

## O CORONAVÍRUS E A RESPONSABILIDADE NOS CONTRATOS INTERNACIONAIS

---

### CORONAVIRUS AND LIABILITY IN INTERNATIONAL CONTRACTS

Nelson Roservald<sup>i</sup>

**RESUMO:** O artigo examina o impacto do Coronavírus na responsabilidade contratual, com foco nos contratos internacionais. O estudo principia pelo desenvolvimento dos conceitos de força maior e impossibilidade de cumprimento pela “frustration” na Inglaterra e nos Estados Unidos. O destaque é dado ao sistema jurídico anglo-americano pois os contratos internacionais são fortemente dominados pelo estilo de negociação de cláusulas e práticas comerciais há muito vigentes no mercado mundial, o que se acentua com o fenômeno da globalização. Na sequência, a análise é centrada no instituto do Hardship e da alteração das circunstâncias, com fundamento em sua origem na Alemanha e consolidação em outros ordenamentos. Finalmente, verificamos os principais instrumentos internacionais e a forma de abordagem que procura conciliar a inquietação dos ingleses diante da interferência em contratos com os sistemas continentais, que aceitam a adaptação de contratos em situação de extrema dificuldade de cumprimento.

**Palavras-chave:** Coronavírus. Força maior. Impossibilidade. Frustração. Hardship. Alteração de circunstâncias.

**ABSTRACT:** The article examines the impact of the Coronavírus on contractual liability, focusing on international contracts. The study begins with the development of the concepts of force majeure and the impossibility of the performance, according to the doctrine of “frustration”, in England and the United States. The emphasis is on the Anglo-American legal system where international contracts are strongly dominated by the style of agreements, clauses and commercial practices that for almost two hundred years have been in force all over the world, mostly because of globalization. Subsequently, the analysis aims at an overview of change of circumstances affecting the contractual balance and its roots in Germany, spreading in other systems. Finally, we verify the main international instruments and the approach that seeks to imbalance the British concerns in face of judicial interference in contracts according to continental systems, which accept the adaptation of contracts in situations of the extreme difficulty of compliance.

**Keywords:** Coronavírus. Force majeure. Impossibility. Frustration. Hardship. Change of circumstances.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. O contrato como instrumento de alocação de riscos. 3. A força maior. 4. A doutrina da *frustration*. 5. A força maior e o *hardship* no BGB e instrumentos internacionais. 6. Conclusão. Referências.

---

<sup>i</sup> Procurador de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais. Pós-Doutor em Direito Civil na Università Roma Tre (IT-2011). Pós-Doutor em Direito Societário na Universidade de Coimbra (PO-2017). Visiting Academic na Oxford University (UK-2016/17). Professor Visitante na Universidade Carlos III (ES-2018). Doutor e Mestre em Direito Civil pela PUC/SP. Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC). Professor do corpo permanente do Doutorado e Mestrado do IDP/DF.

## 1. INTRODUÇÃO

A historicidade do conceito de contrato não é a sua única variável. A globalização impôs o receituário contratual das jurisdições da *common law*,<sup>1</sup> um misto entre a tradição inglesa depurada pelo pragmatismo norte-americano. Os contratos internacionais pressupõem a paridade entre atores de diversos países. Nada obstante, a despeito da presunção de simetria das relações interempresariais, a assimetria econômica entre os países de origem e, sobretudo institucional, perante ordenamentos jurídicos que oferecem uma longa história de previsibilidade e segurança jurídica, normaliza os instrumentos, práticas e remédios contratuais norte-americanas e ingleses. Diante de uma pandemia, notadamente o coronavírus, é necessário vislumbrar o seu impacto na execução de contratos com o DNA de uma tradição jurídica diversa das jurisdições afiliadas a *civil law*. Porém, abordaremos também o direito alemão e os instrumentos internacionais que se aplicam à temática, sempre levando em consideração que a rígida dicotomia *common law/civil law* é relativizada diante crescente importância da jurisprudência e de outras tendências de descodificação (v.g. *soft law*) no terreno da *civil law* e, da colcha de retalhos que resulta da tendência à codificação na esfera anglo-americana. Tudo isto ilustra a convergência das famílias legais, com consequência sobre o exame da pandemia nos contratos internacionais.

Este artigo analisa a alocação positiva ou negativa de riscos em caso de mudanças radicais nas fundações do contrato, com enfoque no coronavírus, que não apenas acarreta pesados custos humanos, porém impacta dramaticamente no comércio mundial. Em economias integradas, onde as organizações dependem de seus fornecedores no exterior, esses eventos incluirão doenças e quarentenas. Entra em cena a discussão da força maior, da *frustration* e do *hardship* como modelos jurídicos que converterão a crua realidade em justificativas válidas para que uma parte de um contrato adie o desempenho, não execute, ou renegocie os termos de um contrato em razão da pandemia.

## 2. O CONTRATO COMO INSTRUMENTO DE ALOCAÇÃO DE RISCOS

Se o direito brasileiro tende a entender o contrato não apenas como uma espécie de

---

<sup>1</sup> Como tivemos ocasião de tratar em outro escrito, “a expressão genérica “*civil law*” se refere a um número de diferentes tradições jurídicas, situadas nas famílias “romanística”, “germânica” e “nórdica”. Em alguns aspectos, as divergências entre as três famílias são mais significativas do que a própria polarização “*civil law*” x “*common law*”; b) as próprias jurisdições da “*common law*” são bastante heterogêneas. Notadamente, há uma profunda distinção estrutural entre o direito inglês e o direito norte-americano. Essa diferença é tão pronunciada, que se por um lado faz sentido cogitar de uma tradição anglo-americana no sentido histórico, qualquer insinuação sobre um direito anglo-americano é equivocada”. ROSENVALD, Nelson. *A responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo*. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 43.

negócio jurídico<sup>2</sup>, porém como instrumento jurídico de alocação de riscos,<sup>3</sup> é da tradição anglo-saxônica o significado do contrato como instrumento econômico para as partes, baseado em um modelo comercial de “*bargain*”, com arrimo na doutrina da “*consideration*”. A privacidade do contrato é sustentada pelo princípio do “*at arm’s length*”, promovendo-se acordos equitativos do ponto de vista legal, nos quais cada parte não se sujeita à pressão ou influência indevida da outra,<sup>4</sup> sem que essas transações lhes imputem deveres fiduciários. Atribui-se cada parte a faculdade de buscar a melhor barganha, cuja tutela demanda restritas e cirúrgicas limitações à liberdade contratual, relutando os tribunais em interferir na substância do ajuste, mesmo quando circunstâncias supervenientes perturbem severamente o contrato. Não há um princípio geral de revisão de contrato ou a imposição de um dever de renegociar, pois mesmo diante de significativas dificuldades, prevalece a noção de que o contrato é para as partes e não para os tribunais.<sup>5</sup>

Em nossa tradição, o Código Civil é uma fotografia dos contratos. Contudo, na *common law*, onde inexistente uma estrutura legislativa sistemática, o regramento contratual se encontra em livros nas prateleiras das bibliotecas. As noções fundamentais provêm de precedentes de meados do século XIX.<sup>6</sup> Ao invés de princípios, parte-se dos “cases” – dos mais antigos aos mais atuais - para responder a novas perguntas. Fora dos casos, vêm as regras. Ou seja, estatutos são excepcionais e existem para preencher as lacunas, lidando com problemas específicos, notadamente o *Consumer Rights Act* da Inglaterra (2015).<sup>7</sup>

Outrossim, enquanto raciocinamos com base em duas caixas - uma teoria geral dos contratos e uma parte especial tratando sistematicamente de uma lista de contratos – nas

---

<sup>2</sup> O esquema legado pelo direito romano de divisão tripartite do direito das obrigações entre contrato, responsabilidade civil e enriquecimento injustificado é a regra ainda atual nos sistemas codificados. Porém as jurisdições da *common law* não abrem espaços para esquemas. Não existem livros de direito das obrigações, apenas de “*contracts/tort/Unjustified enrichment*”.

