

Universidade Católica Portuguesa
Faculdade de Direito – Escola de Lisboa

Mestrado em Direito Forense

2021/2022



**UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA**

A Alteração Superveniente das Circunstâncias em Contexto Pandémico
- em Especial, a Articulação entre o Art. 437.º CC e a Solução Contratual

Orientador Professor Henrique Sousa Antunes

Teresa Maria de Magalhães e Meneses Ruch Perdigão

Aluna nº 142720081

Lisboa

Maior, 2022

Palavras-Chave: Alteração Superveniente das Circunstâncias; Pandemia COVID-19; Jurisprudência Covid-19, Clausulas de distribuição de risco, cláusulas de hardship, cláusulas de *material adverse change*.

Dedicatória

À minha mãe, cuja firmeza não me permite justificar falhas, mas trabalhar sempre por melhor. Ao meu pai, pelas suas palavras tranquilizadoras. Aos meus irmãos, por serem o meu porto de abrigo. Aos meus melhores amigos, com quem tenho caminhado pelo mundo do Direito, por me mostrarem, através do seu exemplo, que tudo é possível. Ao Professor Henrique Sousa Antunes, pelos conselhos e orientação.

A todos, um enorme obrigada.

Índice

1.	Introdução	5
2.	Delimitação do Regime da Alteração das Circunstâncias	6
3.	Os Pressupostos do Artigo 437.º CC: Em Especial, a COVID-19 como Alteração Anormal das Circunstâncias	10
4.	Os Efeitos da Alteração das Circunstâncias	16
4.1	Renegociação: Um Dever?.....	17
5.	Análise da Jurisprudência COVID-19: Busca Por Uma Tendência.....	19
6.	Regulação da Alteração das Circunstâncias por via Contratual: As Cláusulas de Hardship e as Cláusulas MAC	29
6.1	A Articulação entre a Solução Contratual e o Artigo 437.º CC.....	35
6.2	A COVID-19 como Alteração Material Adversa.....	39
7.	Conclusão.....	41

1. Introdução

No início de 2020, a Organização Mundial da Saúde (“OMS”) confirmou a existência de um novo corona vírus, gerador da doença COVID-19, tendo, no dia 11 de março qualificado a emergência global de saúde pública como pandemia internacional. O aparecimento dos primeiros casos em Portugal ocorreu no dia 2 de março de 2020, sendo decretado o primeiro estado de emergência nas duas semanas seguintes, com renovações sucessivas, atenta a rápida difusão do vírus.

O impacto da COVID-19 no tecido social e económico do país foi, como se imagina, avassalador. Os riscos verificados no âmbito do tráfego comum eram impensáveis: em poucas semanas, centenas de cidades entraram em confinamento total, a generalidade dos estabelecimentos comerciais foram encerrados, surgiram restrições de deslocações, assim como diversas medidas governamentais que trouxeram a inevitável interrupção das relações pré-estabelecidas no âmbito contratual. Num segundo momento, foi possível reabrir gradualmente a atividade económica, ainda que de forma fortemente condicionada, atenta a necessidade de distanciamento social - todavia, o aumento significativo de infetados implicou novos confinamentos.

O impacto económico mundial da situação descrita pôs em crise o cumprimento das obrigações de fonte contratual, ficando uma pergunta por responder: em que medida ficaram os devedores vinculados ao cumprimento das obrigações estipuladas no pré-pandemia?

Neste sentido, o instituto da alteração superveniente das circunstâncias ganhou particular importância como remédio jurídico que pudesse solucionar os conflitos contratuais. Impõe-se um estudo aprofundado do seu regime, assim como das posições doutrinárias e jurisprudenciais que o rodeiam, por forma a verificar a utilidade do mesmo no âmbito da situação pandémica.

Todavia, este instituto de natureza subsidiária tem enfrentado reticências quanto à sua aplicação. Com efeito, em acontecimentos como a revolução de 25 de abril de 1974 ou a crise económica e financeira de 2008, os tribunais mostraram-se hesitantes na verificação de uma alteração anormal das circunstâncias, pelo que cumpre indagar se, face à aprovação de diplomas legislativos excecionais no âmbito da Covid-19, os tribunais seguirão o mesmo caminho.

