

Os desafios da legislação COVID-19 à aplicação do regime da alteração das circunstâncias previsto no Código Civil¹

HENRIQUE SOUSA ANTUNES*

1. Introdução. A perturbação das obrigações contratuais pela COVID-19

À semelhança do que vem sucedendo na generalidade dos ordenamentos jurídicos, o direito português dos contratos é desafiado pelo aparecimento da COVID-19 e das medidas que, em consequência da pandemia, os Estados tomaram. A COVID-19 surgiu nos vários países como causa, direta ou indireta, do incumprimento de obrigações ou, pelo menos, como motivo de afetação da posição contratual das partes, em razão do sacrifício económico associado ao cumprimento dos deveres de prestar.

A perturbação das relações contratuais pode, assim, descobrir-se nas situações em que a prestação se tornou impossível, temporária ou definitivamente, e nas hipóteses em que, subsistindo a possibilidade de realização da prestação, a conduta do devedor parece inexigível, pela manifesta desproporcionalidade entre as prestações ou pela onerosidade

* Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, Portugal.
<https://orcid.org/0000-0002-3590-2261>

¹ Este texto foi concluído no dia 8 de junho de 2020 e, em agosto desse ano, publicado online pela editora Intersentia, numa versão em inglês [*Portugal's COVID-19 Legislation and the Challenges Raised for the Change of Circumstances Regime*, in Ewoud Hondius/Marta Santos Silva/Andrea Nicolussi/Pablo Salvador Cordech/Christiane Wendehorst/Fryderyk Zoll (eds.), *Coronavirus and the Law in Europe*, www.intersentiaonline.com]. Retoma-se, agora, uma versão em português, disponibilizada em GONÇALO MALHEIRO/LUÍS BARRETO XAVIER (Coordenação), *Contratos e Pandemia (Resolução, suspensão e modificação dos contratos em tempos de pandemia)*, Instituto de Conhecimento (Abreu Advogados), Almedina, Coimbra, 2021, pp. 37-62. O artigo serviu de apoio à nossa intervenção nas *Católica Talks* do dia 13 de outubro de 2020, seguida do generoso e muito aprofundado comentário do Senhor Professor Doutor Nuno Manuel Pinto Oliveira, Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça.

excessiva no cumprimento das obrigações. Cabe distinguir entre estas duas hipóteses.

A identificação de uma impossibilidade temporária ou definitiva da prestação pressupõe que a COVID-19 tenha impedido a realização da prestação. Os exemplos são diversos, entre eles se destacando os efeitos associados às medidas do estado de emergência decretado pelas autoridades públicas: a viagem foi cancelada, a escola foi fechada, o espetáculo foi adiado, o devedor falhou a execução da empreitada ou o fornecimento de bens. A impossibilidade pode, ainda, resultar de infeção do devedor causada pelo novo coronavírus: o devedor ficou impedido de celebrar ou de se fazer representar na celebração do contrato prometido ou ficou privado das condições físicas para a satisfação da prestação pessoal a que se obrigou (pintura de um quadro, composição de uma música, realização de um filme, elaboração de um texto). Os casos multiplicam-se, naturalmente.

Trata-se de situações em que a obrigação vem a extinguir-se pela verificação de um «imperativo lógico»². A identificação de uma situação de impossibilidade corresponde, então, a determinação do património que deverá assumir o prejuízo resultante daquela extinção. Permanecerá o credor adstrito à realização da contraprestação ou, antes, estará desonerado dessa contraprestação? Constituem ilustrações da questão as dúvidas seguintes: assiste aos passageiros de um voo cancelado a faculdade de exigirem o reembolso das quantias entregues?; é legítimo os pais recusarem o pagamento das mensalidades de um colégio ou, ao menos, exigirem a redução do valor correspondente?; têm os espectadores de um festival de música o direito ao reembolso do preço dos bilhetes?; pode a entidade patrocinadora de uma competição desportiva desobrigar-se da entrega do valor correspondente ao patrocínio em razão da suspensão do evento?

Em termos gerais, o artigo 795.º, n.º 1, do Código Civil português onerou o devedor com o prejuízo da contraprestação: «Quando no contrato bilateral uma das prestações se torne impossível, fica o credor desobrigado da contraprestação e tem o direito, se já a tiver realizado, de exigir a sua restituição nos termos prescritos para o enriquecimento sem causa.» Em razão do impacto comunitário da COVID-19, o legislador veio adaptar a aplicação deste princípio geral em vários domínios.

Outro é o contexto da inexigibilidade. A prestação é possível, mas envolve sacrifícios consideráveis para o devedor. A extinção da obrigação

² OLIVEIRA (2011), p. 564.

não é uma imposição da natureza das coisas. Dá-se a modificação ou a extinção da obrigação «em resultado de um imperativo prático (-normativo). Em que a obrigação se modifica ou extingue em resultado da boa fé, concretizada no (sub)princípio da proporcionalidade»³.

A pandemia teve um impacto económico significativo sobre vários segmentos de atividade, gerando um desequilíbrio nas prestações acordadas ou a incapacidade financeira para satisfazer os compromissos assumidos pelo lesado com terceiros. Esta última realidade é evidente nos sectores da cultura, desporto ou turismo, ou em várias atividades comerciais, designadamente ginásios, cabeleireiros e restaurantes, afetando empresários e trabalhadores.

O tema que escolhemos para este breve ensaio respeita, precisamente, à relevância da inexigibilidade motivada pela COVID-19. Pretende-se, em especial, abordar os institutos que, classicamente, a lei põe ao dispor do devedor para proteger os seus interesses e apreciar, a essa luz, o alcance dos instrumentos jurídicos criados pelo legislador no tempo atual. A delimitação do espaço de aplicação da disciplina geral e dos regimes especiais de inexigibilidade e as dificuldades de compatibilização das novas regras com o enquadramento teórico e prático da referida lei geral são os desafios principais que desejamos abordar.

2. A inexigibilidade na lei portuguesa

A inexigibilidade em matéria contratual compreende duas realidades: a manifesta desproporcionalidade entre as prestações, ou impossibilidade económica, e a onerosidade excessiva no cumprimento das obrigações, ou impossibilidade prática ou moral⁴.

Dá-se a manifesta desproporcionalidade entre as prestações se houve um aumento do custo do cumprimento ou uma diminuição do valor da contraprestação em medida que altera o equilíbrio do contrato. Verifica-se a onerosidade excessiva no cumprimento das obrigações quando, por motivos materiais ou pessoais, a exigência da prestação afetaria manifestamente o princípio da boa fé.

A disseminação do SARS-CoV2 trouxe implicações globais dos dois géneros. Em geral, exemplificam a impossibilidade económica a elevação drástica dos custos das matérias-primas necessárias à execução

³ OLIVEIRA (2011), p. 564.