<sup>3</sup> A Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/19) robustece o conceito de contrato como um mecanismo posto à disposição da autonomia privada para domar as incertezas do futuro, como forma de gestão de riscos para que as partes estabilizem expectativas.

<sup>4</sup> Há de se notar que o *Right of Third Parties Act* de 1999, criou uma exceção significativa sobre a doutrina da privacidade do contrato, permitindo a terceiros, em circunstâncias definidas, a execução direta de cláusulas contratuais.

<sup>5</sup> “*The contract is the law adopted by the parties, and it is the contract which the judge must use a starting point for his deliberations; if it has a gap, he must fill it in accordance with the standards developed by reputable commercial men for contracts of that type. No doubt this investigation leaves the judge a great deal of room for play, but it remains true that he must take functional and equitable considerations into account only to extent necessary for the performance of his proper task, namely the discover of the allocation of risks typical of contracts of the same type*”. ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An introduction to comparative law*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 536.

<sup>6</sup> Como encontrar os chamados *key cases*? Frequentemente os compêndios trazem os casos que casam com a situação concreta. Há uma enormidade de precedentes, normalmente de meados do século XIX, pós revolução industrial, determinado uma forte noção comercial dos contratos.

<sup>7</sup> “*Where Part 1 applies (1) This Part applies where there is an agreement between a trader and a consumer for the trader to supply goods, digital content or services, if the agreement is a contract*”. Extraído, em 27.3.2020, de: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/15/section/1/enacted>. Nos Estados Unidos, o equivalente mais recente é o *Consumer Product Safety Improvement Act* (CPSIA), de 2008. Em comum aos dois países, tribunais lidam com defeitos e invalidades contratuais, mas não com fragilidades dos consumidores pois as cortes não podem anular os estatutos.

jurisdições da *common law* existe apenas a “*big box*”, chamada contratos, cabendo as partes a responsabilidade pela materialização de sua essência na redação das cláusulas, pois “*there’s nothing outside it to rely on*”. De fato, ingleses e norte-americanos não se afeiçoam a amplos princípios e cláusulas gerais. Com exceção do princípio da força obrigatória dos contratos, prevalecem as provisões particulares, pois juízes desconfiam de regras indefinidas.

Todos os sistemas jurídicos modernos enfatizam que de certa forma um contrato é “*agreement*”, e esta é a regra na *common law*. A peculiaridade é a de que cada contratante é uma espécie de garante de sua promessa e será responsabilizado por uma indenização por seu eventual descumprimento – “*breach of contract*”. O contratante só se exonera da “*guarantee liability*” caso determinadas circunstâncias obstaculizem a performance subsequentemente à contratação. Sendo objetiva a responsabilidade por descumprimento na *common law*, a avaliação da impossibilidade do cumprimento será aferida conforme as razoáveis expectativas de um homem honesto, caracterizados como “empresários sensatos” em contratos comerciais.<sup>8</sup> Entra em cena a discussão sobre a força maior.

### 3. A FORÇA MAIOR

A definição do que é força maior varia localmente. Guerras, tumultos, revoluções, explosões, greves, bloqueios de portos, ações do governo ou desastres naturais como inundações, terremotos e tsunamis podem ser eventos de força maior. Qualquer pessoa que não possa cumprir suas obrigações contratuais por razões tão extraordinárias pode declarar força maior. Ocorre de tempos em tempos nos mercados de energia e *commodities*. Na Nigéria, onde os oleodutos podem estar sujeitos a sabotagem, as vendas de petróleo estão ocasionalmente sujeitas à cláusula. As minas australianas de minério de ferro e carvão às vezes inundam, levando os produtores a declararem força maior. No contexto da pandemia de coronavírus várias empresas declararam força maior em resposta às dificuldades enfrentadas pelo novo vírus. O governo chinês prontamente emitiu os chamados “*FM certificates*” para aquelas empresas que não possuíam condições de cumprir suas obrigações, em uma tentativa de blindá-las perante pretensões de inadimplemento contratual. Na medida em que o coronavírus se impõe globalmente, indaga-se se este “selo estatal” é efetivo para a proteção de companhias que lutam para cumprir as suas prestações.

No direito brasileiro, constatado o inadimplemento, o devedor será responsabilizado. No entanto, há situações em que a inexecução da prestação não decorre de culpa ou dolo do

---

<sup>8</sup> “...*The first is the fact that English law generally adopts an objective theory of contract formation. That means that in practice our law generally ignores the subjective expectations and the unexpressed reservations of the parties. Instead the governing criterion is the reasonable expectations of honest men. And in the present case that means that the yardstick is the reasonable expectations of sensible businessmen*”. Judge Steven LJ, em *G Percy Trentham Ltd v Archital Luxfer Ltd*. (1993).

devedor, sendo afastada a responsabilidade deste. O fortuito significa todo evento externo à conduta do agente, de natureza inevitável, cuja superação é impraticável por parte do devedor. É qualquer acontecimento natural ou fato de terceiro que, necessariamente, impeça o cumprimento da obrigação e não seja conexo aos riscos inerentes àquela atividade.<sup>9</sup> Nota-se que o Código Civil se contenta com a demonstração do fato ser estranho à vontade do devedor, mesmo que de natureza previsível (art. 393, CC) Portanto, inevitabilidade não está relacionado necessariamente com a previsibilidade. Algumas situações são previsíveis em tese, mas se tiverem surgido de maneira incontrolável ou inafastável de maneira a impedir o cumprimento da obrigação, não seria razoável imputar ao devedor a responsabilidade pelo prejuízo. São hipóteses nas quais a causa supera a ação preventiva do devedor. Se a inexecução da obrigação for involuntária, posto decorrente do acaso, será caracterizada a impossibilidade da prestação. Não haverá inadimplemento, resolvendo-se a obrigação, sem se cogitar de perdas e danos, a teor do art. 234, CC/02. Haverá impossibilidade superveniente, na linha da razoabilidade e da boa-fé, quando o cumprimento da prestação for fisicamente possível, mas exigir do devedor sacrifício intolerável e extraordinário, exceto, se de alguma forma a negligência do devedor auxiliou a posterior verificação do fortuito.<sup>10</sup>

Contudo, só será possível compreender a noção de “*force majeure*” ou “*act of god*” na versão da *common law*, partindo da premissa que um conceito de contrato como um acordo legalmente executável não apenas conclama a parte ao cumprimento dos seus termos conforme a alocação de riscos, como, comparativamente ao que se vê na *civil law*, também reduz o raio de aplicação do fenômeno da “*change of circumstances*” que possa afetar o balanceamento da barganha anteriormente assumida e dos próprios remédios que eventualmente sejam aplicáveis. Consequentemente, dificilmente se aceitaria nas cortes dos Estados Unidos e Inglaterra (assim como a maior parte do Canadá, Austrália, África do Sul...) a aceitação de um genérico “*force majeure certificate*” para eximir o contratante de cumprir o pactuado. Isto não bastará para elidir o “*breach of contract*” e um pedido de indenização pela contraparte. Por isso, os contratos anglo-