A incerteza na aplicação da modificação ou resolução contratual por alteração das circunstâncias conduz a um crescente interesse pela estipulação contratual de distribuição do risco. As partes podem, mediante cláusulas de renegociação, estipular que, na hipótese de ocorrerem determinados eventos, são as mesmas obrigadas a renegociar o contrato. Também no âmbito do M&A, relativamente a contratos de compra e venda de empresas, poderão estipular cláusulas de *material adverse change*

(“MAC”), que permitem a desvinculação do contrato sem custos no seguimento da ocorrência de uma circunstância que as partes considerem como alteração material adversa.

Assim, impõe-se igualmente um estudo sobre a articulação entre a solução consagrada na lei portuguesa em caso de alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a vontade de contratar e a estipulação das referidas cláusulas contratuais.

O universo contratual tem como princípio primordial o *pacta sunt servanda*, consagrado no art. 406.º, n.º 1 do Código Civil (doravante, “CC”) - isto é, os contratos devem ser pontualmente cumpridos, tal como acordados pelas partes. No entanto, as circunstâncias existentes no momento da celebração do contrato podem não se manter inalteradas durante a execução do mesmo, sendo possível a ocorrência de uma alteração que seja de tal forma anormal e onerosa para uma das partes, que põe em causa o equilíbrio do contrato. Assim, surge o princípio *rebus sic stantibus*: o contrato deve ser pontualmente cumprido desde que não tenha ocorrido uma alteração fundamental das circunstâncias existentes ao tempo da celebração. No Direito Português, este princípio, da maior importância para o Direito, encontra-se consagrado no artigo 437.º CC.

2. Delimitação do Regime da Alteração das Circunstâncias

O Direito Português dispõe de diversos meios de reação face aos problemas que podem surgir na execução de um contrato no período pós pandemia, a saber: (i) o regime do incumprimento, culposo ou não culposo; (ii) a impossibilidade temporária ou definitiva; (iii) as regras gerais do Código Civil; (iv) as regras especiais dos contratos em especial do Código Civil; (v) a Legislação COVID-19 entretanto publicada, e para o que ora interessa ao nosso estudo, (vi) o regime da alteração das circunstâncias.

A multiplicidade de soluções oferecidas pelos regimes suprarreferidos torna incompreensível a tendência para *sobre alegar* a alteração anormal das circunstâncias, gerando, inevitavelmente, efeitos perniciosos - os tribunais, inundados por pedidos de modificação ou resolução fundados naquele instituto, retrair-se-ão de forma a travar uma utilização excessiva do mecanismo.

Assim, é necessário promover, nas palavras de Menezes Cordeiro, uma *depuração*¹ do instituto, delimitando o seu conteúdo.

¹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil- IX*, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2019, pág. 681.

O incumprimento no Código Civil Português tem uma regulação muito particular, nomeadamente no que diz respeito à impossibilidade, com um regime extenso, contido nos artigos 790.º e ss.. Ora, sendo a impossibilidade um regime de fronteira em relação à alteração das circunstâncias, a sua análise desperta, nesta sede, particular importância. Na busca por uma figura de incumprimento que surgisse como modelo para todas as outras, o legislador optou pelo regime da impossibilidade e não, como seria de esperar, pelo mero incumprimento - i.e., situações em que o devedor simplesmente não quer cumprir².

Todavia, não se pense que, por se tratar de uma figura central e modelar, *qualquer* caso cai no seu âmbito de aplicação. A impossibilidade deve ser superveniente, objetiva e absoluta - o legislador não quis abarcar neste regime a mera dificuldade de cumprir³, nem tão pouco os tribunais o têm feito.

Com efeito, e independentemente da bondade da solução, o legislador não incluiu no âmbito de aplicação dos artigos 790.º e ss. do Código Civil os casos em que, ainda que a prestação seja possível, a sua realização envolve um sacrifício físico, económico e social desmesurado para o devedor⁴. Referimo-nos aos casos de *difficultas praestandi*, em que existe uma manifesta desproporcionalidade entre as prestações do ponto de vista económico, ou uma onerosidade excessiva por motivos pessoais ou práticos.

