associados ao cumprimento da obrigação, conforme estabelecido pelo artigo 807.º, n.º 1. Assim, a mora altera a dinâmica da alocação de riscos no contrato, impedindo que o devedor alegue alterações nas circunstâncias como fundamento para modificar ou extinguir suas obrigações<sup>151</sup>.

No contexto do direito contratual brasileiro, a noção "álea normal", ao lado de – ou no lugar de – risco, também assume especial relevância. Na definição de Greco Bandeira, a álea se refere ao risco econômico previsível e inerente a um tipo específico de contrato, como as oscilações no preço de insumos em uma empreitada a preço global. Esse tipo de variação, por ser previsível e parte da natureza do contrato, não justifica a aplicação da teoria da onerosidade excessiva, que se destina a situações de álea anormal ou extraordinária, caracterizadas por um desequilíbrio imprevisto e significativo nas obrigações contratuais<sup>152</sup>.

Em outras palavras, reconhece-se que o risco considerado normal, correspondente à álea própria do contrato, varia conforme a natureza das negociações, os mercados específicos e as conjunturas econômicas, devendo ser suportado pelas partes contratantes.

---

<sup>150</sup> MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. “Comentário ao artigo 421-A do Código Civil: presunção de paridade e simetria em contratos civis e empresariais”. In: MARTINS- -COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro (Coord.). Direito Privado na Lei da Liberdade Econômica: comentários, São Paulo: Almedina, 2022, p. 524

<sup>151</sup> CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES. “Da alteração das circunstâncias: a concretização do artigo 437º do código civil, à luz da jurisprudência posterior a 1974”. Separata de: Estudos em memória do Prof. Doutor Paulo Cunha, Lisboa: AAFDL, 1987, p. 44.

<sup>152</sup> BANDEIRA, Paula Greco. Contrato Incompleto. São Paulo: Atlas, 2015, p. 135.

Não pode, portanto, ser invocado como justificativa para revisão ou resolução do contrato<sup>153</sup>. A identificação da álea normal é realizada de forma casuística, considerando o contexto específico e os interesses das partes envolvidas, e pode variar de acordo com o tipo de negócio em questão<sup>154</sup>. Portanto, cada contrato apresenta suas peculiaridades, e o que constitui álea normal em um determinado contrato pode não ser considerado como tal em outro, exigindo uma análise cuidadosa das circunstâncias para determinar se a variação do risco se enquadra dentro do esperado ou se caracteriza um evento extraordinário que justifique a revisão ou resolução contratual.

Em termos de distribuição de risco heterônima, o artigo 619 do Código Civil estabelece que o empreiteiro deve assumir o risco relacionado às mudanças nos preços e nas quantidades de insumos, mesmo quando há alterações no projeto. Em contrapartida, o artigo 625, inciso II, atribui ao proprietário da obra a responsabilidade pelos riscos associados a questões hídricas e geológicas, que podem gerar custos adicionais durante a execução do projeto. Essa alocação de riscos é considerada eficiente porque se baseia nas áreas de expertise de cada parte envolvida: o empreiteiro, por sua experiência, geralmente possui um conhecimento mais aprofundado sobre as variações nos preços e nas quantidades de insumos em projetos específicos, enquanto se espera que o dono da obra tenha uma compreensão mais detalhada das condições do terreno onde a construção será realizada<sup>155</sup>.

Já o artigo 620 do Código Civil dispõe que, em um contrato de empreitada a preço global, caso ocorra uma redução no preço do material ou da mão de obra superior a um décimo do preço global contratado, o dono da obra pode solicitar a revisão do preço. Em contrapartida, uma variação de até um décimo é considerada álea normal para esse tipo de contrato e, portanto, não justifica a revisão contratual. No caso de contratos de empreitada a preço global, uma variação de até um décimo nos custos de material e mão de obra é considerada típica e faz parte da álea normal do contrato. No entanto, a autonomia privada permite que as partes ajustem o escopo dessa álea normal, ampliando

---

<sup>153</sup> CORADINI, Laura Frantz. “Excessiva onerosidade superveniente: uma análise dos julgados do STJ”. In: COSTA, Judith Martins (Coord.). *Modelos de Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 237.

<sup>154</sup> BANDEIRA, Paula Greco. *Contrato Incompleto*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 135.

<sup>155</sup> FERNANDES, Wanderley. “Caso fortuito e força maior: um assunto antigo que permanece moderno”. In: PIRES, Catarina Monteiro; et. al. (Coord.). *Riscos no Direito Privado e na Arbitragem*. São Paulo: Almedina Brasil, 2023, p. 341.

ou restringindo sua abrangência conforme acordado entre elas. Isso significa que, dependendo das disposições específicas estabelecidas no contrato, a tolerância à variação de valores pode ser ajustada, permitindo maior flexibilidade ou rigidez, sem que isso altere a natureza comutativa do contrato<sup>156</sup>.

No contexto do regime geral, o artigo 317 do Código Civil refere-se a razões imprevisíveis que resultam em uma "desproporção evidente entre o valor da prestação devida e o momento de sua execução." Esse artigo aborda situações em que, devido a circunstâncias não antecipadas, o valor da obrigação torna-se desproporcional ao inicialmente acordado, exigindo uma reavaliação das condições contratuais para manter o equilíbrio entre as partes. Por meio deste dispositivo legal, autoriza-se a revisão de contratos a pedido da parte prejudicada pelas circunstâncias supervenientes e imprevisíveis<sup>157</sup>.

Coradini Frantz explica que o artigo foi originalmente concebido para tratar de desvalorização monetária, conforme indicam as propostas discutidas no processo legislativo. Embora a menção expressa a "desvalorização monetária" tenha sido removida para ampliar seu alcance, a norma permanece especialmente relevante em cenários de inflação, devendo ser interpretada à luz do mecanismo de correção monetária no Brasil, que, de uma medida inicialmente modesta e excepcional, tornou-se amplamente utilizado após décadas de alta inflacionária<sup>158</sup>.

Paralelamente, o artigo 478 trata de eventos extraordinários e imprevisíveis que tornam "a prestação de uma das partes excessivamente onerosa, proporcionando uma vantagem extrema para a outra." Nesse caso, o foco é sobre situações em que uma parte enfrenta um encargo desproporcionalmente elevado devido a circunstâncias imprevistas, enquanto a outra parte obtém um benefício desmesurado.

Tendo sido inspirado no modelo italiano, o artigo 478 serve como fundamento para a resolução de contratos de execução continuada ou diferida. Esse dispositivo legal

---

<sup>156</sup> BANDEIRA, Paula Greco. *Contrato Incompleto*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 136.

<sup>157</sup> CORADINI, Laura Frantz. "Excessiva onerosidade superveniente: uma análise dos julgados do STJ". In: COSTA, Judith Martins (Coord.). *Modelos de Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 216.

<sup>158</sup> CORADINI, Laura Frantz. "Excessiva onerosidade superveniente: uma análise dos julgados do STJ". In: COSTA, Judith Martins (Coord.). *Modelos de Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 231.

é uma norma geral que não prevê a revisão ou ajuste do contrato, mas sim a possibilidade de sua resolução quando a prestação de uma das partes se torna excessivamente onerosa devido a eventos extraordinários e imprevisíveis. Apesar de a redação legal não mencionar explicitamente, tanto a doutrina<sup>159</sup> quanto jurisprudência<sup>160</sup> são uníssonas ao incluir a necessidade de observar a natureza do objeto do contrato e a alocação de riscos acordada entre as partes.

Com base no tipo contratual em questão, o intérprete deve analisar se a parte que alega a ocorrência de um evento superveniente e imprevisível poderia, ou não, ter evitado seus efeitos adotando precauções razoáveis e necessárias em relação aos riscos contratuais inerentes àquele tipo de contrato. Essa análise envolve avaliar se a parte cumpriu com o dever de diligência esperado, levando em conta as particularidades do contrato e os riscos típicos associados a ele<sup>161</sup>.

Contudo, é viável estabelecer distinções entre os dois regimes<sup>162</sup> com base na própria redação legal e no capítulo do Código Civil em que se encontra o artigo 317. Este, aplicável às obrigações pecuniárias, abrange situações de desvalorização da moeda e aumento da inflação, permitindo que uma das partes busque a revisão judicial do contrato para preservar o valor real da prestação<sup>163</sup>, mediante mero reajuste ou correção monetária<sup>164</sup>.

---

<sup>159</sup> Nesse sentido, cf. Enunciado 25 da I Jornada de Direito Comercial: “A revisão do contrato por onerosidade excessiva fundada no Código Civil deve levar em conta a natureza do objeto do contrato. Nas relações empresariais, deve-se presumir a sofisticação dos contratantes e observar a alocação de riscos por eles acordada”. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/50>.

<sup>160</sup> Cf. entendimento veiculado no voto vencedor do julgamento do Recurso Especial 1.321.614/SP: “Seja como for, impõe-se perquirir, sempre, com cautela, se a alteração ocorrida na base do contrato se mostra, de fato, suficientemente grave a ponto de autorizar a alteração demandada pela parte prejudicada, a fim de restabelecer seu equilíbrio, ou se se cuida de mera oscilação que não excede o risco inerente à natureza da avença”. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1321614/SP, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. p/ Acórdão Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/12/2014, publicado em 03/03/2015.

<sup>161</sup> GOMIDE, Alexandre Junqueira. *Risco Contratual e sua Perspectiva na Incorporação Imobiliária*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 129.

<sup>162</sup> Ao denominar o artigo 317 do Código Civil de “puxadinho hermenêutico”, Anderson Schreiber entende ser raro encontrar quem trate dos artigos 478 a 480 sem mencionar o artigo 317, e vice-versa. SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio Contratual e Dever de Renegociar*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 317.

<sup>163</sup> ASCENSÃO, José Oliveira. “Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil”. In: *Pensar – Revista de Ciências Jurídicas*, v. 13, n. 1, 2008, p. 13. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/795/1690>.

<sup>164</sup> Apesar da literalidade da redação legal, a teoria da imprevisão ainda suscita controvérsia doutrinária e jurisprudencial a respeito do exato escopo do artigo 317 do Código Civil de 2002. Sobre análise aprofundada do tema, cf. MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Revisão Contratual. Onerosidade*

Os contratantes podem optar por não especificar a alocação dos riscos econômicos no contrato, especialmente quando esses riscos ultrapassam a capacidade de previsão das partes. Isso se aplica a situações em que os riscos são imprevisíveis e, portanto, difíceis de antecipar ou negociar no momento da celebração do contrato. Nesses casos, desde que os demais requisitos sejam atendidos, pode ser aplicada a teoria da excessiva onerosidade, regulamentada nos artigos 478 e seguintes do Código Civil<sup>165</sup>. De todo modo, entende-se que, diante da peculiaridade na construção de cada um desses dispositivos, não se pode afirmar que exista um princípio geral de revisão dos contratos no Direito Civil brasileiro<sup>166</sup>. Cada norma que trata da revisão contratual possui sua própria especificidade e aplicação, refletindo diferentes contextos e situações.

Quanto ao critério da imprevisibilidade, é relevante destacar a inovação introduzida pela Lei nº 14.010/20, que estabeleceu o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado durante a pandemia da COVID-19. Conforme determinação da referida lei, o aumento da inflação, a variação cambial ou a substituição do padrão monetário não devem ser considerados como eventos imprevisíveis no contexto da aplicação dos artigos 317, 478, 479 e 480 do Código Civil<sup>167</sup>. Essa disposição legal visa esclarecer que tais fenômenos econômicos, apesar de impactantes, são considerados dentro da *álea* normal dos contratos e, portanto, não justificam a revisão ou resolução contratual com base na teoria da onerosidade excessiva ou na necessidade de reequilíbrio das prestações.

A Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/19) também desempenha um papel significativo na discussão sobre a revisão e a resolução contratual, por reforçar as ideias de segurança jurídica e a previsibilidade dos contratos empresariais. Inspirada nos princípios de mínima intervenção e excepcionalidade da revisão, a referida lei busca limitar a intervenção do Judiciário nas relações privadas, privilegiando a autonomia contratual e a ideia de que as partes são as melhores juízas dos riscos assumidos em suas avenças.

---

*excessiva e modificação contratual equitativa*. São Paulo: Almedina, 2020. Livro eletrônico, posição 305-381.

<sup>165</sup> BANDEIRA, Paula Greco. Contrato Incompleto. São Paulo: Atlas, 2015, p. 14.

<sup>166</sup> MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Revisão Contratual. Onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa*. São Paulo: Almedina, 2020. Livro eletrônico, posição 448.

<sup>167</sup> Art. 7º: “Art. 7º Não se consideram fatos imprevisíveis, para os fins exclusivos dos arts. 317, 478, 479 e 480 do Código Civil, o aumento da inflação, a variação cambial, a desvalorização ou a substituição do padrão monetário”.

Nesse sentido, não se pode deixar de ressaltar as balizas interpretativas dadas pelo artigo 421-A do Código Civil, introduzido pela Lei da Liberdade Econômica. O dispositivo garante que as partes podem definir parâmetros objetivos para a interpretação de cláusulas, a alocação de riscos deve ser respeitada, e a revisão contratual deve ser aplicada de maneira excepcional e limitada. O inciso I reafirma a autonomia privada, permitindo que as partes estipulem parâmetros próprios para lidar com a alteração de circunstâncias, como a exclusão de eventos imprevisíveis ou extraordinários, e a definição objetiva de onerosidade excessiva<sup>168</sup>.

O inciso II reforça expressamente a necessidade de respeito à alocação de riscos estabelecida pelas partes. Como observa Zanetti, essa previsão corrige uma lacuna deixada pelo legislador brasileiro ao redigir o art. 478 do Código Civil, que omitiu uma parte do art. 1.467 do Codice Civile que exclui a intervenção judicial em casos onde os eventos estão cobertos pelo risco contratual<sup>169</sup>. Por fim, o inciso III reforça a excepcionalidade da revisão contratual.

Para Marino, a ênfase na simetria natural dos contratos empresariais reflete uma resposta à tendência, observada em certos setores da doutrina e da jurisprudência, de favorecer uma maior intervenção na autonomia contratual. Essa intervenção geralmente se fundamenta na interpretação das normas jurídicas à luz de princípios constitucionais<sup>170</sup>. A habilidade das partes em estabelecer critérios objetivos para a interpretação, revisão ou rescisão de contratos, longe de ser uma inovação introduzida pela Lei de Liberdade Econômica, está em perfeita consonância com o Código Civil brasileiro<sup>171</sup>. Essa

---

<sup>168</sup> Também nesse caso, solidificou-se um entendimento doutrinário já existente, expresso pelo Enunciado 23 da I Jornada de Direito Comercial, cf.: “Em contratos empresariais, é lícito às partes contratantes estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação dos requisitos de revisão e/ou resolução do pacto contratual”. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/48>.

<sup>169</sup> ZANETTI, Cristiano de Sousa. “O Risco Contratual”. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Inglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Coord.). Sociedade de Risco e Direito Privado: Desafios normativos, consumeristas e ambientais. São Paulo: Atlas, 2013, p. 459.

<sup>170</sup> MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. “Comentário ao artigo 421-A do Código Civil: presunção de paridade e simetria em contratos civis e empresariais”. In: MARTINS- -COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro (Coord.). Direito Privado na Lei da Liberdade Econômica: comentários, São Paulo: Almedina, 2022, p. 514.

<sup>171</sup> MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. “Comentário ao artigo 421-A do Código Civil: presunção de paridade e simetria em contratos civis e empresariais”. In: MARTINS- -COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro (Coord.). Direito Privado na Lei da Liberdade Econômica: comentários, São Paulo: Almedina, 2022, p. 523.

capacidade reforça a clara necessidade de respeitar a matriz de risco acordada entre as partes. O Código Civil já oferece bases para que as partes ajustem suas relações contratuais de maneira a refletir suas intenções e a distribuir riscos de forma que considerem justa e adequada.

Esta diretriz, no entanto, não é inédita. O Enunciado 439 da V Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça, publicado em 2011, estabelece que “a revisão do contrato por onerosidade excessiva fundada no Código Civil deve levar em conta a natureza do objeto do contrato. Nas relações empresariais, observar-se-á a sofisticação dos contratantes e a alocação de riscos por eles assumidas com o contrato”<sup>172</sup>. O Enunciado nº 366 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça, publicado em 2007, estabelece que “o fato extraordinário e imprevisível causador de onerosidade excessiva é aquele que não está coberto objetivamente pelos riscos próprios da contratação”<sup>173</sup>.

Para Konder, as iniciativas legislativas direcionadas a reforçar a liberdade econômica e a limitar a intervenção judicial nos contratos, sem o estabelecimento de critérios mais específicos para sua aplicação, parecem ter cumprido um papel essencialmente simbólico, no âmbito retórico e ideológico, ao invés de promover uma verdadeira transformação jurídico-normativa<sup>174</sup>. Dada a ausência de qualquer esforço paralelo do legislador em modificar os requisitos para a intervenção judicial ou os pressupostos para a revisão contratual, desde o início é improvável que tais alterações tenham sido concebidas para produzir efeitos práticos significativos no ordenamento jurídico.

---

<sup>172</sup>CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciado 344. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/344>.

<sup>173</sup>CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciado 486. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/486>.

<sup>174</sup> KONDER, Carlos Nelson. “Revisão contratual no contexto da pandemia: análise da simbologia da legislação à luz da jurisprudência do TJERJ”. In: *Scientia Iuris*, 27(2), 2023, p. 182. Disponível em: <https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/47700>.

## III.2. Regulação Heterônoma da Superveniência no Sistema de *Common Law*

### III.2.1. Ordenamento jurídico inglês

Em consonância com os ideais de *laissez faire* e liberdade contratual que centram a organização do sistema de *Common Law*, o contrato é visto como resultado do exercício individual de livre arbítrio, acompanhado por muito tempo por ideais do formalismo jurídico<sup>175</sup>. Sob esse paradigma, não se admite que os tribunais possam analisar a justiça da transação contratual, uma vez que, após a conclusão do contrato, presume-se que todas as partes estejam satisfeitas com os termos acordados, ou do contrário, não teriam celebrado o negócio<sup>176</sup>.

A retórica no direito contratual centrava-se principalmente no conceito de *sanctity of contract*, que se refere à sacralidade do contrato. Esse princípio ressalta a importância que o sistema jurídico atribui à obrigação de cumprir as promessas feitas, enfatizando a necessidade de que os compromissos assumidos sejam rigorosamente mantidos. A *sanctity of contract* destaca a relevância da estabilidade e da previsibilidade nas relações contratuais, garantindo que as partes possam confiar na força vinculante de seus acordos<sup>177</sup>.

Outra *doctrine* fundamental dessa família jurídica é a figura da *consideration*, segundo a qual uma promessa só tem efeito contratual se houver algum valor correspondente em troca. Embora os tribunais não possam avaliar se o valor dado é adequado ou questionar se o acordo é desequilibrado ou unilateral, não se contesta o fato de que um pagamento excessivo ou insuficiente pode levantar suspeitas de fraude ou erro.

---

<sup>175</sup> DIMATTEO, Larry A. “False dichotomies in commercial contract interpretation”. In: *Journal of International Trade Law and Policy*, vol. 11. N. 1, 2012, p. 36. Disponível em: <https://www.emerald.com/insight/content/doi/10.1108/14770021211210678/full/html> (Acesso em 10/10/2022).

<sup>176</sup> ATIYAH, P. S. “Contract and Fair Exchange”. In: *The University of Toronto Law Journal*, 1985, vol. 35, n. 1, 1985, p. 1. Disponível em: [https://www.jstor.org/stable/825511?seq=1&cid=pdf-reference#references\\_tab\\_contents](https://www.jstor.org/stable/825511?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents) (Acesso em 12/03/2022).

<sup>177</sup> DIMATTEO, Larry A. “The Norms of Contract: The Fairness Inquiry and the “Law of Satisfaction” – A Nonunified Theory”. In: *Hofstra Law Review*, Volume 24, n. 2, 1995, p. 381. Disponível em <https://scholarlycommons.law.hofstra.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1926&context=hlr> (Acesso em 12/03/2023).

No que diz respeito à questão do risco da superveniência, o princípio da *sanctity of contracts* foi consideravelmente amenizado em um caso de impossibilidade decorrente da destruição do objeto do contrato, conforme decidido no paradigmático precedente *Taylor v. Caldwell*. Nesse caso, foi criada a doutrina da *frustration*, que permitiu que as partes fossem exoneradas de suas obrigações contratuais devido à ocorrência de um evento imprevisível e fora de seu controle, que torna impossível a execução do contrato<sup>178</sup>.

Essa figura é classificada como uma espécie de *excuse doctrine*, sendo utilizada como um meio de defesa pela parte que não deseja ser compelida a cumprir a obrigação afetada pelo evento superveniente. Ela se enquadra nas hipóteses que resultam na extinção do vínculo contratual das partes, ou seja, no *discharge* do contrato<sup>179</sup>.

A aplicação prática da doutrina da *frustration* pode fundamentar-se em casos de *impossibility*, nos quais o cumprimento do contrato se torna inviável devido à ocorrência de eventos imprevisíveis. Exemplos desses eventos incluem a destruição do bem objeto do contrato, a indisponibilidade dos bens ou dos sujeitos necessários para a execução do contrato, e a morte ou incapacidade permanente de uma das partes. A impossibilidade ocorre apenas quando se demonstra que a parte que não cumpriu o contrato não concordou expressa ou implicitamente em assumir o risco da impossibilidade causada por forças externas<sup>180</sup>.

Além disso, outra forma de caracterização da *frustration of contracts* ocorre na figura da *illegality*, quando o objeto ou a obrigação do contrato se tornam ilícitos, tornando impossível ou ilegal continuar com a execução contratual.<sup>181</sup>

---

<sup>178</sup> MCKENDRICK, Ewan. “Discharge by Frustration”. In: *Chitty on Contracts*. Vol. 1: General Principles. 28<sup>a</sup> ed. London: Sweet & Maxwell, 1999. P. 1172.

<sup>179</sup> “The effect of the doctrine of discharge is that the debtor is excused from his duty to render the (now impossible) performance, while the creditor is excused from rendering the counter-performance, *i.e.* (usually) from having to pay a sum of money for the performance which had been promised by the debtor”. TREITEL, G. H. *Frustration and Force Majeure*. London: Sweet and Maxwell, 1994. P. 39-40.

<sup>180</sup> MARCANTONIO, J. Barrigan. “Unifying the Law of Impossibility” In: *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 8, n. 41, 1984, p. 50.

<sup>181</sup> PEEL, Edwin; TREITEL, G. H. *Treitel on the Law of Contract*. 14<sup>th</sup> ed. London: Sweet & Maxwell, 2015. Livro eletrônico, posição 1743.

Em termos de delimitação, a figura da *frustration* aplica-se apenas a contingências que não foram especificamente previstas no contrato. Em outras palavras, mesmo que um evento superveniente possa justificar aprioristicamente um pedido bem-sucedido de *frustration*, se as partes já tiverem previsto tal situação no contrato, então os termos contratuais acordados prevalecerão em detrimento dessa *doctrine*<sup>182</sup>. Esse princípio está conforme o disposto no artigo 2(3) da *Law Reform (Frustrated Contracts) Act* de 1943, que estabelece que, quando as partes preveem e estipulam no contrato como lidar com determinadas contingências, essas previsões contratuais terão primazia sobre a aplicação da doutrina da *frustration*<sup>183</sup>.

No mais, o teste para determinar a frustração é estritamente objetivo, levando em consideração se a obrigação contratual se tornou impossível ou radicalmente diferente, o que muitas vezes resulta em uma análise rígida e restritiva. Isso pode conduzir a resultados considerados severos, uma vez que as partes são liberadas apenas das obrigações futuras, sem uma análise mais flexível das circunstâncias que envolvem o contrato<sup>184</sup>.

Esse entendimento é ilustrado no precedente *Davis Contractors v. Fareham Urban District Council* (1956), no qual Lord Radcliffe, da House of Lords, analisou um caso envolvendo um contrato de obras com prazo certo e preço fixo e afirmou:

*Creio que o entendimento [do contratante] era que, se, sem culpa de qualquer das partes, o período do contrato fosse substancialmente prolongado, essa circunstância, por si só, tornaria o preço fixo tão injusto para o empreiteiro que ele não deveria ser obrigado a manter o preço original. Tenho muita simpatia pelo empreiteiro, mas, em minha opinião, se esse tipo de consideração fosse suficiente para estabelecer um caso de frustration, haveria uma gama indefinida de obrigações contratuais que torna-se-iam incertas e, possivelmente, inexigíveis*<sup>185</sup>.

---

<sup>182</sup> MULCAHY, Linda; TILLOTSON, John. *Contract Law in Perspective*. 4ª ed. London: Cavendish Publishing, 2004, 165.

<sup>183</sup> “Where any contract to which this Act applies contains any provision which, upon the true construction of the contract, is intended to have effect in the event of circumstances arising which operate, or would but for the said provision operate, to frustrate the contract, or is intended to have effect whether such circumstances arise or not, the court shall give effect to the said provision and shall only give effect to the foregoing section of this Act to such extent, if any, as appears to the court to be consistent with the said provision”.

<sup>184</sup> MCKENDRICK, Ewan. *Contract Law*, 15th ed. London: Palgrave, 2023, p. 308-309.

<sup>185</sup> Tradução livre, cf. original: ““I think that his view was that, if without default on either side the contract period was substantially extended, that circumstance itself rendered the fixed price so unfair to the contractor that he ought not to be held to his original price. I have much sympathy with the contractor, but, in my opinion, if that sort of consideration were to be sufficient to establish a case of frustration, there

O caso *Davis* é frequentemente citado como um exemplo clássico de um contrato mal negociado. Embora a decisão possa parecer rigorosa à primeira vista, McKendrick entende que uma abordagem diferente teria introduzido um novo princípio de alcance incerto, potencialmente comprometendo o direito dos réus de se beneficiarem de um acordo vantajoso que foi negociado de maneira legítima<sup>186</sup>. Isso reflete a resistência do sistema jurídico em reescrever contratos desfavoráveis, mesmo diante de circunstâncias adversas, em nome da preservação da certeza e segurança jurídica.

Para Andrew Burrows, em certas áreas do direito contratual, os tribunais muitas vezes justificam suas decisões com base nas intenções das partes, embora, na realidade, imponham uma solução de justiça, como na doutrina da *frustration*. A relutância dos tribunais em reconhecer abertamente a adoção de resultados mais equitativos pode ser atribuída ao fato de ser menos controverso aplicar uma solução baseada na vontade das partes, ainda que ficcional, em vez de admitir a intervenção na autonomia privada<sup>187</sup>.

Cabe destacar, ainda, a doutrina denominada de *frustration of purpose*, originada no julgamento dos precedentes conhecidos como de *Coronation Cases*, sendo o caso *Krell v. Henry* o mais relevante<sup>188</sup>. Divergindo das demais espécies de *frustration*, a frustração do fim do contrato aplica-se aos casos em que, apesar de continuar possível<sup>189</sup>, a obrigação a ser prestada na forma prevista pelo contrato deixa de ser útil para a

---

would be an untold range of contractual obligations rendered uncertain and, possibly, unenforceable.” *Davis Contractors Ltd. v. Fareham Urban District Council*, 1956, A.C. 696, p. 731. Disponível em: <https://www.trans-lex.org/311200>.

<sup>186</sup> MCKENDRICK, Ewan. *Contract Law*, 15th ed. London: Palgrave, 2023, p. 308-309.

<sup>187</sup> BURROWS, Andrew. “Form and Substance: Fictions and Judicial Power”. In: ROBERTSON, Andrew; GOUDKAMP, James (Eds.) *Form and Substance in the Law of Obligations*. Oxford: Hart Publishing, 2019, p. 32.

<sup>188</sup> *Krell v. Henry*, [1903] 2 K.B. 740. Disponível em: <https://www.trans-lex.org/311100>. Em resumo, tratava-se de um contrato de arrendamento de imóvel, especificamente localizado em uma das ruas onde passaria o cortejo para a ocasião da coroação do rei, celebrado com o intuito específico, mas não clausulado, de assistir à procissão da janela do *flat* arrendado, pelo prazo de dois dias (noites não incluídas). A controvérsia se deu em função do cancelamento inesperado da coroação, de modo que o arrendatário, que já havia pagado um quarto do valor, recusou-se a pagar o restante, motivando o senhorio a ajuizar uma ação para cobrar a quantia faltante. A *Court of Appeal* decidiu então que a base do contrato (*foundation of the contract*) era assistir ao cortejo, o que, apesar de não ser condição expressa no contrato, era de conhecimento de ambas as partes. Além disso, considerou que o cancelamento da cerimônia, que não foi e não poderia ter sido previsto pelas partes no momento da celebração do contrato, impedia a sua execução (*prevented the performance of the contract*). E assim, ao aplicar a técnica de *implied condition* que se originou no referido caso *Taylor V. Cadwell*, a Corte julgou improcedente a ação.

<sup>189</sup> ANDERSON, Arthur. “Frustration of Contract – A Rejected Doctrine”. In: *De Paul Law Review*. Vol. III, No. 1, 1953. P. 3-4.

finalidade inicialmente contemplada pelas partes no momento da celebração por conta de eventos imprevisíveis e supervenientes<sup>190</sup>.

Nesse contexto, ocorre uma falha no pressuposto básico do contrato, pois o objetivo principal que levou as partes a celebrar o acordo torna-se inatingível, mesmo que a prestação contratual em si permaneça tecnicamente exequível<sup>191</sup>. Essa situação evidencia que, embora as obrigações formais possam ainda ser cumpridas, o propósito fundamental que justificou a criação do contrato se perde devido a circunstâncias imprevistas, tornando a execução contratual desprovida de significado ou valor para as partes envolvidas.

Sendo uma espécie ou modalidade da doutrina da *frustration*, tem como efeito geral a exoneração das partes das suas obrigações contratuais (*discharge*)<sup>192</sup>. Esse efeito está conforme o estabelecido no *Law Reform (Frustrated Contracts) Act*, de 1943, que regula as consequências jurídicas quando um contrato é frustrado<sup>193</sup>. Assim, quando ocorre a frustração do propósito essencial do contrato, as partes são liberadas de suas obrigações, reconhecendo que a base sobre a qual o contrato foi firmado deixou de existir devido a eventos imprevistos e fora do controle das partes.

Ou seja, no sistema de *Common Law*, prevalece o entendimento de que a ocorrência de um evento de frustração libera as partes das obrigações futuras de cumprimento contratual. Nesse contexto, os direitos que já tenham sido adquiridos antes do evento frustrante permanecem exigíveis, ao passo que aqueles que se acumulariam posteriormente deixam de ter efeito<sup>194</sup>. No mais, quando um contrato parcialmente executado se tornava frustrado, as perdas eram geralmente deixadas a cargo da parte em que recaíam no momento da frustração. Em outras palavras, o sistema jurídico permitia que a parte que já havia realizado parte de suas obrigações suportasse o prejuízo resultante

---

<sup>190</sup> TREITEL, G. H. *Frustration and Force Majeure*. London: Sweet and Maxwell, 1994. P. 283.

<sup>191</sup> ROSSMAN, Vladimir R.; MOSKIN, Morton. *Commercial Contracts: Strategies for Drafting and Negotiating*. Second Edition. New York: Wolters Kluwer, 2019. P. 59.

<sup>192</sup> ANSON, William Reynell. *Anson's Law of contract*. 26<sup>th</sup> ed. New York: Orxford University Press, 1984. P. 461.

<sup>193</sup> Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/6-7/40/section/1>. A respeito dos efeitos previstos no instrumento legal e seu restrito campo de aplicação, cf.: STONE, Richard; DEVENNEY, James. *The Modern Law of Contract*. 12<sup>th</sup> ed. London: Routledge, 2017. P. 436-441.

<sup>194</sup> PEEL, Edwin; TREITEL, G. H. *Treitel on the Law of Contract*. 14<sup>th</sup> ed. London: Sweet & Maxwell, 2015. Livro eletrônico, parágrafo 19-092, posição 1599.

da impossibilidade de cumprimento do contrato, sem redistribuir ou ajustar essas perdas entre as partes envolvidas<sup>195</sup>.

Essa regra geral foi abrandada pela *Law Reform (Frustrated Contracts) Act* de 1943, de acordo com a regulação prevista em sua *Section 1(2)*, que permite a restituição de valores pagos antes do evento frustrante (*sums paid before the time of discharge*), e a isenção de pagamentos futuros que teriam sido devidos (*sums payable*). Além disso, concede ao tribunal a faculdade de compensar as partes por despesas incorridas antes da frustração (*expenses incurred before the time of discharge*), promovendo uma alocação mais justa das perdas decorrentes do rompimento contratual causado pela frustração.

É importante notar que, além da ausência de previsão para modificação ou revisão contratual, os tribunais ingleses já expressaram sua relutância em fazer mais do que permitir uma “generosa” medida de restituição<sup>196</sup>. Mesmo quando os requisitos para exonerar as partes das obrigações contratadas são preenchidos, há resistência para conceder o *discharge* quando o evento em questão poderia ter sido alocado contratualmente pelas partes<sup>197</sup>.

Ou seja, a questão principal ao se analisar a aplicabilidade das figuras do direito aplicável, conhecidas como *doctrines of excuse*, parte da maneira como se dá a repartição dos riscos associados a um evento que perturba significativamente o programa contratual, especialmente quando o contrato não prevê regras explícitas para tratar dessas consequências<sup>198</sup>. Como ensina Gerhart, utilizando como exemplo um contrato de compra e venda, exonerar o vendedor implica transferir o ônus do risco para o comprador, enquanto exonerar o comprador significa colocar o ônus do risco sobre o vendedor. Portanto, os casos de exoneração, abordados pelas *excuse doctrines*, concentram-se essencialmente na questão de onde o risco da perda deve recair. A análise desses casos

---

<sup>195</sup> CONNOLLY, Niamh. Planning for Failure: Contract Design, Ineffective Bargains and Restitution. In: DAVIES, Paul S.; RACZYNSKA, Magda (Eds.). *Contents of Commercial Contracts: Terms Affecting Freedoms*. Oxford: Hart Publishing, 2020. p. 280.

<sup>196</sup> FARNSWORTH, Edward Allan. *Farnsworth on contracts*. 2<sup>nd</sup> ed., vol. 2. New York: Aspen Law & Business, 1998. P. 643-644.

<sup>197</sup> FARNSWORTH, Edward Allan. *Farnsworth on contracts*. 2<sup>nd</sup> ed., vol. 2. New York: Aspen Law & Business, 1998. P. 643-644.

<sup>198</sup> HALPERN, Sheldon W. “Application of the Doctrine of Commercial Impracticability: Searching for ‘The Wisdom of Solomon.’” In: *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 135, no. 5, 1987, pp. 1123–78. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/3312106>, p. 1140.

envolve determinar onde as partes implicitamente alocaram o risco da perda na transação, com base nas circunstâncias do contrato e na intenção das partes envolvidas<sup>199</sup>.

Costuma-se afirmar que o direito inglês não incentiva o ajuste de contratos quando o cumprimento se torna mais oneroso, o que não é inteiramente verdade. McKendrick entende que a questão principal não deve ser se o direito inglês permite ajustes, mas a quem cabe realizá-los: os tribunais ou as próprias partes? Segundo o direito inglês, cabe às partes fazer esses ajustes. Embora os tribunais não alterem os termos acordados, eles tendem a não impor obstáculos significativos às tentativas das partes de renegociar o contrato para se adequar a novas circunstâncias<sup>200</sup>.

As alegações de *frustration* têm sido relativamente raras em litígios ao longo do último século, o que resultou em uma jurisprudência limitada sobre o tema. Além disso, as circunstâncias factuais em casos concretos costumam ser bastante complexas, diferindo significativamente dos exemplos mais teóricos ou simplificados que costumam ser discutidos na literatura jurídica. Para Schwartz, essa complexidade dos casos reais torna a aplicação da doutrina da *frustration* mais desafiadora e menos previsível, exigindo uma análise cuidadosa e contextualizada por parte dos tribunais<sup>201</sup>.

### III.2.2. Ordenamento jurídico norte-americano

No que diz respeito à problemática da superveniência, o sistema jurídico norte americano incorpora as já mencionadas doutrinas de *frustration of contracts* e *frustration of purpose*<sup>202</sup>, mas se distingue do ordenamento anglo-saxão ao consolidar a noção de *impracticability*, prevista no *Uniform Commercial Code* (UCC), Art. 2-615. Este artigo estabelece que:

*Except so far as a seller may have assumed a greater obligation [...],  
[d]elay in delivery or non delivery in whole or in part [...] is not a*

---

<sup>199</sup> GERHART, Peter M. *Contract Law and Social Morality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021, p. 171.

<sup>200</sup> MCKENDRICK, Ewan. *Contract Law*, 15th ed. London: Palgrave, 2023, p. 314.

<sup>201</sup> SCHWARTZ, Andrew A. "Frustration, the MAC Clause, and COVID-19". In: *U.C. Davis Law Review*, rev. 1771, 2022, p. 1771-1828. Disponível em: <https://scholar.law.colorado.edu/faculty-articles/1549>, p. 1799.

<sup>202</sup> American Law Institute: *Restatement of the Law Second: Contracts*, § 265, Vol. 2. Washington: American Law Institute, 1981. Disponível em: [https://www.westlaw.com/Browse/Home/SecondarySources/RestatementsPrinciplesoftheLaw/RestatementsoftheLawContracts?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&VR=3.0&RS=cblt1.0](https://www.westlaw.com/Browse/Home/SecondarySources/RestatementsPrinciplesoftheLaw/RestatementsoftheLawContracts?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&VR=3.0&RS=cblt1.0).

*breach of his duty under a contract of sale if performance as agreed has been made impracticable by the occurrence of a contingency the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made [...].*

Posteriormente, além dos casos de compra e venda abrangidos pelo UCC, a aplicação da *impracticability* foi reconhecida e ampliada a outros tipos contratuais pelo *Restatement (Second) of Contracts*, que estabelece no § 261 que:

*Where, after a contract is made, a party's performance is made impracticable without his fault by the occurrence of an event the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made, his duty to render that performance is discharged, unless the language or the circumstances indicate the contrary*<sup>203</sup>.

O contrato que se torna impraticável, portanto, difere do contrato que se torna impossível ou tem seu propósito frustrado. Para que a doutrina da *impracticability* seja aplicada, é necessário que se verifiquem três condições: (i) o risco de ocorrência do evento superveniente não tenha sido assumido por nenhuma das partes, conforme análise dos termos contratuais e da imprevisibilidade do evento em questão; (ii) o pressuposto básico do contrato celebrado não tenha considerado a ocorrência de tal evento; e (iii) o evento em questão tenha tornado a cumprimento do contrato comercialmente impraticável<sup>204</sup>.

Além disso, ainda que surja uma situação de impraticabilidade comercial, o promitente continua obrigado a cumprir suas obrigações se tiver garantido expressamente a sua execução. Ou seja, a defesa baseada na impraticabilidade comercial não pode ser invocada em contratos onde a garantia de cumprimento foi objeto de negociação entre as partes<sup>205</sup>.

No que diz respeito às consequências de sua aplicação, a *impracticability* também opera via *discharge*, ou seja, o devedor da obrigação afetada fica exonerado, e o contrato é resolvido por meio da *termination*. Esse efeito geral, no entanto, é matizado pelo

---

<sup>203</sup> Restatement (Second) of Contracts § 261 (1981). Disponível em: [https://www.westlaw.com/Document/Ib0bc2f02da5e11e2aa340000837bc6dd/View/FullText.html?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&VR=3.0&RS=cblt1.0](https://www.westlaw.com/Document/Ib0bc2f02da5e11e2aa340000837bc6dd/View/FullText.html?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&VR=3.0&RS=cblt1.0).

<sup>204</sup> DIGWA-SINGH, Sukhnam. "The application of commercial impracticability under article 2-615 of the Uniform Commercial Code". In: MCKENDRICK, Ewan (Ed.). *Force Majeure and Frustration of Contract*, 2<sup>nd</sup> ed. New York: Informa Law from Routledge, 2013, p. 306-307.

<sup>205</sup> JUBA, M. Rosalee. "Relief from long-term coal sales contracts through commercial impracticability". In: *West Virginia Law Review*, v. 87, 1985, p. 717. Disponível em: <https://researchrepository.wvu.edu/wvlr/vol87/iss3/10>.

comentário oficial nº 6 ao artigo 2-615 do *Uniform Commercial Code (UCC)*, que reconhece a possibilidade de ajuste ou adaptação do contrato em situações onde sua manutenção ou resolução total não são apropriadas em termos de razão e justiça., conforme se extrai da redação a seguir:

*In situations in which neither sense nor justice is served by either answer when is posed in flat terms of “excuse” or “no excuse”, adjustment under the various provisions of this Article is necessary, especially the sections on good faith, on insecurity and assurance and on the reading of all provisions in the light of their purposes, and the general policy of this Act to use equitable principles in furtherance of commercial standards and good faith*<sup>206</sup>.

Segundo Triantis, a principal justificativa para a doutrina da *impracticability* é sua função de preencher lacunas contratuais, atribuindo riscos que as partes não distribuíram por conta própria. A premissa subjacente é que as partes, ao celebrarem o contrato, não puderam – e muitas vezes nem poderiam – prever e alocar riscos que são intrinsecamente imprevisíveis<sup>207</sup>. Sugere-se, no entanto, que a interpretação de que a doutrina da impraticabilidade não se refere à celebração de contratos sob contingências imprevistas ou à avaliação de riscos em cenários de incerteza, mas está relacionada exclusivamente a aumentos catastróficos nos custos de cumprimento da obrigação<sup>208</sup>. Nessa visão, a doutrina se aplica independentemente da natureza ou probabilidade da contingência que gerou o aumento dos custos. Assim, a função da *impracticability* é limitar a exposição do promitente a perdas catastróficas, proporcionando uma salvaguarda em situações de extrema onerosidade no cumprimento contratual<sup>209</sup>.

---

<sup>206</sup> Art. 2-615 UCC, Official Comment No. 6: “Increased cost alone does not excuse performance unless the rise in the cost is due to some unforeseen contingency which alters the essential nature of the performance. Neither is a rise or a collapse in the market in itself a justification, for that is exactly the type of business risk which business contracts made at fixed prices are intended to cover. But a severe shortage of raw materials or of supplies due to a contingency such as war, embargo, local crop failure, unforeseen shutdown of major sources of supply or the like, which either causes a marked increase in cost or altogether prevents the seller from securing supplies necessary to his performance, is within the contemplation of this section”.

Disponível

em:

[https://www.westlaw.com/Document/N8A2EBEC001C411DD8320AE42787FBF1D/View/FullText.html?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&VR=3.0&RS=cblt1.0](https://www.westlaw.com/Document/N8A2EBEC001C411DD8320AE42787FBF1D/View/FullText.html?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&VR=3.0&RS=cblt1.0).

<sup>207</sup> TRIANTIS, George G. “Contractual Allocations of Unknown Risks: A Critique of the Doctrine of Commercial Impracticability”. In: *The University of Toronto Law Journal*, Vol. 42, No. 4 (Autumn, 1992), p. 451

<sup>208</sup> TRIANTIS, George G. “Contractual Allocations of Unknown Risks: A Critique of the Doctrine of Commercial Impracticability”. In: *The University of Toronto Law Journal*, Vol. 42, No. 4 (Autumn, 1992), p. 481.

<sup>209</sup> TRIANTIS, George G. “Contractual Allocations of Unknown Risks: A Critique of the Doctrine of Commercial Impracticability”. In: *The University of Toronto Law Journal*, Vol. 42, No. 4 (Autumn, 1992), p. 481.

O caso *Mineral Park Land Co. v. Howard*, de 1916, é amplamente reconhecido como um dos primeiros precedentes significativos na doutrina da impraticabilidade comercial nos Estados Unidos. Neste precedente, Howard contratou a extração de cascalho da propriedade de Mineral Park para construir uma ponte. Entretanto, ele extraiu menos da metade do material previsto no contrato, alegando que a extração adicional seria extremamente custosa devido à necessidade de técnicas avançadas. O tribunal decidiu que, embora a extração fosse tecnicamente possível, os custos proibitivos tornavam a execução do contrato impraticável, e por isso, Howard foi exonerado da obrigação de cumprir integralmente o contrato (*discharged*) com base na doutrina da impraticabilidade comercial<sup>210</sup>.

Apesar de representar uma abordagem menos inflexível em comparação com a *sanctity of contracts*, a doutrina da *impracticability* também tem suas limitações. Entende-se que o aumento de custos de uma obrigação devido a crises econômicas e financeiras não exime a parte de cumprir sua obrigação, a menos que seja resultado de uma contingência imprevista que altere essencialmente a natureza da obrigação, como uma escassez relevante de matérias-primas causada por guerras ou por interrupções na cadeia de fornecimento<sup>211</sup>.

Nessa seara, o caso notório *Aluminum Co. of America v. Essex Group*<sup>212</sup>, também conhecido como *ALCOA*, exemplifica uma possível mudança de paradigma em relação aos efeitos da *impracticability*, ainda que se mostre isolado na jurisprudência<sup>213</sup>. A disputa

---

<sup>210</sup> Estados Unidos da América, Suprema Corte da Califórnia, *MINERAL Park Land Co. v. Howard*. 172 Cal. 289, 156 P. 458, 1916. julgado em 16 de janeiro 1916.

<sup>211</sup> Art. 2-615 UCC, Official Comment No. 4: “Increased cost alone does not excuse performance unless the rise in the cost is due to some unforeseen contingency which alters the essential nature of the performance. Neither is a rise or a collapse in the market in itself a justification, for that is exactly the type of business risk which business contracts made at fixed prices are intended to cover. But a severe shortage of raw materials or of supplies due to a contingency such as war, embargo, local crop failure, unforeseen shutdown of major sources of supply or the like, which either causes a marked increase in cost or altogether prevents the seller from securing supplies necessary to his performance, is within the contemplation of this section”. Disponível em: [https://www.westlaw.com/Document/N8A2EBEC001C411DD8320AE42787FBF1D/View/FullText.html?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&VR=3.0&RS=cblt1.0](https://www.westlaw.com/Document/N8A2EBEC001C411DD8320AE42787FBF1D/View/FullText.html?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&VR=3.0&RS=cblt1.0)

<sup>212</sup> *Aluminum Co. of America v. Essex Group, Inc.*, 499 F. Supp. 53 (W.D. Pa. 1980).

<sup>213</sup> Outro precedente que se mostra paradigmático no quesito revisão contratual em caso de superveniência, ainda que não tenha aplicado a doutrina da *impracticability*, é o *National Presto Industries, Inc. v. The United States*, cuja disputa envolvia custos imprevistos e inesperados, em um contrato de preço fixo, causados pela necessidade de se realizar uma mudança técnica no modo de produção dos artigos

envolveu um contrato de longa duração para o fornecimento de alumínio, onde um aumento acentuado no preço da mercadoria, causado por circunstâncias imprevisíveis, tornou o cumprimento do contrato extremamente oneroso para uma das partes.

Ao proferir sua decisão, o tribunal esclareceu que, nos casos de *mistake*, *frustration* e *impracticability*, as consequências mais comuns são a *termination* do contrato ou, se a alegação não for aceita, a execução do contrato em sua forma original. Essas soluções seguem o que a doutrina denomina de abordagem "all-or-nothing approach"<sup>214</sup>. Quando a *termination* é operada, a corte pode conceder uma restituição com base nos benefícios obtidos pelas partes se uma ou ambas já cumpriram parte de suas obrigações, visando evitar o enriquecimento ilícito. Nesse caso, a restituição é denominada pelos tribunais de *Common Law* de *reformation*, que se coloca num sentido amplo de *modification*.