---

<sup>9</sup> Caso fortuito e força maior podem ser tomados como sinônimos, já que a ideia das expressões é de complementação. Nesse sentido está a redação do parágrafo único do art. 393. Em sentido diverso, há importância na distinção entre fortuito interno e externo, devido a diversidade de consequências. Diferentemente do fortuito interno, o fortuito externo exclui a responsabilidade. No fortuito interno o fato danoso não resultou da culpa do agente, mas de uma situação que se liga diretamente aos riscos da atividade profissional exercitada pelo causador do dano. O risco vem de “dentro para fora”, sendo mais do que um simples cenário ou ocasião para o evento, traduzido em um evento evitável por parte de quem assumiu a atividade. A expressão força maior só poderá ser aplicada ao fortuito externo para fins de exoneração de responsabilidade do agente, como se verifica da hipótese aludida no art. 734, CC/02. Neste ponto, importante observar o Enunciado 442, do Conselho de Justiça Federal: “O caso fortuito e a força maior somente serão considerados como excludentes da responsabilidade civil quando o fato gerador do dano não for conexo à atividade desenvolvida”

<sup>10</sup> Se houver cláusula contratual prevendo que o devedor deverá cumprir a prestação ainda que o resultado tenha sido produzido pelo fortuito, verificado o fortuito, o devedor será responsabilizado. Neste sentido está a redação do caput do art. 393, CC/02. Assim, conforme a concreta gestão de riscos, poderá o devedor se responsabilizar de forma integral. Da mesma forma, se o devedor estava em mora ao tempo em que ocorreu o fortuito que impossibilitou a prestação, agrava-se a sua responsabilidade. Responderá pela indenização como sanção imposta pelo art. 399, CC/02.

americanos são bem mais detalhados que os contratos europeus, a final, tudo dependerá do conteúdo da gestão de riscos previamente levada a efeito pelas partes quando da elaboração de uma específica cláusula de força maior.<sup>11</sup>

Diferentemente do direito francês e dos ordenamentos que nele se inspiram, o direito inglês não emprega uma bem-acabada noção geral de força maior. A “*force majeure*” não é uma expressão que conte com uma definição especializada no direito civil.<sup>12</sup> Portanto, mesmo que o contrato contenha a referida cláusula, não se infere automaticamente que ela lhe protegerá pelo descumprimento causado por uma pandemia, na medida em que os tribunais interpretam estas cláusulas restritamente, sendo necessário que se considere as vicissitudes de cada contrato. De fato, grandes eventos como tempestades excepcionais e mudanças nos mercados não foram anteriormente classificados como “*act of god*” pelos tribunais, o que torna a prova um alto fardo. Em regra, a parte afetada terá que demonstrar que o evento de força maior escapa ao seu controle, tenha impedido dificultado ou atrasado a execução do contrato, apesar do contratante ter seguido todos os “*reasonable steps*” para evitar ou mitigar as consequências do evento, o “*duty to mitigate the loss*”. Um contratante não será eximido de sua própria negligência.

Não se pode negar que no contexto dos contratos internacionais, o fundamental será compreender quando a cláusula genérica de força maior será um “*triggering event*”, quer dizer, uma barreira tangível ou intangível que, uma vez violada, causa a ocorrência de outro evento (uma resolução ou renegociação contratual). Especificamente no tocante ao coronavírus, necessário será precisar de que forma o vírus impediu ou dificultou a performance da parte. Se por um lado, a alegação de uma doença é incomum como causa de força maior, por outro, o coronavírus não é uma doença comum. Quarentenas e *lockdowns* em cidades e países inteiros sobrecarregam hospitais e deixam ruas e locais de trabalho vazios. Quanto mais as medidas para conter o vírus forem malsucedidas, mais forte será a evidência da força maior. Mesmo que o COVID-19 possa ser classificado como um evento de força maior, há uma questão de precisar por quanto tempo, a final, contratantes “oportunistas” podem tentar usar a crise como uma chance de se exonerar de suas obrigações contratuais.

Em cada circunstância, portanto, deve restar evidenciado se a força maior foi a causa exclusiva do descumprimento obrigacional, para que se defira eficácia à cláusula de força maior. Dificuldades financeiras e a opção do contratante por proteger sua força de trabalho,

---

<sup>11</sup> Como refere Paula Greco Bandeira, por vezes haverá um contrato incompleto, “negócio jurídico mediante o qual os particulares gerem negativamente a álea normal dos contratos. Do ponto de vista técnico-jurídico, o contrato incompleto traduz negócio jurídico que emprega a técnica da gestão negativa dos riscos econômicos, vez que os contratantes deliberadamente deixam em branco determinados elementos da relação contratual como forma de gerir os riscos da superveniência” BANDEIRA, Paula Greco. *Contrato incompleto*. São Paulo: Gen/Atlas, 2015, p. 230.

<sup>12</sup> Referindo-se à força maior, Barry Nicholas frisa que: “*The precise meaning of, if it has one, has eluded the lawyers for years. Commercial men have no doubt as to its meaning. Unfortunately, no two commercial men can be found to agree upon the same meaning, so perhaps in this, as in so many other matters, there is very little difference between the commercial and legal fraternity*”. NICHOLAS, Barry. *French law of contract*. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1992, p. 203.

limitando ou restringindo viagens dificilmente serão boas escusas. Por outro lado, uma restrição estatal que impede o desempenho pode ser justificativa suficiente, mas o requisito da mitigação dos prejuízos continuará sendo um desafio, daí que os planos empresariais de contingência de negócios e as decisões da diretoria sobre o manuseio do vírus também são passíveis de escrutínio pelo outro contratante e magistrado, pois o monitoramento cuidadoso da situação em andamento é crucial.

No tocante ao descumprimento por questões econômicas, as cortes não associam a força maior ao fato de haver um encarecimento no custo do contrato, sobretudo quando se verifique que outros fornecedores ainda viabilizam suas obrigações. Na maioria dos casos, isso prejudicará a confiança em uma cláusula geral de força maior, mas pode haver situações em que o relevante não será apenas o vírus, mas a sua concreta eficácia no desempenho das partes contratantes, sobremaneira quanto às consequências indiretas do evento (escassez de mão-de-obra, matérias-primas ou um ato do governo como uma paralisação imposta pelo Estado). Ou seja, deve-se indagar em cada caso se a base para o incumprimento se deve ao componente que ocorre naturalmente (o próprio vírus) ou a um componente de ação governamental (v.g. quarentenas, limitações no transporte)?