Ora, o regime da alteração das circunstâncias é subsidiário face aos demais regimes legais. Isto é, existindo uma impossibilidade absoluta, seja ela definitiva ou temporária, parcial ou total, prevalece o regime da impossibilidade durante o período de tempo no qual a impossibilidade perdure ou relativamente à parte da prestação que se tornou impossível de cumprir.

O artigo 437.º CC exige que a alteração anormal seja superveniente, ou seja, subsequente à celebração do contrato. Se em causa estiverem circunstâncias pretéritas ou presentes à data da celebração do contrato, estaremos perante o instituto do erro vício, consagrado nos artigos 252.º e ss. do CC. São hipóteses temporalmente distintas⁵ que não devem ser confundidas. O erro sobre a base do negócio

² O Código Civil, inspirado no BGB, importou esta solução da Alemanha, que a consagrou por uma questão de facilidade: a impossibilidade de cumprir, pela sua gravidade, é de simples compreensão - CATARINA MONTEIRO PIRES, *Da renegociação à alteração das circunstâncias*, vídeo, Conselho Regional de Lisboa da Ordem dos Advogados, 2020 - <https://www.youtube.com/watch?v=B6Bm3t0ohZE>.

³ Tal remete-nos para uma conclusão, que poderemos já adiantar - quando um caso de dificuldade de cumprir não cai no âmbito da alteração das circunstâncias, à partida não terá solução. Ou seja, o risco é suportado pela esfera onde se concretiza, CATARINA MONTEIRO PIRES (2020) *Da renegociação*, cit..

⁴ TATIANA SOUSA PEREIRA, Coord. Gonçalo Malheiro e Luís Barreto Xavier. *Reflexões a propósito da difficultas praestandi in Contratos e Pandemia - Resolução, suspensão e modificação dos contratos em tempos de pandemia*.

⁵ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS / PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9.^a edição, Almedina, Coimbra, 2019, pág. 374.

visa proteger uma vontade livre e esclarecida face ao circunstancialismo existente ao tempo da celebração do negócio, interesse que não se coloca no regime da alteração das circunstâncias quando falha uma previsão futura, desde que se tenha formado de acordo com a realidade conhecida⁶.

Numa tentativa de delimitar a figura da alteração das circunstâncias, cumpre fazer alusão à distinção trazida por Kegel, nos anos 40, entre grandes e pequenas alterações da base negocial. As primeiras englobariam alterações com impacto na comunidade como um todo, sendo exemplos disso guerras mundiais, catástrofes naturais, crises financeiras ou pandemias. Já na segunda categoria incluir-se-iam alterações com um impacto social e contratual circunscrito⁷. No primeiro grupo de casos, as soluções deveriam ser fornecidas pelo legislador, excluindo-se do âmbito de aplicação do artigo 437.º CC, atendendo ao impacto generalizado da alteração na população. Já na segunda categoria caberia aos tribunais decidir, averiguando o preenchimento dos pressupostos do preceito caso a caso.

Esta distinção afigura-se, no entanto, como dogmaticamente irrelevante - o regime da alteração das circunstâncias não faz qualquer referência a pequenas ou grandes alterações. Com efeito, onde o legislador não distingue, não cabe ao intérprete distinguir⁸, pelo que o artigo 437.º CC é abstratamente aplicável tanto a pequenas, como a grandes alterações das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar. Perante uma alteração da grande base do negócio, particularmente relevante é a necessidade de o julgador, nos termos do artigo 8.º, n.º 3 CC, conferir a casos análogos tratamento uniforme na interpretação e aplicação do Direito⁹.

Dito isto, o Estado Português tem vindo a adotar diversas medidas legislativas, por meio dos respetivos diplomas, numa tentativa de salvaguardar setores-chave à proteção das pessoas e das empresas.