Reconhecendo que as perdas enfrentadas por uma das partes eram suficientes para tornar o contrato impraticável, o tribunal optou por ajustar a cláusula de preço do contrato, reduzindo o lucro da *ALCOA*. Essa adaptação foi escolhida para preservar as razões, os objetivos e as expectativas originais das partes envolvidas, em vez de recorrer a outras soluções judiciais. O tribunal justificou essa decisão explicando que “[s]uch a remedy is essential to avoid injustice in this case”<sup>215</sup>. Para implementar essa alternativa à solução *all-or-nothing*, o tribunal invocou a *Section 272(2)* do *Restatement (Second) of Contracts*, que, ao tratar do remédio de *restitution*, prevê o seguinte:

*In any case governed by the rules stated in this Chapter [Impracticability of Performance and Frustration of Purpose], if those rules together with the rules stated in Chapter 16 [Remedies] will not avoid injustice, the court may grant*

---

contratados. A corte enquadrando juridicamente o caso como *mutual mistake*, e considerou justa a revisão contratual para que cada parte suportasse uma parcela daqueles custos. Decidiu-se, assim, que, “[r]eformation, as the child of equity, can mold its relief to attain any fair result within the broadest perimeter of the charter the parties have established for themselves. Where that arrangement has allocated the risk to neither side, a judicial division is fair and equitable. The division can follow from the special circumstances if there are any; in their absence an equal split would fit the basic postulate that the contract has assigned the risk to neither party”. Cf. *National Presto Industries, Inc. v. the United States*, 338 F.2d 99 (Ct. Cl. 1964).

<sup>214</sup> REEDER, Robert W. “Court-Imposed Modifications: Supplementing the All-or-Nothing Approach to Discharge Cases”. In: *Ohio State Law Journal*, vo. 44, n. 4, 1983, p. 1089.

<sup>215</sup> *Aluminum Co. of America v. Essex Group, Inc.*, 499 F. Supp. 53 (W.D. Pa. 1980), \*80.

*relief on such terms as justice requires including protection of the parties' reliance interests*<sup>216</sup>.

Segundo Hillman, a crítica que considera a revisão judicial em contratos de longa duração como uma interferência inadmissível na autonomia privada das partes não reconhece adequadamente que os tribunais de *Common Law*, especialmente nos Estados Unidos, já realizam, de fato, uma revisão contratual<sup>217</sup>. Essa revisão ocorre, inclusive, com base nas disposições do *Uniform Commercial Code*, seja por meio de *gap filling* em casos de *unconscionability*, ou através da concessão de *specific performance*, que pode incluir “outros alívios que o tribunal considere justos”<sup>218</sup>.

No contexto da *impracticability*, deve-se destacar outro elemento que dificulta a aceitação de alterações contratuais. A modificação de contratos por meio de acordos subsequentes entre as partes começou com a distinção entre contratos que aumentam e aqueles que diminuem obrigações. No século XIX, nenhum desses tipos de contrato era considerado juridicamente válido, em grande parte devido à ausência de contraprestação. Acreditava-se que esse requisito não era atendido porque, em ambos os casos, o beneficiário da modificação apenas cumpria o que já estava previamente obrigado a fazer em relação ao promitente<sup>219</sup>. Essa interpretação refletia uma visão estrita da necessidade de nova contraprestação para validar qualquer alteração contratual, já que, sem um benefício adicional ou uma nova obrigação assumida, a modificação era vista como carente de um elemento essencial.

---

<sup>216</sup> Restatement (Second) of Contracts § 272(2) (1981). Disponível em: [https://www.westlaw.com/Document/Ib0be51eeda5e11e2aa340000837bc6dd/View/FullText.html?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&VR=3.0&RS=cblt1.0](https://www.westlaw.com/Document/Ib0be51eeda5e11e2aa340000837bc6dd/View/FullText.html?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&VR=3.0&RS=cblt1.0).

<sup>217</sup> HILLMAN, Robert A. “Court Adjustment of Long-Term Contracts: An Analysis under Modern Contract Law”. In: *Duke Law Journal*, vol. 1987, February, n. 1, 1987, p. 29. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol36/iss1/1/> (Acesso em 25/03/2021).

<sup>218</sup> UCC, §2-716(2), cf.: “§ 2-716. Buyer's Right to Specific Performance or Replevin. (1) Specific performance may be decreed where the goods are unique or in other proper circumstances. (2) The decree for specific performance may include such terms and conditions as to payment of the price, damages, or other relief as the court may deem just. (3) The buyer has a right of replevin for goods identified to the contract if after reasonable effort he is unable to effect cover for such goods or the circumstances reasonably indicate that such effort will be unavailing or if the goods have been shipped under reservation and satisfaction of the security interest in them has been made or tendered”. Disponível em: [https://www.westlaw.com/Browse/Home/StatutesCourtRules/UniformLawsAnnotatedULA/UniformLawsAnnotated160?guid=NA54256700BD11DD8320AE42787FBF1D&transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&VR=3.0&RS=cblt1.0](https://www.westlaw.com/Browse/Home/StatutesCourtRules/UniformLawsAnnotatedULA/UniformLawsAnnotated160?guid=NA54256700BD11DD8320AE42787FBF1D&transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&VR=3.0&RS=cblt1.0).

<sup>219</sup> TREITEL, Guenter. *Some Landmarks of Twentieth Century Contract Law*. Oxford: Clarendon Press, 2002, p. 42.

De todo modo, fica claro que a modificação contratual não deve ser aceita quando a parte que solicita a alteração é responsável pelo risco da contingência não prevista. Nesse caso, permitir a modificação significaria uma transferência indevida do risco originalmente alocado, resultando em um uso inadequado da vantagem contratual obtida. No entanto, a modificação pode ser aceita pelos tribunais quando há uma reciprocidade de benefícios entre as partes, ou seja, quando ambas as partes obtêm vantagens com a alteração do contrato<sup>220</sup>.

Harrison aponta que, tanto a doutrina quanto a jurisprudência frequentemente demonstram insatisfação com a abordagem "tudo ou nada" na resolução de conflitos contratuais. Essa insatisfação dos tribunais leva a ajustes nos conceitos de enriquecimento sem causa e de culpa, buscando alcançar resultados mais equilibrados e aceitáveis. Embora parte da doutrina defenda o compartilhamento das perdas entre as partes, essa posição muitas vezes carece de justificativas robustas<sup>221</sup>.

Conforme argumenta Reeder, a abordagem *all or nothing*, que se restringe à manutenção ou à resolução completa do contrato, tende a desestimular renegociações e a aumentar a probabilidade de litígios. Isso se deve ao fato de que, quando as partes percebem que a adaptação judicial do contrato não é uma opção viável e que a concessão de *discharge* é improvável, a parte que se beneficia, ou pelo menos não é prejudicada pelo evento superveniente não tem qualquer incentivo para considerar uma para renegociar os termos contratados<sup>222</sup>.

Como regra geral, os sistemas jurídicos de *Common Law* tendem a hesitar em adotar a revisão contratual como alternativa à abordagem *all-or-nothing* devido ao fato de essa solução ser vista como uma fonte potencial de maior incerteza. Isso ocorre porque, ao permitir a revisão judicial do contrato, a realocação dos riscos originalmente acordados

---

<sup>220</sup> GERHART, Peter M. *Contract Law and Social Morality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021, p. 183.

<sup>221</sup> HARRISON, Jeffrey L. "A Case for Loss Sharing." In: *Southern California Law Review*, vol. 56, no. 2, January 1983, p. 601.

<sup>222</sup> REEDER, Robert W. "Court-Imposed Modifications: Supplementing the All-or-Nothing Approach to Discharge Cases". In: *Ohio State Law Journal*, vo. 44, n. 4, p. 1984-1985. Disponível em: <https://kb.osu.edu/handle/1811/65275>.

pelas partes passa a depender da interpretação e decisão do julgador, o que pode introduzir imprevisibilidade nos resultados<sup>223</sup>.

Sob essa perspectiva, quando um evento superveniente torna a execução do contrato impraticável ou comercialmente impossível para uma das partes, Halpern entende que a equidade no relacionamento contratual pode exigir que as perdas consequentes sejam compartilhadas entre as partes. Não é irracional sugerir a existência de um "dever de ajuste", uma obrigação que vai além da simples boa-fé, impondo a uma das partes o dever de concordar com a modificação dos termos do contrato. Esse ajuste seria necessário para evitar que uma parte obtenha uma vantagem injustificada às custas da outra<sup>224</sup>.

Triantis aponta, no entanto, que a intervenção judicial pode ser justificada quando os riscos não são corretamente avaliados devido a erros ou vieses, e a parte à qual esses riscos foram atribuídos não foi adequadamente recompensada. Portanto, nesses casos, o equívoco na avaliação dos riscos pode resultar em uma alocação injusta das responsabilidades, especialmente se a parte afetada não recebeu uma compensação proporcional pelo risco assumido<sup>225</sup>.

Entende-se, de forma geral, que se os tribunais realocam os riscos por meio de figuras do direito aplicável, como a *impracticability*, ocorre uma interferência na autonomia contratual que nem sempre pode ser justificada sob a ótica da eficiência econômica. Mesmo considerando essa perspectiva de eficiência, argumenta-se que as ineficiências na alocação de riscos, causadas por erros cognitivos e vieses, devem ser resolvidas ao longo do tempo pelo mercado. No entanto, Triantis defende que a intervenção judicial pode ser necessária para corrigir a compensação inadequada de uma parte que subestimou um risco específico pelo qual é contratualmente responsável. Da

---

<sup>223</sup> SEROZAN, Rona. "General Report on the Effects of Financial Crises on the Biding Force of Contracts: Renegotiation, Rescission or Revision". In: BAŞOĞLU, Başak (Ed.) *The Effects of Financial Crises on the Binding Force of Contracts – Renegotiation, Rescission or Revision*. Cham: Springer, 2016, p. 25.

<sup>224</sup> HALPERN, Sheldon W. "Application of the Doctrine of Commercial Impracticability: Searching for 'The Wisdom of Solomon.'" In: *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 135, no. 5, 1987, pp. 1123–1178. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/3312106>, p. 1129

<sup>225</sup> TRIANTIS, George G. "Contractual Allocations of Unknown Risks: A Critique of the Doctrine of Commercial Impracticability". In: *The University of Toronto Law Journal*, Vol. 42, No. 4 (Autumn, 1992), p. 454

mesma forma, a lei deve intervir quando a parte que não assume riscos pagou em excesso devido à sua sobreavaliação do risco adverso suportado pela outra parte<sup>226</sup>.

Halpern observa, em todo o caso, que o caso *ALCOA* tem sido ineficaz no desenvolvimento de uma abordagem moderna para a aplicação da *impracticability*, uma vez que ainda não se alcançou um consenso sobre a *doctrine* que possa servir de base para a visão do Juiz Teitelbaum, que proferiu a decisão no caso<sup>227</sup>. Sem um acordo sobre os princípios que deveriam guiar a aplicação da *impracticability*, o caso não criou um precedente robusto que possa ser utilizado de forma confiável em litígios futuros, deixando a *doctrine* nessa área ainda fragmentada e incerta.

Da mesma forma, embora o caso Mineral Park continue sendo um exemplo clássico da aplicação da doutrina da inviabilidade comercial (*commercial impracticability*), ele oferece pouca orientação frente à crescente complexidade das relações contratuais e à maior interdependência das atividades comerciais, características do mundo dos negócios no último terço do século XX. As questões envolvendo essa doutrina tornaram-se progressivamente mais complexas, o que fez com que a *impracticability* se tornasse uma defesa frequentemente invocada, mas raramente e de forma irregular aplicada<sup>228</sup>.

Uma análise crítica da abordagem denominada "tudo-ou-nada" ou "eficiente" levanta dois questionamentos importantes. Primeiro, como observa Harrison, essa abordagem trata o contrato como uma relação essencialmente adversarial, quando, na realidade, as relações contratuais são esforços cooperativos destinados a criar utilidade mútua para ambas as partes, com uma distribuição equilibrada de contribuições e ganhos. O resultado "tudo-ou-nada" ignora a natureza cooperativa da relação contratual definida pelas partes, forçando-as a adotar uma postura adversarial desde a fase pré-contratual<sup>229</sup>.

---

<sup>226</sup> TRIANTIS, George G. "Contractual Allocations of Unknown Risks: A Critique of the Doctrine of Commercial Impracticability". In: The University of Toronto Law Journal, Vol. 42, No. 4 (Autumn, 1992), p. 480

<sup>227</sup> HALPERN, Sheldon W. "Application of the Doctrine of Commercial Impracticability: Searching for 'The Wisdom of Solomon.'" In: University of Pennsylvania Law Review, vol. 135, no. 5, 1987, pp. 1123–78. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/3312106>, p. 1130.

<sup>228</sup> HALPERN, Sheldon W. "Application of the Doctrine of Commercial Impracticability: Searching for 'The Wisdom of Solomon.'" In: University of Pennsylvania Law Review, vol. 135, no. 5, 1987, pp. 1123–78. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/3312106>, p. 1134-1135.

<sup>229</sup> HARRISON, Jeffrey L. "A Case for Loss Sharing." In: Southern California Law Review, vol. 56, no. 2, January 1983, p. 601.

Em segundo lugar, Harrison entende que essa abordagem compromete a autonomia privada das partes, ao desconsiderar o fato de que nenhuma delas concordou em arcar com a totalidade das perdas resultantes de um evento imprevisto. Forçar uma parte a suportar integralmente as consequências de tais eventos vai contra o espírito de cooperação que deveria orientar a relação contratual, além de impor um fardo que não foi consensualmente acordado<sup>230</sup>.

### **III.3 Síntese Comparativa: flexibilidade ou rigidez**

O capítulo examinou como os sistemas de *Civil Law* e *Common Law* abordam a distribuição de riscos contratuais em face de eventos supervenientes, com ênfase na extinção ou revisão dos contratos diante de circunstâncias imprevistas que afetam o equilíbrio contratual pactuado pelas partes. A questão do risco é central nessa análise, uma vez que a alocação de riscos entre as partes determina a maneira como cada sistema jurídico responde à superveniência de eventos que interferem no cumprimento das obrigações.

No sistema de *Civil Law*, tanto Portugal quanto Brasil possuem regimes que tratam da extinção do vínculo contratual por impossibilidade objetiva, definitiva e não imputável ao devedor. No direito português, os artigos 790.º e 795.º estabelecem que, em caso de impossibilidade objetiva de cumprimento, a obrigação se extingue, e o devedor é liberado de sua responsabilidade. A impossibilidade subjetiva, por outro lado, não exonera o devedor, que permanece responsável pelas consequências do inadimplemento, pois o risco permanece com ele. No Brasil, o regime segue lógica semelhante, com a extinção do contrato quando há impossibilidade definitiva. A impossibilidade temporária, contudo, pode suspender a execução do contrato até que seja possível cumpri-lo.

Nesses ordenamentos, a abordagem para casos de impossibilidade está, em certa medida, ligada ao conceito de culpa. Nesses sistemas, investiga-se se a parte inadimplente

---

<sup>230</sup> HARRISON, Jeffrey L. "A Case for Loss Sharing." In: *Southern California Law Review*, vol. 56, no. 2, January 1983, p. 601.

agiu com negligência, seja por ação ou omissão, ao avaliar se a impossibilidade do cumprimento da obrigação pode ser atribuída a algum comportamento culposo<sup>231</sup>.

Além disso, ambos os sistemas regulam a revisão ou resolução dos contratos em situações de alteração imprevista das circunstâncias que afetam o equilíbrio das obrigações. No direito português, a teoria da alteração das circunstâncias, prevista no artigo 437.º, permite a revisão ou a resolução do contrato quando eventos imprevisíveis e anormais afetam a base do negócio, levando a um desequilíbrio contratual que não poderia ter sido previsto no momento da celebração do contrato. A análise do risco aqui se concentra em verificar se os eventos supervenientes estavam dentro do que as partes razoavelmente poderiam ter assumido como parte dos riscos contratuais.

No Brasil, a teoria da imprevisão, regulada pelo artigo 317 do Código Civil, permite a revisão das obrigações quando, por motivos imprevisíveis, a prestação se torna excessivamente onerosa para uma das partes. Já o artigo 478 regula a onerosidade excessiva em contratos de execução continuada ou diferida, permitindo a resolução do contrato quando há um desequilíbrio significativo entre as obrigações, provocado por eventos extraordinários e imprevisíveis.

Na família de *Common Law*, o tratamento de riscos em eventos supervenientes é mais rígido. No direito inglês, a doutrina da *frustration of contract* aplica-se quando eventos imprevistos tornam impossível ou radicalmente diferente o cumprimento do contrato, resultando na extinção do vínculo contratual. Nesse caso, o risco do evento superveniente recai sobre a parte mais afetada, sem que haja margem para revisão ou redistribuição contratual. A intervenção judicial é limitada à extinção do contrato, sem considerar ajustes nas obrigações.

Nesses ordenamentos, a análise se baseia no conceito de *guaranty liability*, ou seja, naquilo que foi prometido no contrato. Nesse contexto, o foco está na intenção expressa ou implícita das partes no momento da celebração do contrato, para determinar

---

<sup>231</sup> MARCANTONIO, J. Barrigan. “Unifying the Law of Impossibility” In: *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 8, n. 41, 1984, p. 55.

se uma delas deveria assumir o risco de ocorrência do impedimento<sup>232</sup>. Distribui-se o risco do inadimplemento objetivamente, conforme a expectativa de qual parte deveria suportar tal risco. Critérios subjetivos, como a ausência de culpa, não alteram essa alocação, pois comprometeriam a previsibilidade do sistema. Por outro lado, os sistemas de *civil law* tendem, em maior ou menor grau, a considerar os aspectos subjetivos de cada caso para alcançar uma solução mais justa<sup>233</sup>.

Nos Estados Unidos, além da *frustration*, a doutrina da *impracticability*, prevista no *Uniform Commercial Code*, oferece uma abordagem mais flexível, permitindo a exoneração de obrigações quando o cumprimento se torna comercialmente impraticável. Embora ainda limitada, a *impracticability* reconhece que o risco excessivo e não previsto pelas partes pode justificar a intervenção judicial, mesmo que o cumprimento não seja tecnicamente impossível. Essa doutrina diferencia-se da abordagem inglesa ao admitir que os riscos supervenientes podem ser redistribuídos de forma mais equitativa, permitindo maior flexibilidade em contratos que se tornaram excessivamente onerosos.

Em termos gerais, pode-se ainda dizer que as regras de exoneração de responsabilidade por inadimplemento podem ter diferentes finalidades. Em alguns sistemas jurídicos, o objetivo é redistribuir o risco de eventos imprevistos entre as partes, considerando qual delas está em melhor condição para assumir esse risco. Essa abordagem costuma se basear na responsabilidade objetiva, aplicada sem levar em conta a conduta da parte que não cumpriu suas obrigações. Por outro lado, a regra também pode proteger a parte que agiu com diligência, evitando que ela seja responsabilizada por eventos imprevistos, desde que não tenha contribuído para o surgimento do obstáculo, mesmo que, objetivamente, estivesse mais próxima de assumir o risco<sup>234</sup>.

A regulação de riscos em contratos, seja por meio de normas estatutárias ou decisões judiciais, levanta questões importantes sobre a interação entre a intervenção estatal e a liberdade contratual das partes. Nesse sentido, um primeiro questionamento

---

<sup>232</sup> MARCANTONIO, J. Barrigan. "Unifying the Law of Impossibility" In: Hastings International and Comparative Law Review, vol. 8, n. 41, 1984, p. 55.

<sup>233</sup> CORDERO-MOSS, Giuditta. *International Commercial Contracts: Contract Terms, Applicable Law and Arbitration*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2024, p. 176.

<sup>234</sup> CORDERO-MOSS, Giuditta. *International Commercial Contracts: Contract Terms, Applicable Law and Arbitration*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2024, p. 171-172.

fundamental é: em que medida a regulação de riscos de forma estatutária ou judicial pode incentivar ou desincentivar soluções privadas? Essa questão envolve uma reflexão sobre o papel das normas impostas externamente nos contratos, especialmente em termos de sua capacidade de promover ou restringir a negociação de soluções específicas e personalizadas pelas partes. Será que a imposição de regras específicas limita a criatividade e a autonomia contratual?

Na jurisdição onde prevalece a regra menos eficiente, seria natural que as partes contratantes procurassem incluir cláusulas específicas em seus contratos para neutralizar ou reverter essa regra padrão desfavorável. Assim, ao examinar e comparar os termos contratuais adotados em diferentes países, torna-se possível identificar qual das regras legais em questão é mais eficiente. Esse tipo de análise comparativa é fundamental para compreender qual abordagem jurídica está mais alinhada com os interesses econômicos das partes envolvidas, permitindo ajustar os contratos de forma a maximizar a eficiência e a equidade nas transações<sup>235</sup>.

Posner e Rosenfield argumentam que, se uma jurisdição permite a extinção de obrigações contratuais enquanto outra não, e não há justificativa econômica clara para essa diferença, é provável que uma delas esteja aplicando uma regra menos eficiente. Nas jurisdições com regras menos eficientes, as partes precisarão incluir cláusulas específicas para compensar essa ineficiência, o que torna o sistema mais oneroso e complexo, sugerindo uma possível ineficiência inerente à abordagem da *Common Law*.

Ou seja, como observa Sánchez Lorenzo, a principal diferença entre as famílias jurídicas parece residir no fato de que o sistema de *Common Law* não oferece outra solução além da característica abordagem de frustração, ou seja, a resolução pura e simples do contrato (regra do "tudo ou nada"), sem espaço para qualquer revisão ou adaptação. Isso, conforme apontado por renomados estudiosos, constitui o ponto central

---

<sup>235</sup> POSNER, Richard A., ROSENFELD, Andrew M. "Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis." In: *The Journal of Legal Studies*, vol. 6, no. 1, 1977, p. 118. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/724191>.

de discordância entre os sistemas de direito romano-germânico, e até mesmo o sistema americano, por um lado, e o Direito inglês, por outro<sup>236</sup>.

Essa divergência está intimamente ligada à resistência do Direito inglês em adotar soluções interpretativas que reconstruam o contrato além da vontade expressa das partes, que possam se basear em critérios de justiça, boa-fé ou equidade. Enquanto os sistemas de direito continental e, em certa medida, o sistema americano, permitem que o intérprete do contrato corrija "injustiças comerciais" ao reescrever ou adaptar os termos contratuais, o Direito inglês tende a manter uma postura mais rígida<sup>237</sup>.

Admite-se na doutrina uma possível tendência para que os tribunais possam optar por transcender as intenções das partes e examinar se houve equidade no processo de negociação<sup>238</sup>. Eles podem questionar, assim, qual das partes suportaria melhor a perda decorrente do contrato.

Por outro lado, Pratt aponta para uma outra categoria de casos que sugere que alguns tribunais podem começar a enxergar os contratos de longo prazo como relacionamentos que impõem obrigações às partes devido à confiança mútua de que o relacionamento persistirá. Se uma das partes demonstrar ter confiado em um aspecto específico do contrato, então, quando ocorrer um evento inesperado, o adjudicador poderá modificar o contrato para permitir que o relacionamento prossiga, em vez de insistir rigorosamente na aplicação do contrato conforme escrito<sup>239</sup>.

Embora um núcleo comum possa ser identificado em um nível mais abstrato, Cordero-Moss entende que as divergências entre os sistemas podem ter grande impacto a nível prático. O fato de dois sistemas jurídicos alcançarem o mesmo resultado sugere a existência de um núcleo comum entre eles; no entanto, se as técnicas para atingir esse

---

<sup>236</sup> LORENZO, Sixto Sánchez. "La frustración del contrato" In: LORENZO, Sixto Sánchez (Ed.) *Derecho Contractual Comparado: Una perspectiva europea y transnacional*. 3ª ed, Tomo II, Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited, 2016, p. 571.

<sup>237</sup> LORENZO, Sixto Sánchez. "La frustración del contrato" In: LORENZO, Sixto Sánchez (Ed.) *Derecho Contractual Comparado: Una perspectiva europea y transnacional*. 3ª ed, Tomo II, Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited, 2016, p. 571.

<sup>238</sup> PRATT, Walter F. "Afterword: Contracts and Uncertainty". In: *Law & Contemporary Problems*, vol. 46, 1983, p. 169-180. Disponível em: [https://scholarship.law.nd.edu/law\\_faculty\\_scholarship/129](https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/129).

<sup>239</sup> PRATT, Walter F. "Afterword: Contracts and Uncertainty". In: *Law & Contemporary Problems*, vol. 46, 1983, p. 169-180. Disponível em: [https://scholarship.law.nd.edu/law\\_faculty\\_scholarship/129](https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/129).

resultado variam, um contrato redigido conforme as exigências de um sistema pode não satisfazer os requisitos do outro. Assim, o resultado será alcançado apenas em um dos sistemas, apesar da viabilidade teórica de obtê-lo em ambos<sup>240</sup>.

Como bem destacam Zweigert e Kötz, a microcomparação pode não ser eficaz se não levar em conta o contexto institucional mais amplo em que essas regras se desenvolveram e são aplicadas na prática. Para que uma comparação seja verdadeiramente útil e esclarecedora, é essencial considerar os fatores históricos, culturais, e institucionais que moldaram a evolução das normas jurídicas em cada jurisdição<sup>241</sup>. As abordagens distintas que cada sistema jurídico emprega para lidar com a questão da alocação de riscos em contratos são profundamente influenciadas por seus respectivos contextos socioeconômicos. No modelo de mercado puro, assim como nas exigências particulares do comércio internacional, encontram-se as razões que explicam a posição geralmente restritiva adotada pelos tribunais ingleses e americanos em relação à intervenção judicial em questões contratuais<sup>242</sup>.

No mesmo sentido, Vicente Moura sugere que essas diferenças de regime heterônimo não se resumem a aspectos técnicos jurídicos, mas têm raízes históricas, filosóficas e ideológicas profundas. Nos sistemas jurídicos em questão, há concepções distintas sobre o respeito à liberdade contratual e à força obrigatória dos contratos. Esse respeito tende a ser maior nos sistemas de *Common Law*, que valorizam a "santidade" dos contratos, refletindo um individualismo característico do "espírito inglês"<sup>243</sup>.

Já o direito contratual dos sistemas romano-germânicos é influenciado pela ética contratual de S. Tomás de Aquino, baseada em Aristóteles, que defende a proporcionalidade das prestações contratuais como expressão da justiça comutativa. Essa visão moral do contrato justifica tanto a preocupação com o equilíbrio das prestações quanto o favorecimento do devedor e outras manifestações de solidarismo contratual. No

---

<sup>240</sup> CORDERO-MOSS, Giuditta. *International Commercial Contracts: Contract Terms, Applicable Law and Arbitration*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2024, p. 145.

<sup>241</sup> ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduction to Comparative Law*. Tradução de Tony Weir, 3ª ed. Rev. Oxford: Clarendon Press, 1998, p. 5.

<sup>242</sup> KARAMPATZOS, Antonis. "Supervening Hardship as Subdivision of the General Frustration Rule: A comparative Analysis with Reference to Anglo-American, German, French and Greek Law". In: *European Review of Private Law*, 2, Alphen aan den Rijn: Kluwer International Law, 2005, p. 144.

<sup>243</sup> VICENTE, Dário Moura. *Direito Comparado*, vol. II, Obrigações. Reimpressão Coimbra: Almedina, 2019, p. 358-361.

fundo, essas diferenças refletem divergências ideológicas sobre o grau de liberdade dos agentes econômicos e o papel da justiça comutativa e do interesse público na definição dos efeitos contratuais<sup>244</sup>.

#### **IV. A Regulação Autônoma da Distribuição de Riscos de Superveniência**

##### **IV.1. Os Mecanismos de Autonomia Privada na Distribuição de Riscos de Superveniência**

Nos contratos comerciais, é comum que as partes prefiram elaborar cláusulas sob medida, personalizando as disposições para lidar com a alocação de riscos, em vez de confiar nas normas legais para esse propósito. Como explica Monteiro Pires, isso ocorre porque as normas legais, frequentemente vagas ou genéricas em sua aplicação, podem não oferecer a clareza ou a precisão necessárias para atender às necessidades específicas das partes envolvidas<sup>245</sup>.

Por meio da autonomia privada, as partes têm a liberdade de adotar estratégias de gerenciamento de riscos em contratos complexos, permitindo a prevenção de desequilíbrios contratuais. Isso pode ser feito através da inclusão de cláusulas que preveem ajustes automáticos ou semiautomáticos, adaptando o contrato a circunstâncias imprevistas. Além disso, as partes podem estabelecer compromissos de renegociação para restaurar o equilíbrio contratual em situações específicas, garantindo maior flexibilidade e estabilidade no cumprimento das obrigações<sup>246</sup>.

A prática de redigir contratos com a inclusão frequente de cláusulas padrão, independentemente da natureza do contrato ou da lei aplicável, parece ter como objetivo isolar o contrato de influências externas, incluindo a legislação pertinente. Esse estilo de

---

<sup>244</sup> VICENTE, Dário Moura. *Direito Comparado*, vol. II, *Obrigações*. Reimpressão Coimbra: Almedina, 2019, p. 358-361.

<sup>245</sup> PIRES, Catarina Monteiro. “Cláusulas de preço fixo, de ajustamento de preço e de alteração material adversa (“MAC”) e cláusulas de força maior – Revisitando problemas de riscos de desequilíbrio e de maiores despesas em tempos virulentos”. In: *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, a. 80, n. 1-2, 2020, p. 75.

<sup>246</sup> KONDER, Carlos Nelson; SALES, Manoela Medeiros. “Riscos em Complexos Contratuais”. In: PIRES, Catarina Monteiro; et. al. (Coord.). *Riscos no Direito Privado e na Arbitragem*. São Paulo: Almedina Brasil, 2023, p. 100

redação, que busca criar um regime autônomo dentro do próprio contrato, tem suas raízes na tradição do *common law*, onde a ênfase é colocada na autonomia contratual e na precisão dos termos acordados pelas partes. No entanto, como aponta Cordero-Moss, essa abordagem foi amplamente adotada nos contratos do comércio internacional, mesmo quando esses contratos não estão sujeitos a uma legislação baseada no *common law*<sup>247</sup>. Nessas situações, Moura Vicente aponta que “[a]utonomia e heteronomia entrelaçam-se inevitavelmente, mesmo na regulação do contrato internacional”<sup>248</sup>.

#### IV.1.1. A Cláusula de Força Maior

A cláusula de força maior é frequente em contratos comerciais e possibilita que uma parte seja dispensada de cumprir suas obrigações ou autorizada a cumpri-las de modo alternativo, caso ocorra um "evento de força maior". Este tipo de evento, em geral, é caracterizado como uma circunstância de grande escala, imprevisível e muitas vezes catastrófica, que foge ao controle das partes envolvidas<sup>249</sup>.

A estrutura fundamental da cláusula de força maior é composta por dois elementos essenciais: a hipótese e o regime. O componente hipotético delinea as circunstâncias ou eventos que podem ser legitimamente caracterizados como força maior no âmbito do acordo. A materialização de tal hipótese é o fator desencadeante que ativa o mecanismo contratual em questão. Por sua vez, o regime representa o conjunto sistematizado de consequências jurídicas e procedimentais que se desdobram a partir da ocorrência do evento previsto<sup>250</sup>.

No âmbito do comércio internacional, a cláusula de *force majeure* desempenha um papel crucial na gestão de riscos contratuais imprevisíveis. Os instrumentos de

---

<sup>247</sup> CORDERO-MOSS, Giuditta. “Introduction”. In: CORDERO-MOSS, Giuditta (ed.). *Boilerplate clauses, international commercial contracts and the applicable law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 1.

<sup>248</sup> VICENTE, Dário Moura. “A autonomia privada e os seus diferentes significados à luz do direito comparado”. In: *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 8, ano 3, 2016, p. 301.

<sup>249</sup> SYMONS, Ben; DALBY, Joseph. *Force Majeure and Frustration in Commercial Contracts*. Londres: Bloomsbury Professional, 2022, p. 1.

<sup>250</sup> COSTA, José Augusto Fontoura; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. As cláusulas de força maior e de hardship nos contratos internacionais. In: *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*, v. 4, jun. 2011, p. 2. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5155680/mod\\_resource/content/1/forca\\_maior\\_RDM.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5155680/mod_resource/content/1/forca_maior_RDM.pdf).

harmonização do direito têm contribuído significativamente para sua padronização, promovendo maior segurança jurídica nas relações comerciais transnacionais.

A Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG) aborda implicitamente o conceito de força maior em seu artigo 79<sup>251</sup>. Este dispositivo estabelece um regime de exoneração de responsabilidade quando o inadimplemento decorre de um impedimento alheio ao controle da parte, imprevisível e impossível de ser superado. Tal formulação equilibra a preservação da força obrigatória dos contratos com o reconhecimento de circunstâncias extraordinárias impeditivas.

Os Princípios do UNIDROIT sobre Contratos Comerciais Internacionais abordam a questão de maneira mais direta. Seu artigo 7.1.7 delinea com precisão os contornos da *force majeure*, servindo como referência para juristas e negociadores internacionais. Esta abordagem concilia a necessidade de flexibilidade contratual com a exigência de previsibilidade, elementos essenciais no comércio globalizado<sup>252</sup>.

No campo da prática contratual, a Câmara de Comércio Internacional (CCI) tem sido pioneira na disseminação de cláusulas-modelo de *force majeure*<sup>253</sup>. Estas oferecem uma estrutura padronizada para lidar com eventos extraordinários como catástrofes naturais, conflitos armados, embargos e pandemias, estabelecendo procedimentos claros para sua invocação e efeitos sobre as obrigações contratuais.

Também vale a menção aos modelos contratuais publicados pela FIDIC, que são amplamente utilizados em projetos de construção e infraestrutura de grande escala, especialmente em obras internacionais. Na edição de 2017, esses contratos padronizados preveem uma abordagem detalhada para eventos de *force majeure* sob a denominação de "evento excepcional". A subcláusula 18.1, introduzida no modelo *Silver Book* (2017), por

---

<sup>251</sup> Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional. Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG). 1980. Disponível em: [https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale\\_of\\_goods/cisg](https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg).

<sup>252</sup> Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado. *Princípios sobre Contratos Comerciais Internacionais*. Roma: UNIDROIT, 2016. Disponível em: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>.

<sup>253</sup> Câmara de Comércio Internacional. *ICC Force Majeure Clause 2020*. Paris: ICC, 2020. Disponível em: <https://iccwbo.org/news-publications/icc-rules-guidelines/icc-force-majeure-and-hardship-clauses/>.

exemplo, define um conjunto de eventos extraordinários que podem impedir uma das partes de cumprir suas obrigações contratuais. O rol de situações incluídas é abrangente, mas se distingue dos riscos típicos e esperados em contratos de construção internacional, como condições climáticas adversas ou flutuações no mercado, que não são abrangidas por essa cláusula<sup>254</sup>.

A convergência destes instrumentos internacionais em torno do conceito de *force majeure* reflete um esforço coordenado para harmonizar as práticas contratuais globais. Ao fornecer diretrizes uniformes, estes mecanismos mitigam incertezas e potenciais litígios nas transações internacionais. Consequentemente, a cláusula de *force majeure* emerge como elemento crucial na arquitetura dos contratos internacionais, proporcionando equilíbrio entre estabilidade e adaptabilidade face às vicissitudes do comércio global.

Na estruturação das cláusulas de força maior, é recorrente a presença de enumerações, as quais, geralmente, apresentam caráter exemplificativo em detrimento de uma natureza exaustiva. Os fenômenos classificados como força maior abrangem uma ampla gama de ocorrências, podendo ser categorizados em diversas naturezas<sup>255</sup>.

Entre estes, destacam-se os eventos naturais, como sismos, enchentes, ciclones, surtos epidêmicos e infestações de insetos. Ademais, incluem-se nesta classificação as ações governamentais, comumente referidas como fato do príncipe, que englobam medidas restritivas ao comércio internacional e controles cambiais. Outrossim, atos perpetrados por terceiros, sejam eles identificáveis ou não, como depredações e subtrações criminosas, também se enquadram nesta definição. Particularmente relevantes neste contexto são as perturbações de ordem política e social, manifestas em conflitos armados, insurreições, paralisações laborais e lockouts empresariais<sup>256</sup>.

---

<sup>254</sup> BUNNI, Nael G. *The FIDIC Forms of Contract*. 3ª ed. Oxford: Wiley Blackwell, 2005, p. 535.

<sup>255</sup> COSTA, José Augusto Fontoura; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. As cláusulas de força maior e de hardship nos contratos internacionais. In: *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*, v. 4, jun. 2011, p. 2-3. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5155680/mod\\_resource/content/1/forca\\_maior\\_RDM.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5155680/mod_resource/content/1/forca_maior_RDM.pdf).

<sup>256</sup> COSTA, José Augusto Fontoura; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. As cláusulas de força maior e de hardship nos contratos internacionais. In: *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*, v. 4, jun. 2011, p. 2. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5155680/mod\\_resource/content/1/forca\\_maior\\_RDM.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5155680/mod_resource/content/1/forca_maior_RDM.pdf).

No que diz respeito ao regime contratual, as cláusulas de força maior trazem inovações importantes. Se, tradicionalmente, a ocorrência de um evento de força maior resultava na extinção da obrigação, a prática atual, que visa à preservação das relações contratuais, tende a prever a suspensão da execução das obrigações até que a sua retomada seja possível. Caso isso não ocorra dentro de um prazo razoável, a obrigação é então extinta<sup>257</sup>.

A previsão da suspensão pode ser detalhada, abrangendo a duração da suspensão, a possibilidade de prorrogação, e estabelecendo qual das partes possui o direito de decidir sobre essa prorrogação. Por outro lado, para que uma cláusula de força maior seja invocada, a parte interessada deve cumprir os deveres de comunicação e justificativa, geralmente acordados no contrato, uma vez que muitos sistemas jurídicos nacionais não preveem tais exigências<sup>258</sup>.

Uma cláusula de força maior bem elaborada deve abordar diversos pontos essenciais, dentre eles, estabelecer as obrigações de notificação que as partes precisam cumprir, especificando como e quando devem comunicar o evento. Além disso, é fundamental detalhar os efeitos que o evento terá sobre as obrigações contratuais, esclarecendo como o cumprimento poderá ser afetado. Por fim, a cláusula deve tratar das questões de adjudicação, prevendo a forma de resolução de disputas ou a interpretação do evento<sup>259</sup>.

Além disso, a cláusula de força maior pode prever deveres de mitigação de danos e, embora menos comum, a partilha dos riscos relacionados com o aumento de despesas. A vantagem desse tipo de previsão contratual é que, na ausência de uma regulação contratual específica, Monteiro Pires entende ser difícil sustentar que os riscos decorrentes de maiores despesas devido à impossibilidade temporária possam ser

---

<sup>257</sup> COSTA, José Augusto Fontoura; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. As cláusulas de força maior e de hardship nos contratos internacionais. In: *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*, v. 4, jun. 2011, p. 4. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5155680/mod\\_resource/content/1/forca\\_maior\\_RDM.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5155680/mod_resource/content/1/forca_maior_RDM.pdf).

<sup>258</sup> COSTA, José Augusto Fontoura; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. As cláusulas de força maior e de hardship nos contratos internacionais. In: *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*, v. 4, jun. 2011, p. 4. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5155680/mod\\_resource/content/1/forca\\_maior\\_RDM.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5155680/mod_resource/content/1/forca_maior_RDM.pdf).

<sup>259</sup> FURMSTON, Michael. “Drafting of force majeure clauses – some general guidelines”. In: MCKENDRICK, Ewan (Ed.). *Force Majeure and Frustration of Contract*, 2nd ed. New York: Informa Law from Routledge, 2013, p. 58.

partilhados entre credor e devedor. A impossibilidade de cumprimento afeta tanto a prestação quanto a contraprestação, mas, durante o período de suspensão, o devedor pode ser obrigado a suportar despesas adicionais – como armazenamento, manutenção de mão de obra vinculada ao contrato, entre outras – que não existiriam se o impedimento não tivesse ocorrido<sup>260</sup>.

De forma geral, pode-se dizer que a finalidade de inserir uma cláusula de força maior em um contrato é reduzir a responsabilidade da parte por eventuais danos causados pelo não cumprimento de suas obrigações. Com isso, busca-se criar um padrão legal que permita a alocação de riscos futuros entre as partes. McInnis sugere que o receio que motiva a sua inclusão, do ponto de vista do direito contratual inglês, é a possibilidade de que o tribunal não interprete o contrato de forma a isentar a parte do cumprimento, nem aplique a doutrina da frustração em seu favor<sup>261</sup>. No mesmo sentido, Furmston entende que a relevância de incluir uma cláusula de força maior pode variar dependendo da lei aplicável ao contrato. Como visto, juristas ingleses geralmente tratam a doutrina da frustração no direito inglês como particularmente limitada, partindo do pressuposto de que outros sistemas jurídicos, ao utilizarem conceitos como força maior, adotam normas consideravelmente mais abrangentes<sup>262</sup>.

Como as cláusulas de *force majeure* costumam listar eventos, oode surgir a dúvida sobre se uma cláusula que atribui o risco de ocorrência de um evento específico se aplica apenas a esse evento particular ou se também abrange eventos semelhantes. A resposta dependerá das circunstâncias do caso, o que determinará se a cláusula deve ser interpretada de forma restrita ou ampla. No entanto, em situações de incerteza, as cláusulas que alocam um risco específico de maneira diferente da norma de impossibilidade devem ser interpretadas de forma restrita<sup>263</sup>. Essa abordagem está

---

<sup>260</sup> PIRES, Catarina Monteiro. “Cláusulas de preço fixo, de ajustamento de preço e de alteração material adversa (“MAC”) e cláusulas de força maior – Revisitando problemas de riscos de desequilíbrio e de maiores despesas em tempos virulentos”. In: Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, a. 80, n. 1-2, 2020, p. 92.

<sup>261</sup> MCINNIS, J. A. “Frustration and force majeure in building contracts”. In: MCKENDRICK, Ewan (Ed.). Force Majeure and Frustration of Contract, 2nd ed. New York: Informa Law from Routledge, 2013, p. 214.

<sup>262</sup> FURMSTON, Michael. “Drafting of force majeure clauses – some general guidelines”. In: MCKENDRICK, Ewan (Ed.). Force Majeure and Frustration of Contract, 2nd ed. New York: Informa Law from Routledge, 2013, p. 58.

<sup>263</sup> BRUNNER, Christoph. “Chapter 4: Force Majeure Excuse, Section 8: Individual Requirements of the Force Majeure Excuse under General Contract Principles, II. Contractual Assumption or Limitation of the

alinhada com a regra de interpretação de contratos que prevê que, em casos de ambiguidade, uma disposição contratual deve ser entendida conforme a lei aplicável. Se uma das partes deseja se afastar das normas legais normalmente aplicáveis, deve expressar essa intenção de forma clara e inequívoca no contrato<sup>264</sup>.

#### IV.1.2. A Cláusula de *Hardship*

A utilização da cláusula de *hardship* se expandiu de maneira mais expressiva em momentos de instabilidade, especialmente de ordem econômica, sendo a década de 1970 um ponto de referência importante para a sua consolidação e disseminação no âmbito dos contratos comerciais internacionais. Este crescimento coincidiu com as crises do petróleo e a instabilidade econômica e monetária que afetaram os mercados globais<sup>265</sup>.

Assim como as cláusulas de força maior, as cláusulas de *hardship* “tratam, em síntese, de problemas de alocação de riscos: em vez de a distribuição de riscos ser imposta pelo sistema ela é acordada de antemão pelas partes”<sup>266</sup>. Portanto, essas cláusulas permitem que as partes ajustem, de maneira antecipada, como certos riscos serão geridos no contrato, proporcionando um grau de controle sobre as contingências que podem afetar o cumprimento das obrigações.

A cláusula de *hardship* compartilha com a de *force majeure* a finalidade de lidar com situações em que uma mudança imprevista e alheia ao controle das partes afeta a execução do contrato. No entanto, a diferença reside no fato de que a cláusula de *hardship* se aplica quando o evento superveniente torna o cumprimento mais oneroso ou difícil,

---

Risk of the Occurrence of Certain Impediments". In: BRUNNER, Christoph. Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-performance in International Arbitration. International Arbitration Law Library, Volume 18. Kluwer Law International, 2008. p. 122.

<sup>264</sup> BRUNNER, Christoph. "Chapter 4: Force Majeure Excuse, Section 8: Individual Requirements of the Force Majeure Excuse under General Contract Principles, II. Contractual Assumption or Limitation of the Risk of the Occurrence of Certain Impediments". In: BRUNNER, Christoph. Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-performance in International Arbitration. International Arbitration Law Library, Volume 18. Kluwer Law International, 2008. p. 122.

<sup>265</sup> COSTA, Mariana Fontes da. *Da alteração superveniente das circunstâncias: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais*. 1. ed. reimp. Coimbra: Almedina, 2019, p. 249.

<sup>266</sup> OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *Desvinculação programada do contrato*. Coimbra: Almedina, 2021, p. 269.

enquanto a de *force majeure* regula casos em que a superveniência torna o cumprimento temporária ou permanentemente impossível<sup>267</sup>.

Portanto, em termos gerais, a cláusula de *hardship* regula o agravamento do cumprimento contratual causado por uma mudança imprevista nas circunstâncias, permitindo que as partes iniciem um processo de revisão das condições contratuais, ajustando-as à nova realidade<sup>268</sup>. As circunstâncias contempladas nas cláusulas de *hardship* costumam ser caracterizadas pela superveniência, imprevisibilidade e ausência de culpa, refletindo sua estreita conexão com a regulamentação legal que trata da alteração imprevista das circunstâncias<sup>269</sup>.

No que tange à sua redação, ao contrário das cláusulas de força maior, as cláusulas de *hardship* são frequentemente elaboradas de forma geral e abstrata. Isso se justifica, segundo Engrácia Antunes, pela sua finalidade primordial: garantir a preservação do equilíbrio global do contrato. No entanto, não é raro que essa formulação abstrata seja combinada com uma enumeração casuística da tipologia de eventos que podem caracterizar uma alteração substancial das circunstâncias<sup>270</sup>.

O conceito de *hardship* foi notavelmente integrado nos instrumentos internacionais de harmonização do direito contratual e em modelos de cláusulas-padrão típicas. Exemplos proeminentes incluem os Princípios do UNIDROIT sobre Contratos Comerciais Internacionais, os Princípios Europeus de Direito dos Contratos (PECL) e as Cláusulas de *Hardship* da Câmara de Comércio Internacional (CCI).

O artigo 6.2.2 dos Princípios do UNIDROIT apresenta uma abordagem mais detalhada e estruturada do *hardship*. Estabelecendo critérios específicos para caracterizar uma situação de *hardship*, que incluem (i) a ocorrência de eventos que alteram fundamentalmente o equilíbrio do contrato; (ii) estes eventos devem ocorrer ou se tornar conhecidos após a conclusão do contrato; (iii) os eventos não poderiam ter sido

---

<sup>267</sup> COSTA, Mariana Fontes da. *Da alteração superveniente das circunstâncias: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais*. 1. ed. reimp. Coimbra: Almedina, 2019, p. 252.