⁴ Veja-se, por todos, OLIVEIRA (2011), pp. 566 e ss.

de serviços ou à prestação de coisas, ou a frustração dos benefícios pretendidos com a celebração do contrato⁵. Diversamente, são hipóteses de impossibilidade prática a escassez superveniente de matérias-primas ou de mão-de-obra ou, assim julgamos, as repercussões de uma deterioração grave da situação patrimonial do devedor nos contratos de que seja parte. Preenchem o conceito de impossibilidade moral os constrangimentos pessoais que obstem ao cumprimento da prestação (o falecimento de um parente próximo, a prestação de assistência familiar, o acompanhamento de outras pessoas dependentes).

A estabilidade do contrato pode ser afetada pela verificação de uma desproporcionalidade manifesta entre as prestações. É uma lição do direito comparado, que o direito português acolhe. Percorrendo algumas soluções de *soft law* que servem de referência ao comércio internacional e aos ordenamentos jurídicos em geral, exoneram o devedor as alterações de circunstâncias que ocasionam situações de desequilíbrio fundamental das prestações.

Segundo os UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016, pode a parte lesada pedir a renegociação do contrato em caso de *hardship* (artigo 6.2.3.), verificando-se esta «quando surgem acontecimentos que alteram de um modo fundamental o equilíbrio das prestações, quer em razão de um aumento do custo do cumprimento das obrigações, quer em virtude de uma diminuição do valor da contraprestação» (artigo 6.2.2.) (a tradução é nossa). De igual modo, lê-se no artigo 6.111 sobre “Alteração das circunstâncias” dos Principles of European Contract Law (PECL): «(1) A parte permanece obrigada mesmo se o cumprimento se tornou mais oneroso, seja porque aumentou o custo do cumprimento, seja porque diminuiu o valor da contraprestação. (2) Se, porém, uma alteração de circunstâncias onerou excessivamente o cumprimento de uma obrigação, as partes estão vinculadas ao dever de negociar a modificação ou a extinção do contrato (...)» (a tradução é nossa).

E no caso das situações de sacrifício de ordem económica ou pessoal do devedor que excedam os limites da razoabilidade? Embora alguns ordenamentos acolham a *difficultas praestandi* como razão de impossibilidade da prestação, a solução parece estar reservada para hipóteses de impossibilidade prática muito limitadas (serve de paradigma o anel que cai no fundo do mar) ou de impossibilidade moral (impedimentos

⁵ Vejam-se, nomeadamente, os *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016*, artigo 6.2.2., comentários, pp. 218 e ss.

pessoais do devedor). É o exemplo do direito alemão (§ 275, n.ºs 2 e 3, do Código Civil – BGB)⁶.

Segundo uma visão tradicional, o direito português parece negar relevância genérica à onerosidade excessiva no cumprimento das obrigações⁷. A *difficultas praestandi* não constitui uma causa de impossibilidade do cumprimento ou de mora não imputáveis ao devedor, pelo que a obrigação não se extingue⁸. Nos trabalhos preparatórios do Código Civil português, Vaz Serra propôs o acolhimento da dificuldade extraordinária (limite do sacrifício) como causa de exoneração do devedor. A solução foi, no entanto, rejeitada pelos receios que a incerteza e os arbítrios trouxessem à segurança do regime. Na atualidade, há quem sugira retomar a opção de Vaz Serra, nos termos seguintes (inclusão de um artigo 790.º-A no Código Civil): «Se a prestação é excessivamente difícil, em tais condições que seria gravemente contrário à boa fé reclamar o cumprimento, pode o devedor exonerar-se da obrigação ou obter a modificação desta»⁹.

Sem prejuízo do que se escreveu, a lei portuguesa prevê algumas situações concretas em que atende à onerosidade excessiva da prestação para o devedor. Exemplifica-se:

- a) acerca da indemnização em dinheiro – «A indemnização é fixada em dinheiro, sempre que a reconstituição natural não seja possível, não repare integralmente os danos ou seja excessivamente onerosa para o devedor» (artigo 566.º, n.º 1, do Código Civil);
- b) a respeito da impossibilidade de restituição no mútuo – «Se o mútuo recair em coisa que não seja dinheiro e a restituição se tornar impossível ou extremamente difícil por causa não imputável ao mutuário, pagará este o valor que a coisa tiver no momento e lugar do vencimento da obrigação» (artigo 1149.º do Código Civil).

Reconhece, entretanto, alguma doutrina que os casos de onerosidade excessiva podem revelar-se de tal modo graves que a ausência de uma resposta da lei é indefensável. Propõe, então, beneficiar o devedor com a aplicação do princípio da boa fé no cumprimento das obrigações, o abuso do direito, a colisão de deveres ou o critério da desculpabilidade¹⁰.

⁶ Em diálogo entre o direito alemão e o direito português sobre o tema, veja-se PIRES (2017), pp. 438 e ss., e (2019), pp. 22 e ss.

⁷ Assim, VARELA (1997), pp. 68 e ss.

⁸ Veja-se PEREIRA (2001), pp. 75 e ss.

⁹ OLIVEIRA (2011), p. 571.

¹⁰ Veja-se PROENÇA (2019), pp. 224 e ss.

Em nosso entender, as hipóteses de onerosidade excessiva devem ser apreciadas à luz dos requisitos aplicáveis à resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias (artigos 437.º a 439.º do Código Civil).

São requisitos do instituto: a alteração de circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar; a anormalidade da alteração; a lesão para uma das partes; a afetação grave do princípio da boa fé; a ausência de cobertura da lesão pelos riscos próprios do contrato; a inexistência de mora do lesado ao tempo da alteração das circunstâncias.

A sujeição das hipóteses de onerosidade excessiva à apreciação destas condições permitiria tornar o direito sensível à situação do devedor, respeitando, porém, a prevalência do princípio *pacta sunt servanda*. E as diferentes hipóteses de inexigibilidade seriam tratadas de forma homogênea, com o rigor que a estabilidade dos contratos exige. Rejeita-se a pretendida distinção entre a manifesta desproporcionalidade das prestações e a onerosidade excessiva no cumprimento das obrigações.

Outro é, no entanto, o alcance das nossas reflexões. Cabe incluir na onerosidade excessiva a falta de recursos económicos do devedor? Pode este beneficiar de uma modificação ou extinção da obrigação se, com fundamento em situações de ocorrência superveniente de desemprego, suspensão do contrato de trabalho, ou encerramento de estabelecimento comercial ou industrial próprio, ficar privado das condições financeiras que lhe permitam fazer o pagamento de dívidas de serviços (água, luz, eletricidade, comunicações), de rendas, de prestações de um crédito, ou do preço devido se um contrato prometido for celebrado?

Em geral, a doutrina portuguesa nega relevância à ausência de meios económicos do devedor para o cumprimento da obrigação, restringindo a sua relevância à aplicação dos institutos jurídicos da falência ou da insolvência¹¹. Diferente tem sido a nossa orientação¹². E, como veremos, reafirmada em tempos de COVID-19.

Assinale-se que, embora o desequilíbrio económico das prestações sirva de referência à disciplina da alteração das circunstâncias nas codificações de *soft law*, estas acolhem a fórmula da onerosidade excessiva. E, nesse contexto, o regime do Draft Common Frame of Reference of European Private Law (DCFR) parece legitimar o debate sobre a pertinência da insuficiência económica do devedor, ao fazer apelo a um critério de

¹¹ Neste sentido, veja-se, por todos, TELLES (1997), p. 365, n. 1.