Especial importância é atribuída às cláusulas de “*notice of readiness*” (NOR), “*cancelation rights*”, “*laytime*” e “*demurrage*”, isto sem contar os custos incorridos como resultado de um evento de força maior, como as despesas de quarentena suportadas pelas partes. Outrossim, as alegações de força maior devem se manter em conformidade com o rigor da “*notice provision*”, ou seja, o prévio acordo entre as partes sobre como receber avisos sobre questões contratuais e seus requisitos. As disposições contratuais podem exigir que a parte que busca se beneficiar da proteção da força maior forneça uma notificação formal por escrito assim que tomar conhecimento do evento. Algumas disposições podem impor limitações de tempo e a falta de notificação em tempo hábil pode comprometer a capacidade da empresa de invocar a força maior. A parte que solicitou este aviso também deve garantir que todas as evidências relacionadas ao evento e seu vínculo causal direto com a incapacidade da empresa de executar sejam adequadamente documentadas e mantidas, a final uma parte não pode se valer do COVID-19 como eximente para escapar à responsabilidade por uma violação que teria ocorrido independentemente do vírus.

Nada obstante, se os termos “doença” ou “pandemia” estiverem expressamente incluídos na avença, é provável que o fornecedor seja protegido pela cláusula diante de qualquer reclamação contra ele dirigida, por não cumprir suas obrigações em razão do coronavírus. Caso o contrato não se refira expressamente a tais vocábulos, mas acresça atos de governos que impedem ou restringem sua capacidade de executar o contrato um bom caminho terá sido percorrido (pois proibições de viagens e o fechamento forçado de instalações são atos que podem impedir ou restringir a capacidade de entrega). Se nenhuma das duas alternativas anteriores for atendida, mesmo que tenha sido especificado o vocábulo “*act of god*” (ou outro

termo abrangente) haverá necessidade de considerável cuidado na hermenêutica contratual.

Superados todos estes obstáculos, a cláusula genérica de força maior - ou a cláusula com específica menção ao evento - normalmente descreverá o cenário posterior a eclosão do fato superveniente extraordinário, que nem sempre será o fim do contrato, na medida em que o ajustado poderá ser a suspensão contratual ou um dever de renegociação. Porém, a declaração de força maior pode conduzir o destinatário do aviso ao exercício do direito à resolução do contrato. Com efeito, algumas disposições contratuais relacionadas à força maior também servirão como direitos formativos para a outra parte, como a potestade de resilir quaisquer disposições de exclusividade ou acordos-quadro importantes. Portanto, sob o viés da estratégia jurídica, para além do fato isolado daquele contrato, deve sempre o interessado refletir sobre operações econômicas conexas em contextos de parcerias lucrativas de longo prazo. Além disso, dado o amplo impacto do COVID-19, é provável que todos os parceiros de negócios e concorrentes em certo mercado estejam enfrentando problemas semelhantes. Assim, se alguém processa o seu fornecedor por violação do contrato, onde mais poderá ir?

#### 4. A DOCTRINA DA “FRUSTRATION”

Eventualmente, os contratantes não ajustam regras que antecipem os efeitos de uma superveniente alteração de circunstâncias e o(s) remédio(s) aplicável(is) ao novo estado de coisas. Especificamente no que nos interessa, quando surge uma pandemia no curso da execução contratual, sem que esteja disponível uma cláusula de força maior no contrato. Diferentemente da fragilidade do conceito de “*act of god*” ou “*force majeure*”, a “*frustration*” está enraizada na *common law* e independe dos termos do contrato. Por conseguinte, ausente a cláusula de força maior, as partes devem considerar o seu escopo quando novas circunstâncias tenham o efeito de alterar radicalmente a natureza das prestações contratuais.

Os tribunais ingleses encetaram a doutrina da “*frustration*” na segunda metade do século XIX, como uma espécie de cláusulas implícita pela qual as partes pretendem que o contrato não mais vincule se a performance se torne impossível.<sup>13</sup> Atualmente, a “*frustration*” não mais se baseia em uma teoria de um “*implied term*”, porém prossegue sendo aplicada

---

<sup>13</sup> No *leading case Taylor v. Caldwell*, de 1863, Caldwell & Bishop possuía o *Surrey Gardens & Music Hall* e concordou em alugá-lo para Taylor & Lewis por 100 libras por dia. Taylor havia planejado usar o *music hall* para quatro shows e festas diurnas e noturnas de junho a agosto de 1861. Então, em 11 de junho de 1861, uma semana antes do primeiro concerto, o auditório foi totalmente destruído. Os demandantes processaram os proprietários do *music hall* por quebra de contrato, por não terem concretizado a locação do *music hall* para eles. Não havia cláusula no próprio contrato que alocasse o risco às instalações subjacentes, exceto a frase “A vontade de Deus permitir” no final do contrato. Julgamento O juiz Blackburn argumentou que a existência continuada do Music Hall em *Surrey Gardens* era uma condição implícita essencial para o cumprimento do contrato. A destruição do auditório não foi culpa de nenhuma das partes e impossibilitou a execução do contrato, sendo que ambas as partes estavam dispensadas de suas obrigações contratuais.



excepcionalmente, atuando em circunstâncias muito limitadas, intervindo para eximir justificadamente a performance do contratante. Ela não existe para permitir que as partes contratantes se furtem a uma “*bad bargain*” e nem tampouco se admite a “*economic frustration*”, vale dizer, não será uma dificuldade que acarreta o aumento do custo relativo ao cumprimento da prestação o fator que desencadeará a “*frustration*”.<sup>14</sup> A lei exige um evento superveniente que atinja a própria raiz do contrato – tornando-o física ou comercialmente impossível o seu cumprimento – para além do que foi contemplado pelas partes, sendo que nenhuma delas foi responsável pelo evento.<sup>15</sup> O evento deve ter sido realmente imprevisível no momento da contratação, um “*unknown unknown*” e não um “*known unknown*”. Ou seja, a alteração das circunstâncias se deu fora do controle das partes, pois se a impossibilidade da performance se relaciona com escolhas de uma das partes, já não mais se trata de “*frustration*” e sim de “*breach of contract*”. As restrições estabelecidas para conter o coronavírus provavelmente atendem aos critérios exigidos para evidenciar a “*frustration*”, permitindo que um fornecedor evite a responsabilidade por perdas causadas por sua incapacidade de executar o contrato.

A consequência básica da “*frustration*” é a de que o contrato restará terminado. Tipicamente isto ocorre quando uma parte processa a outra por “*breach of contract*” e o demandado alega que em verdade foi exonerado de cumprir pela “*frustration*”. Com a sentença, o remédio da “*termination*” se aplica automaticamente, de forma permanente e completa a partir da ocorrência do evento frustrante, sem eficácia retroativa, pois as obrigações anteriormente cumpridas não sofrem perturbação, inexistindo reversão automática daquilo que se performou. Assim, as partes são liberadas do cumprimento para o futuro e, ao contrário de um “*breach of contract*”, não há demanda indenizatória, a final nenhum dos contratantes foi culpado pela frustração da avença.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> Lord Radcliffe “It is not hardship or inconvenience or material loss itself which calls the principle of frustration into play. There must be as well such a change in the significance of the obligation that the thing undertaken would, if performed, be a different thing from that contracted for... Non haec in foedera veni. It was not this that I promised to do”. *Davis Contractors Ltd. v Fareham Urban District Council* [1956] UKHL 3.