<sup>268</sup> COSTA, Mariana Fontes da. *Da alteração superveniente das circunstâncias: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais*. 1. ed. reimp. Coimbra: Almedina, 2019, p. 250.

<sup>269</sup> COSTA, Mariana Fontes da. *Da alteração superveniente das circunstâncias: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais*. 1. ed. reimp. Coimbra: Almedina, 2019, p. 258.

<sup>270</sup> ANTUNES, José A. Engrácia. *Direito dos Contratos Comerciais*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 316.

razoavelmente previstos pela parte afetada; (iv) os eventos estão além do controle da parte afetada; e (v) o risco desses eventos não foi assumido pela parte afetada. Esta formulação oferece uma estrutura mais delimitada para a aplicação do conceito, facilitando sua interpretação em disputas internacionais<sup>271</sup>.

Por sua vez, o artigo 6:111 dos PECL também reconhece o conceito de *hardship*, mas de maneira mais flexível e menos prescritiva. Embora o artigo tenha como foco a renegociação do contrato caso o cumprimento se torne excessivamente oneroso devido a uma mudança de circunstâncias, ele não especifica os critérios com o mesmo nível de detalhamento dos Princípios do UNIDROIT. Em vez disso, destaca a obrigação das partes de negociar e, caso isso falhe, confere ao tribunal a capacidade de terminar o contrato em termos que considerar apropriados<sup>272</sup>.

Já a Câmara de Comércio Internacional (CCI) oferece uma cláusula de *hardship* modelo, cuja versão mais recente data de 2020. Esta cláusula prevê renegociação obrigatória frente a alterações substanciais nas condições contratuais. Sua aplicação é particularmente relevante em contratos de longo prazo e setores sensíveis a mudanças mercadológicas bruscas. A cláusula da CCI impõe a renegociação de boa-fé dos termos impactados por eventos imprevistos, e, na ausência de acordo, prevê o recurso à arbitragem ou outros mecanismos de resolução de disputas previamente acordados<sup>273</sup>.

Esse modelo de cláusula impõe às partes a obrigação de renegociar o contrato quando sua execução se torne excessivamente onerosa devido a um evento imprevisível no momento da contratação. A parte que comprovar essa situação pode resolver o contrato na falta de acordo sobre sua revisão, sendo vedado, porém, o recurso aos tribunais, exceto se houver previsão expressa nesse sentido. Conforme destacado por Moura Vicente, a possibilidade de adaptação contratual em caso de alteração das circunstâncias ainda está longe de ser amplamente aceita no Direito do Comércio Internacional<sup>274</sup>.

---

<sup>271</sup> Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado. *Princípios sobre Contratos Comerciais Internacionais*. Roma: UNIDROIT, 2016. Disponível em: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>.

<sup>272</sup> Grupo de Estudos de Direito Europeu dos Contratos. *Princípios Europeus de Direito dos Contratos (PECL)*. 2002. Disponível em: [https://www.trans-lex.org/400200/\\_pecl/](https://www.trans-lex.org/400200/_pecl/).

<sup>273</sup> Câmara de Comércio Internacional. *ICC Hardship Clause 2020*. Paris: ICC, 2020. Disponível em: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/03/icc-force-majeure-hardship-clauses-march-2020.pdf>.

<sup>274</sup> VICENTE, Dário Moura. *Direito Comparado*, vol. II, Obrigações. Reimpressão Coimbra: Almedina, 2019, p. 642.

Assim como as normas jurídicas, a cláusula de *hardship* tem uma estrutura dividida em duas partes: uma que define as circunstâncias que acionam sua aplicação e outra que especifica os efeitos que a ocorrência dessas circunstâncias terá sobre a execução do contrato<sup>275</sup>. Estas disposições contratuais tipicamente contemplam um espectro de possibilidades adaptativas que podem ser analisadas em diferentes categorias<sup>276</sup>. A primeira envolve a modificação do objeto da obrigação principal, abrangendo alterações substanciais no núcleo do contrato, como a reconfiguração da prestação contratual ou a redefinição dos prazos de execução. Tais modificações visam restaurar o equilíbrio contratual em resposta a novas circunstâncias, preservando, no entanto, a essência do negócio jurídico. Em segundo lugar, verifica-se a criação de novas obrigações, sendo que certas cláusulas podem prever a inclusão de obrigações adicionais com o intuito de compensar ou mitigar os efeitos de eventos supervenientes que justifiquem a aplicação de cláusulas de *hardship*.

Pode ocorrer, ainda, a extinção de obrigações preexistentes, nos casos em que, no novo contexto, essas obrigações se tornem excessivamente onerosas ou percam a sua finalidade. Por fim, existe a possibilidade de supressão e constituição simultânea de obrigações, um mecanismo que combina os anteriores e possibilita uma reestruturação mais profunda do equilíbrio contratual, substituindo determinadas obrigações por outras que se mostrem mais adequadas à nova realidade contratual. Ademais, é comum que estas cláusulas estabeleçam parâmetros procedimentais para o processo de renegociação. Neste âmbito, destaca-se a frequente estipulação de um prazo-limite para a conclusão das tratativas, visando evitar prolongamentos indevidos e conferir celeridade à resolução da questão<sup>277</sup>.

A exoneração da obrigação contratual baseada em *hardship* não depende apenas de determinar se a parte prejudicada assumiu o risco, mas também de avaliar o grau desse

---

<sup>275</sup> COSTA, Mariana Fontes da. *Da alteração superveniente das circunstâncias: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais*. 1. ed. reimp. Coimbra: Almedina, 2019, p. 256.

<sup>276</sup> ATAÍDE, Rui Mascarenhas. “Modelos convencionais de regulação e distribuição do risco contratual em especial, as cláusulas *hardship*”. In: *Revista de Direito Civil*, a.6 n.1, 2021, p. 71 Disponível em: <https://www.revistadedireitocivil.pt/revistas/ano-vi-1>.

<sup>277</sup> ATAÍDE, Rui Mascarenhas. “Modelos convencionais de regulação e distribuição do risco contratual em especial, as cláusulas *hardship*”. In: *Revista de Direito Civil*, a.6 n.1, 2021, p. 71 Disponível em: <https://www.revistadedireitocivil.pt/revistas/ano-vi-1>.

risco. Nessas situações, a questão central é até que ponto o cumprimento do contrato se tornou excessivamente oneroso e se ainda é razoável que o devedor assumo sozinho o risco das mudanças nas circunstâncias. Comparada aos casos típicos de força maior, a distribuição de riscos em situações de *hardship* envolve uma avaliação subjetiva mais profunda ao questionar por que o risco não deveria permanecer com a parte afetada, desafiando o princípio de que a perda deve ficar onde ocorreu<sup>278</sup>.

Embora o efeito mais comum da cláusula de *hardship* seja a obrigação de renegociação pelas partes, não há impedimento, em tese, para que as partes estipulem que apenas um dos contratantes ou até um terceiro realize a adaptação contratual. No entanto, deve-se preservar certa discricionariedade na forma de adaptação, evitando que o processo se transforme em uma simples revisão automática<sup>279</sup>.

A inclusão de uma cláusula de *hardship* no contrato evidencia que as partes estão abertas à revisão do acordo caso eventos futuros, especificados na cláusula, tornem o cumprimento excessivamente oneroso ou difícil. Ou seja, tal flexibilidade demonstra a disposição dos contraentes em cooperar para garantir a continuidade do contrato, evitando que os casos de *hardship* resultem na ruptura da relação contratual<sup>280</sup>.

Apesar do intuito das partes de diminuir incertezas quando ao programa contratual, a presença de uma cláusula de *hardship* ressalta a natureza incompleta do contrato, reconhecendo que a previsão total de contingências é impraticável e que, portanto, há uma necessidade intrínseca de flexibilidade e adaptação frente a mudanças significativas nas circunstâncias<sup>281</sup>. Segundo Greco Bandeira, essa cláusula evidencia que o contrato foi formulado inicialmente sem a capacidade de prever todos os cenários possíveis, postergando a alocação de riscos econômicos imprevistos para um momento futuro<sup>282</sup>.

---

<sup>278</sup> BRUNNER, Christoph. *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-performance in International Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2008, p. 392-393.

<sup>279</sup> COSTA, Mariana Fontes da. *Da alteração superveniente das circunstâncias: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais*. 1. ed. reimp. Coimbra: Almedina, 2019, p. 251-252.

<sup>280</sup> COSTA, Mariana Fontes da. *Da alteração superveniente das circunstâncias: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais*. 1. ed. reimp. Coimbra: Almedina, 2019, p. 254.

<sup>281</sup> BANDEIRA, Paula Greco. *Contrato Incompleto*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 79.

<sup>282</sup> BANDEIRA, Paula Greco. *Contrato Incompleto*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 79.

Greco Bandeira vai além ao afirmar que a inclusão de uma cláusula de *hardship* em um contrato representa uma estratégia proativa de gestão de riscos, delineada pela vontade das partes, que visa ativar a renegociação contratual diante de riscos imprevistos capazes de desequilibrar as obrigações mútuas<sup>283</sup>. No mesmo sentido, Fontes da Costa defende que a cláusula de *hardship* cumpre a função de redistribuir os riscos entre as partes, permitindo que riscos extraordinários, que de outra forma recairiam unicamente sobre a parte prejudicada pela mudança nas circunstâncias, sejam de alguma forma compartilhados<sup>284</sup>.

Na cláusula de *hardship*, não é necessário que a mudança nas circunstâncias seja completamente imprevisível. O ponto crucial é que essas circunstâncias sejam tais que as partes, especialmente aquela que é prejudicada e recorre à cláusula, não tinham razões suficientes para prever no momento da celebração do contrato. Assim, essas circunstâncias representam um risco que não foi assumido pelas partes no acordo original<sup>285</sup>. O foco da cláusula de *hardship* está na razoabilidade da previsão e na expectativa das partes, garantindo que a parte afetada não seja forçada a suportar as consequências de mudanças significativas e imprevistas que vão além do que foi contemplado durante a negociação do contrato.

O mecanismo usual para lidar com *hardship* envolve a abertura de um processo de renegociação, ajustando as condições contratuais à nova realidade. Entretanto, dependendo do tipo de contrato e do setor econômico, é comum que as partes estipulem uma suspensão temporária da execução, especialmente quando o *hardship* for considerado transitório e de curta duração<sup>286</sup>.

A obrigação de negociar, no contexto de *hardship*, não implica a necessidade de alcançar um resultado específico, mas sim o dever de adotar um comportamento diligente.

---

<sup>283</sup> BANDEIRA, Paula Greco. Contrato Incompleto. São Paulo: Atlas, 2015, p. 79.

<sup>284</sup> COSTA, Mariana Fontes da. *Da alteração superveniente das circunstâncias: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais*. 1. ed. reimp. Coimbra: Almedina, 2019, p. 254.

<sup>285</sup> MONTEIRO, António Pinto. "O contrato na gestão do risco e na garantia da equidade". In: MONTEIRO, António Pinto (Coord.). *O contrato na gestão do risco e na garantia da equidade*, Coimbra: Instituto Jurídico Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 16.

<sup>286</sup> COSTA, Mariana Fontes da. *Da alteração superveniente das circunstâncias: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais*. 1. ed. reimp. Coimbra: Almedina, 2019, p. 265.

Esse comportamento está sujeito à supervisão judicial, caracterizando-se como uma obrigação de meios, e não de fim<sup>287</sup>.

Uma cláusula de *hardship* minuciosamente elaborada em um contrato sujeito a uma legislação que prevê regulamentação sobre o tema pode ter sido redigida com o objetivo de restringir os direitos da parte afetada previstos pela lei. A cláusula pode, por exemplo, apresentar uma definição deliberadamente mais restritiva dos eventos que justificariam a aplicação da cláusula, sendo bem mais limitadora que o padrão legal de onerosidade. Além disso, a cláusula pode estipular que a única solução viável seja o pedido de renegociação, excluindo outros remédios, como a suspensão do cumprimento, que poderiam ser permitidos pela legislação aplicável<sup>288</sup>.

Um possível foco de conflito em cláusulas de *hardship* surge quando há divergência entre as partes sobre a efetiva ocorrência do evento previsto. Caso não se chegue a um acordo consensual, a disputa provavelmente será resolvida por meio da intervenção de um terceiro, o que pode comprometer a rapidez do processo e o objetivo de evitar a interferência externa<sup>289</sup>.

#### **IV.1.3. A Cláusula de *Material Adverse Change***

Além das cláusulas de *force majeure* e *hardship*, as cláusulas de *Material Adverse Change* (MAC) – também conhecidas como *Material Adverse Effect* (MAE) – são concebidas para gerir riscos extraordinários e imprevisíveis que escapam ao controle das partes. Essas cláusulas têm como objetivo incluir ou excluir riscos decorrentes de mudanças nas condições econômicas, de mercado ou do setor específico de atuação, mas também abarcam outras eventualidades, como inadimplemento ou representações inverídicas sobre a situação fática assumida pelos contratantes. Yamaki observa, assim,

---

<sup>287</sup> COSTA, Mariana Fontes da. *Da alteração superveniente das circunstâncias: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais*. 1. ed. reimp. Coimbra: Almedina, 2019, p. 272.

<sup>288</sup> CORDERO-MOSS, Giuditta. *International Commercial Contracts: Contract Terms, Applicable Law and Arbitration*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2024, p. 179.

<sup>289</sup> COSTA, Mariana Fontes da. *Da alteração superveniente das circunstâncias: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais*. 1. ed. reimp. Coimbra: Almedina, 2019, p. 257.

que esses tipos de riscos abordados pela MAC nem sempre se enquadram no conceito usual ou tradicional de risco contratual<sup>290</sup>.

O seu mecanismo de atuação foi fabricado no contexto das grandes aquisições societárias. Nessas situações, é comum haver um intervalo temporal entre a assinatura do contrato e a efetivação da transação, período em que o pagamento do preço de compra é realizado. Esse intervalo pode ser necessário por motivos corporativos ou regulatórios. Durante esse período, o negócio alvo da aquisição pode sofrer deterioração, o que levanta a questão sobre a possibilidade de a contraparte se recusar a concretizar o acordo e efetuar o pagamento do preço estipulado<sup>291</sup>.

Em situações de risco durante o intervalo entre a assinatura do contrato e o fechamento do negócio, os compradores buscam evitar que a sociedade-alvo sofra enfraquecimento ou instabilidade. No entanto, eles não encontravam na doutrina da *frustration* uma proteção adequada para esses cenários. Como resposta a essa limitação, advogados da tradição anglo-saxã desenvolveram a cláusula MAC como uma alternativa funcional à regra padrão da doutrina da *frustration*<sup>292</sup>.

Ou seja, a cláusula MAC deve ser entendida como uma flexibilização dos requisitos bastante rígidos impostos pela doutrina da *frustration*. Assim, como observa Schwartz, em vez de exigir que o comprador demonstre uma destruição total ou quase total do valor da sociedade-alvo – um fardo probatório praticamente impossível de cumprir – a cláusula MAC deve ser interpretada como reduzindo esse requisito a um nível mais acessível. Nesse contexto, uma diminuição "substancial" do valor da sociedade-alvo, por exemplo, deve ser considerada suficiente para desencadear os efeitos previstos na cláusula<sup>293</sup>.

---

<sup>290</sup> YAMAJI, Crisleine Barboza. As previsões contratuais da superveniência de circunstâncias: uma construção teórica à luz das cláusulas matéria adverse change. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 86-87. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-07082020-132601/es.php>

<sup>291</sup> OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. "A 'inexigibilidade' na relação contratual: interpretação do contrato e heteronomia". In: O Direito, ano 145, n.º 3, 2013, p. 545-546.

<sup>292</sup> SCHWARTZ, Andrew A. "A Standard Clause Analysis of the Frustration Doctrine and the Material Adverse Change Clause". In: *UCLA Law Review*, v. 57, 2010, p. 819. Disponível em: <https://scholar.law.colorado.edu/faculty-articles/451>.

<sup>293</sup> SCHWARTZ, Andrew A. "Frustration, the MAC Clause, and COVID-19". In: *U.C. Davis Law Review*, rev. 1771, 2022, p. 1820. Disponível em: <https://scholar.law.colorado.edu/faculty-articles/1549>.

Assim como a doutrina da *frustration*, a cláusula MAC isenta um adquirente de cumprir suas obrigações contratuais quando o propósito de celebrar o contrato – geralmente, a aquisição de uma sociedade-alvo lucrativa – é frustrado. No entanto, essa cláusula se diferencia da regra padrão da *frustration* ao introduzir o conceito de materialidade, o que estabelece um padrão mais flexível e menos rigoroso do que os requisitos de perda total e absoluta exigidos pela doutrina da *frustration*<sup>294</sup>. Com a adoção dessas cláusulas, as partes concordam em aceitar uma margem de riscos que podem resultar em consequências econômicas negativas, constituindo o que se denomina álea ordinária do contrato<sup>295</sup>.

Entende-se que a garantia de que não ocorreu nenhuma alteração material adversa em diversos elementos do quadro fático e obrigacional, combinada com declarações e garantias, é fundamental para a continuidade da transação econômica<sup>296</sup>. Essa segurança é vital para que as partes mantenham a confiança na viabilidade do negócio e sigam adiante com o cumprimento das suas obrigações contratuais<sup>297</sup>.

Em grande parte dos casos, a dificuldade em aplicar uma cláusula MAE reside na discussão sobre o que exatamente constitui um evento "material". Diferente de uma cláusula de *force majeure*, a cláusula MAE típica não lista eventos específicos que caracterizam um MAE; em vez disso, ela se limita a definir as exceções à sua caracterização, conhecidas como “*carve-outs*”. Essa falta de especificidade sobre o que constitui um evento "material" pode gerar incertezas e disputas, pois as partes precisam

---

<sup>294</sup> SCHWARTZ, Andrew A. “A Standard Clause Analysis of the Frustration Doctrine and the Material Adverse Change Clause”. In: *UCLA Law Review*, v. 57, 2010, p. 821-822. Disponível em: <https://scholar.law.colorado.edu/faculty-articles/451>.

<sup>295</sup> YAMAJI, Crisleine Barboza. As previsões contratuais da superveniência de circunstâncias: uma construção teórica à luz das cláusulas matéria adverse change. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 105. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-07082020-132601/es.php>

<sup>296</sup> YAMAJI, Crisleine Barboza. As previsões contratuais da superveniência de circunstâncias: uma construção teórica à luz das cláusulas matéria adverse change. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 86-87. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-07082020-132601/es.php>

<sup>297</sup> YAMAJI, Crisleine Barboza. As previsões contratuais da superveniência de circunstâncias: uma construção teórica à luz das cláusulas matéria adverse change. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 86-87. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-07082020-132601/es.php>

interpretar, com base no contexto e nas circunstâncias do contrato, se um determinado evento atinge o nível de materialidade necessário para acionar a cláusula MAE<sup>298</sup>.

As hipóteses de exclusão (*carve-outs*), conseqüentemente, implicam que uma das partes assume determinados riscos ou transfere esses riscos de uma parte para a outra<sup>299</sup>. Em contratos típicos de aquisição de participações societárias, as *carve-outs* geralmente transferem os riscos do vendedor para o comprador. Isso significa que, ao estabelecer essas exclusões, o comprador concorda em assumir a responsabilidade por determinados eventos ou condições que, de outra forma, poderiam ter sido atribuídos ao vendedor<sup>300</sup>. É comum que as cláusulas MAC incorporem referências que abrangem não apenas situações fáticas já estabelecidas no passado ou no presente, mesmo que ainda desconhecidas, mas também eventos que possam ocorrer no futuro<sup>301</sup>.

Schwartz destaca que, quando o risco associado a uma MAC na sociedade-alvo decorre de uma hipótese de exclusão (*carve-out*), esse risco é alocado ao adquirente. Isso significa que o adquirente não pode se eximir de concluir o negócio com base nesse evento. Por outro lado, se a MAC resultar de causas que não estão abrangidas pelas exclusões, o risco recai sobre o vendedor, permitindo que o adquirente possivelmente rescinda o contrato ou renegocie os termos da transação<sup>302</sup>.

A crítica frequentemente levantada é que, especialmente no caso das cláusulas MAC, ocorre um efeito paradoxal: as partes contratantes buscam eliminar a necessidade de intervenção judicial ao preverem essas cláusulas de forma detalhada, visando uma alocação clara de riscos. No entanto, devido à ambiguidade e à amplitude dos termos

---

<sup>298</sup> SOMOGIE, Nathan. “Failure of a ‘Basic Assumption’: The Emerging Standard Excuse Under MAE Provisions”. In: Michigan Law Review, vol. 108, issue 1, 2009, p. 89. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol108/iss1/3/>

<sup>299</sup> YAMAJI, Crisleine. “Cláusulas *Material Adverse Change (MAC)*: conjunto de cláusulas disfarçadas de definição”. In: PIRES, Catarina Monteiro; et. al. (Coord.). *Riscos no Direito Privado e na Arbitragem*. São Paulo: Almedina Brasil, 2023, p. 408.

<sup>300</sup> SOMOGIE, Nathan. “Failure of a ‘Basic Assumption’: The Emerging Standard Excuse Under MAE Provisions”. In: Michigan Law Review, vol. 108, issue 1, 2009, p. 87. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol108/iss1/3/>

<sup>301</sup> YAMAJI, Crisleine Barboza. As previsões contratuais da superveniência de circunstâncias: uma construção teórica à luz das cláusulas matéria adverse change. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 34. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-07082020-132601/es.php>

<sup>302</sup> SCHWARTZ, Andrew A. “A Standard Clause Analysis of the Frustration Doctrine and the Material Adverse Change Clause”. In: *UCLA Law Review*, v. 57, 2010, p. 822. Disponível em: <https://scholar.law.colorado.edu/faculty-articles/451>.

empregados nessas cláusulas, o resultado acaba sendo justamente o oposto: uma maior intervenção judicial, ou, na maioria das vezes, arbitral. A imprecisão na definição do que constitui uma "mudança material adversa" e as dificuldades em interpretar as *carve-outs* frequentemente geram litigância, que exigem que os tribunais intervenham para interpretar e aplicar esses dispositivos contratuais<sup>303</sup>.

Em estudo dedicado a esse dispositivo contratual, Barboza Yamaji explica que, em contraste com o modelo romano-germânico tradicional, que vê as cláusulas contratuais como imperativos jurídicos singulares e indivisíveis dentro de um contrato, as cláusulas MAC estabelecem uma arquitetura normativa complexa. Nesse arranjo, o suporte fático e o preceito normativo são entrelaçados através de uma série de disposições contratuais. Essas cláusulas não operam de maneira isolada, mas sim em conjunto com outras disposições, criando um sistema intrincado<sup>304</sup>.

Nessa linha, é importante notar que os tribunais têm se recusado a liberar o comprador de suas obrigações com base em cláusulas de MAE por razões similares às que impediriam a exoneração sob as doutrinas da *impracticability* e *frustration of purpose*. Em ambos os casos, a liberação só é concedida quando o impacto é suficientemente significativo para justificar a não execução do contrato e quando as partes não alocaram o risco de forma explícita<sup>305</sup>.

Como consequência, Somogie argumenta que a redação típica das cláusulas de MAE acaba sendo redundante, pois frequentemente não é suficientemente específica para afastar a aplicação das regras-padrão. Devido a essa falta de precisão, os tribunais devem reconhecer que, na maioria dos casos, a decisão sobre a aplicação da cláusula envolve, na verdade, o preenchimento de uma lacuna contratual. Isso significa que, ao invés de

---

<sup>303</sup> YAMAJI, Crisleine Barboza. As previsões contratuais da superveniência de circunstâncias: uma construção teórica à luz das cláusulas matéria adverse change. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 38. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-07082020-132601/es.php>

<sup>304</sup> YAMAJI, Crisleine Barboza. As previsões contratuais da superveniência de circunstâncias: uma construção teórica à luz das cláusulas matéria adverse change. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 70-71. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-07082020-132601/es.php>

<sup>305</sup> SOMOGIE, Nathan. "Failure of a 'Basic Assumption': The Emerging Standard Excuse Under MAE Provisions". In: Michigan Law Review, vol. 108, issue 1, 2009, p. 108. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol108/iss1/3/>

simplesmente seguir a linguagem da cláusula, os tribunais precisam interpretar e determinar como o risco deve ser alocado<sup>306</sup>.

#### **IV.2. Síntese: Técnicas Anglo-Saxônicas e Desafio da Compatibilização**

O aumento da relevância do inglês como idioma dos contratos, juntamente com a adoção de técnicas e estilos de redação contratual anglo-americanos, suscita o questionamento sobre a influência significativa que o direito e a prática anglo-americanos exercem na elaboração de contratos internacionais<sup>307</sup>.

As cláusulas de *force majeure*, por exemplo, têm uma forte influência anglo-saxônica. Embora o conceito tenha suas raízes na França, foi no direito inglês que ele ganhou maior proeminência, sendo desenvolvido como uma alternativa à doutrina da *frustration*, que é mais restritiva quanto aos requisitos de aplicação e aos resultados.<sup>308</sup>

Já as cláusulas de *hardship* foram utilizadas em contratos internacionais durante os períodos conturbados do século XX, mas sua inclusão parece ter se multiplicado significativamente na década de 1970. A incerteza resultante do colapso do sistema econômico e monetário internacional, bem como as crises do petróleo, contribuem para explicar esse fenômeno. Essas cláusulas atingiram, ao longo do tempo, um notável grau de sofisticação<sup>309</sup>.

Da mesma forma, as cláusulas de *Material Adverse Change* têm sua origem na tradição anglo-saxônica, e sua disseminação no direito continental resulta da globalização das operações de fusões e aquisições<sup>310</sup>. Com o aumento das transações internacionais e a necessidade de proteger os interesses das partes em contextos econômicos voláteis, essas cláusulas passaram a ser amplamente adotadas em contratos em todo o mundo.

---

<sup>306</sup> SOMOGIE, Nathan. “Failure of a ‘Basic Assumption’: The Emerging Standard Excuse Under MAE Provisions”. In: Michigan Law Review, vol. 108, issue 1, 2009, p. 85. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol108/iss1/3/>

<sup>307</sup> FONTAINE, Marcel; DE LY, Filip. Drafting International Contracts. Ardsley: Transnational Publishers, 2006, p. 636.

<sup>308</sup> OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. Desvinculação programada do contrato. Coimbra: Almedina, 2021, p. 270-271.

<sup>309</sup> FONTAINE, Marcel; DE LY, Filip. Drafting International Contracts. Ardsley: Transnational Publishers, 2006, p. 458.

<sup>310</sup> OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. Desvinculação programada do contrato. Coimbra: Almedina, 2021, p. 335.

Karampatzos defende que o uso generalizado dessas cláusulas que permitem ajustes no contrato parece fortalecer a percepção de que a possibilidade de modificação contratual é considerada um elemento que contribui para a segurança nas transações<sup>311</sup>. Ao incorporar essas cláusulas, as partes demonstram um reconhecimento explícito de que as circunstâncias podem mudar de maneira imprevista e que, para manter a viabilidade e o equilíbrio do contrato, é essencial ter mecanismos que permitam adaptações.

Tal prática se intensificou com a globalização, fenômeno multifacetado e de amplo alcance, que produziu efeitos significativos no âmbito do direito contratual, acentuando diversas tensões e complexidades preexistentes. Este processo não apenas intensificou a dicotomia entre a ordem normativa e a ordem naturalista, entre o Direito e o mercado, como também desafiou a concepção tradicional do contrato como uma operação jurídica e econômica autossuficiente. Fomentou-se também o desenvolvimento de novos modelos contratuais, concebidos para atender às demandas específicas de um mercado internacional cada vez mais integrado e complexo<sup>312</sup>.

Embora a influência do direito anglo-americano sobre cláusulas e técnicas contratuais seja evidente, sua incorporação no contexto de *Civil Law* requer prudência. É essencial que os redatores de contratos analisem a legislação aplicável e assegurem a compatibilidade entre os conceitos e estruturas dos diferentes sistemas jurídicos<sup>313</sup>. Esse estilo de redação segue a mesma lógica que fundamenta os modelos clássicos do *common law*: *caveat emptor*. Em contratos comerciais entre profissionais, geralmente redigidos por advogados especializados, espera-se que o texto reflita a análise criteriosa dos interesses de cada parte. Parte-se do princípio de que as partes envolvidas são capazes de identificar os riscos pertinentes e de prever medidas adequadas para a sua gestão<sup>314</sup>.

---

<sup>311</sup> KARAMPATZOS, Antonis. “Supervening Hardship as Subdivision of the General Frustration Rule: A comparative Analysis with Reference to Anglo-American, German, French and Greek Law”. In: *European Review of Private Law*, 2, Alphen aan den Rijn: Kluwer International Law, 2005, p. 147. Disponível em: <https://kluwerlawonline.com/api/Product/CitationPDFURL?file=Journals\ERPL\ERPL2005009.pdf>.

<sup>312</sup> MARTINS-COSTA, Judith. O método da concreção e a interpretação dos contratos. In: *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n. 31, 2006, p. 144-145.

<sup>313</sup> FONTAINE, Marcel; DE LY, Filip. *Drafting International Contracts*. Ardsley: Transnational Publishers, 2006, p. 639.

<sup>314</sup> CORDERO-MOSS, Giuditta. *International Commercial Contracts: Contract Terms, Applicable Law and Arbitration*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2024, p. 15.

Entretanto, são modelos que não são representativos das tradições jurídicas de *Civil Law*<sup>315</sup>

McKendrick sugere que a capacidade das partes contratuais de prever imprevistos influenciou significativamente o desenvolvimento da doutrina da frustração. Na segunda metade do século XIX, essa flexibilidade foi refletida na postura dos tribunais, que ampliaram o escopo de aplicação da doutrina, facilitando – relativamente – sua invocação. Entretanto, atualmente, os tribunais adotaram uma abordagem mais restritiva, o que tornou o sucesso das alegações de frustração cada vez mais raro<sup>316</sup>.

Assim, as negociações são conduzidas de forma a proteger as posições de ambos os lados, sendo o texto final do contrato considerado uma representação precisa desse processo. Com isso, cada parte pode utilizar os termos contratuais para mensurar objetivamente seus riscos e, por exemplo, contratar seguros para mitigá-los<sup>317</sup>.

Certos tipos de contrato da prática empresarial, como os de *swap* e de derivativos financeiros são frequentemente padronizados por associações dos respectivos setores da economia, que adotam o modelo contratual do *Common Law*. Consequentemente, esses novos tipos de transações passam a ser regulados por contratos elaborados sob essa lógica, o que acaba influenciando não apenas o comércio internacional, mas também operações domésticas, mesmo em países que adotam o sistema de *Civil Law*<sup>318</sup>.

Junqueira Gomide observa que a influência anglo-saxônica na prática contratual brasileira tem se intensificado, especialmente no contexto dos contratos empresariais sofisticados. Nesses contratos, as partes buscam regular de forma detalhada as consequências de possíveis perturbações no programa contratual, frequentemente limitando direitos ou estabelecendo diretrizes específicas para lidar com eventos imprevistos<sup>319</sup>. A crescente influência dos modelos contratuais anglo-americanos afeta

---

<sup>315</sup> CORDERO-MOSS, Giuditta. *International Commercial Contracts: Contract Terms, Applicable Law and Arbitration*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2024, p. 14.

<sup>316</sup> MCKENDRICK, Ewan. *Contract Law*, 16th ed. London: Palgrave, 2023, p. 314.

<sup>317</sup> CORDERO-MOSS, Giuditta. *International Commercial Contracts: Contract Terms, Applicable Law and Arbitration*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2024, p. 15.

<sup>318</sup> CORDERO-MOSS, Giuditta. *International Commercial Contracts: Contract Terms, Applicable Law and Arbitration*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2024, p. 14.

<sup>319</sup> GOMIDE, Alexandre Junqueira. *Risco Contratual e sua Perspectiva na Incorporação Imobiliária*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 200.

tanto empresas envolvidas no comércio internacional quanto indivíduos, corporações e até entidades públicas com interesses exclusivamente domésticos<sup>320</sup>.

Fontaine e De Ly argumentam que o verdadeiro desafio não reside na imposição de uma cultura jurídica sobre outra, mas na adoção de uma abordagem mais aberta e flexível, capaz de desenvolver soluções específicas para as necessidades do comércio internacional, sem depender exclusivamente de qualquer sistema jurídico doméstico<sup>321</sup>. Assim, sugerem não ser necessária uma resposta dos ordenamentos de *Civil Law* ao modelo anglo-americano, mas sim uma busca contínua por alternativas inovadoras e mais adequadas. Nos próximos anos, a relevância do direito nacional na redação de contratos comerciais internacionais pode ser reafirmada, ao mesmo tempo em que se espera um progresso significativo no desenvolvimento de novas soluções práticas e eficazes, baseadas em normas uniformes ou em diversos sistemas jurídicos nacionais<sup>322</sup>.

## **V. Interação Dos Mecanismos de Autonomia Privada com os Sistemas Jurídicos**

Como visto, os contratos configuram-se, primordialmente, como atos comunicativos por meio dos quais os indivíduos buscam ordenar a vida social dos negócios em conformidade com os princípios da autonomia privada, da imputação responsável dos próprios comportamentos e da confiança. No entendimento de Martins-Costa, a consideração destes três princípios é suficiente para se inferir que, enquanto a interpretação dos textos legais opera exclusivamente no plano da heteronomia, a interpretação contratual encontra-se cifrada no entrecruzamento complexo, dialético e escalonado entre heteronomia e autonomia<sup>323</sup>.

Ao tratar do problema dos elementos heterónomos nas relações obrigacionais, pode-se indagar se a própria interpretação da declaração de vontade não contém, de forma

---

<sup>320</sup> CORDERO-MOSS, Giuditta. *International Commercial Contracts: Contract Terms, Applicable Law and Arbitration*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2024, p. 14.

<sup>321</sup> FONTAINE, Marcel; DE LY, Filip. *Drafting International Contracts*. Ardsley: Transnational Publishers, 2006, p. 639.

<sup>322</sup> FONTAINE, Marcel; DE LY, Filip. *Drafting International Contracts*. Ardsley: Transnational Publishers, 2006, p. 639.

<sup>323</sup> MARTINS-COSTA, Judith. O método da concreção e a interpretação dos contratos. *In: Revista Brasileira de Direito Comparado*, n. 31, 2006, p. 142.

implícita, um elemento heterónomo. Essa questão torna-se especialmente evidente quando as partes não chegam a um acordo sobre o conteúdo do contrato, exigindo que o direito forneça critérios para uma interpretação normativa, distinta da interpretação natural ou literal<sup>324</sup>.

A interpretação dos contratos reveste-se de particular complexidade em virtude da confluência entre as esferas de autonomia e heteronomia, ambas componentes integrais do ordenamento jurídico. Este ponto de intersecção representa um momento crucial na aplicação do direito contratual, onde “as regras derivadas de uma ordem de autonomia entram em contato com a ordem de heteronomia, uma e outra compondo o ordenamento jurídico”<sup>325</sup>.

Considerando que um contrato escrito dificilmente conseguirá prever todas as eventualidades que poderão surgir durante a sua vigência, dada a capacidade limitada de antecipação no momento de sua celebração, a autonomia das partes não se limita apenas ao que foi explicitamente acordado, mas também se submete à interpretação da linguagem contratual pelos tribunais no momento da aplicação o direito<sup>326</sup>.

Por isso, também se coloca com um desafio o fato de que as partes, muitas vezes, negociam termos comerciais e aceitam cláusulas contratos nos acordos firmados sem, inicialmente, considerar qual legislação será aplicável, ou sem analisar cuidadosamente a redação utilizada. No entanto, Cordero-Moss sugere que essa incógnita jurídica pode tratada como mais um risco, comparável a outros que envolvem a transação. Ou seja, as partes podem ter considerado como um risco calculado a falta de conformidade entre os termos do contrato e a lei aplicável<sup>327</sup>.

As partes comerciais reconhecem que nem todos os riscos se concretizarão, e o mesmo se aplica ao risco jurídico: poucas vezes será necessário invocar ou aplicar

---

<sup>324</sup> OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. “A inexigibilidade na relação contratual: interpretação do contrato e heteronomia”. In: *O Direito*, v. 145, n. 3, 2013, p. 531.

<sup>325</sup> MARTINS-COSTA, Judith. O método da concreção e a interpretação dos contratos. In: *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n. 31, 2006, p. 142.

<sup>326</sup> BAAIJ, Jaap; CABRELLI, David; MACGREGOR, Laura. “Introduction.”. In: BAAIJ, Jaap et. al. (ed.) *Interpretation of Commercial Contracts in European Private Law, Common Core of European Private Law*. Intersentia, 2020, p. 3.

<sup>327</sup> CORDERO-MOSS, Giuditta. *International Commercial Contracts: Contract Terms, Applicable Law and Arbitration*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2024, p. 19; 25.

cláusulas de efeitos legais duvidosos. Em muitas situações, o custo de ajustar um contrato à legislação aplicável supera o valor do risco assumido ao celebrar um contrato com potenciais incertezas jurídicas<sup>328</sup>.

## **V.1. Interação dos Mecanismos de Autonomia Privada com o sistema de *Civil Law***

### **V.1.1. Ordenamento jurídico português**

O princípio da liberdade contratual, previsto no art. 405.º do Código Civil português, assegura a possibilidade de as partes estipularem livremente o conteúdo de suas obrigações, sem que o ordenamento jurídico interfira na avaliação da conveniência ou adequação dessas obrigações em relação aos interesses materiais envolvidos<sup>329</sup>. Esse conceito é o que Mário Júlio de Almeida Costa denomina como “liberdade de modelação do conteúdo contratual”, presente no direito contratual português<sup>330</sup>.

No que diz respeito às regras relativas ao risco, Menezes Cordeiro entende que as mesmas operam em domínios de natureza patrimonial privada, que são caracterizados pela disponibilidade. Se é possível alienar uma posição ou extinguir um direito, com ainda mais razão, essas normas podem submetê-los, em termos jurídicos, a riscos que, em princípio, não lhes seriam inerentes<sup>331</sup>. Isso reflete a flexibilidade e a autonomia das partes em gerenciar e alocar riscos dentro do âmbito patrimonial privado, segundo a regra geral, de que se há desequilíbrio, a responsabilidade recai sobre quem o aceitou: *sibi imputet* (impute-se a si próprio)<sup>332</sup>.

Apenas em casos excepcionais o legislador prescreveu a imperatividade de normas sobre o risco com o objetivo de proteger a parte mais vulnerável no contrato, e o fez de maneira explícita. Um exemplo disso é o disposto no artigo 1126.º, n.º 3, que

---

<sup>328</sup> CORDERO-MOSS, Giuditta. *International Commercial Contracts: Contract Terms, Applicable Law and Arbitration*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2024, p. 20-21.

<sup>329</sup> GONÇALVES, Diogo Costa. “Artigo 762.º”. In: PIRES, Catarina Monteiro (Coord.) *Novo Coronavírus e Crise Contratual: Anotação ao Código Civil*, Lisboa: AAFDL, 2020, p. 73.

<sup>330</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 12ª ed. rev. e act. Coimbra: Almedina, 2018, p. 240.

<sup>331</sup> CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES. “Da alteração das circunstâncias: a concretização do artigo 437º do código civil, à luz da jurisprudência posterior a 1974”. Separata de: *Estudos em memória do Prof. Doutor Paulo Cunha*, Lisboa: AAFDL, 1987, p. 50.

<sup>332</sup> GONÇALVES, Diogo Costa. “Artigo 762.º”. In: PIRES, Catarina Monteiro (Coord.) *Novo Coronavírus e Crise Contratual: Anotação ao Código Civil*, Lisboa: AAFDL, 2020, p. 73.

estabelece regras imperativas sobre a alocação de riscos. Nessas situações, o legislador intervém diretamente para garantir que a parte mais fraca ou vulnerável no contrato não seja prejudicada por uma distribuição de riscos desfavorável, assegurando uma proteção mínima que não pode ser afastada por acordo entre as partes<sup>333</sup>.

Isso não implica que o Direito, enquanto manifestação da ideia de justiça, tolere qualquer desequilíbrio contratual. O próprio artigo 405.º fornece as diretrizes limítrofes da atuação da autonomia privada: “dentro dos limites da lei”. A tolerância é limitada, de forma que a vontade das partes prevalece até desde que um nível mínimo de justiça no conteúdo seja respeitado. Como ensina Antunes Varela, esses limites incluem, principalmente, os requisitos dos artigos 280.º e seguintes, que tratam do objeto do negócio jurídico, prevendo sanções para negócios que violam a ordem pública, os bons costumes ou envolvem usura<sup>334</sup>.

O artigo 282.º complementa essa lógica ao tratar da nulidade dos contratos usurários, que impõem prestações excessivamente onerosas e desequilibradas. Aqui, o legislador intervém diretamente na relação contratual para impedir que o desequilíbrio vá além do tolerável, protegendo a parte mais fraca da exploração econômica. A ideia subjacente é que, embora o desequilíbrio contratual seja, em certa medida, tolerado (*sibi imputet*), quando esse desequilíbrio resulta de uma condição de necessidade ou fraqueza que compromete a capacidade de negociação justa, o contrato será nulo.

Quando se admite a eficácia de um contrato desequilibrado, o sistema jurídico continua a buscar o equilíbrio, direcionando, em casos de interpretação ambígua, a aplicação do sentido que melhor "conduza ao maior equilíbrio das prestações", como previsto no art. 237.º do Código Civil. Além disso, na integração de lacunas contratuais, a vontade hipotética das partes é sujeita ao controle da boa-fé, como exige a redação do art. 239.<sup>335</sup>

---

<sup>333</sup> CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES. “Da alteração das circunstâncias: a concretização do artigo 437º do código civil, à luz da jurisprudência posterior a 1974”. Separata de: Estudos em memória do Prof. Doutor Paulo Cunha, Lisboa: AAFDL, 1987, p. 50.

<sup>334</sup> VARELA, Antunes. *Das Obrigações em Geral*. v. I, 10.ª ed., revista e actualizada. Coimbra: Almedina, 2000, p. 248-249.

<sup>335</sup> GONÇALVES, Diogo Costa. “Artigo 762.º”. In: PIRES, Catarina Monteiro (Coord.) *Novo Coronavírus e Crise Contratual: Anotação ao Código Civil*, Lisboa: AAFDL, 2020, p. 73-74.

Portanto, mesmo que um contrato desproporcional seja considerado válido, o direito português se esforça, por meio de mecanismos interpretativos e de integração, para mitigar os efeitos do desequilíbrio e garantir que as obrigações contratuais sejam aplicadas de maneira justa e equitativa. Essa busca pelo equilíbrio é refletida de maneira marcante no novo espírito das normas dispositivas do Código Civil de 1966, que trouxe uma mudança significativa no direito dos contratos.

Enquanto o Código de 1867 e o Anteprojeto de Vaz Serra seguiam a linha de preencher as lacunas com base na vontade presumida das partes, concedendo às normas contratuais uma natureza prioritariamente supletiva, as revisões ministeriais do Anteprojeto passaram a adotar uma nova orientação. A partir dessas revisões, o legislador optou por resolver lacunas contratuais (arts. 762.º a 830.º e segs.) não mais com base na vontade presumida, mas por meio de soluções que se mostrem mais justas, razoáveis e equilibradas. Dessa forma, Antunes Varela sugere que o Código de 1966 privilegia o equilíbrio sobre qualquer presunção de vontade das partes<sup>336</sup>.

Conforme o posicionamento de Monteiro Pires, é importante reconhecer o caráter predominantemente dispositivo das normas do Código Civil relativas às perturbações da prestação. Segundo essa visão, quando a situação prevista no contrato corresponder à situação efetivamente ocorrida, o que só pode ser determinado por meio da interpretação do negócio jurídico, conforme os artigos 236.º e seguintes, as cláusulas contratuais devem prevalecer. Isso pode, em certos casos, resultar no afastamento do regime civil<sup>337</sup>.

No que diz respeito às cláusulas de força maior, o seu uso é visto como vantajoso no ordenamento jurídico português já que elas podem expandir o conjunto de situações consideradas como impossibilidade, permitindo que as consequências típicas desse instituto sejam aplicadas a casos que, em outras circunstâncias, não se enquadrariam como tal. Isso inclui situações que, segundo a lei, normalmente invocariam outros institutos, como o da alteração das circunstâncias<sup>338</sup>.

---

<sup>336</sup> VARELA, Antunes. *Das Obrigações em Geral*. v. I, 10.ª ed., revista e actualizada. Coimbra: Almedina, 2000, p. 273-274.

<sup>337</sup> PIRES, Catarina Monteiro. “Artigo 790.º”. In: PIRES, Catarina Monteiro (Coord.) *Novo Coronavírus e Crise Contratual: Anotação ao Código Civil*, Lisboa: AAFDL, 2020, p. 81.

<sup>338</sup> OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *Desvinculação programada do contrato*. Coimbra: Almedina, 2021, p. 276.

Perestrelo de Oliveira, seguindo essa linha de raciocínio, argumenta que as cláusulas de força maior podem limitar os casos tradicionalmente resolvidos pelo instituto da impossibilidade, excluindo as consequências típicas que seriam normalmente aplicáveis. Embora essas cláusulas impliquem uma alocação total do risco de impossibilidade ao devedor, elas devem ser consideradas válidas, pois envolvem uma definição contratual da obrigação exigível, sem que haja razões de ordem pública para restringir a liberdade contratual das partes. No entanto, essa validade não impede uma análise individualizada de cada caso para avaliar a ocorrência de eventual abuso de direito, conforme previsto no artigo 334.º do Código Civil<sup>339</sup>.

Conclui-se, também no contexto jurídico português, que a incorporação de cláusulas como as de *force majeure* traz maior previsibilidade para o regramento da impossibilidade, pois contribui para aumentar a previsibilidade do regime aplicável<sup>340</sup>. No que diz respeito aos prazos, o ordenamento jurídico português, por exemplo, contempla o regime da impossibilidade temporária no artigo 792.º do Código Civil.

Segundo essa norma, a impossibilidade temporária pode ser convertida em definitiva quando o credor perde o interesse na prestação. Em modelos contratuais internacionais como o Silver Book da FIDIC, a definição de prazos costuma ser mais objetiva e determinada. A subcláusula 18.5 do Silver Book (edição de 2017) estabelece que, caso a impossibilidade persista por um período de 84 dias consecutivos, qualquer das partes pode resolver o contrato.

As cláusulas de força maior podem expandir o conjunto de situações consideradas como impossibilidade, permitindo que as consequências típicas desse instituto sejam aplicadas a casos que, em outras circunstâncias, não se enquadrariam como tal. Isso inclui situações que, segundo a lei, normalmente invocariam outros institutos, como o da alteração das circunstâncias<sup>341</sup>. Nesse sentido, Ana Perestrelo de Oliveira sustenta que a classificação de um evento como "força maior" depende estritamente da interpretação do

---

<sup>339</sup> OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. Desvinculação programada do contrato. Coimbra: Almedina, 2021, p. 276-277.

<sup>340</sup> PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos. I. Perturbações na Execução*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 13.

<sup>341</sup> OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. Desvinculação programada do contrato. Coimbra: Almedina, 2021, p. 276.

contrato que contém tal cláusula, em vez de se basear exclusivamente na correspondência com a noção legal de impossibilidade<sup>342</sup>. A análise do contrato é essencial para determinar como as partes definiram e acordaram o que constitui um evento de força maior, sendo essa definição contratual que orienta a aplicação da cláusula, independentemente da definição legal padrão de impossibilidade.