¹² ANTUNES (2014), pp. 3 e ss.

justiça. Lê-se (artigo III.1:110 – Modificação ou cessação pelo tribunal com base numa alteração das circunstâncias): «(1) Uma obrigação deve ser cumprida, mesmo se o cumprimento se tornou mais oneroso, seja porque aumentou o custo do cumprimento, seja porque diminuiu o valor da contraprestação. (2) Se, porém, uma alteração excepcional de circunstâncias onerou de tal modo o cumprimento de uma obrigação contratual, ou com fonte num negócio jurídico unilateral, que é manifestamente injusto manter o dever de prestar do devedor, o tribunal pode (modificar ou extinguir a obrigação...)» (a tradução é nossa).

Afigura-se que a determinação da injustiça associada à manutenção da obrigação justifica a avaliação da situação económica do devedor: «(...) the assessment of justice may lead the court to examine, for the application of the provision, factors which are external to the contract itself, e.g. the economic situation of the promisor, its relative position on the market and even its related contracts with third parties»¹³. A análise casuística das situações submetidas à apreciação do tribunal é uma exigência do preenchimento de cláusulas gerais: «In any case, the assessment of the onerousness of the performance as being excessive or severe is difficult and a case-by-case analysis cannot be avoided. Furthermore, such an assessment cannot be made by means of arithmetical parameters, but is a task for the court that has to consider the circumstances of the particular case in order to establish the seriousness of the consequences for the debtor in maintaining performance as agreed»¹⁴. Abordagem diversa só parece admissível com uma intervenção concretizadora do legislador.

3. Os desafios colocados pelas respostas do legislador à pandemia

A atividade legislativa motivada pela COVID-19 veio testar o entendimento tradicional sobre os alicerces do instituto da resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias e trouxe vários desafios à aplicação judicial do regime, certamente a respeito dos casos relacionados com a pandemia, mas também acerca das situações de inexigibilidade com origem diversa.

Em primeiro lugar, a limitação da relevância da alteração das circunstâncias à desproporcionalidade manifesta entre as prestações é afastada pelo legislador, mediante a aprovação de diversas leis que interferem no

¹³ URIBE (2011), p. 202.

¹⁴ URIBE (2011), p. 202.

cumprimento das obrigações com a finalidade de libertar o devedor da onerosidade excessiva que a realização da prestação significaria. E, de modo inequívoco, serve de fundamento a várias dessas medidas a falta de meios económicos do devedor para o cumprimento das obrigações a que está vinculado.

Depois, o legislador abstraiu da demonstração de existência de uma lesão e de uma relação de causalidade entre a alteração das circunstâncias e o prejuízo na tutela das situações afetadas pelas implicações económicas da pandemia. Que efeitos terá esta abordagem a respeito do ónus da prova do lesado nas situações sem cobertura legal?

Em terceiro lugar, a aplicação do requisito da afetação grave do princípio da boa fé é, pela natureza das coisas, silenciado na legislação aprovada no âmbito da COVID-19. Constituirá esse silenciamento razão do abrandamento da severidade do requisito em contexto judicial de apreciação dos reflexos da pandemia nas hipóteses sem resposta da lei?

Ainda, a reação do legislador à emergência social e económica causada pela COVID-19 desconsiderou a partilha do risco efetuada pela lei ou pelas partes. Fê-lo por reconhecer a prevalência da inexigibilidade sobre a repartição do risco. Essa prioridade parece argumentar em proveito de uma interpretação restritiva do critério da assunção do risco e, também, da aceitação de hipóteses excepcionais em que, apesar da oneração da parte lesada com o risco, a boa fé impõe a modificação do contrato por alteração das circunstâncias.

Em quinto lugar, a legislação COVID-19 veio admitir que o devedor com prestações em atraso possa beneficiar de moratórias, se a dívida respeitar a um bem com dimensão existencial. Crê-se que outra não pode ser a abordagem do julgador civil, considerando a tutela devida à dignidade humana.

Finalmente, embora sem preocupações de exaustividade, a aprovação de legislação para enquadrar de forma muito abrangente as implicações contratuais das medidas tomadas em razão da pandemia reforçam a importância de uma tomada de posição do legislador sobre a forma de exercício da resolução do contrato por alteração das circunstâncias e a respeito do alcance temporal dos efeitos respetivos. Trata-se de conferir segurança a todos os agentes económicos afetados pelas consequências da COVID-19.

3.1. *As circunstâncias relevantes*

É o conceito de base do negócio (*Geschäftsgrundlage*) que, segundo a doutrina e a jurisprudência maioritárias, permite reconhecer o impacto da alteração das circunstâncias no alcance vinculativo do negócio (interpretação do primeiro requisito do artigo 437.º do Código Civil português). Nestes termos, só seriam atendíveis os factos que, respeitando a uma ou a ambas as partes, determinaram, de modo essencial, a vontade negocial e, assim, condicionam o efeito vinculativo das declarações emitidas. Ora, a capacidade económica de honrar os compromissos assumidos não constitui, certamente, uma condição implícita de celebração do contrato que a contraparte houvesse aceite ou a boa fé a tal determinasse.

Naquela orientação, a situação económica do devedor ao tempo do cumprimento é, tendencialmente, irrelevante. Sabendo, porém, que os requisitos do artigo 437.º do Código Civil, atrás enunciados, são cumulativos, crê-se que a autonomização da boa fé exige uma reinterpretação das circunstâncias atendíveis, à luz da doutrina da cláusula *rebus sic stantibus*. Circunstâncias que, existentes ao tempo da celebração do contrato, eram irrelevantes, adquirem relevância à luz da boa fé: «(...) desde que a exigência das obrigações (...) assumidas (pela parte lesada) afete gravemente os princípios da boa fé» (artigo 437.º, n.º 1, do Código Civil).

Dir-se-á que a pertinência deste debate é, no contexto da COVID-19, menor, pois a orientação clássica sempre fez acolher ao instituto da resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias a “grande base negocial” (Kegel): esse conceito compreende as situações que afetam a existência social das partes, constituindo exemplos daquele as crises económicas, as revoluções, as mudanças não antecipáveis da lei ou as catástrofes naturais. As consequências da pandemia integrariam, então, o conceito de “grande base negocial”.

As inquietações são, no entanto, diversas:

1 – No período recente de resgate financeiro do país, severamente atingido pela crise financeira global de 2008, os tribunais portugueses evidenciaram uma manifesta relutância na aceitação dos pedidos de resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias. Veja-se, por exemplo, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) de 23 de janeiro de 2014, sobre o pedido fundado em insuficiência económica sobrevinda. Aí se escreve: «diferentemente do erro, em que a base do negócio é unilateral, respeitando exclusivamente ao errante, na alteração das circunstâncias a mesma é bilateral, respeitando

simultaneamente aos dois contraentes (...). De onde decorre, *tout court*, que a alteração das circunstâncias pessoais dos contraentes é insuscetível de preencher o instituto. Designadamente a invocada “diminuição significativa do poder de compra dos autores e a situação de desemprego em que se encontra a autora desde outubro de 2009”. Afloramento, aliás, da proibição da sua invocação como fundamento para exigir qualquer redução, desconto ou abatimento da dívida, ou dilação da data do seu vencimento, como decorre do *beneficium competentiae* ou *ne egeant* do direito romano»¹⁵.