<sup>15</sup> John Cartwright enfatiza que para ocorrer a *frustration* “it is not even necessary that a change in the factual circumstances renders the performance literally impossible. The question is whether continued performance would be radically different from that which was intended by the parties when the contract was formed”. CARTWRIGHT, John. *Contract law, And introduction to the English law of contract for the civil lawyer*. 3. ed. Oxford: Bloomsbury, 2016, p. 265. Assim, além da Impossibilidade (por perda superveniente de objeto) e ilegalidade (performance proibida) são exemplos clássicos de “*frustration*”, o cancelamento de um evento esperado (os chamados “*coronation cases*” decorrentes da coroação cancelada do rei Eduardo VII), naquele episódio frustrando a finalidade subjacente ao contrato de locação de um apartamento ao longo de *pall mall*, por onde ocorreria a procissão (*Krell v. Henry*). Igualmente, uma conferência cancelada pode justificar a execução de contratos relacionados, se esses contratos subjacentes forem concebidos por ambas as partes com o único objetivo do evento. No direito brasileiro, o termo “*frustration*” é utilizada em um sentido estrito, apenas englobando a última hipótese aqui referida: Conselho de Justiça Federal “Enunciado 166 “A frustração do fim do contrato, como hipótese que não se confunde com a impossibilidade da prestação ou com a excessiva onerosidade, tem guarida no Direito brasileiro pela aplicação do art. 421 do Código Civil”.

<sup>16</sup> Para ajustar as posições das partes após a “*frustration*”, em 1943 entrou em vigor no direito inglês a *Law Reform (Frustrated Contracts) Act*: “*Adjustment of rights and liabilities of parties to frustrated contracts*. “(1) Where a contract governed by English law has become impossible of performance or been otherwise frustrated, and the parties thereto have for that reason been discharged from the further performance of the

Nos Estados Unidos, a doutrina da “*impracticability*” ou “*commercial impracticability*” deriva da suscitada doutrina da impossibilidade da performance, forjada no berço da *common law*. Esta doutrina é amplamente respaldada no direito norte-americano com a vantagem de ser menos rígida do que a matriz inglesa da “*impossibility*”. Obras clássicas descrevem que uma parte poderá se escusar do cumprimento quando ele for “*not obtainable except by means and with an expense impracticable in a business sense*”<sup>17</sup>. Ou seja, como já frisava o *First Restatement of Contracts*: “*impossibility means not only strict impossibility but impracticability*”. Importante característica da *American law* é a de que a doutrina da impraticabilidade foi desenvolvida não apenas pela jurisprudência e doutrina, porém reconhecida normativamente pelas regras do *Uniform Commercial Code* (seção 2-615) e pelo não vinculativo, mas altamente persuasivo instrumento do *Restatement (2nd) of Contracts* (§261).<sup>18</sup>

A impraticabilidade é definida como uma justificada escusa ao cumprimento por parte de quem sofre extrema, desproporcional e imprevista dificuldade devido a ocorrência de um evento inevitável. O problema consiste em determinar quando a situação tornará a performance impraticável. Tanto os comentários do UCC como o *Restatement (2nd)* enfatizam a necessidade de imprevistas e severas dificuldades ou aumento de custos “*well beyond the normal range*” para que a parte seja eximida de prestar. Em arrimo, o Comentário 4 da seção 2-615 do UCC acrescenta que um mero aumento de custo não elide o cumprimento, a menos que a majoração de custos seja consequência de uma contingência imprevista que altere a natureza essencial da performance. Os tribunais têm usado diferentes métodos para resolver o problema - desde uma singela medida quantitativa dos custos supervenientes, até uma avaliação qualitativamente mais complexa de toda a relação contratual - porém mantém o perfil rígido da restrita doutrina inglesa da “*impossibility*”, olvidando de seguir a postura mais flexível do *UCC* e do *Restatement*.<sup>19</sup>

---

*contract, the following provisions of this section shall, subject to the provisions of section two of this Act, have effect in relation thereto*”. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/6-7/40/section/1>

<sup>17</sup> FARNSWORTH Allan. *Farnsworth on contracts*. Nova York: Aspen Publishers, 2004, p. 12.

<sup>18</sup> *Restatement Second of Contracts* “§ 265 Discharge by Supervening Frustration Where, after a contract is made, a party's principal purpose is substantially frustrated 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 remaining duties to render performance are discharged, unless the language or the circumstances indicate the contrary”. Em sentido análogo, o *Uniform Commercial Code* promulgou a doutrina da “*impracticability*”: “§ 2-615. Excuse by Failure of Presupposed Conditions. Except so far as a seller may have assumed a greater obligation and subject to the preceding section on substituted performance:(a) Delay in delivery or non-delivery in whole or in part by a seller who complies with paragraphs (b) and (c) is not a breach of his duty under a contract for 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 or by compliance in good faith with any applicable foreign or domestic governmental regulation or order whether or not it later proves to be invalid”.

<sup>19</sup> MOMBERG, Rodrigo Uribe. *The effect of a change of circumstances on the binding force of contracts*. A commercial edition of this PhD thesis will be published by Intersentia in the *Ius Commune Europaeum* Series, no. 94 under ISBN 978-94-000-0222-7, p. 161. “*Therefore, although impracticability is an available excuse for the debtor, the courts are extremely reluctant to apply it: The commercial impracticability doctrine is recognized, but rarely allowed as an excuse for non-performance. In the same sense, it has been stated that the doctrine is frequently invoked, but only rarely and erratically applied. This approach has been*

Em suma, partindo da premissa de que “*contract is for the parties, not for the courts*”, ao contrário do que ocorre na maior parte das jurisdições da *civil law*, a tradição da *common law* não comunga com juízes que intervêm no contrato para adequá-lo à alteração das circunstâncias que rompem a sua base objetiva, ou magistrados que impõem às partes uma fase de renegociação contratual. Para sistemas nos quais historicamente inexistia um princípio geral de agir conforme a boa-fé, a renegociação ou a revisão são aspectos comerciais que concernem exclusivamente aos contratantes. Nesta senda, mesmo que exista uma cláusula expressa prevendo dever de renegociação diante de uma alteração de circunstâncias, na eventualidade de sua eclosão tal cláusula sobeja inexecutável. Contudo, esta percepção está em vias de reajuste.<sup>20</sup>

## 5. A FORÇA MAIOR E O *HARDSHIP* NO BGB E INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS

As ordens jurídicas oferecem soluções mais ou menos intervencionistas diante de fatos que coloquem em risco a estabilidade contratual, conduzindo a onerosidade excessiva. Conforme o visto, o direito inglês não oferece remédios para alteração de circunstâncias que se afastem da impossibilidade, excluindo o *hardship*, talvez em razão do receio da afronta à santidade do contrato, traduzida como *pacta sunt servanda*. Em adendo, a própria terminologia influencia, pois os juristas ingleses associam o vocábulo “dificuldade” a um fato e não a conceito jurídico associado a cláusulas contratuais.<sup>21</sup> Some-se a isto o fato de que *hardship* é uma emanção do princípio da boa-fé, que não é aceita no direito anglo-americano. O padrão da *common law* é o de que, na ausência de cláusula expressa de força maior a impor o término do contrato, restará somente a via subsidiária da “*frustration*”.