Perestrelo de Oliveira, seguindo essa linha de raciocínio, argumenta que as cláusulas de força maior podem limitar os casos tradicionalmente resolvidos pelo instituto da impossibilidade, excluindo as consequências típicas que seriam normalmente aplicáveis. Admite-se, assim, que as cláusulas possam implicar uma alocação total do risco de impossibilidade ao devedor. Tais disposições devem ser consideradas válidas, pois envolvem uma definição contratual da obrigação exigível, sem que haja razões de ordem pública para restringir a liberdade contratual das partes. No entanto, essa validade não impede uma análise individualizada de cada caso para avaliar a ocorrência de eventual abuso de direito, conforme previsto no artigo 334º do Código Civil.<sup>343</sup>

De certa forma, uma cláusula que atribui a integralidade do risco de impossibilidade ao devedor pode ser comparada à uma obrigação de garantia. A característica central de uma cláusula que cria uma obrigação de garantia, tal como acordada pelas partes, é que o credor fica plenamente protegido, de modo que o devedor não pode alegar ausência de culpa ou força maior para justificar o não cumprimento. Portanto, se o resultado garantido não for alcançado, o credor tem o direito de exigir do devedor, conforme estabelecido na cláusula contratual, o valor previamente acordado ou a devida compensação pelos danos sofridos<sup>344</sup>.

Como observa Pinto Monteiro, a eficácia de uma cláusula de garantia no ordenamento jurídico português, que impede o devedor de se eximir de responsabilidade mesmo diante de uma impossibilidade objetiva, deve igualmente abranger os acordos em que o devedor aceita o risco de uma alteração anormal das circunstâncias, que possam

---

<sup>342</sup> OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *Desvinculação programada do contrato*. Coimbra: Almedina, 2021, p. 269.

<sup>343</sup> OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *Desvinculação programada do contrato*. Coimbra: Almedina, 2021, p. 276-277.

<sup>344</sup> MONTEIRO, António Pinto. "O contrato na gestão do risco e na garantia da equidade". In: MONTEIRO, António Pinto (Coord.). *O contrato na gestão do risco e na garantia da equidade*, Coimbra: Instituto Jurídico Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 20.

tornar o cumprimento mais oneroso ou desequilibrar o contrato<sup>345</sup>. Tais soluções contratuais só podem ser consideradas justas se refletirem verdadeiros acordos entre as partes, ressaltando que essa justiça contratual depende do cumprimento de requisitos mínimos de validade, tais como a capacidade jurídica das partes, um processo de formação de vontade livre de vícios, e a licitude do objeto do contrato<sup>346</sup>.

Além disso, é fundamental que o contrato não seja usurário e que observe os princípios de boa-fé, o que inclui os deveres de informação, colaboração e lealdade. Pinto Monteiro também destaca a importância de se considerar a aplicabilidade da figura da alteração de circunstâncias, garantindo que o contrato permaneça equilibrado e justo mesmo diante de mudanças supervenientes<sup>347</sup>.

Já no que diz respeito à interação com as cláusulas MAC, Oliveira e Sá defende que a interpretação desses dispositivos contratuais “deve ser realizada fora dos constrangimentos dos quadros dogmáticos da alteração das circunstâncias”. Seu entendimento, como consequência, é de que não se pode afirmar a existência de uma total analogia ou coincidência perfeita entre as cláusulas MAC e o instituto da alteração das circunstâncias<sup>348</sup>.

Como visto, a aplicação do princípio da autonomia privada nos contratos de aquisição de empresas e financiamento permite às partes a liberdade de alocar entre si o risco de destruição, perda ou modificação da base do negócio, abrangendo, nesse contexto, a cláusula MAC. Como bem aponta Perestrelo de Oliveira, diferentemente do que ocorre no regime legal, as circunstâncias consideradas como eventos materialmente adversos não precisam necessariamente configurar a base do negócio no sentido técnico-

---

<sup>345</sup> MONTEIRO, António Pinto. “O contrato na gestão do risco e na garantia da equidade”. In: MONTEIRO, António Pinto (Coord.). *O contrato na gestão do risco e na garantia da equidade*, Coimbra: Instituto Jurídico Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 21, nota de rodapé n.º 27.

<sup>346</sup> MONTEIRO, António Pinto. “O contrato na gestão do risco e na garantia da equidade”. In: MONTEIRO, António Pinto (Coord.). *O contrato na gestão do risco e na garantia da equidade*, Coimbra: Instituto Jurídico Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 27-28.

<sup>347</sup> MONTEIRO, António Pinto. “O contrato na gestão do risco e na garantia da equidade”. In: MONTEIRO, António Pinto (Coord.). *O contrato na gestão do risco e na garantia da equidade*, Coimbra: Instituto Jurídico Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 27-28.

<sup>348</sup> SÁ, Fernando Oliveira e. “Cláusulas Material Adverse Change (MAC) em Contratos de Compra e Venda de Empresas”. In: *Direito E Justiça. Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo M. Sendin*. Edição especial, 2012, p. 439.

jurídico, permitindo uma definição mais ampla e flexível, conforme as especificidades acordadas entre as partes<sup>349</sup>.

Por meio de uma cláusula MAC, as partes podem tratar como eventos de força maior situações que, tecnicamente, não atendem aos requisitos legais para a aplicação do regime de impossibilidade, afastando assim a exigência de cumprimento natural de uma obrigação que, do ponto de vista técnico, ainda seria possível. No entanto, o inverso não se aplica: conforme o entendimento de Catarina Monteiro Pires, uma cláusula contratual não pode exigir o cumprimento de obrigações que, de acordo com a lei, se tornaram objetivamente impossíveis<sup>350</sup>.

Do mesmo modo, as cláusulas de *hardship* emergem como instrumentos jurídicos que atendem ao premente interesse dos contratantes em salvaguardar mecanismos contratuais destinados a lidar com modificações anômalas das circunstâncias. Tais dispositivos visam mitigar as incertezas que frequentemente permeiam as soluções jurídicas proferidas pelos tribunais em face de conjunturas críticas. Para Ataíde, essa abordagem ganha particular relevância quando as decisões judiciais se fundamentam em previsões legais genéricas, como ocorre no ordenamento jurídico pátrio com o instituto da alteração das circunstâncias, consagrado no artigo 437º do Código Civil<sup>351</sup>.

O fundamento das cláusulas de *hardship* revela-se plenamente inteligível quando se considera a natureza intrínseca do cumprimento obrigacional, invariavelmente atrelado ao conceito de risco da prestação. Este risco, que recai sobre o devedor, abrange não apenas o potencial agravamento dos custos associados à obrigação, mas também o incremento das dificuldades inerentes à sua execução, desde que a prestação permaneça factível *in natura*<sup>352</sup>.

---

<sup>349</sup> OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. Desvinculação programada do contrato. Coimbra: Almedina, 2021, p. 338-339.

<sup>350</sup> PIRES, Catarina Monteiro. “Cláusulas de preço fixo, de ajustamento de preço e de alteração material adversa (“MAC”) e cláusulas de força maior – Revisitando problemas de riscos de desequilíbrio e de maiores despesas em tempos virulentos”. In: Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, a. 80, n. 1-2, 2020, p. 91.

<sup>351</sup> ATAÍDE, Rui Mascarenhas. “Modelos convencionais de regulação e distribuição do risco contratual em especial, as cláusulas *hardship*”. In: *Revista de Direito Civil*, a.6 n.1, 2021, p. 65 Disponível em: <https://www.revistadedireitocivil.pt/revistas/ano-vi-1>.

<sup>352</sup> ATAÍDE, Rui Mascarenhas. “Modelos convencionais de regulação e distribuição do risco contratual em especial, as cláusulas *hardship*”. In: *Revista de Direito Civil*, a.6 n.1, 2021, p. 66 Disponível em: <https://www.revistadedireitocivil.pt/revistas/ano-vi-1>.

Assim, as cláusulas de *hardship*, enquanto manifestações da autonomia privada, conferem aos contratantes a prerrogativa de delinear e acordar acerca de cenários de onerosidade excessiva que, em circunstâncias ordinárias, estariam circunscritos à esfera de riscos do devedor. Esta faculdade negocial permite uma customização dos parâmetros de alocação de riscos contratuais, transcendendo os limites convencionais estabelecidos pela heteronomia<sup>353</sup>.

Pinto Monteiro aborda questões fundamentais sobre a interação da cláusula de *hardship* com o ordenamento jurídico, levantando três pontos cruciais. A primeira questão trata da possibilidade de a intervenção judicial ser considerada um recurso subsidiário quando há uma cláusula de *hardship* no contrato, ou seja, se os tribunais devem intervir apenas após as partes terem esgotado todas as tentativas de resolver a questão consensualmente<sup>354</sup>.

Outro ponto relevante é se, nos casos em que a base do negócio desaparece ou sofre uma alteração substancial, seria mais apropriado que a solução judicial fosse buscada apenas quando as partes não conseguem alcançar um acordo por meio de negociação, enfatizando, assim, a importância da autonomia das partes na resolução de disputas<sup>355</sup>. Por fim, é questionado se, na eventualidade de o processo de renegociação fracassar, o tribunal teria o poder de suprir o consentimento de uma das partes, considerando a possibilidade de o tribunal impor uma solução que busque restabelecer o equilíbrio contratual, mesmo que contra a vontade de uma das partes, a fim de assegurar a equidade e a justiça dentro do contrato<sup>356</sup>.

---

<sup>353</sup> ATAÍDE, Rui Mascarenhas. “Modelos convencionais de regulação e distribuição do risco contratual em especial, as cláusulas *hardship*”. In: *Revista de Direito Civil*, a.6 n.1, 2021, p. 71 Disponível em: <https://www.revistadedireitocivil.pt/revistas/ano-vi-1>.

<sup>354</sup> MONTEIRO, António Pinto. “O contrato na gestão do risco e na garantia da equidade”. In: MONTEIRO, António Pinto (Coord.). *O contrato na gestão do risco e na garantia da equidade*, Coimbra: Instituto Jurídico Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 18.

<sup>355</sup> MONTEIRO, António Pinto. “O contrato na gestão do risco e na garantia da equidade”. In: MONTEIRO, António Pinto (Coord.). *O contrato na gestão do risco e na garantia da equidade*, Coimbra: Instituto Jurídico Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 18.

<sup>356</sup> MONTEIRO, António Pinto. “O contrato na gestão do risco e na garantia da equidade”. In: MONTEIRO, António Pinto (Coord.). *O contrato na gestão do risco e na garantia da equidade*, Coimbra: Instituto Jurídico Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 18.

Deve-se, ainda, estudar a interação de cláusulas de repartição de riscos, sejam de *force majeure*, *hardship* ou MAC, que refletem situações em que as partes pretendem apenas restringir a aplicação do artigo 437.º. Como regra geral, esses casos não costumam gerar problemas complexos no Direito português, pois basta que o contrato mencione explicitamente os riscos específicos. No entanto, a discussão torna-se mais complexa quando se trata da possibilidade de excluir completamente a aplicação desse instituto<sup>357</sup>.

Para entender melhor as posições da doutrina sobre o caráter do artigo 437.º, é importante considerar os argumentos que defendem a sua natureza imperativa e inderrogável<sup>358</sup>.

Carneiro da Frada defende que artigo 437.º/1 reflete um núcleo de justiça contratual essencial, injuntivo, e inderrogável pela vontade das partes, vale dizer, não se trata de uma norma supletiva em sua essência, de forma que nenhuma cláusula contratual pode contrariar esse núcleo central, que é de ordem pública e constitui uma condição indispensável para a legalidade do contrato<sup>359</sup>. Isso significa que, mesmo que as partes estabeleçam no contrato disposições específicas para lidar com a superveniência de problemas, para determinar se a alteração de circunstâncias assume características de ordem pública, é necessário avaliar se a distribuição de riscos acordada é razoável e justificável no contexto particular do caso. Essa análise pode levantar questionamentos sobre a validade das cláusulas contratuais que regulam a questão da superveniência<sup>360</sup>.

---

<sup>357</sup> OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. “Sobre a subsidiaridade do regime da alteração das circunstâncias”. In: MOTA, Helena et. al. (Org.) Estudos Comemorativos dos 20 anos da FDUP, vol. 2, 2017, p. 434.

<sup>358</sup> A fim de estabelecer as bases conceituais a serem tratadas a seguir, ressaltamos a lição de Nunes Leal, que ensina que, no âmbito da teoria geral do direito, as normas jurídicas podem ser categorizadas, quanto à sua imperatividade, em dois grupos fundamentais: as disposições imperativas e as disposições supletivas. Esta dicotomia reflete a tensão entre a necessidade de regulação estatal e a autonomia privada, constituindo um elemento crucial na compreensão da estrutura e funcionamento dos sistemas jurídicos contemporâneos. As disposições imperativas, também conhecidas como cogentes, preceptivas, coativas ou absolutas, são regras que se impõem à vontade dos indivíduos, não permitindo que eles regulem certas situações de maneira diferente. Elas não podem ser alteradas pela vontade individual e são consideradas inderrogáveis pelas partes. Por outro lado, as disposições supletivas, também chamadas de subsidiárias, permissivas, dispositivas, relativas ou interpretativas, dão liberdade às pessoas para decidir de outra forma e são aplicadas quando há falta de clareza ou omissão na expressão da vontade dos envolvidos

<sup>359</sup> FRADA, Manuel Carneiro da. “A alteração das circunstâncias à luz do COVID-19: teses e reflexões para um diálogo”. In: Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, a.80 n.1-2, Jan.-Jun. 2020, p. 162. Disponível em: <https://portal.oa.pt/media/131420/manuel-carneiro-da-frada.pdf>.

<sup>360</sup> FRADA, Manuel Carneiro da; COSTA, Mariana Fontes da. “Discussing the (*Ab*)Normality of Financial Crises as a Relevant Change of Circumstances Under Portuguese Law”. In: BAŞOĞLU, Başak (Ed.) *The Effects of Financial Crises on the Binding Force of Contracts – Renegotiation, Rescission or Revision*. Cham: Springer, 2016, p. 234.

Pinto Oliveira argumenta que não é possível às partes distribuir riscos de forma genérica, como no caso exemplificado, defendendo que uma previsão contratual só prevalecerá sobre a norma legal quando a atribuição de risco for específica<sup>361</sup>. Defende, ainda, que as cláusulas que tentam atribuir riscos de maneira genérica devem ser consideradas inválidas ou, no mínimo, ineficazes<sup>362</sup>. Para o autor, um exemplo hipotético de uma previsão abrangente ou genérica que busque afastar a aplicação do art. 437.º seria aquela que estipula que qualquer mudança nas condições que afete a capacidade de cumprimento da prestação será de inteira responsabilidade do devedor, sem prejudicar o direito do credor à prestação. Ou, ainda, qualquer variação que impacte a possibilidade de viabilidade da prestação recairá sobre o credor, sem comprometer o direito do devedor à contraprestação<sup>363</sup>. Nesse quadro, podem se incluir as cláusulas de força maior, quando altamente restritivas.

De forma análoga, considera-se que as partes não podem excluir de forma genérica o direito à adaptação ou à modificação contratual, embora possam estabelecer mecanismos que facilitem ou dificultem esses processos, inclusive no que diz respeito à resolução do contrato<sup>364</sup>. Nesse quadro, podem se incluir as cláusulas de *hardship*.

As justificativas para a regulação da alteração de circunstâncias estabelecida em lei devem ser entendidas como razões que a tornam incompatível com sua classificação como norma meramente dispositiva. Em outras palavras, a lógica essencial que fundamenta o artigo 437.º do Código Civil deve prevalecer sobre a vontade das partes<sup>365</sup>. Nesse contexto, Pinto Oliveira argumenta que a natureza imperativa – ou não dispositiva – do artigo 437.º confere à parte afetada o direito de adaptar, modificar ou até mesmo

---

<sup>361</sup> OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. “Sobre a subsidiaridade do regime da alteração das circunstâncias”. In: MOTA, Helena et. al. (Org.) Estudos Comemorativos dos 20 anos da FDUP, vol. 2, 2017, p. 434-435.

<sup>362</sup> OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. “Sobre a subsidiaridade do regime da alteração das circunstâncias”. In: MOTA, Helena et. al. (Org.) Estudos Comemorativos dos 20 anos da FDUP, vol. 2, 2017, p. 436.

<sup>363</sup> OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. “Sobre a subsidiaridade do regime da alteração das circunstâncias”. In: MOTA, Helena et. al. (Org.) Estudos Comemorativos dos 20 anos da FDUP, vol. 2, 2017, p. 434, nota de rodapé n.º 43.

<sup>364</sup> OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. “Sobre a subsidiaridade do regime da alteração das circunstâncias”. In: MOTA, Helena et. al. (Org.) Estudos Comemorativos dos 20 anos da FDUP, vol. 2, 2017, p. 449.

<sup>365</sup> OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. “Sobre a subsidiaridade do regime da alteração das circunstâncias”. In: MOTA, Helena et. al. (Org.) Estudos Comemorativos dos 20 anos da FDUP, vol. 2, 2017, p. 438; 446.

resolver o contrato, fortalecendo assim sua posição durante o procedimento de renegociação<sup>366</sup>.

Diogo Pereira Duarte sustenta que as partes não podem renunciar à aplicação do artigo 437.º do Código Civil nos casos em que, mesmo havendo uma distribuição de risco acordada no contrato, o evento superveniente resulte em uma consequência manifestamente contrária aos princípios da boa-fé. Consequentemente, argumenta ser evidente que o instituto da alteração de circunstâncias não pode ser completamente dispositivo, ou seja, não pode ser afastado ou modificado pelas partes de forma irrestrita<sup>367</sup>. A supletividade, no seu entendimento, expressa apenas a possibilidade de as partes estabelecerem uma regulamentação distinta daquela prevista pela lei, oferecendo uma alternativa à solução legal proposta. No entanto, isso não implica que a solução legal em si esteja inteiramente no domínio da negociabilidade privada<sup>368</sup>.

No mesmo sentido, Oliveira e Sá entende não ser possível excluir, contratualmente e de forma genérica, a aplicação do regime da alteração das circunstâncias, já que, apesar da sua supletividade, baseia-se dogmaticamente nas exigências fundamentais de boa fé, que não podem ser afastadas pelas partes<sup>369</sup>.

A imposição desse direito inalienável garante que a parte prejudicada por uma alteração significativa das circunstâncias não fique desprotegida e possa buscar um reequilíbrio contratual, mesmo que a outra parte resista a essas mudanças. Pinto Oliveira conclui que a reafirmação da autonomia privada na definição das consequências de superveniências no plano de risco do programa contratual é, na verdade, um reflexo da existência de um direito privado codificado, que se materializa na linguagem dos direitos subjetivos<sup>370</sup>.

---

<sup>366</sup> OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. “Sobre a subsidiaridade do regime da alteração das circunstâncias”. In: MOTA, Helena et. al. (Org.) Estudos Comemorativos dos 20 anos da FDUP, vol. 2, 2017, p. 452.

<sup>367</sup> DUARTE, Diogo Pereira. “A regulação contratual do risco e a alteração das circunstâncias: a propósito dos swaps”, In: Revista de Direito das Sociedades, Ano VII, 2015, número 1, p. 217

<sup>368</sup> DUARTE, Diogo Pereira. “A regulação contratual do risco e a alteração das circunstâncias: a propósito dos swaps”, In: Revista de Direito das Sociedades, Ano VII, 2015, número 1, p. 217

<sup>369</sup> SÁ, Fernando Oliveira e. “Cláusulas Material Adverse Change (MAC) em Contratos de Compra e Venda de Empresas”. In: Direito E Justiça. Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo M. Sendin. Edição especial, 2012, p. 438.

<sup>370</sup> OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. “Sobre a subsidiaridade do regime da alteração das circunstâncias”. In: MOTA, Helena et. al. (Org.) Estudos Comemorativos dos 20 anos da FDUP, vol. 2, 2017, p. 452.

Nas palavras de Monteiro Pires, o instituto da alteração de circunstâncias possui um núcleo irredutível, intrinsecamente ligado a um problema de justiça contratual, o que reforça a sua natureza imperativa<sup>371</sup>. Nesta linha de raciocínio, é válida a menção ao artigo 237.º do Código Civil Português reforça a busca pelo equilíbrio nas relações contratuais por meio de regras de interpretação das declarações negociais. Conforme o entendimento de Moraes Mota, as regras supletivas de interpretação exprimem exigências de justiça contratual. Nos negócios onerosos, em caso de dúvida, deve prevalecer o sentido mais consentâneo ao equilíbrio contratual, considerando a repartição das vantagens por meio das prestações<sup>372</sup>.

Ferreira de Almeida argumenta que, embora a legislação portuguesa mencione o equilíbrio das prestações apenas como um princípio subsidiário, este não pode ser ignorado na interpretação dos contratos onerosos. Esse princípio é essencial para a compreensão normal e razoável dos contratos, especialmente quando as partes envolvidas são empresas bem-informadas e guiadas pela racionalidade econômica. O equilíbrio das prestações é particularmente relevante na determinação da distribuição de riscos ou na avaliação da natureza usurária de um negócio, como previsto nos artigos 437.º, n.º 1, 252.º, n.º 2, e 282.º, n.º 1 do Código Civil<sup>373</sup>.

Como ensina Monteiro Pires, a autonomia privada se manifesta, neste contexto, como uma área intrinsecamente limitada, caracterizada por um mero reconhecimento concedido pelo ordenamento jurídico, ao invés de uma autorização ou delegação plena. Trata-se, portanto, de um espaço de heteronomia dentro do direito civil, no qual a proteção jurídica se apresenta como um meio de concretização dos valores subjacentes ao próprio sistema jurídico, que é orientado de forma abrangente para assegurar o poder de cada indivíduo em “gerir autonomamente sua esfera de interesses”<sup>374</sup>.

---

<sup>371</sup> PIRES, Catarina Monteiro. “M&A: Riscos e algumas cláusulas controversas”. In: PIRES, Catarina Monteiro; *et. al.* (Coord.). *Riscos no Direito Privado e na Arbitragem*. São Paulo: Almedina Brasil, 2023, p. 381.

<sup>372</sup> MOTA, Marcel Moraes. “A interpretação dos contratos nos direitos inglês, português e brasileiro”. In: *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 4, n. 4, 2018, p. 1388. Disponível em: [https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/4/2018\\_04\\_1355\\_1422.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/4/2018_04_1355_1422.pdf).

<sup>373</sup> Almeida, Carlos Ferreira de. *Contratos*. Vol. IV: Funções. Circunstâncias. Interpretação. Coimbra: Almedina, 2ª edição, 2021, p. 304.

<sup>374</sup> PIRES, Catarina Monteiro. *Impossibilidade da Prestação*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 430.

Assim, conclui-se que, embora na prática o regramento contratual de repartição de risco possa afastar a aplicação da figura da alteração das circunstâncias, não é possível eliminar completamente a necessidade de um “juízo de concretude”<sup>375</sup>. Esse juízo deve considerar a interpretação do contrato em sua totalidade, levando em conta todas as cláusulas e o contexto contratual para determinar se, de fato, a repartição de riscos foi estabelecida de forma a excluir a aplicação desse instituto.

Por outro lado, há também uma corrente doutrinária que considera o artigo 437.º como dispositivo e derogável. Segundo essa visão, a aplicação do regime legal para a alteração das circunstâncias pode ser afastada pelas partes mediante estipulação contratual específica. A seguir, são apresentados os argumentos que sustentam o caráter supletivo desse artigo, defendendo a prevalência da autonomia.

Conforme a lição de Menezes Cordeiro, as regras que distribuem o risco, sejam elas de origem legal ou contratual, impõem uma limitação ao alcance do instituto da alteração das circunstâncias. Em outras palavras, quando essas regras estão presentes, elas têm precedência sobre a aplicação do artigo 437.º do Código Civil<sup>376</sup>. Sendo assim, o objetivo da lei, especialmente no que se refere ao artigo 437.º, inciso 1, do Código Civil, é conferir a este dispositivo uma natureza supletiva em relação ao regime legal ou contratual de repartição de risco e, de maneira mais abrangente, em relação às regras de imputação de danos<sup>377</sup>.

Além disso, conforme explica Menezes Cordeiro, o cumprimento das obrigações assumidas dentro dos limites da álea normal de um determinado contrato jamais comprometeria de forma grave os princípios da boa-fé<sup>378</sup>. Tomando como exemplo os contratos de *swap*, o preço, representado pela taxa fixa paga pelo cliente em contraposição

---

<sup>375</sup> PIRES, Catarina Monteiro. “Cláusulas de preço fixo, de ajustamento de preço e de alteração material adversa (“MAC”) e cláusulas de força maior – Revisitando problemas de riscos de desequilíbrio e de maiores despesas em tempos virulentos”. In: Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, a. 80, n. 1-2, 2020, p. 79.

<sup>376</sup> CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES. “Da alteração das circunstâncias: a concretização do artigo 437.º do código civil, à luz da jurisprudência posterior a 1974”. Separata de: Estudos em memória do Prof. Doutor Paulo Cunha, Lisboa: AAFDL, 1987, p. 43-44.

<sup>377</sup> CORDEIRO, António Menezes. “A proposta na contratação pública e a alteração das circunstâncias”. In: O direito: Edições jurídicas, A. 142, nº 2, 2010, p. 292.

<sup>378</sup> CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES. “Da alteração das circunstâncias: a concretização do artigo 437.º do código civil, à luz da jurisprudência posterior a 1974”. Separata de: Estudos em memória do Prof. Doutor Paulo Cunha, Lisboa: AAFDL, 1987, p. 44.

à taxa Euribor paga pelo banco, é estabelecido com base na repartição de riscos negociada entre as partes no momento da formação do contrato. Dessa forma, qualquer desequilíbrio funcional que possa surgir posteriormente deve ser entendido como uma mera extensão do desequilíbrio original, previamente aceito e incorporado ao contrato pelas partes<sup>379</sup>.

Essa posição é complementada pela ideia de que, a boa fé, em seu papel interpretativo, não confere autoridade para reescrever o contrato, mas permite identificar e escolher, dentre os possíveis significados das cláusulas contratuais, aquele que melhor promove o equilíbrio dos interesses envolvidos. Assim, Perestrelo de Oliveira sugere que a ênfase não está em corrigir o contrato, mas em revelar a verdadeira composição de interesses, assegurando a justiça contratual conforme o programa econômico acordado entre as partes<sup>380</sup>.

As regras de distribuição do risco expressam verdadeiros imperativos de justiça e fundamentam-se no princípio *ubi commoda, ibi incommoda*. Elas atendem às exigências de segurança nas sociedades tecnológicas modernas, possibilitando uma organização clara e acessível na alocação de danos. Além disso, essas regras facilitam a implementação de sistemas de gestão de risco, como o uso de seguros, contribuindo para a previsibilidade e estabilidade nas relações jurídicas<sup>381</sup>.

O caráter dispositivo da figura da alteração de circunstâncias também foi discutido por Mário Júlio de Almeida Costa, que defende que as partes contratantes podem "afastar ou limitar a aplicação do art. 437.º, assumindo riscos maiores"<sup>382</sup>. Segundo essa perspectiva, a autonomia das partes permite que elas ajustem ou até mesmo excluam a aplicação desse artigo, desde que estejam cientes e concordem em assumir riscos mais elevados.

---

<sup>379</sup> SILVA, João Calvão da. "Contratos Bancários e Alteração das Circunstâncias". *In*: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. 90, no. 2, 2014, p. 551. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/boltfdiuc90&i=557>.

<sup>380</sup> OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *Desvinculação programada do contrato*. Coimbra: Almedina, 2021, p. 53.

<sup>381</sup> CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES. "Da alteração das circunstâncias: a concretização do artigo 437º do código civil, à luz da jurisprudência posterior a 1974". Separata de: *Estudos em memória do Prof. Doutor Paulo Cunha*, Lisboa: AAFDL, 1987, p. 43-44.

<sup>382</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 12ª ed. rev. e act. Coimbra: Almedina, 2018, p. 341.

Pais de Vasconcelos igualmente afirma que o regime da alteração das circunstâncias é, em princípio, um tema disponível, o que significa que pode ser objeto de regulação pelas partes contratantes. Dessa forma, caso tenha sido feita alguma estipulação específica no contrato, esta deverá prevalecer, pois reflete a autonomia das partes na definição das regras aplicáveis a eventuais mudanças nas circunstâncias ao longo da execução do contrato<sup>383</sup>.

De forma semelhante, Perestrelo de Oliveira entende que a aplicação do artigo 437.º do Código Civil deve ser entendida como uma salvaguarda do sistema jurídico, especialmente em situações em que o contrato não aborda expressamente a questão da superveniência ou quando as disposições contratuais previstas se mostram contrárias aos princípios da boa-fé<sup>384</sup>.

No entanto, Perestrelo de Oliveira também reconhece que, em casos em que o contrato contém cláusulas que excluem de forma genérica a aplicação do artigo 437.º, a interpretação do acordo pode revelar que as partes, de forma consciente e expressa, aceitaram atribuir o risco das mudanças contratuais a uma das partes. Essa aceitação voluntária do risco, refletida na negociação e nas condições acordadas, como o preço, demonstra que a autonomia privada foi exercida de maneira plena. Desde que as partes estejam em igualdade de condições e devidamente informadas, não há motivo para impedir tal exercício da autonomia, respeitando-se assim a vontade contratual manifestada<sup>385</sup>. Em outras palavras, quando há paridade entre as partes e uma adequada simetria informativa, é suficiente realizar uma análise *ex post* para verificar se há abuso de direito na cláusula que afasta, direta ou indiretamente, a aplicação do instituto da alteração das circunstâncias<sup>386</sup>.

Diante da natureza dispositiva do regime do artigo 437.º, Reis Luís sustenta que, no âmbito da autonomia privada, as partes contratantes têm a prerrogativa de incluir cláusulas de *hardship* ou outras formas de distribuição de responsabilidades em seus

---

<sup>383</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais de. Teoria Geral do Direito Civil. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 318.

<sup>384</sup> OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. Desvinculação programada do contrato. Coimbra: Almedina, 2021, p. 294-295.

<sup>385</sup> OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. Desvinculação programada do contrato. Coimbra: Almedina, 2021, p. 294-295.

<sup>386</sup> OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. Desvinculação programada do contrato. Coimbra: Almedina, 2021, p. 296.

contratos, assumindo explicitamente determinados riscos. Tal previsão contratual pode, em diversas situações, tornar inaplicáveis as disposições relativas à alteração das circunstâncias, uma vez que as contingências foram previamente acordadas. Além disso, essas cláusulas podem restringir ou até mesmo impedir a intervenção judicial destinada a ajustar o contrato em face de eventos supervenientes<sup>387</sup>.

Concluindo as opiniões que defendem a natureza supletiva do artigo 437.º, passamos a analisar as posições doutrinárias que, embora reconheçam a base supletiva do artigo, também admitem nuances de imperatividade a depender da interpretação do contrato e do contexto específico em que se insere. Essa perspectiva reconhece que a rigidez ou flexibilidade da norma deve ser modulada conforme as circunstâncias concretas de cada caso.

A esse respeito, Menezes Cordeiro também faz ressalva de que é possível que o núcleo essencial da alteração das circunstâncias se insira no âmbito da ordem pública. Essa consideração deve levar em conta as características específicas de cada contrato. Por exemplo, em contratos públicos, o equilíbrio financeiro e o interesse público são aspectos particularmente vulneráveis a eventos supervenientes, exigindo maior atenção. Em contrapartida, nos contratos de risco, dada a sua natureza, essa vulnerabilidade é significativamente reduzida<sup>388</sup>.

Sem embargo ao recorte temático desta investigação, é imprescindível mencionar os mecanismos de controle sobre o plano de risco que elas estabelecem estão sujeitos ao regime do negócio usurário e ao Regime das Cláusulas Contratuais Gerais (RCCG), caso aplicável. Isso significa que, mesmo sendo válidas, essas cláusulas devem respeitar limites legais destinados a evitar abusos e proteger a equidade contratual<sup>389</sup>. No artigo 21.º, RCCG proíbe expressamente cláusulas que alterem a distribuição do risco em

---

<sup>387</sup> LUÍS, Sandra dos Reis. “A alteração anormal das circunstâncias: o artigo 437.º do Código Civil e a situação pandémica: reflexos contratuais”. In: *Julgar Online*, julho 2020, p. 3. Disponível em: <http://julgar.pt/a-alteracao-anormal-das-circunstancias-o-artigo-437-o-do-codigo-civil-e-a-situacao-pandemica-reflexos-contratuais/>

<sup>388</sup> CORDEIRO, António Menezes. “Da gestão do risco no direito da arbitragem In: PIRES, Catarina Monteiro; et. al. (Coord.). *Riscos no Direito Privado e na Arbitragem*. São Paulo: Almedina Brasil, 2023, p. 647.

<sup>389</sup> DUARTE, Diogo Pereira. “A regulação contratual do risco e a alteração das circunstâncias: a propósito dos swaps”, In: *Revista de Direito das Sociedades*, Ano VII, 2015, número 1, p. 218.

contratos, com o objetivo de proteger as partes mais vulneráveis, como os consumidores, contra práticas contratuais abusivas e desequilibradas.

Monteiro Pires argumenta que a simples presença de uma cláusula de distribuição de risco em um contrato não deve levar, de forma automática, a uma conclusão sobre a relevância ou a irrelevância do instituto da alteração das circunstâncias para aquele contrato<sup>390</sup>. No caso de uma cláusula de preço fixo, por exemplo, só é possível determinar se essa distribuição de risco foi concebida com o propósito de "estabilizar o contrato" contra contingências que possam impactar o preço mediante uma interpretação conjunta das cláusulas do contrato em questão<sup>391</sup>. A determinação da intenção das partes, nesse contexto, exige uma interpretação abrangente do contrato, que abarca tanto a interpretação declarativa quanto a integrativa, em conformidade com os princípios gerais do direito contratual<sup>392</sup>.

Portanto, no caso das cláusulas de preço fixo, por exemplo, só é possível concluir que esse mecanismo contratual exclui a aplicação do artigo 437.º do Código Civil após uma análise detalhada de seu sentido, da esfera de riscos a ele associada, dos elementos fatuais envolvidos, bem como da consideração de outras previsões contratuais, como as cláusulas de declarações e garantias<sup>393</sup>. Ou seja, “[m]esmo a ideia de que uma cláusula de preço fixo significa uma exclusão total e absoluta do artigo 437.º afigura-se duvidosa: em princípio assim será, mas tudo dependerá da interpretação global do contrato”<sup>394</sup>.

Na ausência de qualquer estipulação contratual específica, deve-se recorrer ao modelo de distribuição de riscos inerente ao tipo contratual em questão. Caso não existam critérios específicos derivados desse modelo para a justa distribuição de riscos, Pais de

---

<sup>390</sup> PIRES, Catarina Monteiro. “Cláusulas de preço fixo, de ajustamento de preço e de alteração material adversa (“MAC”) e cláusulas de força maior – Revisitando problemas de riscos de desequilíbrio e de maiores despesas em tempos virulentos”. In: Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, a. 80, n. 1-2, 2020, p. 76.

<sup>391</sup> PIRES, Catarina Monteiro. “Cláusulas de preço fixo, de ajustamento de preço e de alteração material adversa (“MAC”) e cláusulas de força maior – Revisitando problemas de riscos de desequilíbrio e de maiores despesas em tempos virulentos”. In: Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, a. 80, n. 1-2, 2020, p. 77.

<sup>392</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais de. Teoria Geral do Direito Civil. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 318.

<sup>393</sup> PIRES, Catarina Monteiro. “Cláusulas de preço fixo, de ajustamento de preço e de alteração material adversa (“MAC”) e cláusulas de força maior – Revisitando problemas de riscos de desequilíbrio e de maiores despesas em tempos virulentos”. In: Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, a. 80, n. 1-2, 2020, p. 80.

<sup>394</sup> PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos. I. Perturbações na Execução*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 180.

Vasconcelos argumenta que a aplicação de uma solução equitativa ao caso concreto não contraria a autonomia privada<sup>395</sup>.

Na interpretação de uma cláusula contratual, ainda que situações específicas mencionadas no contrato tenham relevância, Perestrelo de Oliveira sugere que o foco principal deve ser compreender a distribuição de riscos desejada pelas partes, a partir de uma análise global do contrato. Diferente de um conceito legal abstrato, que exige uma conformidade rigorosa com normas estabelecidas, o conceito teleológico se orienta pelos objetivos gerais do contrato<sup>396</sup>.

Em última análise, é através de uma abordagem teleológica, como defendido por Perestrelo de Oliveira, que se priorizam os propósitos centrais do acordo, em vez de se limitar aos exemplos específicos mencionados pelas partes. Essa metodologia permite uma interpretação mais abrangente, focando nos objetivos fundamentais do contrato. Dessa forma, busca-se assegurar uma proteção mais ampla contra riscos imprevistos, levando em conta os termos concretos acordados, os quais podem ou não estar em conformidade com as proteções legais estabelecidas<sup>397</sup>.

Portanto, é essencial avaliar o equilíbrio global do negócio jurídico em questão. Se a distribuição contratual do risco for considerada manifestamente desproporcional e abusiva, poderá ocorrer uma violação do princípio da boa-fé, especialmente sob a ótica da primazia da materialidade subjacente<sup>398</sup>.

Mesmo em relação a contratos aleatórios, Diogo Pereira Duarte não entende ser possível adotar uma regra geral de inaplicabilidade do artigo 437.º, da mesma forma que a completa disponibilidade da solução legal não deve ser admitida<sup>399</sup>, advertindo que apenas “quando o risco verificado não é o risco em função do qual o negócio aleatório

---

<sup>395</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais de. Teoria Geral do Direito Civil. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 313.

<sup>396</sup> OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. Desvinculação programada do contrato. Coimbra: Almedina, 2021, p. 270.

<sup>397</sup> OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. Desvinculação programada do contrato. Coimbra: Almedina, 2021, p. 270.

<sup>398</sup> OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. Desvinculação programada do contrato. Coimbra: Almedina, 2021, p. 154.

<sup>399</sup> DUARTE, Diogo Pereira. “A regulação contratual do risco e a alteração das circunstâncias: a propósito dos swaps”, In: Revista de Direito das Sociedades, Ano VII, 2015, número 1, p. 227.

desempenha a sua função socioeconómica pode estar em causa a aplicação do instituto, não nos outros casos”<sup>400</sup>.

Perestrelo de Oliveira, por outro lado, argumenta que é difícil justificar a restrição à autonomia privada em contratos onde as partes possuem igualdade em termos de poder de negociação e acesso à informação. Nesse contexto, qualquer limitação imposta à liberdade contratual seria vista como um paternalismo desprovido de significado e, portanto, considerada ilegítima<sup>401</sup>, alertando que “[o] ordenamento português arrisca ser, em múltiplos aspetos, excessivamente protetor e dirigista, substituindo-se, aparentemente, à autonomia privada das partes em situações em que não são facilmente discerníveis os valores e interesses prosseguidos”<sup>402</sup>.

É possível concluir, portanto, que no contexto das relações contratuais no ordenamento jurídico português, deve-se reconhecer a coexistência entre autonomia privada e a intervenção do ordenamento jurídico, especialmente em situações que envolvem a proteção de valores essenciais e a correção de desequilíbrios. Perestrelo de Oliveira aborda essa questão com precisão, ao afirmar:

*A simbiose entre autonomia e heteronomia não afasta a legitimidade das intervenções heterônomas do ordenamento, tendentes a salvaguardar valores de ordem pública ou a reagir a abusos do poder negocial e, portanto, à preterição do princípio da boa fé*<sup>403</sup>.

Embora a jurisprudência portuguesa ainda não tenha se pronunciado de forma expressa sobre a natureza imperativa ou supletiva dos dispositivos que regulam o risco da superveniência contratual, é possível identificar direcionamentos relevantes a partir da interação – ou, por vezes, conflito – entre os termos acordados pelas partes, a matriz de risco escolhida no contrato, e a heteronomia subjacente às normas aplicáveis. Esse equilíbrio entre autonomia privada e intervenção normativa emerge particularmente em

---

<sup>400</sup> DUARTE, Diogo Pereira. “A regulação contratual do risco e a alteração das circunstâncias: a propósito dos swaps”, In: Revista de Direito das Sociedades, Ano VII, 2015, número 1, p. 232.

<sup>401</sup> OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. Desvinculação programada do contrato. Coimbra: Almedina, 2021, p. 67.

<sup>402</sup> OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. Desvinculação programada do contrato. Coimbra: Almedina, 2021, p. 27.

<sup>403</sup> OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. Desvinculação programada do contrato. Coimbra: Almedina, 2021, p. 60.

casos onde há uma alteração significativa de circunstâncias, exigindo do tribunal uma avaliação sobre a aplicação ou derrogação das regras legais de repartição de riscos.

No Acórdão do Processo nº 1387/11.5TBBCL.G1.S1, proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal em 10 de outubro de 2013, a análise da aplicabilidade da alteração de circunstâncias em um contrato de *swap* esteve em causa<sup>404</sup>. O litígio decorreu da queda das taxas de juro, que impactou de forma significativa o equilíbrio contratual. O tribunal decidiu que a resolução do contrato era justificada, admitindo a aplicação do artigo 437.º do Código Civil ao caso específico, mesmo reconhecendo a natureza aleatória do contrato.

Desse modo, conclui-se que a solução estatutária prevaleceu, uma vez que a corte adotou o entendimento de que a parte apelada não poderia ser obrigada a permanecer vinculada a um contrato que, em decorrência de fatores externos e imprevisíveis, se tornara excessivamente oneroso. A aplicação do artigo 437.º reforçou a ideia de que, diante de uma alteração significativa das circunstâncias, é legítima a resolução contratual para restaurar o equilíbrio e a justiça nas relações contratuais.

No acórdão de relatoria de Conceição Bucho, julgado pelo Tribunal da Relação de Guimarães em 31 de janeiro de 2013, Processo 1387/11.5TBBCL.G1, o litígio envolveu um contrato de *swap* que foi severamente impactado pela crise financeira global de 2008<sup>405</sup>. A questão central consistia em determinar se o agravamento do desequilíbrio entre as prestações contratuais, provocado por tal crise, justificava a intervenção judicial no sentido de restabelecer o equilíbrio contratual.

O Tribunal da Relação sublinhou que a crise financeira desencadeada a partir de setembro de 2008 constituiu um evento extraordinário e completamente anormal dentro do sistema financeiro, exacerbando de forma significativa o desequilíbrio pré-existente no contrato. Na sua decisão, o tribunal analisou a racionalidade da distribuição de risco própria do tipo contratual em questão, que se destinava essencialmente à gestão do risco

---

<sup>404</sup> Supremo Tribunal de Justiça, 1387/11.5TBBCL.G1.S1, Relator Granja Da Fonseca, Data de Julgamento: 10/10/2013.

<sup>405</sup> Tribunal da Relação de Guimarães. Acórdão nº 1387/11.5TBBCL.G1. Relator: Conceição Bucho. Data do julgamento: 31/01/2013.

de taxa de juro. No entanto, concluiu que o impacto da crise de 2008 excedia os riscos normais assumidos pelas partes ao celebrar o contrato, visto que as oscilações de taxas de juro e o colapso financeiro não podiam ser considerados riscos típicos de contratos de *swap* em condições normais de mercado. Assim, entendeu-se que a manutenção do contrato nas condições resultantes da crise violaria os princípios da boa-fé que regem a execução dos contratos.

O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de outubro de 2013, de relatoria de Granja da Fonseca, também referente ao Processo 1387/11.5TBBCL.G1, confirmou a decisão do Tribunal da Relação de Guimarães. A Corte sublinhou que, em contratos como os de *swap*, o risco constitui o próprio objeto contratual, sendo, portanto, inerente à relação jurídica. No entanto, para que a alteração das circunstâncias possa fundamentar a modificação ou a resolução do contrato, é necessário que essa alteração tenha um vulto apreciável e proporções extraordinárias, gerando um desequilíbrio tão profundo que a sua manutenção se tornaria intolerável à luz dos princípios da boa-fé. No caso em análise, a queda das taxas de juro para níveis abaixo dos 3,95%, enquanto o contrato havia sido concebido para assegurar uma taxa de 5,15%, configurou um desequilíbrio substancial que justificava a intervenção judicial, restabelecendo o equilíbrio contratual para evitar onerosidade excessiva para uma das partes<sup>406</sup>.

Já no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça proferido no processo 56149/21.1YIPRT.L1.S1, a discussão envolvia um contrato de distribuição no contexto da pandemia. A autora solicitava o pagamento integral de serviços prestados, enquanto a ré argumentava que a pandemia reduziu drasticamente sua atividade, justificando um pagamento menor. O juiz de 1.ª instância, neste caso, aplicou oficiosamente a alteração anormal das circunstâncias para dividir as perdas entre as partes. No entanto, o Supremo Tribunal considerou inadequada essa decisão, afirmando que a modificação contratual só poderia ocorrer mediante requerimento das partes. Como as alegações iniciais limitavam-se à prestação e custo dos serviços, a aplicação da norma era estranha à causa<sup>407</sup>.

---

<sup>406</sup> Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão n° 1387/11.5TBBCL.G1. Relator: Granja da Fonseca. Data do julgamento: 10/10/2013.

<sup>407</sup> Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão n° 56149/21.1YIPRT.L1.S1. Relator: VIEIRA E CUNHA. Data do Julgamento: 15/12/2022.

Além disso, a decisão realça que a mera alteração das circunstâncias não é suficiente para ativar a aplicação do artigo 437.º. É imprescindível que exista uma correlação entre a alteração e a teoria do risco, a cooperação inter-subjectiva, a interpretação contratual e o princípio da segurança. Este último visa preservar o contratado como manifestação do princípio da autonomia privada, assegurando que os contratos se mantenham como expressão da vontade e do acordo das partes, mesmo diante de mudanças imprevistas e significativas nas circunstâncias que os originaram.

Destaca-se, ainda, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, proferido em 14 de janeiro de 2020, que sustentou que a inclusão de cláusulas de garantia em contratos de compra e venda de participações sociais constitui uma modalidade de distribuição de riscos. Assim, quando as partes decidem não incorporar esse tipo de cláusula, “deve entender-se que estas não quiseram distribuir por qualquer forma o risco de transmissão da sociedade”<sup>408</sup>.

Esse entendimento reforça a importância da autonomia das partes na alocação dos riscos contratuais, evidenciando que a ausência de cláusulas de garantia reflete uma escolha consciente de não regular ou limitar os riscos inerentes à transação. Portanto, em vez de presumir, com base na boa-fé, que certa informação deveria ter sido fornecida e incluída nas cláusulas de declarações e garantias, é igualmente possível interpretar que a falta de garantia sobre um determinado assunto reflete a escolha das partes de não atribuir ao comprador o risco associado à sua verificação.

### **V.1.2. Ordenamento jurídico brasileiro**

No Direito brasileiro, a regra geral é a liberdade das partes para definir, por meio do contrato, como se dará a alocação de riscos, incluindo a possibilidade de assumir riscos econômicos e eventuais variações supervenientes. Essa autonomia contratual implica que as partes devem ter consciência dos riscos inerentes ao contrato e negociá-los livremente, respeitando os limites da lei e dos princípios de boa fé. Nesse contexto, o desequilíbrio econômico que possa surgir ao longo da execução do contrato é frequentemente reflexo do desequilíbrio original, aceito pelas partes no momento da celebração do acordo.

---

<sup>408</sup> Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo n.º 4738/15.0T8MAI-A.P1, Relator Lina Baptista, julgado em 14.01.2020..