Aprecia-se o contraste com a atualidade através de um exemplo. O Decreto-Lei n.º 10-J/2020, de 26 de março, veio prever medidas excepcionais de proteção dos créditos das famílias, empresas, instituições particulares de solidariedade social e demais entidades da economia social, bem como um regime especial de garantias pessoais do Estado, no âmbito da COVID-19. O preâmbulo evidencia a falta de meios económicos do devedor como fundamento das medidas: «As consequências para a economia (COVID-19 e estado de emergência) exigem a adoção de medidas urgentes tendo em vista a proteção das famílias portuguesas, em matéria de crédito à habitação própria permanente, e das empresas nacionais para assegurar o reforço da sua tesouraria e liquidez, atenuando os efeitos da redução da atividade económica. Os empresários em nome individual, as instituições particulares de solidariedade social, as associações sem fins lucrativos, bem como as demais entidades da economia social são também abrangidos por este regime de proteção.»

Nestes termos, a eventual influência da abordagem legislativa COVID-19 na apreciação judicial das situações de impacto económico da pandemia que não estejam abrangidas pelos regimes legais aprovados pode dar origem à invocação de uma contradição de julgados, considerando a jurisprudência da crise de 2008;

2 – Considere-se, agora, a existência de outros casos de inexigibilidade, sem fundamento na pandemia. Em nosso entender, a principal utilidade do conceito de “grande base negocial” é descoberta na justificação de uma competência do legislador, motivada por uma partilha de riscos: «Enquanto riscos derivados da realidade social, a perturbação da grande base do negócio deveria, no rigor da justiça, ser suportada por todos os que partilham dessa mesma realidade»¹⁶. Se, numa lógica de justiça

¹⁵ Processo 1117/10.9TVLSB.P1.S1 (relator: Granja da Fonseca).

¹⁶ COSTA (2017), p. 403.

distributiva, a alteração da “grande base negocial” argumenta em favor de uma intervenção legislativa ampla que abrande a responsabilidade do devedor, a tendencial irrelevância judicial da situação económica daquele na ausência de alteração da “grande base negocial” parece ofender o princípio constitucional da igualdade: a prestação é inexigível, e tanto deveria bastar.

No plano de uma revisão judicial dos contratos, o conceito de onerosidade excessiva deve ser imune ao impacto individual ou coletivo da alteração das circunstâncias. O conceito de “grande base negocial” é, na medida da aplicação de uma justiça comutativa, inútil. Repete-se: a prestação é inexigível, e tanto deveria bastar.

3.2. *A causa da lesão*

A resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias depende da demonstração de um nexo de causalidade entre aquela alteração e a lesão sofrida pela contraparte. A força vinculativa dos contratos só pode ser afetada se a perda patrimonial sofrida ou o sacrifício pessoal ocorrido forem devidos a factos posteriores anormais.

A legislação COVID-19 ora prescinde da demonstração da lesão, ora dispensa a prova do nexo de causalidade entre a pandemia e a lesão (o preenchimento da *conditio sine qua non*). Ilustremos cada uma das situações.

Como sabemos, o Decreto-Lei n.º 10-J/2020 veio prever medidas excecionais de proteção dos créditos das famílias, empresas, instituições particulares de solidariedade social e demais entidades da economia social. As entidades em causa beneficiaram de moratórias no pagamento de capital, rendas, juros, comissões ou outros encargos nas operações de crédito que houvessem contratado, e da proibição de revogação, total ou parcial, de linhas de crédito em seu proveito e de empréstimos concedidos (artigo 4.º). E que condições são exigidas para a modificação destas relações contratuais de crédito? Em relação às empresas e às entidades da economia social, requer-se, em síntese, que tenham sede e atividade económica em Portugal, e que não estejam em situação de incumprimento junto das instituições financeiras oneradas e perante a Autoridade Tributária e a Segurança Social (diversamente sucede a respeito do crédito para habitação própria permanente de pessoa singular, exigindo-se, adicionalmente, a prova de uma afetação pessoal ou profissional causada pela COVID-19 – artigo 2.º).

A Lei n.º 4-C/2020, de 6 de abril, estabeleceu um regime excecional para as situações de mora no pagamento da renda devida nos termos de contratos de arrendamento urbano, habitacional e não habitacional, no âmbito da pandemia. O apoio é concedido aos arrendatários e aos senhorios. Distingue-se entre o arrendamento habitacional e o arrendamento não habitacional. Em relação àquele, é exigida a demonstração de uma quebra superior a 20% dos rendimentos do agregado familiar do arrendatário ou do senhorio e, cumulativamente, uma taxa de esforço do agregado familiar do arrendatário superior a 35% ou, a respeito do senhorio, a verificação do nexo de causalidade entre a quebra de rendimentos e o não pagamento de rendas pelos arrendatários ao abrigo do disposto na própria lei (artigo 3.º, n.º 1). Acerca do arrendamento não habitacional, as medidas de apoio são, em breves palavras, justificadas pela suspensão legal ou administrativa da atividade dos arrendatários (artigo 7.º).

No primeiro diploma, o legislador abstraiu da prova da existência de uma lesão das empresas beneficiadas. No segundo, requereu a demonstração de uma perda de rendimentos, mas sem exigir que o arrendatário ateste a imputação dessa quebra à pandemia. Se, nos termos do artigo 4.º, n.º 1, da Portaria n.º 91/2020, de 14 de abril, destinada a executar o artigo 3.º da Lei n.º 4-C/2020, «a quebra de rendimentos (...) corresponde à diminuição dos rendimentos em mais de 20% decorrente de facto relacionado com a situação epidemiológica provocada pela doença COVID-19», a verdade é que tão-só se exige uma comparação de rendimentos entre os períodos considerados [alínea a)].

O contraste com decisões judiciais no contexto da crise financeira mundial de 2008 é grande. Tome-se como exemplo o Acórdão do STJ de 10 de janeiro de 2013, sobre o pedido de modificação do contrato de abertura de crédito, fundado em insuficiência económica¹⁷. Invocava-se que a crise financeira internacional afetara a produção vitivinícola financiada com o crédito obtido.

Lê-se na decisão: «É certo que o “sub-prime” originado nos Estados Unidos da América desencadeou uma crise financeira internacional que se transmitiu ao plano económico e se agravou nos anos de 2008, 2009 e 2010 e potenciou a crise existente em Portugal, no entanto, tal crise económica (que se não nega) não conduz, só por si, e em termos genéricos, à aplicação do art. 437.º do CC. É necessário que haja uma correlação direta e demonstrada factualmente nos autos entre a crise económica

¹⁷ Processo 187/10.4TVLSB.L2.S1 (relator: Orlando Afonso).

geral e a atividade económica concreta de determinado agente para que se possa falar de uma alteração anormal das circunstâncias».