Diferentemente, o Código Civil Alemão deferiu primazia à adaptação judicial do contrato (§ 313 BGB),<sup>22</sup> com base no “*hardship*” introduzido no curso da modernização do direito

---

*criticized by an important part of the American legal doctrine on the ground that it is not consistent with the text of the UCC, the intent of the drafters and the underlying purposes and policies of the Code”.*

<sup>20</sup> Curiosamente, foi na lição *Petromec Inc. v Petróleo Brasileiro S.A.* (2005), disputa que surgiu de um contrato de engenharia, que se examinou a aplicabilidade de uma cláusula que previa que as partes negociariam de boa-fé para chegar a um acordo sobre certos montantes de custos para a atualização de uma plataforma de produção de petróleo. O tribunal considerou que esse acordo não era aplicável por causa da incerteza do resultado de tais negociações. Mesmo que uma obrigação de negociar de boa fé fosse reconhecida nos casos em que faz parte de um acordo, uma violação dessa obrigação não permitiria à parte inocente recuperar o benefício da barganha a que as negociações de boa-fé teriam levado, porque a própria existência de tal barganha e seus termos sempre permaneceriam incertos. No entanto, o Tribunal de Apelação deixou margem para mudanças, sustentando que o fato de a obrigação de negociar de boa fé fazer parte de um contrato complexo é relevante e que “*it would be a strong thing to declare unenforceable a clause into which the parties have deliberately and expressly entered*”. Disponível em: [https://www.isurv.com/directory\\_record/4393/petromec\\_v\\_petroleo\\_brazileiro\\_sa\\_petrobras\\_and\\_another](https://www.isurv.com/directory_record/4393/petromec_v_petroleo_brazileiro_sa_petrobras_and_another).

<sup>21</sup> Tallon observa que: “There is a paradox here. The English language, which appears to be the new lingua franca for contract law, has no appropriate word, perhaps because it does not really know the notion”. D. TALLON, Denis. *Supervening Events in the Life of Contract*. In: BEALE, Hugh; HARTKAMP, Arthur; KÖTZ, Hein; TALLON, Denis (Eds.). *Cases, Materials and Text on Contract Law*. Oxford: Hart, 2002, p. 639 *et seq.*

<sup>22</sup> *Störung der Geschäftsgrundlage* é a expressão alemã para a interrupção da base de negócios que reflete o *hardship*. “§ 313 BGB (1) Se as circunstâncias que se tornaram a base do contrato mudaram

alemão das obrigações (*Schuldrechtsmodernisierung*, 2002). Foi na Alemanha que nasceu o conceito legal de alteração das circunstâncias, aplicável ao período de hiperinflação no pós-1<sup>a</sup>. Guerra. O “*hardship*” cabe quando a performance ainda é viável, porém se torna bem mais onerosa face à imprevisível mudança de circunstâncias (pois se previsível a parte interessada é responsável pela adoção de medidas de precaução).<sup>23</sup> A alteração precisa ser significativa e suficiente para que as partes, se dele soubessem com antecedência, não tivessem concluído o contrato como está. Neste caso, o remédio aplicável é a adaptação do contrato. Porém, tratando-se o § 313 BGB de norma estritamente subsidiária, o meio primordial de lidar com mudanças imprevistas é aquele ajustado pelas partes quando da gestão contratual. Com efeito, se as circunstâncias fizerem parte do contrato, a provisão legal não é aplicável, incidindo o *hardship* quando a mudança de circunstâncias estiver fora do domínio do consentimento das partes.<sup>24</sup>

Apesar da proximidade conceitual, no direito alemão o “*hardship*” contrasta com a impossibilidade decorrente da força maior,<sup>25</sup> cuja consequência legislativa é a liberação da parte do seu dever de cumprir quando o evento torna a performance impossível, mesmo que temporariamente.<sup>26</sup> Nada obstante, a doutrina da “*frustration*” abarca tanto as hipóteses que remetem à impossibilidade superveniente por força maior como as situações que dão azo ao *hardship*. Com efeito, o direito alemão não discrepa fundamentalmente do inglês quanto aos requisitos para o término prematuro do contrato. O BGB demanda uma alteração fundamental nas circunstâncias pela qual o contrato se baseou, tornando desarrazoada a vinculação da parte a sua obrigação. Já a jurisprudência inglesa da “*frustration*” requer uma situação fundamentalmente diversa à originária.<sup>27</sup> Contudo, enquanto na Alemanha a adaptação do

---

significativamente após a celebração do contrato e as partes não o tivessem concluído ou teriam celebrado o contrato com outro conteúdo se tivessem previsto essa alteração, poderá ser solicitado um ajuste do contrato, na medida em que tendo em conta todas as circunstâncias do caso individual, em particular a distribuição contratual ou estatutária de riscos, não é de esperar a adesão ao contrato inalterado”.

<sup>23</sup> “São cláusulas de *hardship* aquelas que estabelecem um dever de renegociar um contrato quando ocorre uma modificação substancial das circunstâncias, modificação esta suscetível de afetar o equilíbrio global do contrato”. MONTEIRO, António Pinto. *O contrato na gestão do risco e na garantia da equidade*. Coimbra: Instituto Jurídico, 2015, p. 14.

<sup>24</sup> Além da Alemanha, vários sistemas aceitam a teoria do *hardship*. Entre eles, Holanda (Art. 6:258 *Dutch Civil Code*), Itália (Art. 1467 CC), Grécia (Art. 388 CC), Portugal (art. 437, CC) e Áustria (§§ 936, 1052, 1170a *Austrian BGB*).

<sup>25</sup> Conceito de impossibilidade no BGB: “§ 275 BGB exclusion of the obligation to perform (1) The right to performance is excluded insofar as this is impossible for the debtor or for everyone. (2) The debtor can refuse the performance insofar as this requires an effort that is grossly disproportionate to the creditor's interest in performance, taking into account the content of the contractual relationship and the requirements of good faith. When determining the efforts to be expected of the debtor, consideration must also be given to whether the debtor is responsible for the obstacle to performance”.

<sup>26</sup> Comparando o § 275 BGB (impossibilidade de prestar) com o § 313 BGB (*hardship*), Hannes Rössler explica “To sum up: § 275 (2) BGB is applicable in cases where an exchange of performances is grossly inefficient in economic terms because costs far exceed utility. § 313 BGB, on the other hand, can apply when the exchange of performances is grossly unfair because the price paid for performance is significantly lower than the cost of performance”. RÖSSLER, Hannes. *Hardship in German Codified Private Law: In Comparative Perspective to English, French and International Contract Law*. *European Review of Private Law*, v. 15, pp. 483-513, 2007, p. 15.

<sup>27</sup> Com a diferença fundamental que a “*frustration*” só se aplica quando o evento surge após a conclusão do contrato, pois erros quanto ao evento, anteriores à conclusão, são governados pelo conceito de “*common*”

contrato é uma possível solução para o problema – compartilhando-se o risco contratual entre as partes e concedendo ao juiz um papel moderador - o direito inglês apenas aceita o desaparecimento do contrato, pois como aferido, os tribunais não têm o poder de revisá-los.

O fundamental é perceber que existem situações fáticas que podem simultaneamente ser consideradas casos de *hardship* e de força maior. Por vezes, uma alteração imprevisível de circunstâncias incide em certos contratos de forma a tornar impossível o cumprimento, em outros contratos, contudo, a performance ainda é possível, mas extremamente dificultada ou dispendiosa, com uma distorção de paridade. No que tange ao coronavírus, o cenário ideal seria aquele em que as partes previamente gerissem o risco de definir se uma pandemia representaria uma impossibilidade ou uma dificuldade e quais as consequências se extraem em termos remediais (resolução contratual, suspensão, renegociação). Na omissão do contrato, se a parte invoca força maior, terá em vista o desejo de que a sua inexecução seja escusada. Todavia, caso alegue *hardship*, esta será a primeira instância para a proposição da renegociação dos termos do contrato, permitindo a sua sobrevivência em termos revisados.