O Código Civil brasileiro estabelece, como regra, a presunção de que o sinalagma genético dos contratos, ou seja, o equilíbrio entre as prestações e contraprestações, é justo e equilibrado. Cabe, portanto, à parte que se considera prejudicada demonstrar que não assumiu riscos extraordinários no momento da celebração do contrato<sup>409</sup>. Nos negócios entre empresas, cada parte persegue seus próprios objetivos, e os interesses envolvidos podem ter magnitudes diferentes, o que não implica, necessariamente, em uma equivalência lucrativa para ambas. Pelo contrário, como aponta Bazzaneze, nos contratos empresariais, essa disparidade de benefícios pode ocorrer e deve ser aceita como parte da natureza dessas transações, sem que isso, por si só, caracterize um desequilíbrio contratual<sup>410</sup>.

A autonomia das partes permite que cada uma avalie e aceite o nível de risco e retorno de acordo com suas próprias estratégias e expectativas. É por isso que Junqueira Gomide defende que a noção do risco contratual pode servir como exceção à regra, defendida por alguns, de que os contratos, inclusive os empresariais, devem ser firmados e manter-se equilibrados ao longo de sua execução<sup>411</sup>. No âmbito empresarial, a avaliação de risco é conduzida com maior rigor, levando em consideração não apenas as circunstâncias específicas das partes envolvidas, mas também sua capacidade de gerenciamento de risco.

Esse processo demanda uma análise detalhada das qualidades dos contratantes, como experiência e capacidade financeira, essenciais para medir o nível de risco assumido. Além disso, é crucial realizar uma avaliação econômica da prestação, a fim de verificar se esta impõe um ônus desproporcional a uma das partes, o que poderia justificar uma eventual revisão dos termos contratuais<sup>412</sup>. Dessa forma, é necessário analisar, no caso concreto, se a lesão alegada não se configura como um risco contratual previamente assumido por uma das partes, como aponta Junqueira Gomide. O intérprete, portanto,

---

<sup>409</sup> GOMIDE, Alexandre Junqueira. Risco Contratual e sua Perspectiva na Incorporação Imobiliária”. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 56.

<sup>410</sup> BAZZANEZE, Ricardo. “Contratos interempresariais, características e forma de interpretação”. In: Revista Jurídica Luso-Brasileira, Ano 4 (2018), nº 6, p. 641-642.

<sup>411</sup> GOMIDE, Alexandre Junqueira. Risco Contratual e sua Perspectiva na Incorporação Imobiliária”. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 53.

<sup>412</sup> BAZZANEZE, Ricardo. “Contratos interempresariais, características e forma de interpretação”. In: Revista Jurídica Luso-Brasileira, Ano 4 (2018), nº 6, p. 636-637.

deve levar em consideração a qualificação da parte envolvida e a natureza do objeto contratado. Caso não sejam atendidos os requisitos previstos no artigo 157 do Código Civil, a lesão deverá ser afastada, preservando o equilíbrio contratual e a validade do acordo<sup>413</sup>.

Entende-se, assim, que os contratantes possuem total autonomia para definir os limites da álea comum e originária, bem como para atribuir os riscos que decidem assumir por meio do contrato. Respeitados os limites impostos pela vedação da lesão e pelas normas cogentes aplicáveis a determinados tipos contratuais, o sistema jurídico brasileiro permite e respeita uma distribuição desigual e desproporcional de riscos entre as partes. Isso pode ser alcançado, por exemplo, por meio de cláusulas de MAC, que ampliam de forma significativa a álea ordinária do contrato, atribuindo maiores riscos a uma das partes<sup>414</sup>.

Sendo assim, se não houver lesão ou outros vícios de consentimento que comprometam a validade do contrato, a mera alocação inicial desigual do risco econômico entre as partes não fundamenta a revisão ou a rescisão contratual. Além disso, essa circunstância não justifica a aplicação da teoria da excessiva onerosidade, pois o desequilíbrio não decorre de um evento imprevisível e extraordinário ocorrido posteriormente, mas sim da livre manifestação de vontade das partes, expressa no momento da celebração do contrato<sup>415</sup>.

Se as partes acordarem que uma delas assumirá responsabilidades por eventos caracterizáveis como caso fortuito ou força maior, tal cláusula deve ser considerada válida, especialmente em contextos de paridade e simetria contratual. No contexto brasileiro, as cláusulas de força maior são vistas como especialmente benéficas por proporcionarem uma solução mais previsível para problemas de impossibilidade, seja

---

<sup>413</sup> GOMIDE, Alexandre Junqueira. Risco Contratual e sua Perspectiva na Incorporação Imobiliária”. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 62.

<sup>414</sup> YAMAJI, Crisleine. “Cláusulas *Material Adverse Change (MAC)*: conjunto de cláusulas disfarçadas de definição”. In: PIRES, Catarina Monteiro; et. al. (Coord.). *Riscos no Direito Privado e na Arbitragem*. São Paulo: Almedina Brasil, 2023, p. 413.

<sup>415</sup> BANDEIRA, Paula Greco. *Contrato Incompleto*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 52.

definitiva ou temporária<sup>416</sup>, que não são regulamentados de maneira sistemática pelo Código Civil.

É amplamente reconhecido que, por meio de sua autonomia privada, as partes podem decidir distribuir os riscos de eventos extraordinários, mesmo que sejam classificados como caso fortuito ou força maior. No entanto, é fundamental que a interpretação dos eventos cobertos por essa estipulação seja realizada de maneira restritiva, conforme defendido por Costa e Silva e Martins-Costa<sup>417</sup>. Isso garante que o alcance da cláusula não se estenda indevidamente além do que foi previsto pelas partes.

Essa alocação de risco permite que os efeitos de um evento, seja ele previsível ou imprevisível, como a obrigação de indenizar ou suportar prejuízos, sejam distribuídos conforme o que foi previamente acordado pelas partes no contrato<sup>418</sup>. Nesse sentido, o artigo 393 do Código Civil brasileiro prevê que o devedor não é responsável por danos decorrentes de caso fortuito ou força maior, salvo se houver previsão expressa em contrário no contrato. Nas palavras de Moura Vicente, nessa disposição normativa “se manda atender, portanto, à repartição de risco de impossibilidade da prestação acordada entre as partes”<sup>419</sup>.

Entretanto, coloca-se em dúvida se uma disposição contratual pode prevalecer sobre as normas legais que ajustam o contrato em situações de onerosidade excessiva. A resposta a essa questão vai além da simples inclusão de uma cláusula, como a MAC, exigindo uma interpretação abrangente do acordo. Segundo Costa e Silva e Martins-Costa, caso essa análise revele que as partes pactuaram uma alocação de riscos distinta daquela prevista no regime legal, pode-se concluir que, nesse caso, o regramento legal foi substituído pelas disposições contratuais<sup>420</sup>. Como consequência, Barboza Yamaji

---

<sup>416</sup> PIRES, Catarina Monteiro; DOS SANTOS, Diogo Tapada. “‘Contratos prolongados’: entre dogmas carecidos de revisão e problemas carecidos de sinalização”. In: *Revista de Direito Civil*, s. 6, nº 1, 2021, p. 100.

<sup>417</sup> SILVA, Paula Costa e; MARTINS-COSTA, Judith. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação: estudo de direito comparado luso-brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 122.

<sup>418</sup> FERNANDES, Wanderley. “Caso fortuito e força maior: um assunto antigo que permanece moderno”. In: PIRES, Catarina Monteiro; et. al. (Coord.). *Riscos no Direito Privado e na Arbitragem*. São Paulo: Almedina Brasil, 2023, p. 347.

<sup>419</sup> VICENTE, Dário Moura. *Direito Comparado, vol. II, Obrigações*. Reimpressão Coimbra: Almedina, 2019, p. 309.

<sup>420</sup> SILVA, Paula Costa e; MARTINS-COSTA, Judith. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação: estudo de direito comparado luso-brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 132.

entende ser admissível estabelecer mecanismos contratuais para enfrentar eventos supervenientes em função da disponibilidade da tutela de proteção oferecida pelo ordenamento jurídico, adotando o posicionamento de que “a resolução por onerosidade excessiva é elemento ou produz efeitos categoriais naturais ou derogáveis pelas partes”<sup>421</sup>.

Adotando esse raciocínio, admite-se a possibilidade de uma cláusula contratual que preveja expressamente a renúncia ao regime da onerosidade excessiva. Nesse caso, a inaplicabilidade dessa disciplina legal será clara, uma vez que as partes, ao exercerem sua autonomia privada, optam por afastar os efeitos do regime legal sobre o contrato, deixando prevalecer os termos acordados entre elas<sup>422</sup>.

Assim, desde que esteja refletida no preço acordado entre as partes, a aceitação de riscos é viável em qualquer negociação. Esse entendimento abrange não apenas as condições antecipadas, mas também os riscos decorrentes de circunstâncias imprevistas que possam surgir até o momento da concretização da transação econômica. Estabelece-se, aqui, uma baliza de interpretação importante: o preço pactuado funciona como um mecanismo de compensação pelos riscos assumidos<sup>423</sup>.

Em mercados de livre concorrência, a precificação é diretamente influenciada pela magnitude do risco assumido: quanto maior o risco, maior o retorno potencial esperado. Dessa forma, a validade de um contrato não exige que todas as partes obtenham vantagens idênticas. Apesar de se tratar de um entendimento relativamente homogêneo na doutrina brasileira, Zanetti ressalta que os tribunais raramente fazem referência a essa lógica para

---

<sup>421</sup> YAMAJI, Crisleine Barboza. As previsões contratuais da superveniência de circunstâncias: uma construção teórica à luz das cláusulas matéria adverse change. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 130. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-07082020-132601/es.php>

<sup>422</sup> YAMAJI, Crisleine Barboza. As previsões contratuais da superveniência de circunstâncias: uma construção teórica à luz das cláusulas matéria adverse change. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 132. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-07082020-132601/es.php>

<sup>423</sup> YAMAJI, Crisleine Barboza. As previsões contratuais da superveniência de circunstâncias: uma construção teórica à luz das cláusulas matéria adverse change. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 168. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-07082020-132601/es.php>

reconhecer que as perdas contratuais podem ser uma consequência natural da execução do contrato<sup>424</sup>.

A interpretação das cláusulas contratuais, portanto, é fundamental para esclarecer os riscos assumidos pelas partes. Quando não há disposições expressas sobre esses riscos, ao menos cinco elementos são relevantes para a sua determinação, quais sejam: (i) a natureza do negócio jurídico; (ii) as condições de mercado vigentes no momento da celebração do contrato; (iii) a capacidade e qualificação das partes envolvidas; (iv) o período de vigência do contrato; e (v) a singularidade dos eventos supervenientes que possam afetar o equilíbrio contratual<sup>425</sup>.

Barboza Yamaji destaca que a determinação da álea ordinária em operações com características sociais típicas desafia a formulação de uma definição abstrata e generalista, especialmente quando estão presentes cláusulas de repartição de riscos, como a MAC. É necessário avaliar a álea ordinária de forma concreta, levando em conta a relação entre as prestações, a composição das obrigações principais e acessórias, o contexto econômico e de mercado, as circunstâncias específicas, o propósito da transação e a natureza das partes envolvidas<sup>426</sup>. Com essa abordagem, afasta-se a possibilidade de presumir riscos por meio de cláusulas de formulação genérica.

Um contrato comutativo que amplia a álea normal por escolha das partes não se transforma, por esse motivo, em um contrato aleatório em relação à sua causa. Nesse contexto, a extensão da referida álea normal deve ser vista como o limite preclusivo para a aplicação da teoria da onerosidade excessiva<sup>427</sup>.

---

<sup>424</sup> ZANETTI, Cristiano de Sousa. “O Risco Contratual”. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Coord.). Sociedade de Risco e Direito Privado: Desafios normativos, consumeristas e ambientais. São Paulo: Atlas, 2013, p. 460-461.

<sup>425</sup> ZANETTI, Cristiano de Sousa. “O Risco Contratual”. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Coord.). Sociedade de Risco e Direito Privado: Desafios normativos, consumeristas e ambientais. São Paulo: Atlas, 2013, p. 467.

<sup>426</sup> YAMAJI, Crisleine Barboza. As previsões contratuais da superveniência de circunstâncias: uma construção teórica à luz das cláusulas matéria adverse change. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 246. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-07082020-132601/es.php>

<sup>427</sup> BAZZANEZE, Ricardo. “Contratos interempresariais, características e forma de interpretação”. In: Revista Jurídica Luso-Brasileira, Ano 4 (2018), nº 6, p. 638.

Conforme a lição de Junqueira de Azevedo, a resolução e a revisão judicial por onerosidade excessiva podem ser enquadradas na categoria dos elementos naturais ou derogáveis da ordem jurídica. Esses elementos são aqueles que, “[...] embora defluindo da natureza do negócio, podem ser afastados pela vontade da parte, ou das partes, sem que, por isso, o negócio mude de tipo”<sup>428</sup>.

Também segue o mesmo posicionamento Rodrigues Junior, que entende que “[a] teoria da imprevisão é um elemento categorial natural ou derogável dos contratos, que permite sua revisão ou resolução judicial”, indicando que, embora essa teoria seja normalmente aplicável aos contratos, as partes têm a possibilidade de afastá-la por meio de disposições contratuais específicas<sup>429</sup>.

Acrescenta-se a esse posicionamento a visão de Coradini Frantz, que defende que a resolução por excessiva onerosidade tem natureza dispositiva, e não imperativa. Assim, a autonomia privada oferece uma alternativa ao regime da resolução por excessiva onerosidade, “a qual não constitui uma via absoluta e cogente para solucionar problemas dessa espécie”<sup>430</sup>.

Vale mencionar, ainda que brevemente, o direito italiano, especialmente no que diz respeito ao regramento da onerosidade excessiva, por ter exercido forte influência sobre o direito das obrigações brasileiro. A tradição jurídica italiana, ao permitir a derrogação das normas de onerosidade excessiva, oferece uma perspectiva relevante para a análise do regime contratual brasileiro, que também se baseia na teoria da imprevisão e da excessiva onerosidade.

No contexto jurídico italiano, Delfini ressalta a possibilidade de derrogação das normas sobre onerosidade excessiva, o que se justifica, inclusive, pela menção do artigo 1469 do Código Civil italiano. Esse dispositivo trata dos contratos aleatórios e estabelece

---

<sup>428</sup> AZEVEDO, António Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 35-37.

<sup>429</sup> RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão Judicial dos Contratos: Autonomia da Vontade de Teoria da Imprevisão*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 159.

<sup>430</sup> CORADINI, Laura Frantz. “Excessiva onerosidade superveniente: uma análise dos julgados do STJ”. In: COSTA, Judith Martins (Coord.). *Modelos de Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 237.

que as regras de *excessiva onerosità sopravvenuta* não se aplicam a contratos que, por sua natureza ou pela vontade expressa das partes, são considerados aleatórios<sup>431</sup>.

Portanto, ao interpretar contratos empresariais, é fundamental compreender os objetivos econômicos que as partes buscavam ao celebrar o acordo. O direito, ao proteger esses objetivos, reconhece que as partes têm liberdade para negociar e estruturar suas obrigações de acordo com suas expectativas e interesses. Mesmo que haja uma desigualdade aparente entre os benefícios obtidos, o foco deve estar na preservação da finalidade econômica pactuada<sup>432</sup>.

Uema do Carmo argumenta que, mesmo dentro da lógica de imutabilidade absoluta dos preços em contratos de preço fixo, os princípios da imprevisão e da onerosidade excessiva podem ser aplicáveis, desde que a parte afetada não tenha culpa na fixação do preço. Essa avaliação deve ser feita com rigor, levando em conta a experiência e a perícia do empreiteiro, a fim de determinar se, de fato, a alteração das circunstâncias justifica a revisão contratual<sup>433</sup>. Mesmo em relação aos contratos de preço fixo, a autora argumenta que o princípio do *pacta sunt servanda* deve ser ponderado em conjunto com os princípios da justiça contratual, do equilíbrio entre as prestações e da vedação ao enriquecimento sem causa, tornando-se necessária a leitura conjunta dos artigos 317, 421 e 884 do Código Civil brasileiro<sup>434</sup>.

Por sua vez, Zanetti argumenta que, embora em certas situações o risco assumido contratualmente seja considerável, como nos contratos do mercado de construção internacional, a intervenção judicial no contrato pode ser justificada em circunstâncias específicas. Se o evento em questão for altamente extraordinário e imprevisível, a intervenção judicial pode ser necessária, mesmo em um ambiente que já envolve riscos significativos<sup>435</sup>.

---

<sup>431</sup> DELFINI, Francesco. *Autonomia privada e rischio contrattuale*. Milano: Giuffrè, 1999, p. 197-198.

<sup>432</sup> BAZZANEZE, Ricardo. “Contratos interempresariais, características e forma de interpretação”. In: *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 4 (2018), nº 6, p. 643.

<sup>433</sup> DO CARMO, Lie Uema. *Contratos de Construção de Grandes Obras*. São Paulo: Almedina, 2019, p. 84-87.

<sup>434</sup> DO CARMO, Lie Uema. *Contratos de Construção de Grandes Obras*. São Paulo: Almedina, 2019, p. 88.

<sup>435</sup> ZANETTI, Cristiano de Sousa. “O Risco Contratual”. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Inglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Coord.). *Sociedade de Risco e Direito Privado: Desafios normativos, consumeristas e ambientais*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 466.

A jurisprudência brasileira não aborda de forma direta o caráter imperativo ou supletivo das regras que regem a superveniência contratual, mas alguns posicionamentos podem ser identificados a partir da interação entre os termos contratuais pactuados, a alocação de riscos escolhida pelas partes e a intervenção normativa. A seguir, analisaremos decisões judiciais em que havia uma clara distribuição de riscos no contrato, observando como os tribunais interpretaram as cláusulas acordadas e de que maneira conciliaram tais disposições com as normas de caráter heterônomo, considerando a possibilidade de intervenção ou manutenção da alocação original de riscos.

No Recurso Especial nº 936.741-GO, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a teoria da imprevisão não era aplicável a um contrato empresarial de compra e venda de soja a preço fixo. O tribunal destacou a relevância dos princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória nos contratos empresariais, diferenciando-os dos contratos civis ou de consumo. A alta no preço da soja foi considerada uma flutuação normal de mercado, não configurando onerosidade excessiva nem imprevisibilidade, uma vez que tais variações são esperadas por profissionais do setor. Dessa forma, a corte manteve a validade do contrato, respeitando os termos originalmente pactuados<sup>436</sup>.

No contexto da hermenêutica do papel do risco em cada contrato, o acórdão do Recurso Especial nº 1689225-SP destacou que a obrigatoriedade de fornecer informações precisas e transparentes sobre os riscos de um negócio é modulada pela natureza da operação e pela condição do operador. Assim, em situações em que o risco é amplamente conhecido e a vulnerabilidade do investidor é reduzida, exige-se um menor rigor informativo<sup>437</sup>. O acórdão também ressaltou que os contratos de derivativos, em virtude de sua característica de "álea normal ilimitada", não estão sujeitos à aplicação da teoria da imprevisão, o que impede a revisão judicial desses contratos por onerosidade excessiva. A única exceção seria em casos de desequilíbrios que não estejam relacionados à variação do parâmetro de referência estabelecido no contrato.

---

<sup>436</sup> Superior Tribunal de Justiça, REsp: 936741 GO 2007/0065852-6, Relator: Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Data de Julgamento: 03/11/2011, T4 - QUARTA TURMA.

<sup>437</sup> Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 1.689.225/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 21/5/2019

No Agravo Interno no Recurso Especial nº 1052586-RS, o Superior Tribunal de Justiça destacou aspectos fundamentais sobre a alocação de riscos em contratos derivativos. A corte afirmou, em primeiro lugar, que "não há falar em violação do princípio da boa-fé quando a empresa contratante demonstrar plena ciência dos riscos envolvidos na operação, ainda que haja exposição desigual das partes aos riscos do contrato"<sup>438</sup>. Em seguida, o tribunal ressaltou que "os contratos derivativos não são passíveis de revisão judicial por onerosidade excessiva a partir da aplicação da teoria da imprevisão, pois os riscos e o desequilíbrio são componentes próprios da sua natureza". Essa decisão reflete a importância do conhecimento e da aceitação dos riscos pelas partes envolvidas em contratos complexos, como os derivativos, e reafirma a improcedência de uma revisão contratual baseada na teoria da imprevisão nessas circunstâncias, uma vez que a oscilação de riscos é inerente a esse tipo de operação.

O Agravo Interno no Recurso Especial nº 1993767-CE envolveu uma empresa de construção e fundição que buscava aplicar a teoria da imprevisão para anular um contrato de crédito industrial firmado com uma instituição financeira. A empresa alegava que a desistência inesperada de uma grande cliente, uma multinacional de tecnologia, tornou o contrato excessivamente oneroso, inviabilizando o pagamento do empréstimo. O Superior Tribunal de Justiça negou o pedido, argumentando que a desistência da cliente era um risco inerente à atividade empresarial da agravante e enfatizou a aplicação restrita da teoria da imprevisão, destacando que "extraordinário e imprevisível é o que está fora dos riscos normais do contrato, aquilo que não se situa dentro da álea do negócio"<sup>439</sup>. Essa interpretação foi corroborada com expressa referência ao Enunciado nº 366 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça, reforçando que a teoria da imprevisão só pode ser aplicada em situações que excedam os riscos ordinariamente assumidos pelas partes no momento da celebração do contrato.

No Recurso Especial nº 1.738.616-RJ, o Superior Tribunal de Justiça manteve o acórdão do tribunal de origem, que adotou uma interpretação específica da cláusula de força maior em um contrato de construção de sistema de captação superficial e tratamento

---

<sup>438</sup> Superior Tribunal de Justiça, AgInt no AREsp n. 1.052.586/RS, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 18/5/2020.

<sup>439</sup> Superior Tribunal de Justiça, AgInt no AgInt no REsp: 1993767 CE 2022/0086553-0, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 04/09/2023.

de água. Diferentemente da definição legal padrão de impossibilidade, a cláusula em questão incluía expressamente a "impraticabilidade econômica" como uma de suas hipóteses<sup>440</sup>. Ao aplicar o dispositivo contratual escolhido pelas partes, este precedente indica que uma cláusula de força maior será interpretada pelos tribunais de acordo com as suas próprias definições, mesmo quando estabelece critérios de aplicação menos restritivos do que os previstos na legislação. Favorece, assim, a validade de disposições que ampliam o escopo de impossibilidade além dos limites tradicionalmente reconhecidos pelo direito.

O acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, julgado em 27 de outubro de 2020, envolve um contrato de permuta imobiliária para construção, frustrado pela desapropriação de parte dos imóveis. O tribunal destacou uma cláusula contratual que previa a restituição de despesas à incorporadora em caso de não aprovação do projeto, classificada como sendo de força maior. No entanto, essa cláusula foi interpretada de forma restritiva, aplicando-se a situação de força maior prevista no artigo 393 do Código Civil<sup>441</sup>. O tribunal entendeu que a desapropriação, por ser um fato do príncipe, não poderia ter sido prevista no momento da celebração do contrato e que os riscos da não aprovação do projeto, previstos na cláusula, não incluíam a desapropriação. Assim, determinou-se a rescisão do contrato sem indenização aos proprietários, uma vez que os custos incorridos pela incorporadora faziam parte dos riscos normais de sua atividade empresarial.

No Agravo Interno no Recurso Especial Nº 1.650.333-MG, o STJ reconheceu a validade de uma cláusula de renúncia à revisão de aluguel em um contrato de locação não residencial de longa duração, apesar da alegação da parte contrária de que a cláusula violaria a função social do contrato. A decisão ressaltou a licitude desse tipo de cláusula quando livremente pactuada, sublinhando a autonomia contratual e a manutenção do equilíbrio contratual, em linha com a jurisprudência consolidada do tribunal<sup>442</sup>.

---

<sup>440</sup> Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 1.738.616/RJ, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 18/6/2019.

<sup>441</sup> Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 10705954220168260100 SP 1070595-42.2016.8.26.0100, Relator: Luiz Antonio de Godoy, Data de Julgamento: 27/10/2020, 1ª Câmara de Direito Privado.

<sup>442</sup> Superior Tribunal de Justiça - AgInt no REsp: 1650333 MG 2017/0017474-4, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Data De Julgamento: 28/08/2018, T3 - Terceira Turma.

De modo semelhante, no acórdão da Apelação Cível Nº 1010336-32.2017.8.26.0008, o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu que a revisão de aluguel em um contrato *built to suit* para construção de um hospital era inadmissível antes do término do prazo contratual<sup>443</sup>. O tribunal destacou que o valor do aluguel estipulado refletia não apenas a remuneração pelo uso do imóvel, mas também o retorno do capital investido pela locadora e a matriz de risco assumida entre as partes. A decisão sublinhou que a revisão do aluguel comprometeria a equação financeira original do contrato e violaria o princípio da boa-fé objetiva, preservando, assim, a natureza específica e equilibrada daquele acordo.

## **V.2. Interação dos Mecanismos de Autonomia Privada com o sistema de *Common Law***

### **V.2.1. Ordenamento jurídico inglês**

No Direito inglês, reconhece-se, de forma geral, que a figura da *frustration* não se aplica se o contrato contiver uma disposição que, em sua correta interpretação, abarque o evento da superveniência em questão. Esse princípio está consagrado na *Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943*, que determina na *Section 2(3)* que o tribunal deve dar efeito a qualquer disposição contratual que, em sua verdadeira interpretação, tenha por objetivo vigorar em circunstâncias que frustrariam o contrato, ou que o frustrariam não fosse a referida disposição<sup>444</sup>.

No entanto, existe o risco de o tribunal decidir que, apesar de o evento se enquadrar literalmente na redação da cláusula de força maior, a alteração causada seja tão significativa no caráter da execução contratual que se presuma que as partes não tinham intenção de prever tal situação. Para Berg, o risco de uma cláusula ser considerada insuficiente para prever um determinado evento aumenta na medida em que as palavras

---

<sup>443</sup> Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível: 10103363220178260008 SP 1010336-32.2017.8.26.0008, Relator: Antonio Rigolin, Data de Julgamento: 12/07/2022, 31ª Câmara de Direito Privado.

<sup>444</sup>Cf.: “Where any contract to which this Act applies contains any provision which, upon the true construction of the contract, is intended to have effect in the event of circumstances arising which operate, or would but for the said provision operate, to frustrate the contract, or is intended to have effect whether such circumstances arise or not, the court shall give effect to the said provision and shall only give effect to the foregoing section of this Act to such extent, if any, as appears to the court to be consistent with the said provision.” Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943, Section 2(3).

usadas para abranger o evento sejam mais genéricas. Isso ressalta a necessidade de redigir cláusulas de força maior com precisão e clareza, a fim de evitar interpretações que, mesmo diante dessas cláusulas, possam levar à aplicação da doutrina da frustração<sup>445</sup>.

Outras questões também se colocam na análise da intersecção entre autonomia e heteronomia inglesa, ponderando, por exemplo, se na hipótese em que uma cláusula de força maior estabelece requisitos menos rigorosos, torna-se fundamental analisar se ela apenas transfere um risco específico de uma parte para a outra ou se tem o efeito de limitar ou exonerar a responsabilidade. Seria o caso de uma cláusula que prevê que a parte será dispensada de cumprir suas obrigações, mesmo em caso de impedimentos previsíveis ou que poderiam ter sido evitados, seu objetivo seria reduzir as consequências de uma possível quebra do dever de cuidado<sup>446</sup>.

Diante dessas questões, admite-se ser muito desafiador, se não inviável, redigir uma cláusula de força maior que elimine por completo a aplicação da doutrina da frustração. Mesmo cláusulas extremamente abrangentes podem não contemplar determinados eventos catastróficos. Ademais, uma cláusula que disponha sobre a prorrogação de prazos pode levar o tribunal a interpretar que seu escopo se restringe a interrupções temporárias na execução do contrato<sup>447</sup>.

Essas dificuldades em redigir cláusulas de força maior com abrangência absoluta demonstram a complexidade de prever todas as situações de superveniência que possam afetar a execução do contrato. Mesmo quando as partes buscam cobrir eventos catastróficos, a interpretação judicial pode limitar o escopo da cláusula, principalmente se o evento não for claramente identificado ou se a cláusula for considerada aplicável apenas a interrupções temporárias.

---

<sup>445</sup> BERG, Alan. The detailed drafting of a force majeure clause. In: MCKENDRICK, Ewan (Ed.). *Force Majeure and Frustration of Contract*. 2. ed. New York: Informa Law from Routledge, 2013, p. 118-119.

<sup>446</sup> BRUNNER, Christoph. "Chapter 4: Force Majeure Excuse, Section 8: Individual Requirements of the Force Majeure Excuse under General Contract Principles, II. Contractual Assumption or Limitation of the Risk of the Occurrence of Certain Impediments". In: BRUNNER, Christoph. *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-performance in International Arbitration*. International Arbitration Law Library, Volume 18. Kluwer Law International, 2008. p. 156.

<sup>447</sup> MCKENDRICK, Ewan. "Force Majeure and Frustration – Their relationship and a comparative assessment". MCKENDRICK, Ewan (Ed.). *Force Majeure and Frustration of Contract*, 2nd ed. New York: Informa Law from Routledge, 2013, p. 36.

Esse desafio é evidenciado em casos como *Tennants (Lancashire) Ltd v CS Wilson & Co Ltd [1917] AC 495*, em que a *House of Lords* analisou a aplicação de uma cláusula semelhante à de força maior em um contrato de fornecimento de cloreto de magnésio, que previa a suspensão das obrigações "enquanto qualquer contingência fora do controle dos vendedores (como guerra) causasse escassez de matérias-primas ou produtos manufaturados, ou de outra forma impedisse ou dificultasse a fabricação ou entrega do artigo"<sup>448</sup>. Com o início da Primeira Guerra Mundial, a vendedora não pôde mais obter a matéria-prima da Alemanha, sua fonte original, e teria que adquiri-la na Inglaterra a um preço muito mais elevado.

A vendedora invocou a cláusula de força maior, argumentando que a guerra havia "dificultado" o cumprimento do contrato. O tribunal concluiu que a escassez causada pela guerra, que obrigou a vendedora a buscar uma nova fonte de fornecimento a um preço significativamente mais alto, configurava uma "dificuldade" no cumprimento de suas obrigações, permitindo a suspensão das mesmas com base na cláusula de força maior, sublinhando a importância da linguagem clara e específica utilizada nas cláusulas de força maior para a sua efetiva aplicação.

No caso *Lebeaupin v Richard Crispin and Company [1920] 2 KB 714*, a *High Court* analisou a aplicação de uma cláusula de força maior em um contrato de prestação de serviços, que incluía greves e outros eventos fora do controle das partes<sup>449</sup>. A prestadora de serviços alegou que a greve impedia o cumprimento, invocando a cláusula de força maior. O tribunal decidiu que a greve estava dentro dos eventos cobertos pela cláusula, tornando o cumprimento impossível, e exonerou a prestadora de responsabilidade. Este caso é frequentemente citado como um dos precedentes mais antigos e esclarecedores sobre a aplicação e os limites de cláusulas de força maior no Direito inglês, destacando a interpretação restrita dessas cláusulas, limitando sua aplicação aos eventos claramente acordados.

No caso *Metropolitan Water Board v. Dick, Kerr & Co.*, os empreiteiros concordaram em construir um reservatório em seis anos, com uma cláusula no contrato

---

<sup>448</sup> TENNANTS (Lancashire) Ltd v. CS Wilson & Co Ltd. [1917] AC 495. House of Lords.

<sup>449</sup> LEBEAUPIN v. Richard Crispin and Company. [1920] 2 KB 714. High Court.

que previa prorrogações em caso de atrasos "ocasionados de qualquer maneira"<sup>450</sup>. Em 1916, uma ordem do governo obrigou a suspensão do trabalho e a venda das instalações dos empreiteiros devido à Primeira Guerra Mundial. Embora a ordem governamental pudesse ser vista como um atraso coberto literalmente pela cláusula, o tribunal decidiu que a situação configurava uma frustração do contrato.

A interpretação da cláusula foi restritiva, considerando que ela se destinava a atrasos temporários, como dificuldades no fornecimento ou condições climáticas adversas. A interrupção causada pela ordem do governo, por sua gravidade e duração, alterava essencialmente o escopo do contrato e não poderia ter sido prevista pelas partes no momento da sua celebração. Assim, o tribunal concluiu que o evento ultrapassava o campo de aplicação da cláusula e resultava na frustração do contrato<sup>451</sup>.

No caso *British Electrical and Associated Industries (Cardiff) Ltd v. Patley Pressings Ltd* [1953] 1 WLR 280, a *High Court* analisou uma cláusula de força maior em um contrato de fornecimento de componentes metálicos entre a compradora e a fornecedora<sup>452</sup>. A fornecedora não cumpriu suas obrigações de entrega no prazo acordado, alegando que dificuldades imprevistas na produção deveriam exonerá-la de responsabilidade, baseando-se em uma cláusula de força maior.

A cláusula previa que o cumprimento do contrato estaria "sujeito a condições de força maior se o governo restringisse a exportação do material no momento da entrega". No entanto, o tribunal concluiu que a cláusula era vaga e incerta, pois não especificava claramente os eventos que seriam considerados força maior. Embora existissem condições de força maior conhecidas no comércio em questão, não havia evidências de que essas condições tivessem sido acordadas no contrato. Dada essa indefinição, o tribunal decidiu que a fornecedora não poderia invocar a cláusula para justificar seu incumprimento, e a compradora teve êxito em sua reivindicação por danos.

---

<sup>450</sup> METROPOLITAN Water Board v. Dick, Kerr & Co. [1918] AC 119. House of Lords, 26 Nov. 1917.

<sup>451</sup> BRUNNER, Christoph. "Chapter 4: Force Majeure Excuse, Section 8: Individual Requirements of the Force Majeure Excuse under General Contract Principles, II. Contractual Assumption or Limitation of the Risk of the Occurrence of Certain Impediments". In: BRUNNER, Christoph. Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-performance in International Arbitration. International Arbitration Law Library, Volume 18. Kluwer Law International, 2008. p. 123.

<sup>452</sup> British Electrical and Associated Industries (Cardiff) Ltd v. Patley Pressings Ltd. [1953] 1 WLR 280.

No caso *Tandrin Aviation Holdings Ltd v. Aero Toy Store LLC* [2010] EWHC 40 (Comm), a High Court de Justiça analisou a aplicação de uma cláusula de força maior em um contrato de compra e venda de uma aeronave<sup>453</sup>. A compradora buscou rescindir o contrato, alegando que a crise financeira global de 2008 configurava um evento de força maior, impossibilitando o cumprimento de suas obrigações. A cláusula cobria eventos que tornassem impossível o cumprimento das obrigações, incluindo desastres naturais, guerras e outros eventos fora do controle das partes, mas não mencionava crises financeiras de forma expressa.

O tribunal decidiu que, apesar do impacto significativo da crise, ela apenas tornava o cumprimento mais oneroso, mas não impossível. Assim, a crise financeira não foi considerada um evento de força maior, e a compradora foi responsabilizada pelo incumprimento. Esse resultado reforça interpretação restritiva das cláusulas de força maior no Direito inglês, com o tradicional posicionamento de que as dificuldades financeiras das partes não podem exonerá-las do cumprimento de suas obrigações contratuais.

Já no caso *Classic Maritime Inc v. Limbungan Makmur SDN BHD* [2019] EWCA Civ 1102, a Corte de Apelação analisou um contrato de transporte marítimo (*charterparty*) que foi interrompido após o rompimento de uma barragem em uma mina no Brasil, evento que a vendedora alegou configurar força maior, justificando a sua incapacidade de fornecer as mercadorias contratadas<sup>454</sup>. A cláusula de força maior previa a isenção de responsabilidade caso um evento fora do controle das partes tornasse o cumprimento do contrato impossível. No entanto, o tribunal concluiu que a vendedora não teria conseguido cumprir suas obrigações mesmo se o rompimento da barragem não tivesse ocorrido, devido a problemas logísticos e de fornecimento pré-existentes. Assim, a Corte determinou que a cláusula de força maior não podia ser invocada para justificar o incumprimento, uma vez que o evento alegado não foi a causa direta e exclusiva da falha de desempenho.

Apesar de não ser comum encontrar casos julgados de litígios envolvendo cláusulas de *hardship*, é válida a menção ao precedente *Superior Overseas Development*

---

<sup>453</sup> *Tandrin Aviation Holdings Ltd v. Aero Toy Store LLC*. [2010] EWHC 40 (Comm). High Court.

<sup>454</sup> *Classic Maritime Inc v. Limbungan Makmur SDN BHD*. [2019] EWCA Civ 1102. Court of Appeal.

*Corporation v. British Gas Corporation [1982]*, que discutiu a aplicação de uma cláusula de *hardship* em um contrato de longo prazo de fornecimento de gás<sup>455</sup>. A fornecedora alegou que as flutuações significativas no mercado de gás criaram uma "*hardship* substancial", justificando a revisão dos termos contratuais, especificamente o preço. A cláusula em questão permitia ajustes contratuais em caso de uma mudança substancial nas condições econômicas que causasse onerosidade à parte afetada.

O tribunal, no entanto, decidiu que, embora houvesse dificuldades econômicas, elas não eram suficientemente graves ou duradouras para acionar a cláusula. A Corte de Apelação afirmou que o termo "*hardship* substancial" se limita a algo significativo e de impacto profundo, não apenas a flutuações normais de mercado. Assim, a fornecedora não conseguiu provar que as mudanças econômicas exigiam uma revisão total do contrato. Esta decisão sublinha, também, a interpretação rigorosa das cláusulas de *hardship* no Direito inglês.

## V.2.2. Ordenamento jurídico norte-americano

Segundo Ghodoosi, as cláusulas de força maior alteram a aplicação da regra tradicional de *impossibility*, deslocando o foco da percepção subjetiva de risco para o risco real enfrentado pelas partes. As concepções que as partes têm sobre certos riscos podem ser limitadas e, muitas vezes, irrelevantes diante dos desequilíbrios que surgem com eventos supervenientes. Essa abordagem oferece uma base sólida para a existência dessas cláusulas e deve orientar sua interpretação<sup>456</sup>.

Como consequência, Ghodoosi observa que alguns tribunais têm decidido que crises econômicas, por si só, não são suficientes para exonerar a parte devedora de suas obrigações contratuais, a menos que a cláusula de força maior inclua explicitamente tais eventos como excludentes de responsabilidade<sup>457</sup>.

---

<sup>455</sup> Superior Overseas Development Corporation v. British Gas Corporation. [1981] EWCA Civ J0728-2. Court of Appeal (Civil Division).

<sup>456</sup> GHODOOSI, Farshad. "Contracting Risks." In: University of Illinois Law Review, 2022, p. 805-859. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3743033>, p. 829.

<sup>457</sup> GHODOOSI, Farshad. "Contracting Risks." In: University of Illinois Law Review, 2022, p. 805-859. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3743033>, p. 835.

Como visto, a doutrina da *frustration*, assim como outras doutrinas contratuais no *Common Law*, pode ser substituída ou suplantada por uma cláusula expressa em um contrato específico. Um exemplo disso é a cláusula MAC (*Material Adverse Change*), que, conforme argumentado por Schwartz, pode substituir a aplicação da *frustration*. No entanto, há um debate sobre se uma cláusula de *force majeure*, uma disposição contratual comum que aloca riscos em casos de impossibilidade, pode substituir a aplicação da *frustration*, que funciona como a figura padrão (*default*) nesse contexto<sup>458</sup>.

Schwartz argumenta que a doutrina da *frustration* não pode ser substituída ou afastada por uma cláusula típica de *force majeure*. Ele sustenta que, mesmo que as partes tenham concordado com uma cláusula de *force majeure* no contrato, a parte prejudicada ainda pode invocar judicialmente a aplicação da *frustration*<sup>459</sup>.

Contudo, a aplicação prática da *impracticability doctrine* apresenta limitações, especialmente ao lidar com a difícil tarefa de superar a análise da alocação de riscos previamente estabelecida no contrato em questão. Um exemplo emblemático dessa abordagem é o caso *Northern Indiana Public Service Co. v. Carbon County Coal Co.*, que envolveu um contrato de compra e venda de longa duração, contendo cláusulas de força maior e um preço fixo estipulado<sup>460</sup>.

Ao examinar a alegação de *impracticability* em decorrência da variação dos preços no mercado de carvão, a *US Court of Appeals for the Seventh Circuit* decidiu que, ao aceitar celebrar um contrato com preço fixo, a parte contratante assumiu o risco inerente a essas flutuações. Assim, os prejuízos resultantes do evento superveniente foram considerados uma consequência de uma previsão de mercado equivocada, feita pela própria parte contratante.

Importa destacar, ainda, a decisão *Gulf Oil Corp. v. Federal Energy Regulatory Commission* (706 F.2d 444, 1983), que fornece uma análise importante sobre a

---

<sup>458</sup> SCHWARTZ, Andrew A. “Frustration, the MAC Clause, and COVID-19”. In: U.C. Davis Law Review, rev. 1771, 2022, p. 1771-1828.

<sup>459</sup> SCHWARTZ, Andrew A. “Frustration, the MAC Clause, and COVID-19”. In: U.C. Davis Law Review, rev. 1771, 2022, p. 1771-1828.

<sup>460</sup> US Court of Appeals for the Seventh Circuit, *Northern Indiana Public Service Co. v. Carbon County Coal Co.*, 799 F.2d 265, 1986.

interpretação de *cláusulas de force majeure* e o respeito pelas condições acordadas pelas partes<sup>461</sup>. No caso *sub judice*, Gulf Oil buscava isentar-se de suas obrigações de entrega de gás invocando a cláusula de *force majeure*, alegando que falhas mecânicas e reparos, eventos efetivamente e especificamente descritos no dispositivo contratual, impediram o cumprimento do contrato.

O tribunal, no entanto, rejeitou o argumento da Gulf, afirmando que a mera inclusão de tais eventos na cláusula não era suficiente para justificar a falta de desempenho. Para que uma alegação de *force majeure* seja válida, a parte não apenas deve provar que o evento listado ocorreu, mas também demonstrar que tal evento afetou significativamente a capacidade de desempenho e que foram feitas tentativas de mitigar os efeitos do evento. Essa decisão sublinha a importância da interpretação restritiva das cláusulas de força maior, exigindo que as partes demonstrem claramente não apenas a ocorrência do evento previsto, mas também seu impacto efetivo na execução do contrato e os esforços de mitigação adotados.

No caso *Kyocera Corporation v. Hemlock Semiconductor LLC*, o Tribunal de Apelações de Michigan analisou a interpretação de uma cláusula de força maior em um contrato de "take-or-pay", que regulava circunstâncias além do controle das partes, como eventos naturais ("*acts of God*"), ações governamentais, entre outros eventos imprevisíveis. A Kyocera argumentou que as intervenções governamentais no mercado de painéis solares, notadamente as políticas chinesas, configuravam um evento de força maior que a liberaria de suas obrigações contratuais<sup>462</sup>.

O tribunal, no entanto, adotou uma interpretação restrita da cláusula de força maior, entendendo que as cláusulas de força maior devem ser geralmente interpretadas de maneira restrita, de forma que elas só possam isentar o não cumprimento por uma das partes caso o evento em questão tenha sido especificamente identificado na cláusula. Enfatizou-se, assim, que a mera existência de um ambiente de mercado desfavorável, mesmo que causado por ações governamentais, não constitui um evento de força maior.

---

<sup>461</sup> United States Court of Appeals, Third Circuit, GULF OIL CORP. v. Federal Energy Regulatory Commission. 706 F.2d 444, 1983.

<sup>462</sup> Kyocera Corporation v. Hemlock Semiconductor LLC, No. 327974, Michigan Court of Appeals.

Adicionalmente, o tribunal ressaltou a relevância da alocação de riscos em contratos de "take-or-pay", observando que o risco de flutuações de mercado havia sido claramente atribuído à Kyocera. Destacou-se que, ao celebrar o contrato, a Kyocera aceitou conscientemente o risco de deflação de mercado, independentemente da causa, inclusive manipulações ou intervenções governamentais. Dessa forma, a Kyocera não poderia invocar a cláusula de força maior para escapar de suas obrigações apenas porque o contrato havia se tornado economicamente desfavorável devido às mudanças nas condições de mercado.

Com base na interpretação aplicada no caso *Kyocera*, Schwartz argumenta que, embora haja uma tendência crescente de incluir uma variedade de eventos como força maior – tais como atos de terrorismo e pandemias –, os tribunais continuam a adotar uma interpretação restritiva dessas cláusulas. Isso pode fazer com que circunstâncias não elencadas no contrato, mas que de fato gerem uma impossibilidade de cumprimento, não sejam reconhecidas como eventos de força maior.

Nesse contexto, o autor sugere que a não inclusão de uma cláusula de força maior pode até ser mais vantajosa para as partes, permitindo que a regra default de *impossibility* seja aplicada em casos de superveniência, potencialmente proporcionando uma proteção mais ampla do que uma redação contratual interpretada restritivamente pelas cortes<sup>463</sup>.

No que diz respeito às cláusulas MAC, reconhece-se que a sua redação comum muitas vezes se mostra redundante, uma vez que geralmente não possui a especificidade necessária para afastar efetivamente as regras-padrão aplicáveis ao contrato. Isso ocorre porque tais cláusulas falham, na maioria das vezes, em expressar de maneira clara e detalhada as intenções das partes no que diz respeito à alocação de riscos entre o momento da assinatura e o fechamento do contrato<sup>464</sup>.

---

<sup>463</sup> SCHWARTZ, Andrew A. "Contracts and COVID-19". In: Stanford Law Review Online, vol. 73, 2020, p. 60. Disponível em: <https://review.law.stanford.edu/wp-content/uploads/sites/3/2020/07/73-Stan.-L.-Rev.-Online-Schwartz.pdf>.

<sup>464</sup> SOMOGIE, Nathan. "Failure of a 'Basic Assumption': The Emerging Standard Excuse Under MAE Provisions". In: Michigan Law Review, vol. 108, issue 1, 2009, p. 85. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol108/iss1/3/>

Nesse sentido, Schwartz sustenta que a interpretação judicial do requisito de materialidade nas cláusulas de *Material Adverse Change* as transforma em uma mera repetição da regra-padrão de *frustration*, o que, segundo ele, fere dois princípios fundamentais. Primeiro, viola o princípio da liberdade contratual, ao limitar a autonomia das partes de estipularem condições próprias para eventos adversos. Segundo, contraria a regra interpretativa que exige que um contrato seja lido de modo a garantir que nenhum termo seja considerado supérfluo ou sem efeito<sup>465</sup>.

No caso *Fresenius v. Akorn*, que envolvia um contrato de aquisição de participações societárias com cláusula MAC, o tribunal decidiu em favor da adquirente Fresenius, permitindo-lhe rescindir o contrato de fusão com a vendedora Akorn<sup>466</sup>. A decisão baseou-se no fato de que a parte vendedora não prestou declarações e garantias relacionadas precisas e verdadeiras em relação à conformidade regulatória e violou de forma material a obrigação de conduzir suas operações no curso normal dos negócios.

Citando diretamente o entendimento de Schwartz sobre o tema, aqui abordado, o tribunal observou que a cláusula MAC ajusta os efeitos da doutrina de *frustration*, ao aplicar um critério de materialidade menos rígido em comparação com a exigência de perda total de valor, como previsto na regra *default*. O caso que conhecido como *Akorn* tornou-se, nesse contexto, paradigmático, pois marcou a primeira vez em que uma corte judicial reconheceu a aplicação efetiva de uma cláusula de MAC.