E, no entanto, fora dado como provado no processo: «14 – No verão de 2007, o excesso de crédito imobiliário concedido nos Estados Unidos da América, e que ficou conhecido como “crise do sub-prime”, desencadeou uma crise financeira internacional que se transmitiu ao plano económico e se agravou nos anos de 2008, 2009 e 2010, criando uma situação de recessão generalizada nas economias, a qual se faz sentir em Portugal, nomeadamente, através do aumento do desemprego, aumento do número de famílias a recorrer a ajuda social, diminuição do consumo e encerramento de empresas, diminuição do PIB e aumento da dívida externa; 36 – As vendas da sociedade “DD, Ld” diminuíram, relativamente ao ano de 2006, 5,24% em 2007, 38,25% em 2008 e 55,66% em 2009; 37 – O que se ficou a dever à crise descrita em 14; 38 – Pela mesma razão, os compradores de vinho daquela sociedade ou não pagam ou protelam os pagamentos.»

As opções do legislador COVID-19 compelem o julgador COVID-19 a repensar a sua abordagem aos impactos económicos de uma alteração da “grande base negocial”. A dispensa legal de umnexo de causalidade entre a alteração das circunstâncias e a lesão assenta num critério de elevada probabilidade de imputação do sacrifício à alteração das circunstâncias, verosimilhança que, no contexto judicial, conduz a uma presunção de facto.

Deste modo, deve o juiz COVID-19 afastar a abordagem que utilizou durante a crise financeira mundial recente. No julgamento dos casos que não estejam disciplinados pela legislação da pandemia, a utilização de uma presunção de facto sobre a causalidade afigura-se constituir um imperativo de igualdade, perante a identidade ou uma equivalência material das condições em apreço e a correspondência dos factos com o âmbito temporal das leis aprovadas. Parece-nos, assim, claro que, apreciando o julgador o pedido de resolução de um contrato abrangido por uma moratória estabelecida pelo legislador, deve presumir a causalidade entre a lesão que o contraente interessado é chamado a demonstrar e as implicações da COVID-19.

Entretanto, parece vedado ao juiz excluir a aplicação de uma lei COVID-19 com fundamento na demonstração da ausência de uma lesão ou de umnexo de causalidade entre a alteração das circunstâncias e a lesão, considerando a paridade hierárquica das leis (Código Civil e legislação COVID-19) e a relação de especialidade entre elas.

Em nosso entender, está, pois, o juiz impedido de, no contexto da legislação COVID-19, averiguar o preenchimento do nexo de causalidade, designadamente a verificação da *conditio sine qua non*, ou atribuir relevância negativa a uma causa virtual (ou seja, a possibilidade de limitar ou de excluir a aplicação dos efeitos previstos na lei com fundamento na demonstração de que, na ausência da pandemia e das medidas tomadas a esse respeito pelas autoridades públicas, um outro facto teria provocado a mesma lesão).

Questão diversa respeita à avaliação do prolongamento dos impactos da COVID-19 para além do limite temporal das salvaguardas estabelecidas pelo legislador. Excluída a aplicação da lei especial, é competente o regime dos artigos 437.º a 439.º do Código Civil. Considerando a amplitude dos benefícios atribuídos pela legislação COVID-19, o fim das medidas evidenciará a cessação de uma relação de probabilidade entre a pandemia e a lesão. Crê-se, então, afastada a possibilidade de utilização de uma presunção de facto nesse domínio. Além disso, o juiz pode convocar alguns instrumentos que reforcem a diluição da causalidade entre a COVID-19 e os efeitos económicos que a esta sejam devidos como uma consequência da passagem do tempo. Referem-se, a esse propósito, o abuso do direito (artigo 334.º do Código Civil) e a culpa do lesado (artigo 570.º do Código Civil).

3.3. A afetação grave dos princípios da boa fé

No Código Civil, a boa fé é desenhada como um requisito dependente da verificação cumulativa das demais condições de resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias. A lei parece desconhecer a natureza polarizadora daquele princípio, consentindo, pois, interpretações que vinculariam o devedor ao cumprimento da obrigação, embora a exigência referida afetasse gravemente o princípio da boa fé. Se a alteração ocorresse em circunstâncias alheias à base do negócio ou se estivesse coberta pelos riscos próprios do contrato, a boa fé revelar-se-ia impotente para fundamentar a resolução ou a modificação do contrato pela alteração das circunstâncias.

Outra, já dissemos, é a nossa interpretação. Reconheça-se, porém, que vários autores têm chamado a boa fé a desempenhar um papel fundamental na revisão dos contratos, nomeadamente a respeito da atribuição do risco¹⁸. Ou até mais além, nas palavras de Menezes Cordeiro:

¹⁸ Assim, COSTA (2009), p. 347. Por todos, veja-se COSTA (2017), pp. 384 e ss.

«a pessoa que, por vias de facto ou por legislação, revolucionária ou não, pois ambas se sujeitam à sindicância da Ciência do Direito (...), se vê em dificuldades anormais para cumprir certas obrigações não pode, à partida, ser privada do corretivo, imposto pela justiça material, ínsita na boa fé, e depositado no Código Civil pelo legislador de 1966. Este discorrer é aplicável a dificuldades gerais de natureza económica»¹⁹.

A prevalência da boa fé era, aliás, o entendimento de Vaz Serra, nos trabalhos preparatórios do Código Civil português: «do que se diz no texto conclui-se que o contrato deve poder ser resolvido ou revisto mesmo que não se verifiquem os requisitos da teoria da base negocial (...), se a boa fé o justificar. Com efeito, pode acontecer que, embora a boa fé não obrigasse a outra parte a aceitar o pressuposto em questão, a situação se tenha tornado tal que objetivamente não seja admissível que essa outra parte imponha ao pressuposto a execução do contrato sem qualquer modificação. Trata-se, então, de uma resolução ou modificação fundadas na justiça ou na boa fé objetiva, como meios de assegurar o respeito delas numa situação que se apresenta profundamente diferente da que existia quando o contrato foi feito»²⁰.

A legislação COVID-19 assenta numa presunção de justiça material, construindo as situações de inexigibilidade por onerosidade excessiva sem uma avaliação concreta do impacto económico da pandemia nas circunstâncias do beneficiário. O legislador prescinde do apuramento de uma impossibilidade prática de cumprimento da obrigação, bastando-se, fundamentalmente, com critérios objetivos de perda do rendimento.

Percebe-se a escolha do legislador português, considerando a natureza geral e abstrata da lei e a necessidade de eficácia das medidas tomadas. Previne-se, desde modo, as críticas dirigidas ao sentido vago de algumas fórmulas utilizadas, nomeadamente pelo legislador alemão COVID-19, como a afetação do padrão razoável de vida do consumidor ou da base económica da atividade de uma microempresa (*Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz-, und Strafverfahrensrecht – Vom 27. März 2020*).