Em termos pragmáticos, o coronavírus poderá se manifestar como um *hardship* e alteração fundamental no equilíbrio contratual de duas diferentes maneiras. A primeira será caracterizada por um substancial acréscimo no custo do cumprimento do contrato para uma das partes. Este contratante será normalmente aquele que deve efetivar a prestação não monetária. O substancial acréscimo de custos poderá resultar, ilustrativamente, do vertiginoso aumento do preço da matéria prima necessária para a produção da mercadoria, a prestação de serviços, ou mesmo a introdução de novas regulamentações de segurança que demandam procedimentos de segurança mais onerosos. A segunda manifestação do *hardship* será caracterizada pela substancial redução do valor da performance recebida por uma das partes, incluindo casos em que objetivamente a prestação já não terá qualquer valor para o destinatário, seja em razão de drásticas alterações nas condições do mercado ou a frustração do propósito para o qual a prestação foi solicitada (v.g. como efeito da proibição de pessoas em cidades/países em razão da pandemia ou a proibição de abertura de estabelecimentos comerciais no mercado em que o contratante se insere). Evidente que quanto à frustração do propósito da performance, o *hardship* requer que o dito propósito seja conhecido ou presumivelmente teria que ser conhecido por ambas as partes.<sup>28</sup>

Relativamente aos instrumentos internacionais, a sua função é a de encontrar a

---

*mistake*". O dispositivo do BGB, por outro lado, engloba as percepções enganosas das partes que antecedem à conclusão do contrato, ou seja, a ausência inicial da base subjetiva do contrato (§ 313 (2) BGB) é a peculiaridade da doutrina alemã do *hardship*, sequer seguida por outros ordenamentos da *civil law*.

<sup>28</sup> "The distinction here drawn between circumstances which render the performance of the contract impossible, those which render it much more difficult, and those which frustrate the purpose of the transaction...in fact, all these cases are closely interconnected". ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An introduction to comparative law*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 517.

melhor solução, e não apenas um standard mínimo sobre os fenômenos da impossibilidade ou dificuldade de cumprimento. O CISG não inseriu explicitamente o *hardship* e a força maior, basicamente por um ceticismo dos diversos países quanto à validade e escopo do conceito. Controverte-se sobre a possibilidade do art. 79 da CISG<sup>29</sup> ser interpretado por árbitros e tribunais de forma a incluir o *hardship*.<sup>30</sup> Nesse viés, o termo “impedimento” (n. 3) seria compreendido ampliativamente para abranger uma radical alteração de circunstâncias. Porém, o ICC (*International Chamber of Commerce*), seguindo a tradição da *common law*, considera desaconselhável uma interferência judicial recomendando às partes, conforme o Artigo 6 da CISG que supram a lacuna legislativa, modificando a sua eficácia, inserindo cláusulas de força maior ou *hardship*.<sup>31</sup>

Os princípios inseridos nos instrumentos acadêmicos do PECL, UNIDROIT e DCFR não são vinculativos, respectivamente, para o direito europeu e o direito contratual internacional. De modo similar ao CISG, o art. 8:108 da PECL<sup>32</sup> faz referência a um “impedimento”, entretanto alude à alteração de circunstâncias em dispositivo a parte (art. 6:111).<sup>33</sup> O número (2) do referido dispositivo condiciona a adaptação do contrato ou o seu término a alguns pressupostos, quais sejam: a) que o evento não poderia ser razoavelmente previsto pela parte em desvantagem ao

---

<sup>29</sup> Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG). O Brasil aderiu à CISG com vigência a partir de 1º de abril de 2014, “Artigo 79(1) Nenhuma das partes será responsável pelo inadimplemento de qualquer de suas obrigações se provar que tal inadimplemento foi devido a motivo alheio à sua vontade, que não era razoável esperar fosse levado em consideração no momento da conclusão do contrato, ou que fosse evitado ou superado, ou ainda, que fossem evitadas ou superadas suas consequências”. (3) A exclusão prevista neste artigo produzirá efeito enquanto durar o impedimento”

<sup>30</sup> *Exemption is case of force majeure and hardship - CISG, PICC, PECL AND DCFR - “Accordingly, first and foremost, there is no room to resort to domestic concepts of hardship as there is no gap in the CISG regarding the debtor’s invocation of economic impossibility and the adaptation of the contract to changed circumstances. If one were to hold otherwise unification of the law of sales would be undermined in a very important area. Domestic concepts such as frustration of purpose, rebus sic stantibus, fundamental mistake, Wegfall der Geschäftsgrundlage would all have to be considered”*. SCHWENZER, Ingeborg. *Exemption is case of force majeure and hardship - CISG, PICC, PECL AND DCFR*. In: NALIN Paulo; STEINER, Renata C.; XAVIER, Luciana Pedrosa (Coord.) *Compra e venda internacional de mercadorias*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 370.

<sup>31</sup> RÖSLER, Hannes. *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, v. 1. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 167.

<sup>32</sup> “Article 8:108: Excuse Due to an Impediment (1) A party’s non-performance is excused if it proves that it is due to an impediment beyond its control and that it could not reasonably have been expected to take the impediment into account at the time of the conclusion of the contract, or to have avoided or overcome the impediment or its consequences”.

<sup>33</sup> Article 6:111: Change of Circumstances (1) A party is bound to fulfil its obligations even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of the performance it receives has diminished. (2) If, however, performance of the contract becomes excessively onerous because of a change of circumstances, the parties are bound to enter into negotiations with a view to adapting the contract or terminating it, provided that: (a) the change of circumstances occurred after the time of conclusion of the contract, (b) the possibility of a change of circumstances was not one which could reasonably have been taken into account at the time of conclusion of the contract, and (c) the risk of the change of circumstances is not one which, according to the contract, the party affected should be required to bear. (3) If the parties fail to reach agreement within a reasonable period, the court may: (a) terminate the contract at a date and on terms to be determined by the court; or (b) adapt the contract in order to distribute between the parties in a just and equitable manner the losses and gains resulting from the change of circumstances. In either case, the court may award damages for the loss suffered through a party refusing to negotiate or breaking off negotiation’s contrary to good faith and fair dealing.

tempo que o contrato foi concluído; b) que ele esteja além do controle da parte em desvantagem; c) que o risco da alteração das circunstâncias não tenha sido assumido pela parte em desvantagem: O termo “*assumption*” deixa claro que o risco não foi assumido expressamente, apesar de que isto possa ser desumido da natureza do contrato, a final, a parte que ingressa em uma transação especulativa é considerada ciente quanto à aquiescência de riscos mais elevados, mesmo que não esteja completamente a par de qual seria a intensidade dos aludidos riscos ao tempo em que contratou.