Conforme destaca Shapiro, durante quase duas décadas, os tribunais sistematicamente rejeitaram as reivindicações de compradores baseadas em tais cláusulas, mesmo quando havia fundamentos substanciais. Essa postura contrária desafiava princípios fundamentais do direito contratual, ao limitar a eficácia das cláusulas acordadas pelas partes para a alocação de riscos em contratos complexos de fusão e aquisição<sup>467</sup>.

---

<sup>465</sup> SCHWARTZ, Andrew A. “A Standard Clause Analysis of the Frustration Doctrine and the Material Adverse Change Clause”. In: *UCLA Law Review*, v. 57, 2010, p. 828. Disponível em: <https://scholar.law.colorado.edu/faculty-articles/451>.

<sup>466</sup> *Akorn v. Fresenius*, C.A. No. 2018-0300-JTL, 2018 WL 4719347, julgado em 1 de outubro de 2018, Corte de Chancelaria de Delaware, confirmado por 198 A.3d 724, Suprema Corte de Delaware, 2018.

<sup>467</sup> SHAPIRO, Samuel. “Rethinking MAC Clauses in the Time of Akorn, Boston Scientific, and COVID-19”. In: *Michigan Business & Entrepreneurial Law Review*, vol. 10, n. 2, 2021, p. 263; 277. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mbelr/vol10/iss2/6>.

### V.3. Síntese comparativa: Intervenção e Autossuficiência dos Mecanismos

O objetivo comum entre os diversos sistemas jurídicos é garantir, tanto quanto possível, a preservação dos propósitos originalmente estabelecidos pelas partes contratantes, assegurando que fatores externos não venham a comprometer ou modificar de maneira substancial as expectativas iniciais das partes. Dessa forma, busca-se proteger a integridade do contrato e promover a estabilidade nas relações jurídicas, mantendo o equilíbrio entre os interesses contratuais mesmo diante de circunstâncias imprevistas<sup>468</sup>.

No entanto, como notam Costa e Silva e Martins-Costa, apesar das semelhanças entre os sistemas jurídicos no que tange às soluções fundamentadas no poder negocial decorrente da autonomia privada, as regras aplicáveis aos institutos da impossibilidade e da alteração das circunstâncias variam significativamente entre as diferentes jurisdições<sup>469</sup>.

Nos ordenamentos de *Civil Law* analisados, observam-se divergências significativas quanto ao grau de liberdade das partes para modificar ou suprimir o regime normativo que regula a superveniência contratual. Em linhas gerais, enquanto uma corrente doutrinária defende a total disponibilidade das normas que regulam a superveniência, permitindo às partes afastar ou ajustar essas normas conforme suas preferências, outra corrente sustenta que, embora tais normas tenham natureza predominantemente supletiva, sua aplicação pode ser temperada por elementos de imperatividade. Esses elementos imperativos surgem, especialmente, em situações onde há uma evidente necessidade de proteção da parte mais vulnerável ou de preservação de uma justiça contratual mínima.

O ordenamento jurídico português reflete bem essa tensão entre supletividade e imperatividade, particularmente no que tange ao artigo 437.º do Código Civil, que trata da alteração das circunstâncias. O artigo 437.º do Código Civil português reflete a tensão

---

<sup>468</sup> GIAMPIERI, Alberto. “Rischio Contrattuale in common law”. In: *Contratto e Impresa*, ano XII, n.º 2. Padova: Cedam, 1996, p. 593.

<sup>469</sup> SILVA, Paula Costa e; MARTINS-COSTA, Judith. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação: estudo de direito comparado luso-brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 50.

entre a supletividade e a imperatividade na regulação dos riscos supervenientes. Há diferentes visões na doutrina: uma corrente sustenta que as normas do artigo 437.º são predominantemente supletivas, permitindo que as partes decidam afastá-las em contratos paritários e simétricos, onde ambas possuem igualdade de informações e poder de negociação. Por outro lado, outra corrente entende que o artigo 437.º contém um núcleo irredutível de justiça contratual e boa-fé, conferindo-lhe uma natureza imperativa. Assim, mesmo em situações onde as partes tentem afastar a aplicação do artigo, a exigência de boa-fé e o objetivo de garantir um equilíbrio contratual mínimo podem limitar a liberdade contratual, assegurando que o desequilíbrio não resulte em condições intoleráveis para uma das partes.

No ordenamento jurídico brasileiro, a questão da supletividade e imperatividade está intimamente relacionada ao conceito de *elementos naturais ou derogáveis da ordem jurídica*, inspirado pelo direito italiano, que reconhece a possibilidade de afastamento de determinadas normas, como as que regulam a onerosidade excessiva. O artigo 478 do Código Civil reflete essa flexibilidade, especialmente em contratos empresariais, onde prevalece a autonomia privada e as partes possuem capacidade de negociação equilibrada. Contudo, mesmo nessa perspectiva supletiva, reconhece-se a necessidade de que a interpretação dos contratos deve observar, em conjunto, os princípios da justiça contratual, do equilíbrio entre as prestações e da vedação ao enriquecimento sem causa.

No entanto, como aponta Nunes Leal, a mera categorização das normas jurídicas em imperativas e supletivas, embora fundamental, não exaure a complexidade inerente à hermenêutica jurídica. Persiste, assim, o desafio metodológico de estabelecer critérios inequívocos para a distinção entre essas categorias normativas na ausência de um critério apriorístico para a qualificação das normas imperativas. Tal lacuna metodológica impõe ao intérprete a necessidade de recorrer às próprias técnicas hermenêuticas para discernir a natureza imperativa ou supletiva de cada disposição legal<sup>470</sup>. Quando o legislador não especifica claramente se uma norma é imperativa ou supletiva, abre-se um amplo espaço para interpretação. Nesse cenário, os intérpretes do direito, especialmente aqueles que o aplicam na prática, têm a oportunidade de adaptar a norma às realidades sociais de forma

---

<sup>470</sup> LEAL, Victor Nunes. “Classificação das normas jurídicas”. In: *Revista de Direito Administrativo*, v. 2, n. 2, 1945, p. 938-939.

mais justa e adequada. Nessas circunstâncias, a doutrina e a jurisprudência desempenham um papel crucial, atuando como verdadeiros colaboradores do legislador, ainda que a discricionariedade inerente a este processo hermenêutico possa, ocasionalmente, ser exercida de forma inadequada ou excessiva.

No contexto dos contratos paritários e simétricos, envolvendo agentes empresariais em condições de igualdade e simetria informacional, parece-nos que a distribuição dos riscos supervenientes se situa predominantemente no âmbito da supletividade ou dispositividade. Especialmente em contratos paritários e simétricos, deve-se respeitar a autonomia privada das partes para decidir sobre a alocação dos riscos decorrentes de eventos supervenientes, desde que ambas estejam em condições de negociar em igualdade e com informações adequadas.

Nos sistemas de *Common Law*, embora não exista uma discussão explícita sobre a possibilidade de derrogação das normas pelas partes, o grau de restrição para intervenção judicial muitas vezes cria obstáculos à aplicação das cláusulas acordadas. A jurisprudência inglesa e norte-americana revela que, mesmo diante de cláusulas específicas de força maior ou *hardship*, o controle judicial frequentemente se impõe, aplicando requisitos próprios da heteronomia aos mecanismos de autonomia privada. Esse fenômeno ocorre, por exemplo, quando as cortes, diante de eventos supervenientes, avaliam se as cláusulas contratuais de força maior são suficientemente específicas ou abrangem o evento ocorrido, ou se a frustração do contrato é aplicável apesar da existência de previsões contratuais.

Casos como *Tennants (Lancashire) Ltd v CS Wilson & Co Ltd [1917] AC 495* e *Metropolitan Water Board v. Dick Kerr & Co.* ilustram bem esse cenário. Em ambos, os tribunais ingleses interpretaram de maneira restritiva as cláusulas contratuais que pretendiam alocar riscos específicos, concluindo que os eventos supervenientes extrapolaram o escopo das previsões contratuais e resultaram na frustração do contrato. Essas decisões mostram como, mesmo em contextos onde a autonomia privada busca regular a alocação de riscos, o controle judicial pode acabar impondo limitações significativas às intenções das partes.

Assim, embora os tribunais frequentemente demonstrem uma postura favorável à ampla autonomia das partes contratantes, essa liberdade deve ser exercida dentro de parâmetros ou limites estabelecidos pelos adjudicadores. A ausência de limites claramente definidos, especialmente em momentos de maior incerteza, levanta questionamentos sobre a eficácia do contrato como um instrumento adequado para a alocação de riscos entre as partes<sup>471</sup>.

Se cláusulas genéricas de distribuição de risco podem ser afastadas nos sistemas de *Civil Law* por serem consideradas excessivamente restritivas em relação ao regime normativo aplicável, como destaca a doutrina portuguesa<sup>472</sup>, nos sistemas de *Common Law* sua inaplicabilidade pode decorrer de outro fator: a falta de especificidade. Em jurisdições de *Common Law*, os tribunais tendem a interpretar contratos de forma estrita, exigindo uma formulação clara e precisa das cláusulas para que estas sejam efetivamente aplicáveis. Assim, enquanto no *Civil Law* há uma maior preocupação com o equilíbrio e a proteção contra cláusulas que limitem de forma excessiva garantias estabelecidas por normas potencialmente imperativas ou não derogáveis, no *Common Law* o foco está na clareza da alocação de risco, de modo que disposições contratuais vagas ou amplas podem ser consideradas insuficientes para cumprir sua função e, portanto, não aplicadas.

Portanto, a análise comparativa entre os sistemas de *Civil Law* e *Common Law* revela que, embora haja uma aparente maior liberdade contratual nos sistemas de *Common Law*, o controle judicial pode resultar em restrições à autonomia contratual semelhantes às intervenções normativas típicas dos sistemas de *Civil Law*, ainda que por caminhos distintos. Nos sistemas de *Civil Law*, essas restrições decorrem de normas de ordem pública ou de exigências de justiça contratual mínima, enquanto nos sistemas de *Common Law*, a interpretação judicial das cláusulas e a aplicação dos parâmetros utilizados em *contractual doctrines* como a frustração do contrato podem limitar a eficácia das disposições livremente acordadas pelas partes.

---

<sup>471</sup> PRATT, Walter F. “Afterword: Contracts and Uncertainty”. In: *Law & Contemporary Problems*, vol. 46, 1983, p. 169-180. Disponível em: [https://scholarship.law.nd.edu/law\\_faculty\\_scholarship/129](https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/129), p. 170.

<sup>472</sup> Nesse sentido, cf. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. “Sobre a subsidiariedade do regime da alteração das circunstâncias”. In: MOTA, Helena et. al. (Org.) *Estudos Comemorativos dos 20 anos da FDUP*, vol. 2, 2017, p. 436; SÁ, Fernando Oliveira e. “Cláusulas Material Adverse Change (MAC) em Contratos de Compra e Venda de Empresas”. In: *Direito E Justiça. Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo M. Sendin*. Edição especial, 2012, p. 438.

Para Perestrelo de Oliveira, a predominância dos termos contratados no Direito português não se afasta de maneira significativa da abordagem adotada em sistemas jurídicos geralmente mais inclinados à prevalência da autonomia privada. Embora o Direito português contemple limitações à liberdade contratual, como em outros sistemas de tradição civilista, a autonomia das partes ainda desempenha um papel central na determinação das condições contratuais, refletindo uma convergência com jurisdições onde a liberdade de contratar é mais amplamente privilegiada<sup>473</sup>.

Benetti Timm, por outro lado, argumenta que o sistema legal norte-americano, com sua limitada intervenção nos acordos, oferece maior segurança às partes, pois garante que suas negociações e a distribuição de riscos não serão facilmente alteradas pelos tribunais. E por isso, sugere que essa abordagem pode servir de exemplo para o Brasil, defendendo a necessidade de uma "reprivatização" do direito contratual, em que a autonomia privada seja mais respeitada, com menor interferência judicial nas disposições livremente pactuadas, promovendo maior previsibilidade e estabilidade nas relações contratuais<sup>474</sup>.

É possível notar, assim, que em detrimento da clareza e do avanço doutrinário, o debate frequentemente é moldado por termos carregados de significado, como "estabilidade" e "previsibilidade", em contraste com "equidade" e "flexibilidade". Halpern defende que a solução ideal não deve sacrificar um valor em favor de outro, mas sim buscar a maximização de todos esses princípios<sup>475</sup>.

Todas essas questões levantam a importância da lei contratual subjacente, escolhida pelas partes. Ou seja, o grau de liberdade contratual e a previsibilidade de uma ordem legal nacional específica são critérios essenciais – e possivelmente os mais importantes – na escolha da lei aplicável. A ênfase, portanto, não recai tanto sobre o conteúdo específico do direito aplicável, mas sim sobre o nível de liberdade e

---

<sup>473</sup> OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *Desvinculação programada do contrato*. Coimbra: Almedina, 2021, p. 278.

<sup>474</sup> TIMM, Luciano Benetti. "Common Law e Contract Law: Uma introdução ao direito contratual norte-americano". In: *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, vol. 1, n. 1, 2012, p. 538. Disponível em: [https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/01/2012\\_01\\_0525\\_0572.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/01/2012_01_0525_0572.pdf).

<sup>475</sup> HALPERN, Sheldon W. "Application of the Doctrine of Commercial Impracticability: Searching for 'The Wisdom of Solomon.'" In: *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 135, no. 5, 1987, pp. 1123–78. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/3312106>, p. 1170.

flexibilidade que essa lei assegura às partes<sup>476</sup>. A esse respeito, quanto menor for o número de normas cogentes ou imperativas em um sistema jurídico, maior será a liberdade das partes para implementar um regime contratual específico de alocação de riscos, sem o receio de que os adjudicadores possam, posteriormente, modificar esse regime ao aplicar disposições imperativas da lei contratual aplicável<sup>477</sup>.

Além da lei aplicável, as considerações tecidas até aqui também ressaltam a importância da escolha da jurisdição. DiMatteo aponta que a grande maioria das disputas em contratos comerciais internacionais é solucionada por meio da arbitragem, em que os árbitros dispõem de ampla discricionariedade e flexibilidade na interpretação e aplicação das leis nacionais, também *hard law*. Essa flexibilidade é particularmente evidente quando os árbitros entendem que a aplicação estrita e literal da lei poderia resultar em um desfecho injusto ou contrário aos princípios de equidade<sup>478</sup>. Decidir entre adotar uma cláusula de eleição de foro ou uma cláusula arbitral em uma transação internacional é uma tarefa complexa que envolve múltiplos fatores, dentre eles, a preferência por soluções denominadas de salomônicas ou decisões "tudo ou nada"<sup>479</sup>.

Segundo DiMatteo, os princípios de equidade e boa-fé são mais evidentes em arbitragens do que em processos judiciais, pois os árbitros possuem maior discricionariedade na formulação de suas decisões. Ou seja, ao contrário dos juízes, que são obrigados a seguir estritamente a lei, os árbitros sentem-se menos limitados pelo direito positivo. DiMatteo também destaca que essa flexibilidade é formalmente reconhecida pela possibilidade de as partes optarem por decisões baseadas em equidade e compromisso, como através do *amiable compositeur* ou *ex aequo et bono*<sup>480</sup>.

---

<sup>476</sup> SESTER, Peter Christian. "Analytical Part: The Theoretical Fundament Behind the Choice of Dominant Contract Laws". In: SESTER, Peter Christian (Ed.). *Contract Law in International Commercial Arbitration. International Arbitration Law Library*, Volume 66. Kluwer Law International, 2022, p. 8

<sup>477</sup> TRIANTIS, George G. "Contractual Allocations of Unknown Risks: A Critique of the Doctrine of Commercial Impracticability". In: *The University of Toronto Law Journal*, Vol. 42, No. 4 (Autumn, 1992), p. 454-455.

<sup>478</sup> DIMATTEO, Larry A. "Excuse: Force Majeure and Hardship". In: DIMATTEO, Larry A.; et. al. (Ed.). *International Sales Law. A Handbook*, 2ª. Ed. Baden-Baden: Nomos, 2021, p. 728.

<sup>479</sup> BORN, Gary B. *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing* (6a ed.). Kluwer Law International, 2021, p. 64.

<sup>480</sup> DIMATTEO, Larry A. "Excuse: Force Majeure and Hardship". In: DIMATTEO, Larry A.; et. al. (Ed.). *International Sales Law. A Handbook*, 2ª. Ed. Baden-Baden: Nomos, 2021, p. 726.

No mais, frequentemente se afirma que árbitros tendem a proferir decisões salomônicas, buscando um meio-termo entre as posições das partes, muitas vezes com pouca consideração pela lei aplicável. Esse fenômeno pode ser observado em alguns contextos de arbitragem doméstica, onde tal concessão pode ser, em certa medida, o que as partes esperam e desejam ao escolher a arbitragem como meio de resolução de conflitos. No entanto, na arbitragem internacional, essa ideia de decisões de concessão ou "meio-termo" é menos prevalente, embora, segundo Born, não esteja completamente ausente<sup>481</sup>.

No entanto, mesmo o recurso a cláusulas compromissórias e, conseqüentemente, a julgamentos arbitrais não está isento de questionamentos sobre a interação entre as figuras da autonomia e da heteronomia na regulação do risco contratual. Se a alteração das circunstâncias for tratada como questão de ordem pública em um determinado ordenamento jurídico, surge a dúvida sobre a validade de uma sentença arbitral que se fundamente na exclusão desse instituto por meio de cláusula contratual. Haveria a possibilidade de que tal sentença arbitral tenha seu reconhecimento e execução negados, com base na ideia de que a autonomia das partes não pode prevalecer sobre normas imperativas de ordem pública? Isso levanta o ponto de como o artigo V(2)(b) da Convenção de Nova York de 1958 poderia ser utilizado para justificar tal recusa. Além disso, seria pertinente refletir como essas questões se desdobram no contexto da internacionalização das relações contratuais, dada a diversidade de regimes legais aplicáveis.

---

<sup>481</sup> BORN, Gary B. *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing* (6a ed.). Kluwer Law International, 2021, p. 11.

## VI. A Distribuição de Risco e as Grandes Alterações de Circunstâncias

### VI.1 Autonomia Privada e Crises Sistêmicas

Costa e Silva desenvolve o conceito de *processo estrutural* para abordar as perturbações contratuais provocadas pela pandemia. Essas perturbações decorrem de uma causa externa e imprevisível, afetando empresas que, antes da crise, eram saudáveis. O que distingue este cenário de outros, como os resultantes de má gestão ou falhas organizacionais, é o fato de que os desafios impostos às partes contratuais não são consequência direta de decisões empresariais falhas, mas sim de eventos externos e sistêmicos, que impactam amplamente a economia e as relações jurídicas<sup>482</sup>.

Nessas situações, também se fala em "grandes alterações das circunstâncias", conceito que abarcaria as crises financeiras de grande escala, guerras mundiais, pandemias e outros eventos, sejam de origem humana ou natural, que provoquem um impacto significativo e generalizado na sociedade<sup>483</sup>. Em linhas gerais, trata-se de eventos representam mudanças abruptas e generalizadas na sociedade, que afetam não apenas contratos específicos, mas uma ampla gama de relações contratuais, com implicações sistêmicas e potenciais riscos para a força vinculativa dos contratos.

No entanto, reconhece-se que os tribunais mostram maior predisposição para reconhecer o preenchimento dos requisitos da figura da alteração das circunstâncias em situações que envolvem impactos específicos contrato em análise, em oposição a circunstâncias de grande magnitude, que afetam múltiplos contratos simultaneamente, acarretando implicações sistêmicas que podem comprometer amplamente a força obrigatória de diversos contratos<sup>484</sup>.

Diante da ausência de previsões contratuais específicas ou de um dever claro de renegociação no regramento normativas, Costa e Silva argumenta que as partes tendem a

---

<sup>482</sup> SILVA, Paula Costa e. Perturbação dos contratos e processo estrutural. In: *Ius Dictum – Revista de Teoria Geral do Direito*, n.º 1, jun. 2020, p. 7.

<sup>483</sup> CORDEIRO, A. Barreto Menezes. “Artigo 437.º”. In: PIRES, Catarina Monteiro (Coord.) *Novo Coronavírus e Crise Contratual: Anotação ao Código Civil*, Lisboa: AAFDL, 2020, p. 63.

<sup>484</sup> Cf. Superior Tribunal de Justiça, Acórdão de 17 de janeiro de 1980. Relator: José António Fernandes, BMJ, n. 245, 1975, p. 490-494.

buscar uma adaptação dos contratos, mesmo que os fundamentos jurídicos para isso sejam incertos. Nesse cenário, Costa e Silva defende que uma solução racional passa por negociações prévias entre as partes, mas reconhece que, em casos mais graves, pode ser necessária uma intervenção legislativa para ajustar a situação<sup>485</sup>. Mas, em última análise, trata-se de um processo estrutural que exige uma abordagem mais abrangente, que vá além das soluções tradicionais, envolvendo uma adaptação profunda do sistema jurídico para lidar com a crise sistêmica que se instalou.

Frente às chamadas "grandes alterações de circunstâncias", como crises sistêmicas sem precedentes, o desafio jurídico fundamental consiste em determinar se a alocação de riscos originalmente pactuada nos contratos deve ser mantida ou ajustada para refletir as novas realidades impostas por tais eventos. Resta, ainda, indagar até que ponto uma revisão judicial é adequada, especialmente quando a crise afeta de maneira homogênea tanto credores quanto devedores.

Essas complexas questões serão examinadas à luz da vasta doutrina e jurisprudência produzidas durante a pandemia da COVID-19, um dos mais significativos exemplos de alteração extraordinária das circunstâncias enfrentados globalmente no último século. A análise desse rico acervo jurídico fornecerá insights valiosos para compreender como o direito tem respondido a desafios contratuais em tempos de crise sistêmica sem precedentes, especialmente no que tange à redistribuição do risco contratual e ao tratamento de eventos supervenientes que afetam profundamente o equilíbrio das relações jurídicas.

## **VI.2. A Distribuição Contratual de Riscos e a Pandemia de COVID-19**

Diante da nova realidade pós-pandêmica, surge o questionamento: as normas tradicionais destinadas a lidar com a impossibilidade de cumprimento ou a alteração de circunstâncias são suficientemente adequadas para oferecer critérios eficazes na resolução dos inúmeros problemas que emergiram e continuam a emergir<sup>486</sup>?

---

<sup>485</sup> SILVA, Paula Costa e. Perturbação dos contratos e processo estrutural. *In: Ius Dictum – Revista de Teoria Geral do Direito*, n.º 1, jun. 2020, p. 8.

<sup>486</sup> SILVA, Paula Costa e; MARTINS-COSTA, Judith. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação: estudo de direito comparado luso-brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 39.

A complexidade e a imprevisibilidade dos efeitos causados pela pandemia levantam dúvidas sobre a capacidade dessas normas de responder plenamente às novas demandas e desafios contratuais, especialmente no que diz respeito à alocação de riscos e à adaptabilidade dos contratos em cenários de crise global.

No que tange às cláusulas contratuais que buscam distribuir o risco de inadimplemento ou de não recebimento de uma prestação, surge a dúvida sobre se essas disposições foram concebidas para enfrentar situações pandêmicas da magnitude da COVID-19. Segundo Taveira da Fonseca, dada a natureza excepcional e atípica desses eventos, a conclusão amplamente aceita é que tal regulamentação geralmente não está prevista de forma adequada nos contratos. Contudo, ela reconhece que não se pode descartar a hipótese de as partes terem assumido, de forma explícita, riscos extraordinários ou atípicos<sup>487</sup>.

Segundo Costa e Silva e Martins-Costa, uma pandemia como a causada pelo Sars-CoV-2, em termos gerais, não é considerada como parte do risco inerente ao negócio. No entanto, caso seja especificamente prevista em contrato, pode desencadear a aplicação de uma cláusula de *Material Adverse Change*, por exemplo<sup>488</sup>.

No entanto, como observa Monteiro Pires, pode ser desafiador sustentar o argumento de que a COVID-19 tenha sido totalmente imprevisível ou inimaginável para os agentes do mercado, especialmente ao considerar que a menção explícita a pandemias como eventos incluídos ou excluídos em cláusulas de força maior já era uma prática em muitos contratos comerciais antes de março de 2020<sup>489</sup>. A adoção prévia de tais cláusulas demonstra que, embora a escala e as consequências exatas da pandemia pudessem ser incertas, a possibilidade de uma pandemia não era, de forma alguma, desconhecida ou inimaginável no contexto dos riscos contratuais.

---

<sup>487</sup> FONSECA, Ana Taveira da. Pandemia de Covid-19 e riscos próprios do contrato. In: MALHEIRO, Gonçalo; XAVIER, Luís Barreto (Coord.). Contratos e Pandemia: Resolução, suspensão e modificação dos contratos em tempos de pandemia. Coimbra: Almedina, 2021. p. 31

<sup>488</sup> SILVA, Paula Costa e; MARTINS-COSTA, Judith. Crise e perturbações no cumprimento da prestação: estudo de direito comparado luso-brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 262.

<sup>489</sup> PIRES, Catarina Monteiro. “Cláusulas de preço fixo, de ajustamento de preço e de alteração material adversa (“MAC”) e cláusulas de força maior – Revisitando problemas de riscos de desequilíbrio e de maiores despesas em tempos virulentos”. In: Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, a. 80, n. 1-2, 2020, p. 75.

Conforme explica Bagchi, a maioria das situações imprevistas que servem como base para demonstrar a dificuldade ou mesmo a impossibilidade do cumprimento – como incêndios, desastres naturais ou mesmo pandemias – são consideradas pelas partes como possíveis vicissitudes, ou seja, eventos que elas sabem que podem ocorrer. No entanto, embora as partes possam antecipar a ocorrência desses eventos em termos gerais, elas não têm como prever de forma precisa todas as maneiras pelas quais o cumprimento do contrato e o valor decorrente dele poderão ser impactados<sup>490</sup>.

DiMatteo entende que o *shutdown* global em 2020 devido ao Coronavírus é um evento que coloca em questão a utilidade do critério de previsibilidade na aplicação das doutrinas de impossibilidade, frustração de contrato e *hardship* a eventos extraordinários<sup>491</sup>. Vale dizer, a magnitude e a imprevisibilidade desse tipo de evento desafiam a adequação do conceito tradicional de previsibilidade, levantando a necessidade de uma reavaliação da forma como esses princípios são aplicados em situações de crise global, como a causada pela pandemia.

Assim como a doutrina da *impracticability* tem sido gradualmente desenvolvida, a questão da previsibilidade, frequentemente considerada o ponto de partida da análise, revela-se insuficiente. Embora seja claro que as partes, ao incluir uma cláusula padrão de força maior, reconheciam a possibilidade de uma pandemia, é provável que não tenham conseguido prever com precisão o impacto real desse evento, como aumento inesperado na demanda por parte do comprador e uma drástica redução na capacidade de fornecimento do vendedor<sup>492</sup>.

Na perspectiva do sistema de *Common Law*, Triantis defende que o compartilhamento de riscos, especialmente em situações catastróficas, pode ser alcançado de maneira mais eficiente por meio de legislações gerais voltadas a tratar desses eventos. O entendimento é que, nesses contextos de crise, as figuras da heteronomia contratual, como a de impraticabilidade comercial, desempenham um papel limitado. Dessa forma,

---

<sup>490</sup> BAGCHI, Aditi. “Retrospective Risk Allocation”. In: *Law and Contemporary Problems*, vol. 85, n. 2, 2022, p. 6. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol85/iss2/2>.

<sup>491</sup> DIMATTEO, Larry A. “Excuse: Force Majeure and Hardship”. In: DIMATTEO, Larry A.; et. at. (Ed.). *International Sales Law. A Handbook*, 2ª. Ed. Baden-Baden: Nomos, 2021, p. 713.

<sup>492</sup> BAGCHI, Aditi. “Retrospective Risk Allocation”. In: *Law and Contemporary Problems*, vol. 85, n. 2, 2022, p. 10. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol85/iss2/2>.

legislações específicas, funcionando como uma "rede de segurança", seriam mais adequadas para lidar com a alocação de riscos extraordinários e oferecer soluções eficazes<sup>493</sup>.

Como é amplamente conhecido, a justiça contratual é um tema de debate histórico, quase tão antigo quanto a discussão sobre a relação entre o direito e a justiça. A esse respeito D'Amico aponta que, ao longo do tempo, conceitos fundamentais dos sistemas jurídicos, ou de suas partes, são reinterpretados conforme os paradigmas dominantes, que evoluem continuamente sob a influência de ideologias e sistemas sociais, econômicos e culturais em constante transformação. Esse processo de evolução frequentemente exige uma ruptura com os paradigmas tradicionais, especialmente quando as mudanças que ocorrem na realidade social já não podem ser adequadamente compreendidas ou organizadas pelos modelos de pensamento existentes<sup>494</sup>.

As inovações para lidar com incertezas econômicas acabaram gerando um novo tipo de incerteza, especialmente na resolução de disputas. Isso contrasta com a visão tradicional de que contratos são ferramentas para distribuir riscos entre as partes, como argumenta Pratt. Em momentos de maior incerteza, quando a alocação de riscos é crucial, os contratos muitas vezes se mostram inadequados devido à sua rigidez, dificultando sua adaptação a situações de incerteza significativa<sup>495</sup>.

Mota Pinta observa que, historicamente, os tribunais portugueses têm demonstrado maior disposição para reconhecer os requisitos do artigo 437.º do Código Civil em situações em que as mudanças nas circunstâncias afetam de maneira particular o contrato em questão. Em contrapartida, quando se trata de grandes mudanças que impactam uma multiplicidade de contratos com implicações sistêmicas, a tendência tem sido mais restritiva<sup>496</sup>.

---

<sup>493</sup> TRIANTIS, George G. "Contractual Allocations of Unknown Risks: A Critique of the Doctrine of Commercial Impracticability". In: *The University of Toronto Law Journal*, Vol. 42, No. 4 (Autumn, 1992), p. 483.

<sup>494</sup> D'AMICO, Giovanni. "Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici". In: NAVARRETTA, Emanuela (ed.) *La funzione delle norme generali sui contratti e sugli atti di autonomia privata. Prospettive di riforma del Codice Civile*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2021, p. 281-282.

<sup>495</sup> PRATT, Walter F. "Afterword: Contracts and Uncertainty". In: *Law & Contemporary Problems*, vol. 46, 1983, p. 169-180. Disponível em: [https://scholarship.law.nd.edu/law\\_faculty\\_scholarship/129](https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/129), p. 169.

<sup>496</sup> PINTO, Paulo Mota. "O contrato como instrumento de gestão do risco de 'alteração das circunstâncias'". In: MONTEIRO, António Pinto (Coord.). *O contrato na gestão do risco e na garantia da equidade*. Coimbra: Instituto Jurídico Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 110.

De acordo com Carneiro da Frada, a natureza singular da superveniência provocada pela pandemia da COVID-19 não pode ser resolvida de maneira eficaz pelas regras-padrão de distribuição de risco, estabelecidas pelo legislador para regular diferentes tipos contratuais<sup>497</sup>. Ou seja, essa situação excepcional requer uma abordagem diferenciada, pois as normas tradicionais de alocação de risco não são capazes de contemplar a complexidade e o impacto generalizado ocasionados por um evento dessa magnitude.

A pandemia da COVID-19, ao alterar profundamente a estrutura da convivência social, introduz um risco jurídico que deve ser compartilhado por todas as partes contratantes. Nenhuma delas pode, legitimamente, buscar isenção dos efeitos da pandemia em detrimento da outra, nem se beneficiar de ganhos fortuitos que causem prejuízo à parte contrária. Essa abordagem, proposta por Carneiro da Frada visa evitar que os contratos se transformem em instrumentos de lucro inesperado e injusto, o que contrariaria os princípios de equidade que devem nortear as relações contratuais<sup>498</sup>.

Da mesma forma, não é viável depender exclusivamente do contrato afetado, uma vez que esse instrumento não foi originalmente concebido para regular as bases da convivência social ou distribuir os riscos associados aos pressupostos fundamentais dessa coexistência<sup>499</sup>.

Em contratos de prestações recíprocas, Carneiro da Frada sustenta que a distribuição equitativa dos sacrifícios deve ocorrer de forma balanceada, aplicando-se a regra da divisão aritmética pela metade entre as partes. Por outro lado, em contratos com um objetivo comum, a partilha das perdas deve ser proporcional ao investimento feito por

---

<sup>497</sup> FRADA, Manuel Carneiro da. “A alteração das circunstâncias à luz do COVID-19: teses e reflexões para um diálogo”. In: *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, a.80 n.1-2, Jan.-Jun. 2020, p. 154. Disponível em: <https://portal.oa.pt/media/131420/manuel-carneiro-da-frada.pdf>.

<sup>498</sup> FRADA, Manuel Carneiro da. “A alteração das circunstâncias à luz do COVID-19: teses e reflexões para um diálogo”. In: *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, a.80 n.1-2, Jan.-Jun. 2020, p. 154. Disponível em: <https://portal.oa.pt/media/131420/manuel-carneiro-da-frada.pdf>.

<sup>499</sup> FRADA, Manuel Carneiro da. “A alteração das circunstâncias à luz do COVID-19: teses e reflexões para um diálogo”. In: *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, a.80 n.1-2, Jan.-Jun. 2020, p. 156. Disponível em: <https://portal.oa.pt/media/131420/manuel-carneiro-da-frada.pdf>.

cada parte. A isenção total de perdas para qualquer contratante, especialmente no contexto pandêmico, configuraria um exemplo marcante de cláusula "leonina"<sup>500</sup>.

Além disso, o autor enfatiza que é crucial reconhecer que cada tipo de contrato possui uma estrutura de risco específica, que deve ser devidamente considerada na sua interpretação e aplicação<sup>501</sup>.

Grandes alterações de circunstâncias geralmente geram uma tensão entre o papel do legislador e a função dos tribunais. Enquanto o legislador busca criar respostas amplas e sistemáticas por meio de leis que abordem questões de grande relevância social e econômica, exigindo uma abordagem estratégica e coesa, os tribunais são desafiados a resolver casos individuais com foco na justiça contratual<sup>502</sup>.

Em conformidade com a diretriz que impede as partes de um contrato de se eximirem unilateralmente das consequências de grandes mudanças nas circunstâncias, como a pandemia, qualquer solução ou regulamentação legal que libere o devedor, mas imponha ao credor a totalidade do risco da contraprestação, é inaceitável. Dessa forma, Carneiro da Frada defende que a exoneração total ou parcial do devedor em eventos de força maior deve ser acompanhada de uma redução proporcional na contraprestação devida, a fim de evitar desequilíbrios injustos na distribuição do risco contratual e garantir equidade entre as partes<sup>503</sup>.

Eventos drásticos e, muitas vezes, inesperados causaram impactos significativos nos diversos mercados, exigindo uma adaptação do direito. Nesse contexto, Halpern argumenta que cada um desses eventos obriga uma reformulação tanto na forma como os arranjos contratuais são elaborados quanto na maneira como são interpretados e

---

<sup>500</sup> FRADA, Manuel Carneiro da. "A alteração das circunstâncias à luz do COVID-19: teses e reflexões para um diálogo". In: *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, a.80 n.1-2, Jan.-Jun. 2020, p. 156-157. Disponível em: <https://portal.oa.pt/media/131420/manuel-carneiro-da-frada.pdf>.

<sup>501</sup> FRADA, Manuel Carneiro da. "A alteração das circunstâncias à luz do COVID-19: teses e reflexões para um diálogo". In: *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, a.80 n.1-2, Jan.-Jun. 2020, p. 156-157. Disponível em: <https://portal.oa.pt/media/131420/manuel-carneiro-da-frada.pdf>.

<sup>502</sup> FRADA, Manuel Carneiro da. "A alteração das circunstâncias à luz do COVID-19: teses e reflexões para um diálogo". In: *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, a.80 n.1-2, Jan.-Jun. 2020, p. 159. Disponível em: <https://portal.oa.pt/media/131420/manuel-carneiro-da-frada.pdf>.

<sup>503</sup> FRADA, Manuel Carneiro da. "A alteração das circunstâncias à luz do COVID-19: teses e reflexões para um diálogo". In: *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, a.80 n.1-2, Jan.-Jun. 2020, p. 161-162. Disponível em: <https://portal.oa.pt/media/131420/manuel-carneiro-da-frada.pdf>.

aplicados, com o objetivo de refletir melhor as realidades e incertezas de crises de grande magnitude<sup>504</sup>.

O surgimento da pandemia de COVID-19 resultou em um aumento significativo no número de ações judiciais envolvendo a doutrina da *frustration*. Muitos desses casos ainda estão em processo de litígio, mas alguns já culminaram em decisões judiciais que oferecem mais clareza sobre a aplicação dessa figura a contratos impactados pela pandemia<sup>505</sup>. Assim, mesmo no sistema de *common law*, espera-se que, no contexto da pandemia, os tribunais se mostrem mais receptivos a alegações de *frustration* ou à aplicação de cláusulas MAC.

Isso não implica que todos, ou mesmo a maioria, desses casos serão bem-sucedidos, mas que alguns, como o caso *UMNV v. Caffé Nero* que será estudado a seguir, poderão ter êxito. Considerando o rigoroso padrão que os tribunais tradicionalmente aplicam tanto à doutrina de *frustration* quanto às cláusulas MAC, o sucesso de alguns casos representaria um desenvolvimento significativo. Ademais, essa nova linha de precedentes servirá como um referencial duradouro para a compreensão de *frustration* e da aplicação de cláusulas MAC nos próximos anos, como sugere Schwartz<sup>506</sup>. Ou seja, à medida que esses casos são resolvidos, espera-se que a jurisprudência continue a evoluir, fornecendo diretrizes mais precisas para lidar com situações semelhantes no futuro.

Mesmo no sistema norte-americano, considera-se a possibilidade de que os tribunais adotem uma abordagem mais ampla, estabelecendo um dever de renegociar de boa-fé. Essa mudança representaria um avanço significativo em relação à doutrina atual, afetando não apenas a aplicação da impraticabilidade, mas o direito contratual de forma mais abrangente. No entanto, já existem situações específicas em que as partes são obrigadas a negociar de boa-fé, como em negociações coletivas, casos de falência e nas relações entre sistemas de telecomunicações. Por outro lado, nos contratos de direito

---

<sup>504</sup> HALPERN, Sheldon W. “Application of the Doctrine of Commercial Impracticability: Searching for ‘The Wisdom of Solomon.’” In: University of Pennsylvania Law Review, vol. 135, no. 5, 1987, pp. 1123–78. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/3312106>, p. 1177.

<sup>505</sup> SCHWARTZ, Andrew A. “Frustration, the MAC Clause, and COVID-19”. In: U.C. Davis Law Review, rev. 1771, 2022, p. 1771-1828. Disponível em: <https://scholar.law.colorado.edu/faculty-articles/1549>, p. 1799.

<sup>506</sup> SCHWARTZ, Andrew A. “Frustration, the MAC Clause, and COVID-19”. In: U.C. Davis Law Review, rev. 1771, 2022, p. 1771-1828. Disponível em: <https://scholar.law.colorado.edu/faculty-articles/1549>, p. 1828.

privado em geral, esse dever de boa-fé só é reconhecido quando as partes o estipulam expressamente no contrato<sup>507</sup>.

Dado o efeito disruptivo da pandemia na economia global, semelhante à crise de Suez, estima-se que ela desencadeará uma década, ou mais, de litígios e arbitragens<sup>508</sup>. A magnitude dos efeitos econômicos e comerciais causados por eventos dessa escala tende a gerar disputas prolongadas, à medida que as partes buscam soluções legais para as questões contratuais e de risco que surgiram durante esse período de crise.

Nesse sentido, Petcu examina como a pandemia desafiou a compreensão tradicional e a aplicabilidade das cláusulas de força maior em contratos comerciais. O autor observa que, apesar do caráter sem precedentes da COVID-19, os tribunais mantiveram, em grande parte, uma interpretação conservadora dessas cláusulas, exigindo que houvesse uma ligação direta e inevitável entre o evento de força maior e a impossibilidade de cumprir o contrato<sup>509</sup>.

Nesse contexto, torna-se relevante explorar como os tribunais têm abordado a aplicação prática da interação entre autonomia e heteronomia em litígios decorrentes da pandemia, especialmente no que diz respeito à alocação de riscos contratuais previamente estabelecida pelas partes. Para isso, serão examinados acórdãos e precedentes dos tribunais português, brasileiro, inglês e norte-americano, mantendo o enfoque desta investigação nas relações contratuais paritárias.

## **VI.2.1. Estudo de Casos: As Respostas da Jurisprudência nos Diferentes Sistemas**

### **VI.2.1.1 Jurisprudência portuguesa**

A jurisprudência portuguesa tem enfrentado desafios significativos na interpretação e aplicação do direito contratual no contexto da pandemia de COVID-19.

---

<sup>507</sup> BAGCHI, Aditi. "Retrospective Risk Allocation". In: *Law and Contemporary Problems*, vol. 85, n. 2, 2022, p. 12. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol85/iss2/2>.

<sup>508</sup> DIMATTEO, Larry A. "Excuse: Force Majeure and Hardship". In: DIMATTEO, Larry A.; *et. at.* (Ed.). *International Sales Law. A Handbook*, 2ª. Ed. Baden-Baden: Nomos, 2021, p. 722.

<sup>509</sup> PETCU, Cláudia. "Force Majeure & COVID-19: A Clause Changed?" In: *DePaul Business & Commercial Law Journal*, vol. 21, 2021, p. 77. Disponível em: <https://via.library.depaul.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1411&context=bclj>.

Os tribunais portugueses têm sido chamados a decidir sobre uma variedade de questões contratuais surgidas em função das circunstâncias extraordinárias impostas pela crise sanitária. Estas decisões abrangem uma ampla gama de relações contratuais.

No Processo nº 19222/20.1T8LSB.L1-6, o Tribunal da Relação de Lisboa julgou um caso de arrendamento comercial afetado pela pandemia de COVID-19<sup>510</sup>. A arrendatária, cuja loja dependia fortemente do turismo, viu seu rendimento despencar durante o período de emergência, quando foi obrigada a fechar. Tentou renegociar o valor das rendas com o senhorio, sem sucesso, e, diante da inviabilidade econômica, resolveu o contrato com base no artigo 437º do Código Civil, alegando alteração anormal das circunstâncias. O Tribunal aceitou o pedido, reconhecendo que a pandemia representava uma mudança imprevisível que justificava a resolução do contrato. Nas palavras do Tribunal,

*[d]ificilmente se encontrará na Doutrina ou na Jurisprudência um exemplo mais evidente de alteração da base negocial, ou de alteração anormal das circunstâncias que presidiram à realização do contrato do que a situação que deu origem ao presente litígio: o deflagrar de uma pandemia, a nível planetário, que paralisou o mundo inteiro, não só Portugal.*

Ao examinar a questão da distribuição equitativa de riscos em decorrência da pandemia de COVID-19, a decisão sublinhou que a repercussão jurídica da crise deve ser compartilhada de forma justa entre as partes, aplicando-se uma divisão aritmética dos sacrifícios em contratos de prestações recíprocas, resultando na partilha proporcional de perdas para cada uma das partes. No entanto, o Tribunal também reconheceu que cada tipo de contrato possui uma estrutura de risco própria, que deve ser avaliada individualmente no contexto de cada caso concreto, respeitando as especificidades contratuais. Concluiu-se naquele caso que, mesmo sob uma perspectiva de divisão equitativa do risco, a resolução do contrato era a medida mais justa, permitindo que a locatária se libertasse de uma situação insustentável, enquanto o locador recuperava o ativo imobiliário, podendo rentabilizá-lo novamente. A decisão sublinhou que a pandemia, ao paralisar a economia global, não se enquadra nos riscos ordinários do contrato, como flutuações de mercado, mas sim em um evento extraordinário, justificando plenamente a resolução do contrato nos termos do artigo 437.º do Código Civil.

---

<sup>510</sup> Tribunal da Relação de Lisboa, Acórdão nº 19222/20.1T8LSB.L1-6. Relatora: Maria de Deus Correia, julgado em 4 de agosto de 2021.

Apesar do reconhecimento da magnitude da pandemia enquanto uma alteração anormal das circunstâncias, a jurisprudência portuguesa, de forma geral, parece manter o rigor na aplicação do artigo 437.º do Código Civil, fundamentando-se na delimitação do risco assumido pelas partes. Como exemplo, a decisão do Supremo Tribunal de Justiça, proferida em 15 de dezembro de 2022, foi clara ao afirmar que

*a norma do art.º 437.º n.º1 do CCiv não se basta com a constatação de que as circunstâncias em que o contrato se celebrou foram alteradas – é necessário correlacionar a alteração com a teoria do risco, com a ideia de cooperação inter-subjectiva, com a interpretação contratual e com o princípio da segurança, este visando manter o contratando como expressão do princípio da autonomia privada*<sup>511</sup>.

O Tribunal da Relação de Lisboa, ao julgar o processo nº 3478/20.2T8CSC.L1-7,<sup>512</sup> baseou sua decisão nos artigos 437º, 1170º e 1172º do Código Civil, especialmente no que tange à aplicação da teoria da alteração das circunstâncias e à distribuição de riscos contratuais no contexto da pandemia de COVID-19. A ré invocou o artigo 437º para justificar a resolução do contrato, alegando que a crise pandêmica havia tornado impossível a continuação da prestação dos serviços conforme pactuado. Contudo, o Tribunal rejeitou essa argumentação, enfatizando que, embora a pandemia tenha trazido uma alteração significativa das circunstâncias, a ré poderia ter adaptado suas atividades para o formato de ensino à distância, como de fato o fez em outro local.

A decisão ressaltou a importância de que, em casos de eventos imprevisíveis como a pandemia, os riscos contratuais sejam distribuídos de maneira equilibrada entre as partes, e não transferidos unilateralmente para uma das partes. Nesse sentido, o Tribunal destacou que

*as circunstâncias extraordinárias sobrevindas da pandemia lesaram qualquer uma das partes contratantes, pelo que as regras da boa-fé impedem a solução de aproveitamento exclusivo pela Ré, em detrimento ou penalização arbitrária da posição contratual da Autora; ao invés, o risco contratual, na ponderação dos factos apurados, deverá ser encarado como um risco distribuído.*

---

<sup>511</sup> Supremo Tribunal de Justiça, 56149/21.1YIPRT.L1.S1, Rel. Vieira E Cunha, 15 de dezembro de 2022.

<sup>512</sup> Tribunal da Relação de Lisboa, Acórdão nº 3478/20.2T8CSC.L1-7. Relatora: Isabel Salgado, julgado em 13 de setembro de 2022.

De forma semelhante, no acórdão de 11 de maio de 2023, o Supremo Tribunal de Justiça considerou que, embora a crise da COVID-19 tenha representado uma significativa alteração das circunstâncias,

*a suspensão generalizada das actividades económicas com fundamento na crise COVID-19 não desencadeia por si só a possibilidade de funcionamento do instituto da alteração anormal das circunstâncias; há de se ter em conta a repartição do risco que está pressuposta no contrato*<sup>513</sup>.

Assim, a suspensão generalizada das atividades econômicas, embora decorra diretamente da crise sanitária, não aciona automaticamente a aplicação do instituto da alteração anormal das circunstâncias. A análise deve ser realizada caso a caso, levando em consideração os termos específicos do contrato e a distribuição de risco que nele foi estipulada. Em última instância, o tribunal destaca a importância da boa-fé contratual e sugere que, na ausência de legislação específica para lidar com situações pandêmicas, deve-se recorrer aos princípios gerais de direito para ajustar equitativamente as obrigações contratuais, promovendo uma solução justa para ambas as partes.