O contraste entre estas abordagens é, ainda, mais marcante se observarmos que, diversamente do que sucedeu com o legislador alemão, o legislador português não fez a ponderação que, em razão da existência de duas partes, o princípio da boa fé determinaria. Os termos da inexigibilidade

¹⁹ (1997), p. 936.

²⁰ (1957), pp. 319 e ss.

de cumprimento da obrigação estão, é claro, dependentes da apreciação da situação do devedor, mas, simultaneamente, de um julgamento sobre as necessidades do credor: «Therefore, even when the supervening events have made the performance of the affected party excessively onerous, if the counter-performance is also severely burdened by the new circumstances, the relevant provisions are not applicable»²¹.

Sabendo da relevância da boa fé na alteração das circunstâncias de acordo com a lei civil, estará o julgador legitimado pelo legislador à utilização de presunções de facto nas hipóteses que não estejam cobertas pelos diplomas COVID-19 aprovados? É inegável que a identidade de causas justificará abordagens convergentes, aliviando o ónus de prova do lesado. Tão-só se afigura excluída a irrelevância da situação do credor, em virtude da natureza diversa das atividades legislativas e judiciais.

Nestes termos, parece aceitável o abrandamento da severidade com que o requisito foi interpretado a respeito dos impactos da crise económico-financeira de passado recente em Portugal. Assim o impõe a substituição tendencial do julgador pelo legislador.

3.4. A ausência de cobertura pelos riscos próprios do contrato

A resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias é impedida se o lesado tiver assumido o risco dessa alteração. Sucede, porém, que, nas hipóteses de afetação da “grande base negocial”, aceita-se, muitas vezes, a existência de um fundamento para a partilha de riscos. É justificada a superação do risco assumido em contrato ou estabelecido por lei, pois «nos casos de afetação da coexistência social (...) o Estado vê-se, frequentemente, incapaz de (ou recusa-se a) dar resposta aos pedidos de compensação dos seus cidadãos, ou fá-lo apenas de modo insuficiente e muitas vezes tardio»²².

O pragmatismo de uma repartição do risco determinada pelo legislador evidencia a prevalência da inexigibilidade sobre o risco. Observe-se, no entanto, que outras situações de alcance comunitário escapam às malhas da lei. E, de qualquer modo, ainda que de uma inexigibilidade coletiva se trate, não se aceita que, em razão da natureza específica da onerosidade excessiva, possa a resposta divergir entre uma justiça distributiva e uma justiça comutativa. O tema motiva algumas reflexões.

²¹ URIBE (2011), p. 203.

²² COSTA (2017), p. 403, n. 1028.

Servem de exemplo as medidas COVID-19 tomadas no âmbito cultural ou artístico ou relativas ao sector do turismo (Decreto-Lei n.º 10-I/2020, de 26 de março, e Decreto-Lei n.º 17/2020, de 23 de abril, respetivamente). Em qualquer dos casos, e genericamente, a restituição da prestação efetuada é excluída por uma nova oportunidade de contraprestação, afastando o reembolso imediato do valor de pagamento, estabelecido no artigo 795.º do Código Civil.

É afirmada a partilha de riscos. Escreve-se, acerca do turismo: «Este regime procura encontrar um equilíbrio entre a sustentabilidade financeira dos operadores económicos e os direitos dos consumidores, que, não obstante o contexto atual, não podem ser suprimidos ou eliminados. Nesta medida, ainda que alguns dos direitos dos consumidores possam sofrer modificações temporárias e localizadas, o regime instituído oferece uma tutela distinta para os consumidores que se encontrem em situação de desemprego e, como tal, num estado de especial vulnerabilidade» (preâmbulo do Decreto-Lei n.º 17/2020). A solução passou pela substituição do reembolso imediato da prestação por uma restituição condicionada à ausência de um reagendamento da viagem ou de utilização de um vale emitido até ao dia 31 de dezembro de 2021 (artigo 3.º, n.ºs 1 a 3, do Decreto-Lei n.º 17/2020). A partilha de riscos é limitada, porém, à inexigibilidade para a contraparte: «Até ao dia 30 de setembro de 2020, os viajantes que se encontrem em situação de desemprego podem pedir o reembolso da totalidade do valor despendido, a efetuar no prazo de 14 dias» (artigo 3.º, n.º 6, do Decreto-Lei n.º 17/2020).

A partilha de riscos é, também sugerida pelo European Law Institute (ELI), no Princípio 13 (3) dos ELI Principles for the COVID-19 Crisis: «Em conformidade com o princípio da solidariedade, os Estados devem assegurar que as consequências das perturbações das relações contratuais, como o cancelamento de reservas de viagens, não constituem um risco apenas para uma das partes, em especial um consumidor ou uma PME» (a tradução é nossa).

Na jurisprudência portuguesa, o risco é, muitas vezes, tratado como a contrapartida da vantagem esperada com a celebração do contrato. Nesse sentido, cabe ao devedor assumir a perda correspondente à inutilização do benefício, sem que a lei ou as partes se tenham pronunciado de forma específica sobre a oneração referida. Prevalece um critério de distribuição implícita dos riscos, imputando o desaparecimento da vantagem prosseguida com a realização de uma prestação à parte que a esta se vinculou.

Afigura-se que a manutenção da orientação indicada destoa da relevância dada às situações de inexigibilidade pela legislação COVID-19. Tomando como referência as implicações da situação económica atual no cumprimento dos contratos-promessas anteriormente celebrados, serve de exemplo o Acórdão do STJ de 10 de abril de 2014²³. Julgava-se a modificação ou a resolução de um contrato-promessa de compra e venda pela frustração do valor previsto de revenda do imóvel prometido comprar, em virtude da crise imobiliária e financeira de 2007 e a consequente insolvência da lesada. Lê-se: «No convulsivo mundo da nossa hodierna sociedade empresarial a busca do ganho é a ambição que patentemente se faz assinalar na sua mais visível aparência, circunstancialismo este que determina o tipo de relacionamento que vai direcionar a conduta dos vários agentes comerciais e, ainda, comandar o doméstico comportamento de cada um dos cidadãos que hajam de realizar negócios neste mercantil contexto. À boa ética empresarial, entendida como um valor ligado à organização destinada a assegurar os bons resultados da empresa no mercado, está associada a obtenção do lucro, ou seja, o retorno do resultado dos serviços prestados aos clientes. Esta denotada atividade comercial envolve, outrossim, a contingência do risco de perder a valia monetária que o empresário remeteu para o seu investimento financeiro, ocorrência que se poderá materializar em virtude de, entretanto e de forma negativa, se alterarem as particularidades do mercado em que aquele planeado programa se compreende. Este caracterizado risco, mais precisamente, a consciente apreensão do grau de incerteza na obtenção do retorno esperado numa determinada aplicação financeira ou investimento realizado, haverá de ser singularmente calculado e tido em consideração pelo investidor na postura que é tomada antes de cada projetado negócio.»