No tocante ao UNIDROIT, o art. 7.1.7 cuida diretamente da força maior<sup>34</sup> O dispositivo cobre simultaneamente o terreno em que a *common law* trabalha a doutrina da “*frustration*” e a *civil law* faz uso da força maior. A definição de força maior no parágrafo (1) deste artigo é de caráter bastante geral quando, na verdade, os contratos comerciais internacionais geralmente contêm disposições muito mais precisas e elaboradas a esse respeito. É de se elogiar a redação do dispositivo, pois as partes podem adaptar o conteúdo deste artigo a fim de ter em conta as características particulares da transação específica. O art. 7.1.7 escusa a parte que sofreu o impedimento da obrigação de indenizar à outra parte e não restringe o seu direito ao não cumprimento da prestação, pois em outros casos será possível atrasar a performance, concedendo ao contratante um período adicional para prestar. Na medida em que o princípio geral da UNIDROIT é o de que a alteração das circunstâncias não afeta a obrigação de cumprir o contrato (Art. 6.2.1)<sup>35</sup>, o art. 6.2.2, atuará como uma exceção, definindo-se o *hardship*,<sup>36</sup> como uma situação pela qual a ocorrência de eventos altera fundamentalmente o equilíbrio contratual, atendendo as exigências descritas na norma. O termo “fundamentalmente” será perquirido na concretude do caso.

Relativamente ao DCFR (Draft common Frame of Reference),<sup>37</sup> há uma ampla

---

<sup>34</sup> “(1) *Non-performance by a party is excused if that party proves that the non-performance was due to an impediment beyond its control and that it could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences. (2) When the impediment is only temporary, the excuse shall have effect for such period as is reasonable having regard to the effect of the impediment on the performance of the contract*”.

<sup>35</sup> “Art. 6.2.1 (CONTRACT TO BE OBSERVED) *Where the performance of a contract becomes more onerous for one of the parties, that party is nevertheless bound to perform its obligations subject to the following provisions on hardship*”.

<sup>36</sup> “Art. 6.2.2 *There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, and (a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract; (b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract; (c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and (d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party*”.

<sup>37</sup> “1:110: *Variation or termination by court on a change of circumstances (1) An obligation must be performed even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of what is to be received in return has diminished. (2) If, however, performance of a contractual obligation or of an obligation arising from a unilateral juridical act becomes so onerous because of an exceptional change of circumstances that it would be manifestly unjust to hold the debtor to the obligation a court may: (a) vary the obligation in order to make it reasonable and equitable in the new circumstances; or (b) terminate the obligation at a date and on terms to be determined by the court. (3) Paragraph (2) applies only if: (a) the change of circumstances occurred after the time when the obligation*

abertura para que as novas circunstâncias possam ensejar a adaptação do contrato ou o seu encerramento prematuro desde que a drástica alteração do estado de coisas seja superveniente à contratação, não poderia razoavelmente ter sido antevista pelo devedor e, mais importante, tenha o devedor empreendido uma prévia tentativa de negociação com base na boa-fé, a fim de ajustar os termos da obrigação conforme o cenário pós-evento.

## 5. CONCLUSÃO

Como base imprescindível do direito contratual e do funcionamento da economia de mercado, o princípio do *pacta sunt servanda* não pode ser lateralizado. A abordagem comparatista demonstra uma ampla divergência entre as possibilidades de adaptação e extinção do contrato em resposta a uma impossibilidade por força maior ou alteração de circunstâncias. Os princípios do UNIDROIT e PECL evidenciam um cenário equidistante, apesar de que a noção de “*frustration*” do direito inglês se aproxima em parte do exposto nos referidos instrumentos acadêmicos. Outrossim, a visualização de diferentes tratamentos jurídicos para a inserção da pandemia como causa de impossibilidade (força maior) ou alteração de circunstâncias (*hardship*) é apenas um palco para a exposição das amplas divergências na compreensão conceitual do que seja um contrato e de sua função social. Mais precisamente, no balanceamento entre justiça e segurança jurídica, o exame das repercussões contratuais do coronavírus revela as distintas visões sobre a relação entre a autonomia contratual e o poder judicial de redesenhar aquilo que a autodeterminação engendrou. A premissa básica é que as partes são livres para gerir os riscos contratuais. Porém, para além desse terreno comum, diversas soluções revelam diferentes atitudes perante o grau necessário de justiça contratual, vaticinando os obstáculos em se alcançar princípios e regras para um direito contratual comum.

Em uma economia de escala global, a dinâmica contratual cada vez mais foge ao controle dos parceiros contratuais. Um conceito internacional de alteração de circunstâncias e de impossibilidade fazem todo o sentido em momentos extremos, como o desta pandemia. Isto representa um segundo momento de alocação de riscos, por via de julgamentos, considerando que em ordenamentos mais rigorosos, empresas se sujeitam a falência e o risco dos contratantes se converte em um risco sistêmico. Uma regulamentação unitária intensifica a previsibilidade jurídica quanto a efeitos contratuais supervenientes, em benefício de juízes, árbitros e empresários ao redor do mundo, que cada vez mais dependem de um ambiente cooperativo.

---

*was incurred (b) the debtor did not at that time take into account, and could not reasonably be expected to have taken into account, the possibility or scale of that change of circumstances; (c) the debtor did not assume, and cannot reasonably be regarded as having assumed, the risk of that change of circumstances; an(d) the debtor has attempted, reasonably and in good faith, to achieve by negotiation a reasonable and equitable adjustment of the terms regulating the obligation”.*



## REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Paula Greco. *Contrato incompleto*. São Paulo: Gen/Atlas, 2015.

CARTWRIGHT, John. *Contract law, And introduction to the English law of contract for the civil lawyer*. 3. ed. Oxford: Bloomsbury, 2016.

FARNSWORTH Allan. *Farnsworth on contracts*. Nova York: Aspen Publishers, 2004.

MOMBERG, Rodrigo Uribe. *The effect of a change of circumstances on the binding force of contracts*. A commercial edition of this PhD thesis will be published by Intersentia in the lus Commune Europaeum Series, no. 94 under ISBN 978-94-000-0222-7.

MONTEIRO, António Pinto. *O contrato na gestão do risco e na garantia da equidade*. Coimbra: Instituto Jurídico, 2015.

NICHOLAS, Barry. *French law of contract*. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1992.

ROSENVALD, Nelson. *A responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo*. Salvador: Juspodivm. 2019.

RÖSLER, Hannes. Hardship in German Codified Private Law: In Comparative Perspective to English, French and International Contract Law. *European Review of Private Law*, v. 15, pp. 483-513, 2007.

RÖSLER, Hannes. *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, v. 1. Oxford: Oxford University Press, 2012.

SCHWENZER, Ingeborg. Exemption in case of force majeure and hardship - CISG, PICC, PECL AND DCFR. In: NALIN Paulo; STEINER, Renata C.; XAVIER, Luciana Pedrosa (Coord.) *Compra e venda internacional de mercadorias*. Curitiba: Juruá, 2014.

TALLON, Denis. Supervening Events in the Life of Contract. In: BEALE, Hugh; HARTKAMP, Arthur; KÖTZ, Hein; TALLON, Denis (Eds.). *Cases, Materials and Text on Contract Law*. Oxford: Hart, 2002.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An introduction to comparative law*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 1998.

**Recebido:** 30.03.2020

**Aprovado:** 31.03.2020

**Como citar:** ROSENVALD, Nelson. O coronavírus e a responsabilidade civil nos contratos internacionais. *Revista IBERC*, Minas Gerais, v. 3, n. 1, p. 1-17, jan./abr. 2020.