A jurisprudência tem enfrentado desafios singulares na interpretação de cláusulas contratuais, particularmente as de força maior, que foram amplamente invocadas durante a pandemia de COVID-19. No Acórdão do Tribunal da Relação de Évora (Processo 2126/20.5T8PTM.E1), proferido em 16 de março de 2023, a questão foi analisada em um contrato de alojamento, no qual a organizadora de eventos exigia o reembolso de valores pagos após o cancelamento de um evento devido à pandemia. O hotel, por sua vez, invocou a cláusula de força maior para justificar a retenção parcial dos montantes, alegando que a pandemia se enquadrava nos eventos imprevisíveis e inevitáveis cobertos pela cláusula<sup>514</sup>.

O tribunal analisou a validade dessa cláusula, que previa que, em caso de força maior, o hotel poderia reter 50% do valor da reserva, com a possibilidade de utilizar essa quantia como crédito para uma futura reserva. Embora a autora tenha argumentado que essa cláusula resultava em uma distribuição desigual e iníqua dos prejuízos, o tribunal

---

<sup>513</sup> Supremo Tribunal de Justiça, Acórdão n.º 1455/21.5YLPRT.L1.S1, Relator Catarina Serra, de 11 de maio de 2023.

<sup>514</sup> Tribunal da Relação de Évora. Acórdão nº 2126/20.5T8PTM.E1. Relatora: Maria João Sousa e Faro. 16 de março de 2023.

manteve a validade da cláusula, entendendo que a sua aplicação refletia uma alocação de riscos que havia sido pactuada pelas partes de forma legítima. O tribunal não considerou que a retenção imposta fosse excessiva ou desproporcional, e, portanto, não reduziu o valor retido. A decisão reforça a interpretação de que, em situações de força maior, desde que as cláusulas contratuais estejam devidamente negociadas e equilibradas, sua aplicação deve ser respeitada, mesmo em situações extraordinárias como a pandemia

### **VI.2.1.2 Jurisprudência brasileira**

O Superior Tribunal de Justiça, em seus recentes acórdãos AgInt nos EDcl no AREsp 23.28096-SP<sup>515</sup>, REsp 20.70354-SP<sup>516</sup> e REsp 20.32878-GO<sup>517</sup>, tem consistentemente reconhecido a pandemia da COVID-19 como um evento extraordinário e imprevisível, apto a justificar – aprioristicamente – a revisão de contratos com base nas teorias da imprevisão e da onerosidade excessiva. Sem embargo, essas decisões sublinham que, apesar da natureza imprevisível da pandemia, a revisão contratual requer uma análise detalhada e contextual da relação contratual, para verificar se a pandemia afetou substancial e prejudicialmente as obrigações e expectativas das partes.

Como exemplo, no caso REsp nº 2.070.354-SP, o Superior Tribunal de Justiça brasileiro analisou a solicitação de uma empresa de transporte coletivo que buscava a prorrogação do vencimento de parcelas de um contrato de mútuo, alegando que as restrições impostas pela pandemia de COVID-19 prejudicaram suas operações<sup>518</sup>. A decisão se concentrou na aplicação das teorias da imprevisão e da onerosidade excessiva, previstas nos artigos 317 e 478 do Código Civil, que permitem a revisão contratual quando há uma desproporção significativa entre as prestações devido a eventos imprevistos.

---

<sup>515</sup> Superior Tribunal de Justiça, AgInt nos EDcl no AREsp n. 2.328.096/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 2/10/2023

<sup>516</sup> Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 2.070.354/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20/6/2023

<sup>517</sup> Superior Tribunal de Justiça, REsp: 2032878 GO 2022/0324884-3, Relator: Ministra Nancy Andrighi, Data De Julgamento: 18/04/2023, T3 - Terceira Turma.

<sup>518</sup> Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 2.070.354/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20/6/2023

A corte considerou que a suspensão das atividades de transporte intermunicipal comprometeu gravemente a capacidade da empresa de cumprir o contrato, tornando a manutenção dos pagamentos nos prazos originais desproporcional. O Superior Tribunal de Justiça enfatizou que, embora o princípio do *pacta sunt servanda* seja fundamental, situações excepcionais exigem a adaptação das obrigações para restabelecer o equilíbrio contratual. Nesse contexto, a prorrogação das parcelas foi justificada pela impossibilidade temporária de cumprimento devido às circunstâncias, sem caracterizar inadimplemento.

Também merece destaque o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 1984277<sup>519</sup>. Neste caso de locação não residencial, uma empresa de *coworking* enfrentou uma redução drástica de faturamento devido às restrições impostas pela pandemia. A corte decidiu que, neste cenário, a revisão do contrato de locação não residencial para reduzir proporcional e temporariamente o valor dos aluguéis era necessária para reequilibrar as obrigações contratuais, entendendo que a alegação do recorrente de que os riscos decorrentes da pandemia não poderiam ser suportados pelo locador não se alinhava com os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, embora não tenha sido feita nenhuma consideração sobre as disposições contratuais no caso concreto, apenas a constatação na queda de faturamento por prova dos balancetes da locatária.

Em um julgamento sobre a revisão de aluguéis no contexto da pandemia, o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu afastar a cláusula contratual que previa a renúncia à revisão contratual, aplicando o artigo 317 do Código Civil para reduzir temporariamente o valor dos aluguéis. A decisão foi fundamentada na impossibilidade de uso pleno do imóvel pela locatária, imposta por determinações governamentais. O tribunal destacou que essa redução “não pode ser considerada como transferência do risco da atividade exercida pela locatária para a locadora”<sup>520</sup>.

Já no acórdão proferido em 31 de outubro de 2023 pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em que a corte enfatizou a manutenção das disposições contratuais

---

<sup>519</sup> Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.984.277/DF, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 9/9/2022.

<sup>520</sup> Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 1040068-68.2020.8.26.0100; Relator: Milton Carvalho; Órgão Julgador: 36ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 28ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29/01/2021.

estabelecidas entre as partes, rejeitando o pedido de revisão do contrato de compra e venda de quotas societárias<sup>521</sup>. A decisão do tribunal, ao manter o índice de correção monetária IGP-M, conforme pactuado originalmente no contrato, reiterou o princípio do "pacta sunt servanda", reafirmando a estabilidade e previsibilidade nas relações contratuais empresariais, mesmo diante de eventos extraordinários como a pandemia de COVID-19, com recurso à aplicação do art. 421-A do Código Civil e do Enunciado 439 da V Jornada de Direito Civil.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo também analisou um caso envolvendo a impossibilidade de realização de um evento de grande porte programado para 2020, devido a razões de saúde pública e decretos governamentais<sup>522</sup>. A parte apelada, contratante no processo, pleiteava a resolução do contrato e a restituição dos valores pagos, amparada por uma cláusula contratual específica que tratava da impossibilidade total de realização do evento. Essa cláusula previa que, em caso de impossibilidade, a contratante teria direito à devolução integral dos valores pagos, devidamente corrigidos pelo IGPM/FGV.

O Tribunal levou em consideração o contexto excepcional, em que a obrigação de realizar o evento foi inviabilizada por questões de saúde pública e por determinações governamentais, sem qualquer culpa ou dolo das partes envolvidas. Com base nos artigos 248 e 393 do Código Civil brasileiro, o tribunal decidiu que a parte apelada não poderia ser obrigada a manter-se vinculada ao contrato, combinando a aplicação dessas disposições legais com a restituição dos valores à contratante, prevista na cláusula contratual.

No Agravo de Instrumento nº 2175864-86.2021.8.26.0000, julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, a corte abordou a aplicação de uma cláusula de *hardship* em um contrato de compra e venda de imóvel com pagamento diferido em 180 meses<sup>523</sup>. A

---

<sup>521</sup> Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 1018669-46.2021.8.26.0003; Relator (a): Jorge Tosta; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Regional III - Jabaquara - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 31/10/2023.

<sup>522</sup> Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 1004187-69.2021.8.26.0011; Relator (a): Francisco Casconi; Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional XI - Pinheiros - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 22/02/2022; Data de Registro: 23/02/2022.

<sup>523</sup> Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento 2175864-86.2021.8.26.0000; Relator (a): Francisco Loureiro; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José do Rio Preto - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 30/08/2021.

discussão central girava em torno da excessiva onerosidade do reajuste do saldo devedor baseado no IGP-M durante o período da pandemia.

A cláusula de *hardship* no contrato previa o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro em caso de extinção ou congelamento do índice de correção monetária. O tribunal, no entanto, adotou uma interpretação extensiva dessa cláusula, aplicando-a à situação em que o indexador acordado, o IGP-M, superava de forma significativa a inflação do período. Isso demonstrou uma disposição do tribunal para adaptar o contrato às circunstâncias econômicas imprevistas e extraordinárias, como a pandemia, que afetaram profundamente o índice de reajuste utilizado, restaurando o equilíbrio do contrato.

Também foi possível identificar casos jurisprudenciais relacionados ao silêncio contratual. Em outro caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o acórdão destacou a ausência de cláusulas específicas que regulassem “as consequências e efeitos, para a avença, de significativa e abrupta mudança nas condições iniciais”<sup>524</sup>, citando como exemplo as cláusulas de *hardship*, MAC e *force majeure*. Diante disso, o tribunal rejeitou a pretensão dos apelantes de revisar o contrato com fundamento na alteração das condições de mercado provocadas pela pandemia. O acórdão ressaltou a importância da aplicação do princípio da intervenção mínima e da excepcionalidade da revisão contratual, reforçando que, na ausência de cláusulas expressas, não seria possível reverter os termos pactuados com base apenas nas mudanças econômicas decorrentes da pandemia.

Em outro acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, envolvendo um contrato de compra e venda de energia elétrica, a corte julgou improcedente a ação de revisão contratual no contexto da pandemia<sup>525</sup>. O contrato em questão estabelecia um preço fixo e uma quantidade mínima de fornecimento, e a compradora solicitava a redução tanto do preço quanto da quantidade em razão do surto de COVID-19, fundamentando seu pedido em caso fortuito, força maior e onerosidade excessiva superveniente.

---

<sup>524</sup> Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 1009980-66.2021.8.26.0438; Relator (a): Ana Zomer; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro de Penápolis - 1ª Vara; Data do Julgamento: 16/03/2023

<sup>525</sup> Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 10520906120208260100 SP 1052090-61.2020.8.26.0100, Relator: Cesar Lacerda, Data de Julgamento: 26/08/2021, 28ª Câmara de Direito Privado.

O tribunal, no entanto, concluiu que as circunstâncias decorrentes da pandemia não justificavam a intervenção judicial para modificar cláusulas contratuais livremente pactuadas. Além disso, destacou que permitir à compradora pagar apenas pelo que consumiu implicaria na transferência exclusiva dos riscos de oscilação do preço de mercado da energia elétrica para a vendedora, o que seria incompatível com a natureza do contrato. Dessa forma, a corte decidiu manter as condições originalmente estabelecidas no contrato, preservando a estrutura de risco acordada e respeitando a autonomia contratual das partes.

No julgamento da Apelação Cível nº 1009112-66.2021.8.26.0510, o TJSP fundamentou sua decisão sobre a alocação de riscos principalmente nos artigos 421 e 421-A do Código Civil. O caso envolveu uma ação revisional de um compromisso de compra e venda, em que as apelantes alegaram que a aplicação do índice de reajuste IGP-M em tempos de pandemia tornou o contrato excessivamente oneroso e pediram a substituição desse índice pelo IPCA, além de contestarem o uso da Tabela Price para amortização. O Tribunal mencionou o parágrafo único do art. 421 para destacar o princípio da intervenção mínima do Judiciário, reafirmando que a revisão de contratos deve ser excepcional, mantendo-se o pacto original, mesmo diante das adversidades econômicas causadas pela pandemia de COVID-19<sup>526</sup>.

O art. 421-A foi utilizado para reforçar que, na ausência de prova de uma desvantagem extrema para uma das partes, a alocação de riscos livremente pactuada deve ser respeitada. No caso, o Tribunal concluiu que, embora a pandemia tenha afetado ambas as partes, não houve circunstância que justificasse a intervenção judicial para modificar as cláusulas contratuais, mantendo-se a paridade e simetria presumida. Além disso, o TJSP fez referência ao art. 317 do Código Civil, que possibilita a revisão de contratos em caso de desproporção manifesta entre as prestações. No entanto, a Corte entendeu que, apesar do impacto da crise, a situação não configurava onerosidade excessiva ou vantagem desproporcional para a ré, o que inviabilizou a aplicação desse dispositivo. Assim, o Tribunal decidiu manter o contrato nos termos originalmente acordados, reafirmando que a alocação de riscos previamente definida deveria prevalecer, salvo em

---

<sup>526</sup> Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível: 1009112-66.2021.8.26.0510, Relator: L. G. Costa Wagner, 34ª Câmara de Direito Privado. Data de Julgamento: 29/04/2024.

situações extremas, conforme os princípios estabelecidos nos artigos 421, 421-A e 317 do Código Civil<sup>527</sup>.

Por fim, é importante mencionar também a apelação julgada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, que tratou da revisão contratual em um contrato de locação comercial. O tribunal rejeitou a alegação genérica de prejuízo decorrente da pandemia, bem como a desproporção do índice de reajuste IGP-M, que havia sido previamente acordado pelas partes, como fundamento para a revisão do contrato<sup>528</sup>. A decisão sublinhou a aplicação do artigo 421-A do Código Civil, que presume que os contratos civis e empresariais são paritários e simétricos, a menos que existam elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção. O acórdão reforçou que a alocação de riscos definida no contrato deve ser respeitada e que a revisão contratual deve ser concedida de maneira excepcional e limitada, mesmo em circunstâncias extraordinárias como a pandemia.

### VI.2.1.3 Jurisprudência inglesa

No caso *European Professional Club Rugby v. RDA Television LLP* [2022] EWHC 50 (Comm), a *High Court of Justice* analisou a aplicação de uma cláusula de força maior em um contrato de direitos de mídia, em razão das restrições causadas pela pandemia de COVID-19<sup>529</sup>. A cláusula cobria eventos além do controle razoável das partes, que afetassem a capacidade de cumprir suas obrigações, incluindo especificamente epidemias. A cláusula previa que, caso uma parte fosse impedida de cumprir suas obrigações devido a um evento de força maior, deveria notificar a outra parte e adotar esforços razoáveis para mitigar as consequências.

---

<sup>527</sup> No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Cível nº 1001238-22.2022.8.26.0372, também rejeitou o pedido de revisão contratual para substituição do IGP-M pelo IPCA em contrato de compromisso de compra e venda, reafirmando a aplicação dos artigos 421, 421-A e 317 do Código Civil. O Tribunal destacou a importância da alocação de riscos definida entre as partes e o princípio da intervenção mínima do Judiciário, mesmo no contexto da pandemia de COVID-19. Cf. TJ-SP - Apelação Cível: 10012382220228260372, Relator: Rômulo Russo, 34ª Câmara de Direito Privado, Data de Julgamento: 18/06/2024.

<sup>528</sup> Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Apelação 07457671620218070001 1619738, Relator: LEILA ARLANCH, Data de Julgamento: 21/09/2022, 7ª Turma Cível.

<sup>529</sup> *European Professional Club Rugby v. RDA Television LLP* [2022] EWHC 50 (Comm). High Court of Justice, Business and Property Courts of England and Wales, Commercial Court (QBD). Julgado em 26 de janeiro de 2022. Disponível em: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2022/50.html>.

Ademais, se o evento de força maior impedisse, atrasasse ou dificultasse o cumprimento das obrigações por mais de 60 dias, a outra parte teria o direito de encerrar o contrato com um aviso prévio de 14 dias. Dada a especificidade da cláusula, o tribunal concluiu que a pandemia de COVID-19 se enquadrava na definição de força maior, pois afetou diretamente a capacidade da organizadora de realizar e transmitir ao vivo as partidas, resultando, assim, na resolução do contrato. Este caso demonstra como a especificidade contratual pode influenciar o resultado de uma disputa envolvendo força maior, mas reflete uma exceção ao padrão de rigidez observada nos tribunais ingleses. Como veremos adiante, as decisões subsequentes mantiveram uma postura restritiva, mesmo diante dos efeitos excepcionais da pandemia.

Já no precedente *Salam Air SAOC v. Latam Airlines Group SA*, julgado pela *High Court of Justice*, o tribunal examinou um contrato de *dry leasing* de aeronaves com duração de seis anos e concluiu que a pandemia de COVID-19 e suas consequências não configuraram uma frustração do contrato, já que a obrigação do locatário de pagar o aluguel persistia, mesmo em circunstâncias adversas. A decisão enfatizou que o risco operacional, incluindo eventos como a pandemia, havia sido contratualmente assumido pelo locatário, e, portanto, a incapacidade de operar voos não justificava a rescisão do contrato de leasing, reforçando a alocação de riscos estabelecida entre as partes<sup>530</sup>.

No caso *Bank of New York Mellon (International) Ltd v. Cine-UK Ltd [2021] EWHC 1013 (QB)*, a *High Court of Justice* decidiu que os arrendatários continuavam responsáveis pelo pagamento do aluguel durante a pandemia de COVID-19, mesmo diante das restrições impostas pelo governo<sup>531</sup>. O contrato em questão continha uma cláusula de cessação de aluguel (*rent cesser clause*), que suspendia o pagamento de aluguel em caso de dano físico ao imóvel que impedisse sua ocupação.

No entanto, como o fechamento foi causado por restrições governamentais e não por danos físicos à propriedade, o tribunal decidiu que essa cláusula não se aplicava. A corte destacou a alocação contratual de riscos e a ausência de cláusula de força maior que

---

<sup>530</sup> *Salam Air SAOC v. Latam Airlines Group SA*, [2020] EWHC 2414 (Comm). High Court of Justice, Queen's Bench Division, Commercial Court. Julgado em 11 de setembro de 2020.

<sup>531</sup> *Bank of New York Mellon (International) Ltd v. Cine-UK Ltd*, [2021] EWHC 1013 (QB). High Court of Justice, Queen's Bench Division. Julgado em 22 de abril de 2021.

previsse a isenção de pagamento em tais circunstâncias, reforçando assim a importância de cláusulas contratuais claras e específicas na definição dos riscos e responsabilidades entre as partes em eventos imprevisíveis.

No caso *NKD Maritime Limited v. Bart Maritime (No. 2) Inc* [2022] EWHC 1615 (Comm), a *High Court of Justice* analisou se as medidas de lockdown impostas pelo governo indiano em razão da COVID-19 configuravam um evento de força maior, conforme o contrato, que previa a impossibilidade de o vendedor "transferir a titularidade" do navio devido a fatores como "restrições governamentais". O tribunal concluiu que, apesar das restrições governamentais, o vendedor não estava impedido de realizar a transferência da propriedade do navio conforme os termos do contrato. Assim, a cláusula de força maior não era aplicável, uma vez que o critério essencial para sua aplicação não era a existência de dificuldades ou atrasos, mas a impossibilidade efetiva de realizar a transferência<sup>532</sup>.

No caso *Decision Inc Holdings Proprietary Ltd v Garbett* [2023] EWHC 588 (Ch)<sup>533</sup>, a controvérsia girou em torno da aplicação de uma cláusula de MAC em um contrato de compra de ações. A parte compradora alegou que a pandemia de COVID-19 configurava uma "mudança adversa significativa" nos termos da cláusula, permitindo-lhe desistir da transação. A compradora argumentou que o impacto econômico e operacional causado pela pandemia afetou de maneira substancial o valor do negócio, justificando a aplicação da cláusula. Por outro lado, a parte vendedora contestou, afirmando que a pandemia não estava coberta pela cláusula MAC conforme redigida no contrato, uma vez que esta não mencionava eventos globais como pandemias ou crises econômicas gerais. A defesa baseou-se na interpretação literal do contrato, sustentando que a cláusula deveria ser aplicada estritamente conforme os termos expressos no acordo, sem incluir eventos não previstos expressamente.

O tribunal adotou uma abordagem restritiva na interpretação da cláusula MAC, enfatizando que tais cláusulas devem ser interpretadas de maneira estrita, de acordo com

---

<sup>532</sup> *NKD Maritime Limited v. Bart Maritime (No. 2) Inc*, [2022] EWHC 1615 (Comm). High Court of Justice, Commercial Court. Julgado em 24 de junho de 2022.

<sup>533</sup> England and Wales High Court (Chancery Division), *DECISION INC HOLDINGS PROPRIETARY LTD v. Garbett*. EWHC 588 (Ch), julgado em 16 de março de 2023.

os termos específicos negociados pelas partes. O tribunal concluiu que, a menos que a cláusula faça referência explícita a eventos como a pandemia ou flutuações econômicas globais, a sua aplicação não poderia ser estendida para abranger tais circunstâncias.

No *Preliminary Issues Trial* "Travelport/Olding v. Wex Inc [2020] EWHC 2670 (Comm)", o Tribunal analisou a cláusula de Efeito Material Adverso em um Contrato de Compra de Ações à luz da pandemia de SARS-CoV-2<sup>534</sup>. A cláusula MAE continha uma disposição de *carve-out* para pandemias, mas permitia sua invocação caso o evento tivesse um efeito desproporcional nas sociedades-alvo em comparação com outras empresas do mesmo setor (*industries*). Wex argumentou que o impacto da pandemia sobre eNett e Optal foi desproporcional porque elas estavam principalmente envolvidas no setor de pagamentos relacionados ao turismo, que foi gravemente afetado.

A discussão focou não apenas na extensão da exceção ao *carve-out*, mas também na definição de "*industries*" para a análise do efeito desproporcional. Em seu julgamento preliminar, o tribunal determinou que a palavra "indústria" deve ser entendida em seu sentido comum e natural, de forma a abranger o setor de pagamento B2B em geral, e não apenas o nicho de pagamentos relacionados ao turismo, o que enfraquece significativamente o argumento da compradora. Esse julgamento preliminar teve a função de delimitar as questões de direito e de interpretação que seriam relevantes no julgamento final.

O tribunal reconheceu, ainda, que transações de fusões e aquisições são altamente negociadas por partes sofisticadas, com minuciosa análise por seus advogados. Dessa forma, a presença ou ausência de termos específicos na cláusula MAE foi interpretada como resultado de considerações cuidadosas, refletindo as vantagens percebidas pelas partes ao incluir ou excluir certos termos. Além disso, a corte destacou que cláusulas MAE, frequentemente ambíguas em sua definição, tendem a induzir ou facilitar a renegociação entre as partes. Como acontece frequentemente em disputas sobre cláusulas MAC, após o julgamento preliminar, que favoreceu a interpretação contratual da

---

<sup>534</sup> Travelport/Olding v. Wex Inc [2020] EWHC 2670 (Comm). High Court of Justice, Commercial Court. Julgado em 12 de outubro de 2020.

sociedade compradora, as partes chegaram a um acordo para renegociar o preço contratual<sup>535</sup>.

#### **VI.2.1.4. Jurisprudência norte-americana**

No caso *JVIS-USA, LLC v. NXP Semiconductors USA, Inc.*, a Corte Distrital do Leste de Michigan enfrentou uma disputa sobre o fornecimento de semicondutores, que estavam em falta devido às interrupções na cadeia de suprimentos causadas pela pandemia de COVID-19<sup>536</sup>. A JVIS buscou uma ordem de restrição temporária para obrigar a NXP a continuar enviando os semicondutores, que eram essenciais para sua produção. No entanto, a corte negou a injunção, aplicando a defesa de impraticabilidade comercial.

O Tribunal reconheceu que as interrupções globais na cadeia de suprimentos, causadas pelos *lockdowns* e escassez de materiais, constituíam eventos imprevisíveis que tornaram o cumprimento do contrato comercialmente impraticável para a NXP. A corte entendeu que, devido à gravidade e à escala dos impactos da pandemia, a NXP estava impossibilitada de cumprir as obrigações contratuais, pois os *shutdowns* e escassez de semicondutores foram considerados circunstâncias imprevistas que impediam a entrega.

No caso *UMNV 205-207 Newbury, LLC v. Caffé Nero Americas, Inc.*<sup>537</sup>, o proprietário, UMNV do imóvel locado, buscou recuperar aluguel não pago e danos pelo restante do contrato de locação devido à inadimplência. Caffé Nero, operadora de uma cafeteria, alegou que os pagamentos foram dispensados com base nas doutrinas de *frustration of purpose* e impossibilidade, apesar da presença de uma cláusula que previa que a locatária continuaria responsável pela obrigação de pagamento em caso de força maior.

---

<sup>535</sup> SUBRAMANIAN, Guhan; PETRUCCI, Caley. "Deals in the Time of Pandemic.". *In*: Columbia Law Review, vol. 121, no. 5, June 2021, p. 1440.

<sup>536</sup> District Court (Eastern District of Michigan) of the United States of America. *JVIS-USA, LLC v. NXP Semiconductors USA, Inc. et al.* Case No. 2:21-cv-11847

<sup>537</sup> Massachusetts Superior Court, *UMNV 205-207 NEWBURY, LLC v. Caffé Nero Americas, Inc.*, julgado em 8 de fevereiro de 2021.

O tribunal em questão focou no contrato de locação, que permitia o uso do imóvel apenas para operar uma cafeteria Caffé Nero, interpretando que o propósito do contrato era servir alimentos e bebidas no local. Embora o proprietário tenha argumentado que a cláusula de *force majeure* prevista no contrato deveria prevalecer, o tribunal discordou, destacando que a cláusula não abordava a situação, em que, apesar de o cumprimento continuar possível, o propósito do negócio era frustrado. Assim, o tribunal determinou que a obrigação de Caffé Nero de pagar aluguel foi suspensa enquanto a cafeteria não podia operar conforme o objetivo do contrato.

Em outro caso bastante semelhante ao Caffé Nero, o resultado atingido foi completamente diferente. Na disputa *1600 Walnut Corp. v. Cole Haan Co.*, o Tribunal analisou uma disputa referente ao pagamento de aluguéis durante a pandemia de COVID-19, à luz de uma cláusula de força maior presente no contrato de arrendamento. A cláusula eximia as partes de certas obrigações devido a regulações governamentais, mas excluía expressamente a obrigação de pagamento de aluguel do seu escopo<sup>538</sup>. A Cole Haan, empresa locatária, argumentou que a paralisação das atividades decretada pelo governo durante a pandemia justificava a suspensão dos pagamentos de aluguel, uma vez que o fechamento obrigatório impediu o uso da propriedade.

O Tribunal rejeitou o argumento da Cole Haan, determinando que a cláusula de força maior, ao excluir expressamente o pagamento de aluguel, continuava a obrigar a empresa a cumprir essa prestação, mesmo que outras obrigações contratuais fossem dispensadas. Ademais, o Tribunal afastou a alegação de *frustration*, entendendo que, ao incluírem uma cláusula de força maior no contrato, as partes haviam previamente alocado o risco, limitando, assim, a aplicação dessa doutrina.

Já no caso *BAE Industries, Inc. v. Agrati - Medina, LLC*, a disputa girou em torno de um contrato de preço fixo no qual a Agrati era obrigada a fornecer peças automotivas especializadas para a BAE a um preço estabelecido durante toda a vigência do contrato<sup>539</sup>. Diante de aumentos nos custos causados pela pandemia de COVID-19 e pela guerra na

---

<sup>538</sup> United States District Court Eastern District of Pennsylvania, *1600 Walnut Corp. v. Cole Haan Co.*, No. CV 20-4221, 2021 U.S. Dist. LEXIS 63474 (E.D. Pa. Mar. 31, 2021).

<sup>539</sup> District Court (Eastern District of Michigan) of the United States of America. *BAE Industries, Inc. v. Agrati Medina, LLC*. No. 21-12042, 2022 U.S. Dist. LEXIS 120106 (E.D. Mich. July 7, 2022).

Ucrânia, a Agrati tentou elevar os preços e invocou a defesa de impraticabilidade comercial, alegando que os eventos globais imprevisíveis tornaram a execução do contrato economicamente inviável.

O Tribunal, no entanto, rejeitou a defesa de impraticabilidade da Agrati, afirmando que dificuldades econômicas ou o aumento de custos não são motivos suficientes para eximir o cumprimento de um contrato de preço fixo. A corte destacou que a Agrati continuou a executar o contrato a preços originais por um período significativo, o que minou seu argumento de que o cumprimento do contrato era impossível ou impraticável. Ao fim, o tribunal determinou que a Agrati estava vinculada aos termos de preço fixo do contrato e que seu fracasso em continuar fornecendo as peças ao preço acordado constituía uma *breach of contract*.

No caso *AB Stable VIII LLC, 2020 WL 7024929*, o Tribunal decidiu uma disputa envolvendo a aplicação de uma cláusula de MAC em uma transação empresarial durante a pandemia de COVID-19<sup>540</sup>. O comprador tentou rescindir o contrato de compra, alegando que a pandemia e as medidas adotadas em resposta a ela haviam provocado uma mudança material adversa nos negócios da empresa-alvo. No entanto, a cláusula MAC continha uma carve-out que excluía desastres naturais e calamidades como eventos que justificassem a invocação da mudança material adversa, mas não mencionava pandemias explicitamente.

O Tribunal interpretou que, embora a pandemia de COVID-19 não estivesse expressamente listada, ela se enquadrava na categoria de "calamidade" mencionada na carve-out. Dessa forma, a exclusão aplicava-se e a pandemia não poderia ser considerada uma mudança material adversa nos termos do contrato. Assim, o risco de eventos como a pandemia foi atribuído ao comprador, impedindo a rescisão do contrato com base na cláusula MAC. Além disso, o Tribunal aceitou o argumento do comprador de que a empresa-alvo havia violado suas obrigações de conduzir os negócios de maneira "ordinária" ao modificar suas operações sem o consentimento do comprador, em resposta à pandemia. Embora a pandemia não justificasse a rescisão por MAC, a mudança no curso

---

<sup>540</sup> Court of Chancery Delaware. *AB Stable VIII LLC v. MAPS Hotels and Resorts One LLC, Mirae Asset Capital Co., Ltd., Mirae Asset Daewoo Co., Ltd., Mirae Asset Global Investments, Co., Ltd., and Mirae Asset Life Insurance Co., Ltd.* C.A.

normal dos negócios violou uma obrigação contratual essencial, fornecendo outra base para a disputa.

No caso *Snow Phipps Group, LLC v. KCake Acquisition, Inc.*, o Tribunal de Delaware decidiu que a pandemia de COVID-19 não configurava um *material adverse effect* nos termos do contrato de aquisição, pois a cláusula de MAE excluía eventos relacionados a ordens governamentais, a menos que tivessem um impacto desproporcional sobre a empresa-alvo, DecoPac<sup>541</sup>.

Embora a pandemia tenha causado uma queda inicial nas vendas, o Tribunal concluiu que esse declínio não teve significância duracional, uma condição essencial para que uma MAE seja invocada. Além disso, o Tribunal rejeitou a alegação de que a DecoPac violou seu covenant de operar no curso ordinário dos negócios, determinando que as medidas de cortes de custos e saques de crédito estavam de acordo com as práticas passadas da empresa. Essa decisão sublinha o rigor aplicado pelos tribunais de Delaware na interpretação de cláusulas de MAE.

No caso *Avantax Wealth Management, Inc. v. Marriott Hotel Services, Inc.*, o Tribunal norte-americano do Sexto Circuito decidiu uma disputa contratual envolvendo uma cláusula de força maior em um contrato para a realização da conferência anual da Avantax em 2021, em um hotel Marriott em Nashville<sup>542</sup>. Devido às restrições governamentais relacionadas à COVID-19, que limitavam grandes reuniões, a Avantax tentou rescindir o contrato, invocando a cláusula de força maior, que permitia a extinção das obrigações contratuais caso o cumprimento se tornasse ilegal ou impossível devido a circunstâncias além do controle das partes. O Tribunal decidiu a favor da Avantax, reconhecendo que a pandemia de COVID-19 e as restrições governamentais tornaram impossível a realização do evento conforme planejado originalmente.

O Tribunal concluiu que a cláusula de força maior se aplicava, pois era razoável cancelar o evento naquele momento, em função da emergência sanitária em curso e das

---

<sup>541</sup> Court of Chancery of Delaware. *Snow Phipps Group, LLC v. KCake Acquisition, Inc.* C.A. No. 2020-0282-KSJM. Wilmington, Delaware, 30 abr. 2021.

<sup>542</sup> Court of Appeals (6th Circuit) of the United States of America. *Avantax Wealth Management, Inc. v. Marriott Hotel Services, Inc.* 2024.

limitações impostas pelo governo. A decisão é relevante já que adotou o posicionamento de que a cláusula de força maior pode eximir o cumprimento de obrigações contratuais quando as limitações impostas pelo governo tornam a execução pretendida inicialmente pelas partes inviável, mesmo que outras alternativas menos satisfatórias, como a realização de um conjunto de eventos menores, ainda fossem tecnicamente possíveis. No entanto, é bastante provável que, na ausência do dispositivo contratual em questão, a decisão alcançaria um resultado bastante diverso sob os requisitos da *frustration*.

### **VI.3. Síntese comparativa: manutenção da distribuição de riscos no contexto da pandemia**

A análise comparativa entre os sistemas de *Civil Law* e *Common Law* durante a pandemia de COVID-19 revela diferenças importantes na abordagem da distribuição de riscos contratuais. Em geral, observa-se uma maior intervenção dos tribunais brasileiros e portugueses na busca por soluções que preservem a justiça contratual e o equilíbrio das prestações, enquanto os tribunais norte-americanos e ingleses mantêm um enfoque mais restritivo, priorizando a autonomia privada e o respeito às estipulações contratuais.

Nos casos brasileiros e portugueses, o princípio do equilíbrio contratual tem desempenhado um papel significativo. Em Portugal, por exemplo, o Tribunal da Relação de Lisboa (Processo 19222/20.1T8LSB.L1-6)<sup>543</sup>, ao decidir sobre a resolução de contratos afetados pela pandemia, enfatizou a necessidade de uma divisão equitativa do risco, aplicando o artigo 437º do Código Civil para operar a resolução do contrato tida como a medida mais justa para aquela situação. No entanto, a maioria dos casos analisados respeitou o princípio do *pacta sunt servanda*, não concedendo a revisão ou resolução contratual.

Da mesma forma, no Brasil, a jurisprudência adotou uma postura que, em alguns casos, favorece a revisão contratual, com base nas teorias da imprevisão e da onerosidade excessiva, previstas nos artigos 317 e 478 do Código Civil. No caso REsp nº 2.070.354-SP, o Superior Tribunal de Justiça determinou a prorrogação de pagamentos ou a revisão temporária de valores, buscando restabelecer o equilíbrio contratual. Contudo, também

---

<sup>543</sup> Tribunal da Relação de Lisboa, Acórdão nº 19222/20.1T8LSB.L1-6. Relatora: Maria de Deus Correia, julgado em 4 de agosto de 2021.

há exemplos predominantes de decisões que respeitam a autonomia privada, especialmente quando não há disposição contratual específica que permita a revisão.

Em contraste, nos sistemas de Common Law, os tribunais adotaram uma interpretação mais rigorosa das cláusulas contratuais. A jurisprudência inglesa, por exemplo, demonstrou uma tendência a manter o vínculo contratual, mesmo diante de eventos extraordinários. No caso *Bank of New York Mellon (International) Ltd v. Cine-UK Ltd* [2021] EWHC 1013 (QB)<sup>544</sup>, a *High Court* decidiu que os arrendatários continuavam responsáveis pelo pagamento do aluguel durante a pandemia de COVID-19, mesmo diante das restrições impostas pelo governo. Como o fechamento foi causado por restrições governamentais e não por danos físicos à propriedade, a cláusula de cessação de aluguel não se aplicava.

Ainda no contexto do direito inglês, apenas no caso *European Professional Club Rugby v. RDA Television LLP* [2022] EWHC 50 (Comm)<sup>545</sup> foi concedida a resolução do contrato, mas isso ocorreu exclusivamente porque a cláusula de força maior era extremamente detalhada e específica.

Nos Estados Unidos, os tribunais também mantiveram a rigidez em relação à distribuição contratual de riscos. Em *Snow Phipps Group LLC v. KCake Acquisition Inc.*<sup>546</sup>, o Tribunal de Delaware decidiu que a pandemia de COVID-19 não configurava um *Material Adverse Effect* nos termos do contrato de aquisição, pois a cláusula de MAE excluía eventos relacionados a ordens governamentais, a menos que tivessem um impacto desproporcional sobre a empresa-alvo. O Tribunal concluiu que, embora a pandemia tenha causado uma queda inicial nas vendas, esse declínio não teve significância duracional suficiente para configurar um MAE, reforçando a abordagem estrita dos tribunais norte-americanos em interpretar cláusulas de alocação de risco e garantindo previsibilidade e segurança jurídica.

---

<sup>544</sup> *Bank of New York Mellon (International) Ltd v. Cine-UK Ltd*, [2021] EWHC 1013 (QB). High Court of Justice, Queen's Bench Division. Julgado em 22 de abril de 2021.

<sup>545</sup> *European Professional Club Rugby v. RDA Television LLP* [2022] EWHC 50 (Comm). High Court of Justice, Business and Property Courts of England and Wales, Commercial Court (QBD). Julgado em 26 de janeiro de 2022.

<sup>546</sup> *Court of Chancery of Delaware. Snow Phipps Group, LLC v. KCake Acquisition, Inc.* C.A. No. 2020-0282-KSJM. Wilmington, Delaware, 30 abr. 2021.

A decisão no caso *UMNV 205-207 Newbury LLC v. Caffé Nero Americas Inc.*<sup>547</sup> foi única por adotar uma solução heterônoma, aplicando a resolução do contrato com base na doutrina de *frustration of purpose*, em detrimento da manutenção do vínculo contratual. Apesar de existir uma cláusula de força maior que não exonerava a locatária da obrigação de pagar os aluguéis, o tribunal concluiu que, embora o cumprimento da obrigação fosse possível, o propósito do contrato estava frustrado, pois a operação da cafeteria foi impossibilitada pelas restrições pandêmicas, justificando a suspensão da obrigação de pagamento. Essa decisão se destaca pela interferência na alocação contratual de riscos em uma situação excepcional.

Também foi possível notar resultados diferentes apesar de métodos hermenêuticos semelhantes. Enquanto na jurisprudência brasileira parece haver espaço para uma interpretação extensiva de cláusulas de alocação de risco para favorecer a revisão do contrato, como no Agravo de Instrumento nº 2175864-86.2021.8.26.0000<sup>548</sup> julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, os tribunais norte-americanos adotaram interpretação também extensiva de cláusula MAC para não exonerar a compradora de sua obrigação, como em *AB Stable VIII LLC v. Maps Hotels & Resorts One LLC*<sup>549</sup>.

De forma geral, conclui-se que, apesar das diferenças nas abordagens nacionais, a maioria dos tribunais analisados manteve uma postura de respeito à autonomia privada, mesmo diante de grandes alterações de circunstâncias como a pandemia de COVID-19. Nos sistemas de *Civil Law*, houve uma maior abertura para a interferência judicial, privilegiando o equilíbrio e a justiça contratual apenas quando havia previsão contratual para tanto. Já nos sistemas de *Common Law*, prevaleceu o posicionamento tradicional de intervenção judicial mínima, salvo em situações em que a saída contratual era prevista.

---

<sup>547</sup> Massachusetts Superior Court, *UMNV 205-207 NEWBURY, LLC v. Caffé Nero Americas, Inc.*, julgado em 8 de fevereiro de 2021.

<sup>548</sup> Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento 2175864-86.2021.8.26.0000; Relator (a): Francisco Loureiro; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José do Rio Preto - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 30/08/2021.

<sup>549</sup> Court of Chancery Delaware. *AB Stable VIII LLC v. MAPS Hotels and Resorts One LLC, Mirae Asset Capital Co., Ltd., Mirae Asset Daewoo Co., Ltd., Mirae Asset Global Investments, Co., Ltd., and Mirae Asset Life Insurance Co., Ltd. C.A.*

## CONCLUSÃO

Esta tese teve como objetivo central investigar a dinâmica entre autonomia privada e heteronomia na distribuição de riscos contratuais, com enfoque especial na resiliência dos acordos face a eventos supervenientes. Buscou-se compreender em que medida a alocação de riscos, estabelecida pelas partes no exercício de sua autonomia e por meio de cláusulas típicas, se mantém diante das regras normativas e padrões hermenêuticos que configuram a heteronomia contratual. Ademais, analisou-se a atuação dos tribunais nesse contexto, tanto em períodos de estabilidade quanto em momentos de crise. Partindo da centralidade do conceito de risco no direito contratual contemporâneo, passando por uma análise comparativa entre os sistemas de *Civil Law* e *Common Law*, a pesquisa examinou o espaço ocupado pela autonomia privada na distribuição de riscos entre as partes contratantes e sua interação com a superveniência de eventos imprevistos.

No primeiro capítulo, a função essencial dos contratos como instrumento de distribuição e gestão de riscos foi analisada em profundidade. Ao definir a alocação de riscos, o contrato não apenas resguarda a previsibilidade das relações jurídicas, mas também reflete um equilíbrio de interesses negociados entre as partes, evidenciando a importância da autonomia privada na criação de um contexto juridicamente seguro para os contratantes. A compreensão do contrato como um mecanismo de alocação de riscos, contudo, não exclui o papel do direito em proteger expectativas legítimas e manter o equilíbrio contratado.

No segundo capítulo, foram abordadas as divergências metodológicas entre as famílias romano-germânica e anglo-saxã na regulação contratual e na distribuição de riscos. Nos Direitos de *Common Law*, observou-se que há uma priorização da liberdade contratual, preferindo que as partes definam os riscos no contrato conforme seus interesses e a lógica econômica. Já os ordenamentos de *Civil Law* tendem a regular os riscos de forma normativa e sistemática, baseada em tipos contratuais. Essa distinção decorre do desenvolvimento histórico e das prioridades de cada sistema na repartição de riscos entre as partes.

Um ponto de partida imprescindível dessa investigação foi o enquadramento do tema das mudanças supervenientes no contexto do direito privado, onde coexistem, mas

também entram em confronto, modelos legais e técnicas contratuais de gestão de risco. Em ambos os casos, surge a questão delicada do equilíbrio entre os interesses de extinguir ou preservar o contrato. Como destaca Macario, o conceito de risco está, quase instintivamente, ligado à própria dinâmica contratual para os juristas. Daí a inevitabilidade de tratar da regulamentação do risco, tanto na sua vertente convencional quanto estatutária, e nas várias formas que ele pode assumir nas relações obrigacionais e contratuais<sup>550</sup>.

No terceiro capítulo, foi discutido como a resposta de cada sistema à superveniência de eventos imprevistos se dá de forma heterônoma, variando significativamente entre *Civil Law* e *Common Law*. Nos Direitos português e brasileiro, a possibilidade de revisão ou resolução do contrato diante de circunstâncias imprevistas é abordada com base em princípios de justiça e boa-fé, permitindo ajustes quando o desequilíbrio atinge um ponto intolerável. Essa abordagem busca preservar o equilíbrio contratual e assegurar a continuidade e a justiça nas relações estabelecidas, reconhecendo que eventos imprevisíveis podem tornar as obrigações excessivamente onerosas para uma das partes. A teoria da alteração das circunstâncias e a aplicação da boa-fé objetiva são exemplos de instrumentos que oferecem flexibilidade para restaurar o equilíbrio perdido, refletindo uma preocupação constante com a equidade contratual.

Em contraste, os ordenamentos jurídicos de *Common Law* demonstram maior rigidez, focando na manutenção do pacto tal como concebido, e atribuindo o risco à parte contratante que estava melhor posicionada para assumi-lo, conforme as expectativas expressas ou implícitas. A interpretação contratual privilegia a previsibilidade e a segurança jurídica, refletindo uma preferência por manter os termos acordados, mesmo diante de eventos supervenientes. Essa abordagem se baseia na ideia de que a autonomia contratual deve ser respeitada ao máximo e que a redistribuição de riscos pode comprometer a confiança nas relações contratuais. Assim, a doutrina da *frustration of contract*, por exemplo, só é aplicada em casos extremos, em que há impossibilidade absoluta ou onde o propósito do contrato foi totalmente frustrado, demonstrando uma

---

<sup>550</sup> MACARIO, Francesco. “Sopravvenienze e gestione del rischio nell’esecuzione del terzo contratto”. In: GITTI, Gregorio; VILLA, Gianroberto (orgs.). *Il terzo contratto*. Bologna: Il Mulino, 2012. E-book, Parágrafo 3: “Tecniche convenzionali e modelli legali («generali» e «speciali») di gestione del rischio contrattuale nel bilanciamento dei contrapposti interessi all’estinzione e alla manutenzione del contratto”.

clara resistência a intervenções que alterem as condições previamente acordadas. Dessa forma, o *Common Law* mantém um compromisso com a estabilidade das obrigações contratuais, mesmo que isso signifique uma menor adaptabilidade a circunstâncias imprevistas.

O quarto capítulo trouxe à tona a crescente influência das técnicas e estilos de redação contratuais anglo-americanos em contratos internacionais, especialmente a incorporação de cláusulas como força maior, *hardship* e MAC. Essa influência, intensificada pela globalização, desafia os redatores de contratos a compatibilizar esses modelos com o sistema de *Civil Law*. Evidencia-se a complexidade de integrar diferentes tradições jurídicas em um único instrumento contratual. A globalização, ao mesmo tempo em que promove a uniformização de práticas contratuais, exige uma análise crítica sobre a adequação dessas práticas aos contextos normativos em que são aplicadas.

No quinto capítulo, foram analisadas as abordagens de intervenção e autonomia dos mecanismos de distribuição de riscos nos sistemas de *Civil Law* e *Common Law*. Nos Direitos português e brasileiro, as limitações são impostas pela interação com normas que podem assumir um caráter imperativo, e que buscam evitar desequilíbrios graves à justiça contratual, representadas nas figuras como a alteração das circunstâncias e a onerosidade excessiva. Já no sistema anglo-saxão, embora a liberdade contratual seja mais valorizada, a interpretação rigorosa das cláusulas pode retirar a efetividade dos mecanismos criados pela autonomia das partes, aplicando requisitos da rígida doutrina da *frustration* aos termos contratuais.

Viu-se que a estreita conexão entre eventos supervenientes e a autonomia das partes na gestão do risco contratual, bem como a interpretação do contrato, neste cenário, como um "relacionamento" ou "regulamento de interesses" exigem que tanto o legislador, quanto o juiz, ajam com cautela ao introduzir intervenções heterônomas, respeitando, sempre que possível, a vontade das partes e o programa contratual estabelecido<sup>551</sup>.

---

<sup>551</sup> MACARIO, Francesco. "Sopravvenienze e gestione del rischio nell'esecuzione del terzo contratto". In: GITTI, Gregorio; VILLA, Gianroberto (orgs.). *Il terzo contratto*. Bologna: Il Mulino, 2012. E-book, Parágrafo 3: "Tecniche convenzionali e modelli legali («generalisti» e «specialisti») di gestione del rischio contrattuale nel bilanciamento dei contrapposti interessi all'estinzione e alla manutenzione del contratto".