Em nosso entender, a aplicação do regime da alteração das circunstâncias é incompatível com a utilização de um princípio *ubi commoda, ibi incommoda*, procurando, assim, preservar a força vinculativa dos contratos. Parece igualmente insatisfatória a fórmula da equação económica do contrato, ponderando, conjugadamente, a lei, as cláusulas do contrato, o tipo negocial, os usos comerciais e os reflexos das motivações das partes na concretização do conteúdo contratual²⁴. Julgamos que ao lesado apenas deve ser vedada a invocação da alteração das circunstâncias

²³ Processo 1167/10.STBACB-E.C1.S1. (relator: Silva Gonçalves).

²⁴ COSTA (2017), pp. 383 e ss.

se a lei àquele imputar o risco, se as partes estipularem nesse sentido de forma expressa e nos contratos aleatórios. Outra perspectiva determinaria a inversão da primazia da boa fé, subordinando-a à simples teleologia do risco.

O entendimento mais estrito do conceito de risco é uma lição da inexigibilidade que anima a legislação COVID-19. Repare-se, por exemplo, que, na letra da lei alemã, o risco não é formulado como um requisito de exclusão, mas como um critério de ponderação (§ 313 do Código Civil alemão – BGB, com a epígrafe “Perturbação da base do negócio”: «(1) Se as circunstâncias que constituíram a base do contrato houverem sofrido uma alteração significativa desde a sua conclusão e se o contrato não tivesse sido concluído, ou tivesse sido concluído com um conteúdo diferente, se essa alteração houvesse sido prevista pelas partes, pode ser exigida a modificação do contrato, desde que, considerando todas as circunstâncias do caso concreto, e, em especial, a repartição contratual ou legal do risco, seja inexigível a manutenção da vinculação de uma das partes sem uma modificação do contrato; (...)» (a tradução é nossa).

Acresce que, no contexto da pandemia, se crê reforçada a necessidade de restringir o alcance atribuído pelos tribunais à assunção do risco, considerando a forma avassaladora como a lei modificou o conteúdo dos contratos. Sabendo que o legislador atuou sem a ponderação determinada pela aplicação individual do princípio da boa fé e silenciando a resposta diversa que, em virtude da lei ou do contrato, o risco determinasse, congruente deve ser o papel dos tribunais.

Desse modo, se a manutenção de um contrato afetar gravemente a boa fé, a igualdade determinará, até, a paralisação da partilha do risco operada pelas partes ou pela lei (admitindo, pelo menos, a modificação do contrato). Colhe-se inspiração no Princípio 13 (1) dos ELI Principles for the COVID-19 Crisis, a respeito da impossibilidade da prestação: «Se, em razão, direta ou indireta, do surto da COVID-19 ou das medidas tomadas pelos Estados em virtude do surto da COVID-19, o cumprimento de uma obrigação é tornado, de forma temporária ou definitiva, impossível, os Estados devem garantir que o direito vigente em matéria de impossibilidade ou de força maior é aplicado de um modo efetivo e que permita soluções razoáveis. Em especial, a repartição do risco naqueles contextos deve ser avaliada à luz dos contratos em causa, dos regimes legais aplicáveis e do princípio da boa fé» (a tradução é nossa).

3.5. A inexistência de mora do lesado no momento da alteração das circunstâncias

Lembra-se que, segundo o artigo 438.º do Código Civil, a existência de mora do lesado no momento em que a alteração das circunstâncias se verificou impede a resolução ou a modificação do contrato. Embora essa regra esteja presente em algumas medidas tomadas pelo legislador COVID-19, na rutura com essa condição descobre-se o reconhecimento da prevalência de valores existenciais.

O artigo 4.º da Lei n.º 7/2020, de 10 de abril, na versão dada pela Lei n.º 18/2020, de 29 de maio, determinou a proibição da suspensão dos serviços de fornecimento de água, de energia elétrica, de gás natural e de comunicações eletrónicas até 30 de setembro de 2020. Ao fazê-lo, o legislador incluiu os utilizadores daqueles serviços com atrasos no pagamento das prestações, nos termos seguintes (artigo 4.º, n.ºs 4 e 5): «4 – No caso de existirem valores em dívida relativos ao fornecimento dos serviços referidos no n.º 1, deve ser elaborado um plano de pagamento; 5 – O plano de pagamento referido no número anterior é definido por acordo entre o fornecedor e o cliente, com início a partir do segundo mês posterior ao término do prazo previsto no n.º 3 (30 de setembro de 2020).»

Esta opção do legislador evidencia a matriz humanista a que o Direito deve estar, por definição, submetido, reclamando, que, também no contexto de aplicação do artigo 438.º do Código Civil, a boa fé justifique a aplicação de exceções à impossibilidade de um lesado em mora beneficiar da resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias. Em última instância, serve de critério a dignidade da pessoa humana, fundamento da ordem jurídica (artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa).

Entretanto, a aplicação deste requisito da mora precisa de ser densificada, antecipando-se as vantagens de uma solução uniforme dada pelo legislador: que momento serve de referência à determinação da mora? A declaração de pandemia pela Organização Mundial da Saúde? O aparecimento dos primeiros casos em Portugal? A primeira declaração do estado de emergência?

4. O exercício dos direitos

A dimensão da alteração das circunstâncias em tempos de COVID-19 justificou a sobreposição da lei à parte afetada e ao julgador, trazendo

maior segurança jurídica à gestão das relações contratuais. Nessa mesma perspectiva, revelar-se-ia importante um pronunciamento expresso do legislador português sobre a forma de exercício do direito de resolução do contrato e acerca do momento em que a extinção produzirá efeitos.

Na ausência de acordo das partes sobre a modificação do contrato, esta é de exercício judicial²⁵. Existe, no entanto, uma divergência doutrinal sobre a natureza judicial ou extrajudicial da resolução do contrato por alteração das circunstâncias. Entre outros, são argumentos favoráveis ao exercício extrajudicial da resolução: o princípio da liberdade de forma (artigo 219.º do Código Civil); o regime geral da resolução (artigo 436.º, n.º 1, do Código Civil); a competência do tribunal para apreciar a legitimidade de um exercício extrajudicial; a contribuição para prevenir o congestionamento dos tribunais; o atraso nas decisões judiciais; a produção imediata de efeitos²⁶.

Em nossa opinião, impõe-se o exercício judicial da resolução, considerando a letra da lei (designadamente, os artigos 437.º, n.º 2, e 439.º do Código Civil), a complexidade da análise dos requisitos sobre a alteração das circunstâncias, os benefícios da certeza jurídica, a litigiosidade que, previsivelmente, a resolução extrajudicial suscitará, a possibilidade de prevenir que a duração do processo judicial prejudique o lesado com o acolhimento judicial da retroatividade da resolução.

Reconhece-se, porém, que vantajosa seria a tomada de posição do legislador sobre este tema, designadamente no contexto de afetação da existência social das partes pela pandemia.

5. Conclusões

Após a análise precedente, reproduzimos, em síntese, os principais resultados a que se chegou:

1. À semelhança do que vem sucedendo na generalidade dos ordenamentos jurídicos, o direito português dos contratos é desafiado pelo aparecimento da COVID-19 e das medidas que, em consequência da pandemia, os Estados tomaram. A COVID-19 surgiu nos vários países como causa, direta ou indireta, do incumprimento de obrigações ou, pelo menos, como motivo de afetação da posição contratual das partes, em razão do sacrifício económico associado ao cumprimento dos deveres de prestar.

²⁵ PIRES (2013), pp. 187 e ss.

²⁶ Veja-se COSTA (2017), pp. 507 e ss.

2. A perturbação das relações contratuais pode, assim, descobrir-se nas situações em que a prestação se tornou impossível, temporária ou definitivamente, e nas hipóteses em que, subsistindo a possibilidade de realização da prestação, a conduta do devedor parece inexigível, pela manifesta desproporcionalidade entre as prestações ou pela onerosidade excessiva no cumprimento das obrigações.

3. Dá-se a manifesta desproporcionalidade entre as prestações se houve um aumento do custo do cumprimento ou uma diminuição do valor da contraprestação em medida que altera o equilíbrio do contrato. Verifica-se a onerosidade excessiva no cumprimento das obrigações quando, por motivos materiais ou pessoais, a exigência da prestação afetaria manifestamente o princípio da boa fé.

4. Em nosso entender, as hipóteses de onerosidade excessiva devem ser apreciadas à luz dos requisitos aplicáveis à resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias (artigos 437.º a 439.º do Código Civil).

5. São requisitos do instituto: a alteração de circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar; a anormalidade da alteração; a lesão para uma das partes; a afetação grave do princípio da boa fé; a ausência de cobertura da lesão pelos riscos próprios do contrato; a inexistência de mora do lesado ao tempo da alteração das circunstâncias.

6. A atividade legislativa motivada pela COVID-19 veio testar o entendimento tradicional sobre os alicerces do instituto da resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias e trouxe vários desafios à aplicação judicial do regime, certamente a respeito dos casos relacionados com a pandemia, mas também acerca das situações de inexigibilidade com origem diversa.

7. No período recente de resgate financeiro de Portugal, severamente atingido pela crise financeira global de 2008, os tribunais evidenciaram uma clara relutância na aceitação dos pedidos de resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias.

8. A eventual influência da abordagem legislativa COVID-19 na apreciação judicial das situações de impacto económico da pandemia que não estejam abrangidas pelos regimes legais aprovados pode dar origem à invocação de uma contradição de julgados, considerando a jurisprudência da crise de 2008.

9. Se, numa lógica de justiça distributiva, a alteração da “grande base negocial” argumenta em favor de uma intervenção legislativa ampla que abrande a responsabilidade do devedor, a tendencial irrelevância judicial

da situação económica daquele na ausência de alteração da “grande base negocial” parece ofender o princípio constitucional da igualdade: a prestação é inexigível, e tanto deveria bastar.

10. A legislação COVID-19 ora prescinde da demonstração da lesão, ora dispensa a prova do nexo de causalidade entre a pandemia e a lesão (o preenchimento da *conditio sine qua non*). A dispensa legal de um nexo de causalidade entre a alteração das circunstâncias e a lesão assenta num critério de elevada probabilidade de imputação do sacrifício à alteração das circunstâncias, verosimilhança que, no contexto judicial, conduz a uma presunção de facto.

11. Está o juiz impedido de, no contexto da legislação COVID-19, averiguar o preenchimento do nexo de causalidade, designadamente a verificação da *conditio sine qua non*, ou atribuir relevância negativa a uma causa virtual (ou seja, a possibilidade de limitar ou de excluir a aplicação dos efeitos previstos na lei com fundamento na demonstração de que, na ausência da pandemia e das medidas tomadas a esse respeito pelas autoridades públicas, um outro facto teria provocado a mesma lesão).

12. A legislação COVID-19 assenta numa presunção de justiça material, construindo as situações de inexigibilidade por onerosidade excessiva sem uma avaliação concreta do impacto económico da pandemia nas circunstâncias do beneficiário. O legislador prescinde do apuramento de uma impossibilidade prática de cumprimento da obrigação, bastando-se, fundamentalmente, com critérios objetivos de perda do rendimento.

13. Sabendo da relevância da boa fé na alteração das circunstâncias de acordo com a lei civil, estará o julgador legitimado pelo legislador à utilização de presunções de facto nas hipóteses que não estejam cobertas pelos diplomas COVID-19 aprovados? É inegável que a identidade de causas justificará abordagens convergentes, aliviando o ónus de prova do lesado.

14. No contexto da pandemia, crê-se reforçada a necessidade de restringir o alcance atribuído pelos tribunais à assunção do risco, considerando a forma avassaladora como a lei modificou o conteúdo dos contratos.

15. A dispensa da inexistência de mora do lesado pelo legislador COVID-19 relativamente a bens essenciais evidencia a matriz humanista a que o Direito deve estar, por definição, submetido, reclamando, que, também no contexto de aplicação do artigo 438.º do Código Civil, a boa fé justifique a aplicação de exceções à impossibilidade de um lesado em mora beneficiar da resolução ou modificação do contrato.

16. A aprovação de legislação para enquadrar de forma muito abrangente as implicações contratuais das medidas tomadas em razão da pandemia reforçam a importância de uma tomada de posição do legislador sobre a forma de exercício, judicial ou extrajudicial, da resolução do contrato por alteração das circunstâncias e a respeito do alcance temporal dos efeitos respetivos. Trata-se de conferir segurança a todos os agentes económicos afetados pelas consequências da COVID-19.

Bibliografia

- ANTUNES, Henrique Sousa, “A alteração das circunstâncias no direito europeu dos contratos”, *Cadernos de Direito Privado*, 47 (2014), pp. 3-21.
- CORDEIRO, António Menezes, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1997 (reimpressão).
- COSTA, Mariana Fontes da, *Da Alteração Superveniente das Circunstâncias (Em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais)*, Almedina, Coimbra, 2017.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 12.^a edição, Almedina, Coimbra, 2009.
- OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2020.
- PEREIRA, Maria de Lurdes, *Conceito de Prestação e Destino da Contraprestação*, Almedina, Coimbra, 2001.
- PIRES, Catarina Monteiro, “Efeitos da alteração das circunstâncias”, *O Direito*, 145 (2013), pp. 181-206.
- PIRES, Catarina Monteiro, *Impossibilidade da Prestação*, Almedina, Coimbra, 2017.
- PIRES, Catarina Monteiro, *Contratos. I. Perturbações na Execução*, Almedina, Coimbra, 2019.
- PROENÇA, José Carlos Brandão, *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*, 3.^a edição, Universidade Católica Editora, Porto, 2019.
- SERRA, A. Vaz, “Resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 68 (1957), pp. 293-384.
- TELLES, Inocêncio Galvão, *Direito das Obrigações*, 7.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1997.
- URIBE, Rodrigo Momberg, *The effect of a change of circumstances on the binding force of contracts – Comparative perspectives*, Intersentia/Metro, Cambridge-Antwerp-Portland, 2011.
- VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*. Vol. II, 7.^a edição, Almedina, Coimbra, 1997.