No sexto capítulo, a pandemia de COVID-19 ofereceu uma oportunidade única para observar a aplicação da regulação de risco em situações de grandes alterações de circunstâncias. De modo geral, os tribunais de *Civil Law*, como os do Brasil e de Portugal, mostraram maior disposição em resolver ou revisar contratos impactados pela pandemia, reconhecendo a excepcionalidade da situação e buscando preservar a justiça contratual e o equilíbrio das prestações. Contudo, a maioria das decisões analisadas nesses ordenamentos confirmou a alocação de riscos previamente acordada entre as partes.

Já os tribunais de *Common Law* mantiveram uma postura restritiva, concedendo a desvinculação contratual apenas em casos excepcionais, mesmo confrontados com a presença de mecanismos da autonomia como cláusulas de força maior ou MAC. Apesar da magnitude dos impactos da pandemia, que caracterizou uma grande alteração das circunstâncias sem precedentes, a análise evidenciou que, em geral, prevaleceu a orientação de respeitar a alocação de riscos pactuada, evitando interferências externas.

Em síntese, os sistemas de *Civil Law* e *Common Law* apresentam diferenças metodológicas significativas na regulação dos riscos contratuais, principalmente quanto ao grau de intervenção estatal e à flexibilidade diante de eventos supervenientes. No entanto, os resultados práticos alcançados frequentemente convergem. Ambos os sistemas tendem a preservar a alocação de riscos previamente acordada, garantindo a estabilidade e a previsibilidade dos contratos. Essa convergência demonstra que, apesar das diferenças de base e dos métodos aplicados, ambos os sistemas buscam soluções que mantenham a integridade das relações contratuais, adaptando suas práticas aos respectivos contextos históricos e valores, mas alcançando resultados semelhantes na distribuição de riscos. A globalização e as crises sistêmicas, como a pandemia de COVID-19, desafiam essas tradições e oferecem um terreno fértil para a evolução contínua das práticas contratuais. Conclui-se que a solução para a relação entre liberdade e autoridade não se apresenta de forma radical, mas sim como uma dinâmica em que ambas estão destinadas a coexistir e se confrontar<sup>552</sup>.

---

<sup>552</sup> OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. “A inexigibilidade na relação contratual: interpretação do contrato e heteronomia”. In: *O Direito*, v. 145, n. 3, 2013, p. 527.

## Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Contratos, vol. III: Contratos de Liberalidade, de Cooperação e de Risco, 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2023.

Almeida, Carlos Ferreira de. Contratos. Vol. IV: Funções. Circunstâncias. Interpretação. Coimbra: Almedina, 2ª edição, 2021.

ALPA, Guido. “Rischio”. In: *Contratto e Impresa*, a. 2 n. 2, Milano: Wolters Kluwer, 1986, p. 619-662.

ALPA, Guido. “Rischio”. In: *Enciclopedia del Diritto*, Milano: Giuffrè, 1989, vol. 40, 1989, p. 1145-1158.

ANDREWS, Neil H. *Andrews on Civil Processes: Court Proceedings*. Vol. 1. Cambridge: Intersentia, 2013.

ANTUNES, José A. Engrácia. *Direito dos Contratos Comerciais*. Coimbra: Almedina, 2015.

ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.

ASCENSÃO, José Oliveira. “Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil”. In: *Pensar – Revista de Ciências Jurídicas*, v. 13, n. 1, 2008, p. 7-20. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/795/1690>.

ATAÍDE, Rui Mascarenhas. “Modelos convencionais de regulação e distribuição do risco contratual em especial, as cláusulas hardship”. In: *Revista de Direito Civil*, a.6 n.1, 2021, p.63-84. Disponível em: <https://www.revistadedireitocivil.pt/revistas/ano-vi-1>.

ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. Culpa, risco e impossibilidade no Direito português do não-cumprimento. *Revista de Direito Civil*, Lisboa, a. 9, n. 1, 2024, p. 43-71. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacao/revista-de-direito-civil-ano-ix-2024-numero-1/348>.

ATIYAH, P. S. “Contract and Fair Exchange”. In: *The University of Toronto Law Journal*, 1985, vol. 35, n. 1, 1985, p. 1-24. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/825511>.

AURELIANO, Nuno. *O Risco nos Contratos de Alienação: Contributo para o Estudo do Direito Privado Português*. Coimbra: Almedina, 2009.

AZEVEDO, António Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BAAIJ, Jaap; CABRELLI, David; MACGREGOR, Laura. “Introduction.”. In: BAAIJ, Jaap *et. al.* (ed.) *Interpretation of Commercial Contracts in European Private Law, Common Core of European Private Law*. Intersentia, 2020, p. 3-15.

BAGHERI, M., NAKAJIMA, C. “Ex Ante and Ex Post Allocation of Risk of Illegality: Regulatory Sources of Contractual Failure and Issues of Corrective and Distributive Justice”. In: *European Journal of Law and Economics* 13, 2022, p. 5–26.

BAGCHI, Aditi. “Retrospective Risk Allocation”. In: *Law and Contemporary Problems*, vol. 85, n. 2, 2022, p. 1-18. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol85/iss2/2>.

BANDEIRA, Paula Greco. *Contrato Incompleto*. São Paulo: Atlas, 2015.

BEN-SHAHAR, Omri; PORAT, Ariel. “Personalizing Mandatory Rules in Contract Law”. In: *The University of Chicago Law Review*, vol. 86, n. 2, 2019, p. 255-282. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol86/iss2/11>.

BAZZANEZE, Ricardo. “Contratos interempresariais, características e forma de interpretação”. In: *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 4 (2018), nº 6, p. 617-650.

BERG, Alan. The detailed drafting of a force majeure clause. In: MCKENDRICK, Ewan (Ed.). *Force Majeure and Frustration of Contract*. 2. ed. New York: Informa Law from Routledge, 2013.

BESSONE, Mario. *Adempimento e rischio contrattuale*. Milano: Giuffrè, 1969.

BESSONE, Mario. “Eventi prevedibili, limite del rischio assunto e risoluzione del contratto per inesigibilità dell’adempimento”. In: ALPA, Guido; BESSONE, Mario; ROPPO, Enzo. *Rischio Contrattuale e Autonomia Privata*. Napoli: Jovene Editore, 1982, p. 377-384.

BIX, Brian H. *Advanced Introduction to Contract Law and Theory*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2023.

BORN, Gary B. *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing*, 6.<sup>a</sup> ed. Kluwer Law International, 2021.

BURROWS, Andrew. “Form and Substance: Fictions and Judicial Power”. In: ROBERTSON, Andrew; GOUDKAMP, James (Eds.) *Form and Substance in the Law of Obligations*. Oxford: Hart Publishing, 2019, p. 17-33.

BRUNNER, Christoph. *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-performance in International Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2008.

BUCHWALD, Michael. “Smart contract dispute resolution: the Inescapable flaws of blockchain-based arbitration”. In: *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 168, 2020, p. 1369-1423. Disponível em: [https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=9702&context=penn\\_law\\_review](https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=9702&context=penn_law_review).

BUNNI, Nael G. *The FIDIC Forms of Contract*. 3<sup>a</sup> ed. Oxford: Wiley Blackwell, 2005.

CHITTY, Joseph. *Chitty on Contracts*. vol. 1, 28<sup>a</sup> ed. (ed. BEALE, H. G.) London: Sweet & Maxwell, 1999.

COLLINS, Hugh. *Regulating Contracts*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

CONNOLLY, Niamh. Planning for Failure: Contract Design, Ineffective Bargains and Restitution. In: DAVIES, Paul S.; RACZYNSKA, Magda (Eds.). *Contents of Commercial Contracts: Terms Affecting Freedoms*. Oxford: Hart Publishing, 2020. p. 267-276.

CORADINI, Laura Frantz. “Excessiva onerosidade superveniente: uma análise dos julgados do STJ”. In: COSTA, Judith Martins (Coord.). *Modelos de Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 215-248.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES. “Da alteração das circunstâncias: a concretização do artigo 437º do código civil, à luz da jurisprudência posterior a 1974”. Separata de: Estudos em memória do Prof. Doutor Paulo Cunha, Lisboa: AAFDL, 1987, p. 1-94.

CORDEIRO, António Menezes. “A proposta na contratação pública e a alteração das circunstâncias”. In: O direito: Edições jurídicas, A. 142, nº 2, 2010, p. 275-315.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*, vol. II, Tomo IV, 2010.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil*, II, Parte Geral, 4.<sup>a</sup> edição. Coimbra: Almedina, 2014.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil*, vol. IX. 3.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2017.

CORDEIRO, António Menezes. “Da gestão do risco no direito da arbitragem In: PIRES, Catarina Monteiro; et. al. (Coord.). *Riscos no Direito Privado e na Arbitragem*. São Paulo: Almedina Brasil, 2023, p. 631-647.

CORDEIRO, A. Barreto Menezes. “Artigo 437.º”. In: PIRES, Catarina Monteiro (Coord.) *Novo Coronavírus e Crise Contratual: Anotação ao Código Civil*, Lisboa: AAFDL, 2020, p. 61-67.

CORDERO-MOSS, Giuditta. “Introduction”. In: CORDERO-MOSS, Giuditta (ed.). *Boilerplate clauses, international commercial contracts and the applicable law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 1-6.

CORDERO-MOSS, Giuditta. *International Commercial Contracts: Contract Terms, Applicable Law and Arbitration*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2024.

COSTA, Mariana Fontes da. *Da alteração superveniente das circunstâncias: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais*. 1. ed. reimp. Coimbra: Almedina, 2019.

COSTA, José Augusto Fontoura; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. As cláusulas de força maior e de hardship nos contratos internacionais. In: *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*, v. 4, jun. 2011, p. 1-28. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5155680/mod\\_resource/content/1/forca\\_maior\\_RDM.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5155680/mod_resource/content/1/forca_maior_RDM.pdf).

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 12ª ed. rev. e act. Coimbra: Almedina, 2018.

D’AMICO, Giovanni. “Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici”. In: NAVARRETTA, Emanuela (ed.) *La funzione delle norme generali sui contratti e sugli atti di autonomia privata. Prospettive di riforma del Codice civile*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2021, p. 251-287.

DELFINI, Francesco. *Autonomia privata e rischio contrattuale*. Milano: Giuffrè, 1999.

DESHAYES, Oliver. “Liberté et justice dans le nouveau droit français des contrats : le contrôle du juge sur le contenu du contrat”. In: NAVARRETTA, Emanuela (ed.) *La*

funzione delle norme generali sui contratti e sugli atti di autonomia privata. Prospettive di riforma del Codice civile. Torino: G. Giappichelli Editore, 2021, p. 353-359.

DIGWA-SINGH, Sukhnam. “The application of commercial impracticability under article 2-615 of the Uniform Commercial Code”. In: MCKENDRICK, Ewan (Ed.). *Force Majeure and Frustration of Contract*, 2nd ed. New York: Informa Law from Routledge, 2013.

DIMATTEO, Larry A. “The Norms of Contract: The Fairness Inquiry and the “Law of Satisfaction” – A Nonunified Theory”. In: *Hofstra Law Review*, Volume 24, n. 2, 1995, p. 349-454. Disponível em <https://scholarlycommons.law.hofstra.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1926&context=hlr>.

DIMATTEO, Larry A. “False dichotomies in commercial contract interpretation”. In: *Journal of International Trade Law and Policy*, vol. 11. N. 1, 2012, p. 27-43. Disponível em: <https://www.emerald.com/insight/content/doi/10.1108/14770021211210678/full/html>.

DIMATTEO, Larry A; CORDERO-MOSS, Giuditta. “Long-Term Contracts: Installment and Supply Contracts”. In: DIMATTEO, Larry A.; et. at. (Ed.). *International Sales Law. A Handbook*, 2ª. Ed. Baden-Baden: Nomos, 2021, p. 968-955.

DIMATTEO, Larry A. “Excuse: Force Majeure and Hardship”. In: DIMATTEO, Larry A.; JASSEN, André; MAGNUS, Ulrich; SCHULZE, Reiner (Ed.). *International Sales Law. A Handbook*, 2ª. Ed. Baden-Baden: Nomos, 2021, p. 691-736.

DO CARMO, Lie Uema. *Contratos de Construção de Grandes Obras*. São Paulo: Almedina, 2019.

DUARTE, Diogo Pereira. “A regulação contratual do risco e a alteração das circunstâncias: a propósito dos *swaps*”, *In: Revista de Direito das Sociedades*, Ano VII, 2015, número 1, p. 189-235.

DUNG, Phan Minh; THANG, Phan Minh. “Modular argumentation for modelling legal doctrines in common law of contract”. *In: Artificial Intelligence and Law*, v. 17, n. 3, 2009, p. 167-182. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10506-009-9076-x>.

EHRHARDT JR., Marcos; SILVA, Gabriela Buarque Pereira. “Contratos e Algoritmos: Alocação de Riscos, Discriminação e Necessidade de Supervisão por Humanos”. *In: Jurismat*, nº 13, 2021, p. 13-41, Nota de rodapé 19. Disponível em: <https://revistas.ulusofona.pt/index.php/jurismat/article/view/8153>.

FARNSWORTH, E. Allan. “Comparative Contract Law”. *In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (Eds.). The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 899-935.

FERNANDES, Wanderley. “Caso fortuito e força maior: um assunto antigo que permanece moderno”. *In: PIRES, Catarina Monteiro; et. al. (Coord.). Riscos no Direito Privado e na Arbitragem*. São Paulo: Almedina Brasil, 2023, p. 337-364.

FLUME, Werner. *El negocio jurídico. Parte general del Derecho civil*, Tomo II, 4ª ed. Tradução por GONZÁLEZ, José María Miguel; CALLE, Esther Gómez. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998.

FONSECA, Ana Taveira da. Pandemia de Covid-19 e riscos próprios do contrato. *In: MALHEIRO, Gonçalo; XAVIER, Luís Barreto (Coord.). Contratos e Pandemia: Resolução, suspensão e modificação dos contratos em tempos de pandemia*. Coimbra: Almedina, 2021. p. 13-36.

FONTAINE, Marcel; DE LY, Filip. *Drafting International Contracts*. Ardsley: Transnational Publishers, 2006.

FORGIONI, Paula A. *Contratos Empresariais: Teoria Geral e Aplicação*, 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

FRADA, Manuel Carneiro da; COSTA, Mariana Fontes da. “Discussing the (Ab)Normality of Financial Crises as a Relevant Change of Circumstances Under Portuguese Law”. In: BAŞOĞLU, Başak (Ed.) *The Effects of Financial Crises on the Binding Force of Contracts – Renegotiation, Rescission or Revision*. Cham: Springer, 2016, p. 221-241.

FRADA, Manuel Carneiro da. “A alteração das circunstâncias à luz do COVID-19: teses e reflexões para um diálogo”. In: *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, a.80 n.1-2, Jan.-Jun. 2020, p. 153-163. Disponível em: <https://portal.oa.pt/media/131420/manuel-carneiro-da-frada.pdf>.

FRICK, Joachim G. *Arbitration and Complex International Contracts*. The Hague: Kluwer Law International, 2001.

FURMSTON, Michael. “Drafting of force majeure clauses – some general guidelines”. In: MCKENDRICK, Ewan (Ed.). *Force Majeure and Frustration of Contract*, 2nd ed. New York: Informa Law from Routledge, 2013.

GABRIELLI, Enrico. “La nozione di contratto e la sua funzione. Appunti sulla prospettiva di una nuova definizione di contratto”. In: NAVARRETTA, Emanuela (ed.) *La funzione delle norme generali sui contratti e sugli atti di autonomia privata. Prospettive di riforma del Codice civile*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2021, p. 93-105.

GERHART, Peter M. *Contract Law and Social Morality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.

GHODOOSI, Farshad. "Contracting Risks." In: *University of Illinois Law Review*, 2022, p. 805-859. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3743033>.

GIAMPIERI, Alberto. “Rischio Contrattuale in common law”. In: *Contratto e Impresa*, ano XII, n.º 2. Padova: Cedam, 1996, p. 590-641.

GILLETTE, Clayton P. “Commercial Relationships and the Selection of Default Rules for Remote Risks”. In: *The Journal of Legal Studies*, vol. 19, n. 2, Jun. 1990, p. 535-582. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/724381>.

GOMIDE, Alexandre Junqueira. *Risco Contratual e sua Perspectiva na Incorporação Imobiliária*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

GONÇALVES, Diogo Costa. “Artigo 762.º”. In: PIRES, Catarina Monteiro (Coord.) *Novo Coronavírus e Crise Contratual: Anotação ao Código Civil*, Lisboa: AAFDL, 2020, p. 69-78.

GORDLEY, James. “Contract Law in the Aristotelian Tradition”. In: BENSON, Peter (ed.) *Theory of Contract Law: New Essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 265-334.

GORDLEY, James; JIANG, Hao; VON MEHREN, Arthur Taylor. *An Introduction to the Comparative Study of Private Law. Readings, Cases, Materials*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.

HALPERN, Sheldon W. “Application of the Doctrine of Commercial Impracticability: Searching for ‘The Wisdom of Solomon.’” In: *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 135, no. 5, 1987, pp. 1123–78. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/3312106>. Accessed 19 Aug. 2023.

HARRISON, Jeffrey L. "A Case for Loss Sharing." In: *Southern California Law Review*, vol. 56, no. 2, January 1983, pp. 573-604.

HESSELINK, Martijn W. “The Principles of European Contract Law: Some Choices Made by the Lando Commission”. In: *PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW*.

Deventer: Kluwer. *Global Jurist Frontiers, Article 4*, 2001. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1098869>.

HILLMAN, Robert A. “Court Adjustment of Long-Term Contracts: An Analysis under Modern Contract Law”. In: *Duke Law Journal*, vol. 1987, February, n. 1, 1987, p. 1-33. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol36/iss1/1/>

HILLMAN, Robert A. *The Richness of Contract Law: An Analysis and Critique of Contemporary Theories of Contract Law*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers. 1997.

HURST, Thomas R. “Freedom of Contract in an Unstable Economy: Judicial Reallocation of Contractual Risks under UCC Section 2-615”. In: *North Carolina Law Review*, vol. 54, n. 4, 1976, p. 545-583.

JAEGER, Axel-Volkmar; HÖK, Götz-Sebastian. *FIDIC - A Guide for Practitioners*. Berlin: Springer-Verlag, 2010.

JUBA, M. Rosalee. “Relief from long-term coal sales contracts through commercial impracticability”. In: *West Virginia Law Review*, v. 87, 1985, p. 709-721. Disponível em: <https://researchrepository.wvu.edu/wvlr/vol87/iss3/10>.

KARAMPATZOS, Antonis. “Supervening Hardship as Subdivision of the General Frustration Rule: A comparative Analysis with Reference to Anglo-American, German, French and Greek Law”. In: *European Review of Private Law*, 2, Alphen aan den Rijn: Kluwer International Law, 2005, p. 105-147. Disponível em: <https://kluwerlawonline.com/api/Product/CitationPDFURL?file=Journals\ERPL\ERPL2005009.pdf>

KONDER, Carlos Nelson. “Revisão contratual no contexto da pandemia: análise da simbologia da legislação à luz da jurisprudência do TJERJ”. In: *Scientia Iuris*, 27(2), 2023, p. 170–186. Disponível em: <https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/47700>.

KONDER, Carlos Nelson; SALES, Manoela Medeiros. "Riscos em Complexos Contratuais". In: PIRES, Catarina Monteiro; et. al. (Coord.). *Riscos no Direito Privado e na Arbitragem*. São Paulo: Almedina Brasil, 2023, p. 89-112.

KOSTRITSKY, Juliet P. "Statutes and the Common Law of Contracts: A Shared Methodology". In: *Faculty Publications*, n. 2018, Case Western Reserve University School of Law, 2020. Disponível em: [https://scholarlycommons.law.case.edu/faculty\\_publications/2058](https://scholarlycommons.law.case.edu/faculty_publications/2058).

LEAL, Victor Nunes. "Classificação das normas jurídicas". In: *Revista de Direito Administrativo*, v. 2, n. 2, 1945, p. 931-948.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações*, vol. II. 12.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2018.

LOOTS, Philip; CHARRETT, Donald. *Practical Guide to Engineering and Construction Contracts*. Austrália: CCH Australia, 2009.

LÓPEZ, Carmen Vaquero. "Autonomía de la voluntad y normas imperativas". In: LORENZO, Sixto Sánchez (Ed.) *Derecho Contractual Comparado: Una perspectiva europea y transnacional*. 3<sup>a</sup> ed, Tomo II, Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited, 2016, p. 89-132.

LORENZO, Sixto Sánchez. "La frustración del contrato" In: LORENZO, Sixto Sánchez (Ed.) *Derecho Contractual Comparado: Una perspectiva europea y transnacional*. 3<sup>a</sup> ed, Tomo II, Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited, 2016, p. 703-763.

LUÍS, Sandra dos Reis. "A alteração anormal das circunstâncias: o artigo 437.º do Código Civil e a situação pandémica: reflexos contratuais". In: *Julgar Online*, julho 2020, p. 1-23. Disponível em: <http://julgar.pt/a-alteracao-anormal-das-circunstancias-o-artigo-437-o-do-codigo-civil-e-a-situacao-pandemica-reflexos-contratuais/>.

MACARIO, Francesco. “Sopravvenienze e gestione del rischio nell’execução del terzo contratto”. In: GITTI, Gregorio; VILLA, Gianroberto (orgs.). *Il terzo contratto*. Bologna: Il Mulino, 2012. Livro eletrônico.

MACARIO, Francesco. “Rinegoziazione e obbligo di rinegoziare come questione giuridica sistematica e come problema dell’emergenza pandemica”. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Ano LXII, 2021, n. 2, p. 65-89.

MARCANTONIO, J. Barrigan. “Unifying the Law of Impossibility” In: *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 8, n. 41, 1984, p. 41-60.

MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Revisão Contratual. Onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa*. São Paulo: Almedina, 2020.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. “Comentário ao artigo 421-A do Código Civil: presunção de paridade e simetria em contratos civis e empresariais”. In: MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro (Coord.). *Direito Privado na Lei da Liberdade Econômica: comentários*, São Paulo: Almedina, 2022, p. 511-527.

MARTIN-BARITEAU, Florian; PAVLOVIC, Marina. AI and Contract Law. In: MARTIN-BARITEAU, Florian; SCASSA, Teresa (Eds.). *Artificial Intelligence and the Law in Canada*. Toronto: LexisNexis Canada, 2021, p. 1-25. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3730385>

MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro (Coord.). *Direito Privado na Lei da Liberdade Econômica: comentários*, São Paulo: Almedina, 2022.

MARTINS-COSTA, Judith. O método da concreção e a interpretação dos contratos. In: *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n. 31, 2006, p. 135-175.

MARTINS-COSTA, Judith. “O risco contratual (e os significados do risco)”. In: PIRES, Catarina Monteiro; NANNI, Giovanni Ettore; TERRA, Aline de Miranda Valverde

(Coord.). *Riscos no Direito Privado e na Arbitragem*. São Paulo: Almedina Brasil, 2023, p. 25-54.

MCINNIS, J. A. “Frustration and force majeure in building contracts”. In: MCKENDRICK, Ewan (Ed.). *Force Majeure and Frustration of Contract*, 2nd ed. New York: Informa Law from Routledge, 2013.

MCKENDRICK, Ewan. “Discharge by Frustration”. In: *Chitty on Contracts*. Vol. 1: General Principles. 28<sup>a</sup> ed. London: Sweet & Maxwell, 1999.

MCKENDRICK, Ewan. “Force Majeure and Frustration – Their relationship and a comparative assessment”. MCKENDRICK, Ewan (Ed.). *Force Majeure and Frustration of Contract*, 2nd ed. New York: Informa Law from Routledge, 2013.

MCKENDRICK, Ewan. *Contract Law*, 15th ed. London: Palgrave, 2023.

MIK, Eliza. “AI in Negotiating and Entering into Contracts”. In: DIMATTEO, Larry A; PONCIBÒ, Cristina; CANNARSA, Michel (Ed.). *The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence. Global Perspectives on Law and Ethics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2022, p. 45-58.

MITCHELL, Catherine. “Interpreting Commercial Contracts – English Law”, In: DIMATTEO, Larry; HOGG, Martin (ed.) *Comparative Contract Law: British and American perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 231-247.

MONTEIRO, António Pinto; GOMES, Júlio. A ‘hardship clause’ e o problema da alteração das circunstâncias: breve apontamento”. Separada de: *Juris at de jure: nos vinte anos da Faculdade de Direito da UCP*, Porto: UCP, 1998, p. 17-40.

MONTEIRO, António Pinto. “O contrato na gestão do risco e na garantia da equidade”. In: MONTEIRO, António Pinto (Coord.). *O contrato na gestão do risco e na garantia da equidade*, Coimbra: Instituto Jurídico Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 9-29

MORGAN, Jonathan. *Contract Law Minimalism: A Formalist Restatement of Commercial Contract Law*. Law in Context. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

MOTA, Marcel Moraes. “A interpretação dos contratos nos direitos inglês, português e brasileiro”. In: *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 4, n. 4, 2018, p. 1355-1422. Disponível em: [https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/4/2018\\_04\\_1355\\_1422.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/4/2018_04_1355_1422.pdf).

MULCAHY, Linda; TILLOTSON, John. *Contract Law in Perspective*. 4ª ed. London: Cavendish Publishing, 2004.

NICHOLAS, Barry. "Rules and Terms. Civil Law and Common Law", In: *Tulane Law Review*, vol. 48, no. 4, 1973-1974, p. 946-972. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/tulr48&i=986>.

NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. “Comentário ao artigo 113 §§1º e 2º do Código Civil: interpretação contratual a partir da Lei da Liberdade Econômica”. In: MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro (Coord.). *Direito Privado na Lei da Liberdade Econômica: comentários*. São Paulo: Almedina, 2022, p. 277-432.

ORLANDI, Mauro. “Dominanza relativa e illecito commerciale”. In: GITTI, Gregorio; VILLA, Gianroberto (orgs.). *Il terzo contratto*. Bologna: Il Mulino, 2012. Livro eletrônico.

OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. “A ‘inexigibilidade’ na relação contratual: interpretação do contrato e heteronomia”. In: *O Direito*, v. 145, n. 3, 2013, p. 523-551.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. “Cláusulas de força maior e limites da autonomia privada”. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. 61, n. 1, 2020, p. 65-79.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *Desvinculação programada do contrato*. Coimbra: Almedina, 2021.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *Smart Contracts, risco e codificação da desvinculação ou modificação negocial: os falsos dilemas da inter-relação Lei-Código nos contratos empresariais*. Coimbra: Almedina, 2023.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. “Sobre a subsidiaridade do regime da alteração das circunstâncias”. In: MOTA, Helena et. al. (Org.) *Estudos Comemorativos dos 20 anos da FDUP*, vol. 2, 2017, p. 421-452.

PATTERSON, Edwin W. “The apportionment of business risks”. In: *Columbia Law Review*, Apr., 1924, Vol. 24, No. 4 (Apr., 1924), pp. 335-359. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1114194>.

PARGENDLER, Mariana. “O direito contratual comparado em nova perspectiva: revisitando as diferenças entre os sistemas romano-germânico e de common law”. In: *Revista Direito GV*, v. 13, n. 3, set-dez. 2017, p. 796–826. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/ngVjSy5nSnNrZ4d63CnVpsJ/#>.

PARGENDLER, Mariana. “The Role of the State in Contract Law: The Common-Civil Law Divide”. In: *Yale Journal of International Law*, vol. 43, n. 1, 2018, p. 143-189.

PEEL, Edwin. “The common law tradition: application of boilerplate clauses under English law”. In: CORDERO-MOSS, Giuditta (ed.). *Boilerplate clauses, international commercial contracts and the applicable law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 130-178.

PEEL, Edwin; TREITEL, G. H. *Treitel on the Law of Contract*. 14<sup>th</sup> ed. London: Sweet & Maxwell, 2015. Livro eletrônico.

PELA, Juliana Krueger. “Risco e Contratos Empresariais. A aplicação da resolução por onerosidade excessiva”. In: *Direito Empresarial: Estudos em Homenagem ao Professor Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa*, 1<sup>a</sup> ed. São Paulo: IASP, 2015, pp. 487-498.

PETCU, Claudia. "Force Majeure & COVID-19: A Clause Changed?" In: DePaul Business & Commercial Law Journal, vol. 21, 2021, p. 51-81. Disponível em: <https://via.library.depaul.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1411&context=bcjlj>.

PINTO, Paulo Mota. "O contrato como instrumento de gestão do risco de 'alteração das circunstâncias'". In: MONTEIRO, António Pinto (Coord.). *O contrato na gestão do risco e na garantia da equidade*, Coimbra: Instituto Jurídico Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 69-110.

PIRES, Catarina Monteiro. *Impossibilidade da Prestação*. Coimbra: Almedina, 2017.

PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos. I. Perturbações na Execução*. Coimbra: Almedina, 2019.

PIRES, Catarina Monteiro. "Artigo 790.º". In: PIRES, Catarina Monteiro (Coord.) *Novo Coronavírus e Crise Contratual: Anotação ao Código Civil*, Lisboa: AAFDL, 2020, p. 79-88.

PIRES, Catarina Monteiro. "Cláusulas de preço fixo, de ajustamento de preço e de alteração material adversa ("MAC") e cláusulas de força maior – Revisitando problemas de riscos de desequilíbrio e de maiores despesas em tempos virulentos". In: *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, a. 80, n. 1-2, 2020, p. 73-93.

PIRES, Catarina Monteiro. *Tutela da Autonomia Privada em Cenários Disruptivos: riscos, crédito e garantias*. Lisboa: AAFDL, 2021.

PIRES, Catarina Monteiro; DOS SANTOS, Diogo Tapada. "'Contratos prolongados': entre dogmas carecidos de revisão e problemas carecidos de sinalização". In: *Revista de Direito Civil*, s. 6, nº 1, 2021, p. 85-108.

PIRES, Catarina Monteiro. “M&A: Riscos e algumas cláusulas controversas”. In: PIRES, Catarina Monteiro; et. al. (Coord.). Riscos no Direito Privado e na Arbitragem. São Paulo: Almedina Brasil, 2023, p. 367-400.

POSNER, Eric. A. There Are No Penalty Default Rules in Contract Law. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 237, 2005. Disponível em: <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>.

POSNER, Richard A., ROSENFELD, Andrew M. “Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis.” In: The Journal of Legal Studies, vol. 6, no. 1, 1977, p. 83–118. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/724191>. Accessed 30 July 2023.

PRATT, Walter F. “Afterword: Contracts and Uncertainty”. In: Law & Contemporary Problems, vol. 46, 1983, p. 169-180. Disponível em: [https://scholarship.law.nd.edu/law\\_faculty\\_scholarship/129](https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/129).

REALI, Francesco. “Alea, commutatività e scommessa: il ruolo assunto dal ‘rischio’ e le scommesse atipiche”. In: *Contratto e impresa*, 4-5, ano 23, Padova: Cedam, 2007, p. 956-981.

REEDER, Robert W. “Court-Imposed Modifications: Supplementing the All-or-Nothing Approach to Discharge Cases”. In: Ohio State Law Journal, vo. 44, n. 4, 1983, p. 1079-1102. Disponível em: <https://kb.osu.edu/handle/1811/65275>.

RESTA, Giorgio. “Il rischio contrattuale e le tecniche di interpretazione”. In: ALPA, Guido et. al. (coord.) *L’interpretazione del contratto. Orientamenti e tecniche della giurisprudenza*. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 2001, p. 225-360.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; JUNIOR, Irineu Galeski. Teoria Geral dos Contratos: Contratos empresariais e análise econômica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

RILEY, C. A. “Designing Default Rules in Contract Law. Consent, Conventionalism, and Efficiency”. In: Oxford Journal of Legal Studies, vol. 20. N. 3, 2000, p. 367-390. Disponível em: <https://academic.oup.com/ojls/article-abstract/20/3/367/1553833?redirectedFrom=PDF>.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão Judicial dos Contratos: Autonomia da Vontade de Teoria da Imprevisão*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ROSHER, Peter. “Adapting FIDIC provision for use in contracts governed by the French law”. In: International Business Law Journal, 2015, n. 2, p. 123-141.

SÁ, Fernando Oliveira e. “Cláusulas *Material Adverse Change* (MAC) em Contratos de Compra e Venda de Empresas”. In: *Direito E Justiça. Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo M. Sendin*. Edição especial, 2012, p. 427-444.

SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio Contratual e Dever de Renegociar*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

SCHWARTZ, Alan. “The Default Rule Paradigm and the Limits of Contract Law”. In: Southern California Interdisciplinary Law Journal, vol. 3. N. 1, 1993, p. 389-420. Disponível em: <https://openyls.law.yale.edu/handle/20.500.13051/280> .

SCHWARTZ, Alan; SCOTT, Robert E. “The Common Law of Contract and the Default Rule Project”. In: Virginia Law Review, vol. 102, issue 6, 2016, p. 1523-1588. Disponível em: [https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1471&context=faculty\\_scholarship](https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1471&context=faculty_scholarship).

SCHWARTZ, Andrew A. “A Standard Clause Analysis of the Frustration Doctrine and the Material Adverse Change Clause”. In: UCLA Law Review, v. 57, 2010, p. 789-839. Disponível em: <https://scholar.law.colorado.edu/faculty-articles/451>.

SCHWARTZ, Andrew A. "Contracts and COVID-19". In: Stanford Law Review Online, vol. 73, 2020, p. 48-60. Disponível em: <https://review.law.stanford.edu/wp-content/uploads/sites/3/2020/07/73-Stan.-L.-Rev.-Online-Schwartz.pdf>.

SCHWARTZ, Andrew A. "Frustration, the MAC Clause, and COVID-19". In: U.C. Davis Law Review, rev. 1771, 2022, p. 1771-1828. Disponível em: <https://scholar.law.colorado.edu/faculty-articles/1549>.

SCHWARZ, Franz T.; TRENOR, John A., et al. Contractual Performance and COVID-19: An In-Depth Comparative Law Analysis. Kluwer Law International, 2021, p. 305 - 350.

SEROZAN, Rona. "General Report on the Effects of Financial Crises on the Biding Force of Contracts: Renegotiation, Rescission or Revision". In: BAŞOĞLU, Başak (Ed.) The Effects of Financial Crises on the Binding Force of Contracts – Renegotiation, Rescission or Revision. Cham: Springer, 2016.

SESTER, Peter Christian. "Analytical Part: The Theoretical Fundament Behind the Choice of Dominant Contract Laws". In: SESTER, Peter Christian (Ed.). Contract Law in International Commercial Arbitration. International Arbitration Law Library, Volume 66. Kluwer Law International, 2022. p. 1-92.

SESTER, Peter Christian. "Normative Part: The Application of Minimalist Theory to Common Law and Civil Law Statutes on Contract Law". In: SESTER, Peter Christian (Ed.). Contract Law in International Commercial Arbitration. International Arbitration Law Library, Volume 66. Kluwer Law International, 2022. p. 93-196.

SHAPIRO, Samuel. "Rethinking MAC Clauses in the Time of Akorn, Boston Scientific, and COVID-19". In: Michigan Business & Entrepreneurial Law Review, vol. 10, n. 2, 2021, p. 241-277. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mbelr/vol10/iss2/6>.

SILVA, João Calvão da. "Contratos Bancários e Alteração das Circunstâncias". In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. 90, no. 2, 2014, p.

539-566.

Disponível

em:

<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/boltfdiuc90&i=557>.

SILVA, Paula Costa e. Perturbação dos contratos e processo estrutural. *In: Ius Dictum – Revista de Teoria Geral do Direito*, n.º 1, jun. 2020.

SILVA, Paula Costa e; MARTINS-COSTA, Judith. Crise e perturbações no cumprimento da prestação: estudo de direito comparado luso-brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

SYMONS, Ben; DALBY, Joseph. *Force Majeure and Frustration in Commercial Contracts*. Londres: Bloomsbury Professional, 2022.

SLOVIC, Paul. *The Perception of Risk*. London: Earthscan Publications Ltd., 1a Ed., 2000.

SOMOGIE, Nathan. "Failure of a 'Basic Assumption': The Emerging Standard Excuse Under MAE Provisions". *In: Michigan Law Review*, vol. 108, issue 1, 2009, p. 81-112. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol108/iss1/3/>

SUBRAMANIAN, Guhan; PETRUCCI, Caley. "Deals in the Time of Pandemic.". *In: Columbia Law Review*, vol. 121, no. 5, June 2021, p. 1405-1480. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/clr121&i=1461>.

STORME, Matthias E. "Freedom of Contract: Mandatory and Non-Mandatory Rules in European Contract Law". *In: Juridica International*, XI, 2006, p. 34-44. Disponível em: [https://www.juridicainternational.eu/article\\_full.php?uri=2006\\_XI%20\\_34\\_freedom-of-contract-mandatory-and-non-mandatory-rules-in-european-contract-law](https://www.juridicainternational.eu/article_full.php?uri=2006_XI%20_34_freedom-of-contract-mandatory-and-non-mandatory-rules-in-european-contract-law).

SWAIN, Warren. *The Law of Contract 1670-1870*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos Contratos em Geral*. Refundido e actualizado, 4.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

TILLER, Emerson; CROSS, Frank B. “What is Legal Doctrine”. In: *Public Law and Legal Theory Papers, Northwestern University School of Law*, 2005. Disponível em: <https://core.ac.uk/display/76622332>.

TIMM, Luciano Benetti. “Common Law e Contract Law: Uma introdução ao direito contratual norte-americano”. In: *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, vol. 1, n. 1, 2012, p. 525-572. Disponível em: [https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/01/2012\\_01\\_0525\\_0572.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/01/2012_01_0525_0572.pdf).

TREITEL, G. H. *Frustration and Force Majeure*. London: Sweet and Maxwell, 1994.

TREITEL, G. H. *Some Landmarks of Twentieth Century Contract Law*. Oxford: Clarendon Press, 2002.

TRIANSTIS, George G. “Contractual Allocations of Unknown Risks: A Critique of the Doctrine of Commercial Impracticability”. In: *The University of Toronto Law Journal*, Vol. 42, No. 4 (Autumn, 1992), p. 450-483.

TRIANSTIS, George G. “Unforeseen Contingencies. Risk Allocation in Contracts”. In: GEEST, Gerrit de (ed.). *Encyclopedia of Law and Economics*, Cheltenham: Edward Elgar, 2000, p. 100-116.

VARELA, Antunes. *Das Obrigações em Geral*. v. I, 10.<sup>a</sup> ed., revista e actualizada. Coimbra: Almedina, 2000.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral do Direito Civil*. 7.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2012.

VAUGHAN, Emmet J. *Fundamentals of risk and insurance*. New York: John Wiley & Sons, 3.<sup>a</sup> ed., 1982.

VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva. “Resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias”. In: Separata do Boletim do Ministério da Justiça, n. 68, Lisboa, 1957.

VICENTE, Dário Moura. *Direito Comparado, Volume I: Introdução, Sistemas Jurídicos em Geral*. 3ª ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2015.

VICENTE, Dário Moura. *Direito Comparado, vol. II, Obrigações*. Reimpressão Coimbra: Almedina, 2019.

VICENTE, Dário Moura. “A autonomia privada e os seus diferentes significados à luz do direito comparado”. In: *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 8, ano 3, 2016, p. 275-302.

VICENTE, Dário Moura. *Comparative Law of Obligations*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2021.

WADDAMS, Stephen. *Sanctity of Contracts in a Secular Age: Equity, Fairness and Enrichment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

WARE, Stephen J. “Default Rules from Mandatory Rules: Privatizing Law Through Arbitration”. In: *Minnesota Law Review*, vol. 83:703, 1999, p. 704-754.

WLADIS, John D. *Impracticability as Risk Allocation: The Effect of Changed Circumstances upon Contract Obligations for the Sale of Goods*. In: *Georgia Law Review*, vol. 22, n. 3, 1988, p. 503-666.

YAMAJI, Crisleine Barboza. *As previsões contratuais da superveniência de circunstâncias: uma construção teórica à luz das cláusulas matéria adverse change*. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-07082020-132601/es.php>

YAMAJI, Crisleine. “Cláusulas Material Adverse Change (MAC): conjunto de cláusulas disfarçadas de definição”. In: PIRES, Catarina Monteiro; et. al. (Coord.). Riscos no Direito Privado e na Arbitragem. São Paulo: Almedina Brasil, 2023, p. 401-426.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. “O Risco Contratual”. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Coord.). Sociedade de Risco e Direito Privado: Desafios normativos, consumeristas e ambientais. São Paulo: Atlas, 2013, p. 455-468

ZIMMERMANN, Reinhard; WHITTAKER, Simon (Ed.). Good faith in European Contract Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduction to Comparative Law*, Traduzido por WEIR, Tony, 3ª ed. Rev. Oxford: Clarendon Press, 1998.

## **Referências Jurisprudenciais**

### **1. Tribunais portugueses**

Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão nº 1387/11.5TBBCL.G1.S1, Relator Granja da Fonseca, julgado em 10/10/2013.

Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão nº 56149/21.1YIPRT.L1.S1, Relator Vieira e Cunha, julgado em 15/12/2022.

Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão nº 1455/21.5YLPRT.L1.S1, Relator Catarina Serra, julgado em 11/05/2023.

Tribunal da Relação do Porto. Acórdão nº 4738/15.0T8MAI-A.P1, Relator Lina Baptista, julgado em 14/01/2020.

Tribunal da Relação de Lisboa. Acórdão nº 19222/20.1T8LSB.L1-6, Relatora Maria de Deus Correia, julgado em 04/08/2021.

Tribunal da Relação de Lisboa. Acórdão nº 3478/20.2T8CSC.L1-7, Relatora Isabel Salgado, julgado em 13/09/2022.

Tribunal da Relação do Porto. Acórdão nº 4738/15.0T8MAI-A.P1, Relator Lina Baptista, julgado em 14/01/2020.

Tribunal da Relação de Évora. Acórdão nº 473/20.1T8ABT.E1, Relator Eduardo José Nogueira Serrão, julgado em 27/01/2022.

Tribunal da Relação de Évora. Acórdão nº 2126/20.5T8PTM.E1, Relatora Maria João Sousa e Faro, julgado em 16/03/2023.

Tribunal da Relação de Guimarães. Acórdão nº 1387/11.5TBBCL.G1, Relator Conceição Bucho, julgado em 31/01/2013.

## **2. Tribunais brasileiros**

Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.738.616/RJ, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 18/06/2019.

Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp: 1650333/MG, Relator Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 28/08/2018.

Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EDcl no AREsp n. 2.328.096/SP, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 02/10/2023.

Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 2.070.354/SP, Relatora Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 20/06/2023.

Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.984.277/DF, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16/08/2022.

Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 2032878/GO, Relatora Ministra Nancy Andrichi, julgado em 18/04/2023.

Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp nº 1993767/CE, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, julgado em 04/09/2023.

Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 1009980-66.2021.8.26.0438, Relatora Ana Zomer, 6ª Câmara de Direito Privado, julgado em 16/03/2023.

Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 1052090-61.2020.8.26.0100, Relator Cesar Lacerda, julgado em 26/08/2021.

Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 1018669-46.2021.8.26.0003, Relator Jorge Tosta, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, julgado em 31/10/2023.

Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 1004187-69.2021.8.26.0011, Relator Francisco Casconi, julgado em 22/02/2022.

Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2175864-86.2021.8.26.0000, Relator Francisco Loureiro, julgado em 30/08/2021.

Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação nº 0745767-16.2021.8.07.0001, Relatora Leila Arlanch, julgado em 21/09/2022.

### **3. Tribunais ingleses**

Taylor v. Caldwell (1863) 3 B & S 826, Court of King's Bench.

Tennants (Lancashire) Ltd v. CS Wilson & Co Ltd [1917] A.C. 495.

Lebeaubin v. Richard Crispin and Co. [1920] 2 KB 714.

Krell v. Henry [1903] 2 K.B. 740.

Davis Contractors Ltd. v. Fareham Urban District Council [1956] A.C. 696.

Superior Overseas Development Corporation v. British Gas Corporation [1981] EWCA Civ J0728-2.

Tandrin Aviation Holdings Ltd v. Aero Toy Store LLC [2010] EWHC 40 (Comm).

Classic Maritime Inc v. Limbungan Makmur SDN BHD [2019] EWCA Civ 1102.

Salam Air SAOC v. Latam Airlines Group SA [2020] EWHC 2414 (Comm).

Bank of New York Mellon (International) Ltd v. Cine-UK Ltd [2021] EWHC 1013 (QB).

NKD Maritime Limited v. Bart Maritime (No. 2) Inc [2022] EWHC 1615 (Comm).

European Professional Club Rugby v. RDA Television LLP [2022] EWHC 50 (Comm).

#### **4. Tribunais norte-americanos**

Mineral Park Land Co. v. Howard, 172 Cal. 289, 156 P. 458 (1916)

National Presto Industries Inc. v. The United States, 338 F.2d 99 (Ct. Cl. 1964).

Aluminum Co. of America v. Essex Group Inc., 499 F. Supp. 53 (W.D. Pa. 1980).

Gulf Oil Corp. v. Federal Energy Regulatory Commission, 706 F.2d 444 (3d Cir. 1983).

Northern Indiana Public Service Co. v. Carbon County Coal Co., 799 F.2d 265 (7th Cir. 1986).

Kyocera Corporation v. Hemlock Semiconductor LLC, No. 327974, Michigan Court of Appeals (2015).

UMNV 205-207 Newbury LLC v. Caffé Nero Americas Inc., Massachusetts Superior Court (2021).

1600 Walnut Corp. v. Cole Haan Co., 2021 U.S. Dist. LEXIS 63474 (E.D. Pa. Mar. 31, 2021).

Snow Phipps Group LLC v. KCake Acquisition Inc., C.A. No. 2020-0282-KSJM (2021).

Avantax Wealth Management Inc. v. Marriott Hotel Services Inc. (2024).

## **Legislação**

### **1. Portugal**

Decreto-Lei no 47 344, de 25 de novembro de 1966. Código Civil Português. Disponível em: <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34509075/view>

### **2. Brasil**

Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)

Lei no 13.874, de 20 de setembro de 2019. Lei de Liberdade Econômica. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm)

Lei no 14.010, de 10 de junho de 2020. Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-10). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/L14010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14010.htm)

### **3. Inglaterra**

Law Reform (Frustrated Contracts) Act, 1943. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/6-7/40/section/1>

Consumer Rights Act 2015. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/15/section/31>

### **4. Estados Unidos da América**

Uniform Commercial Code. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-77/pdf/STATUTE-77-Pg630.pdf>

## Outros

American Law Institute, Restatement (Second) of Contracts, 1981. Disponível em: [https://www.westlaw.com/Browse/Home/SecondarySources/RestatementsPrinciplesoftheLaw/RestatementoftheLawContracts?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&VR=3.0&RS=cblt1.0](https://www.westlaw.com/Browse/Home/SecondarySources/RestatementsPrinciplesoftheLaw/RestatementoftheLawContracts?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&VR=3.0&RS=cblt1.0)

Câmara de Comércio Internacional. *ICC Hardship Clause 2020*. Paris: ICC, 2020. Disponível em: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/03/icc-force-majeure-hardship-clauses-march-2020.pdf>.

Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional. Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG). 1980. Disponível em: [https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale\\_of\\_goods/cisg](https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg).

Conselho Nacional de Justiça Federal do Brasil, Enunciados publicados. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/>

Grupo de Estudos de Direito Europeu dos Contratos. *Princípios Europeus de Direito dos Contratos (PECL)*. 2002. Disponível em: [https://www.trans-lex.org/400200/\\_/pecl/](https://www.trans-lex.org/400200/_/pecl/).

International Institute for the Unification of Private Law. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 2016. Disponível em: <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-English-bl.pdf>