Na conjugação dos diversos regimes legais – regime geral, especial e excecional da legislação COVID-19 –, cumpre questionar qual a relação a estabelecer entre eles. Isto é, pense-se na lei (excecional) das moratórias nos arrendamentos¹⁰: será que o legislador quis impor uma só via para a resolução de qualquer problema que surja neste âmbito, assim excluindo os demais casos, que caem fora do âmbito de aplicação deste diploma, ficando impossibilitados de recorrer às soluções previstas, nomeadamente, no Código Civil?

⁶ MARIANA FONTES DA COSTA, *Da Alteração Superveniente das Circunstâncias- Em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais*, Almedina, Coimbra, 2019, pág. 26.pág. 203.

⁷ ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, in *Novo Coronavírus e crise contratual - Anotação ao Código Civil, AAFDL*, Lisboa, 2020, pág. 63.

⁸ Art. 9.º do CC.

⁹ MARIANA FONTES DA COSTA (2019), *Da Alteração Superveniente (...)*, cit., pág. 365.

¹⁰ <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/2020-134776325>

Se por um lado, as soluções oferecidas pela legislação excecional não são passíveis de aplicação analógica, por outro, parece-nos óbvio que a Lei n.º 4-C/2002¹¹, assim como as restantes leis excecionais COVID-19, não vêm excluir a possibilidade de os casos que não caem no seu âmbito de aplicação encontrarem soluções na lei vigente ao tempo da eclosão da pandemia¹². Questão diferente, que iremos desenvolver adiante, é a de saber se, relativamente aos casos não abrangidos pelos diplomas COVID-19, deverão os tribunais ser mais generosos, nomeadamente na verificação dos pressupostos do regime da alteração das circunstâncias, numa perspetiva de respeito pelo princípio constitucional da igualdade.

Outra questão é a de saber qual a relação entre a lei geral e a lei especial. No exemplo dado - do regime do arrendamento - existe uma solução especial abstratamente aplicável, constante do artigo 1040.º CC do regime de locação, o que implica que antes que o lesado possa recorrer a uma modificação ou resolução do contrato por alteração das circunstâncias, deva recorrer à redução de renda prevista no artigo 1040.º, n.º 2 CC.

Assim, na hipótese de existir uma solução constante de norma excecional COVID-19, essa solução sempre será de aplicar em primeiro lugar. Já se o caso não cair no seu âmbito de aplicação, deveremos questionar-nos da existência de solução constante de norma especial, pois que, se a mesma existir, deverá ser aplicada antes de as partes recorrerem ao regime geral do Código Civil.

Uma vez chegados ao regime geral do Código Civil, importa destacar que, como referido, só na hipótese de não existir uma situação de impossibilidade ou de erro, se deve recorrer ao artigo 437.º CC.

Com efeito, o regime da alteração das circunstâncias é subsidiário face aos demais, pelo que existe uma necessidade de aproveitamento pleno e intensivo das possibilidades oferecidas pelo direito comum do não cumprimento das obrigações¹³. Contudo, não podemos ignorar a necessidade de as diversas soluções serem adequadas, restabelecendo, efetivamente, o equilíbrio contratual. É nas situações que ficam desprotegidas que o instituto da alteração superveniente das circunstâncias pode e deve ser chamado a dar resposta, evitando violações graves do princípio da boa fé.

¹¹ Regime excecional para as situações de mora no pagamento da renda devida nos termos de contratos de arrendamento urbano.

¹² Neste sentido, SANDRA DOS REIS LUÍS, *A alteração anormal das circunstâncias: o art. 437.º CC e a situação pandémica: reflexos contratuais*, Julgar Online, julho de 2020, pág. 13.

¹³ MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *A Alteração das Circunstâncias à luz do COVID-19- Teses e reflexões para um diálogo*, ROA, Ano 80, Vol. I/II, Jan./Jun. 2020, pág. 154. Disponível online em <https://portal.oa.pt/media/131420/manuel-carneiro-da-frada.pdf>.

Face ao exposto, cumpre referir quais são efetivamente os grupos de casos em que, abstratamente, o instituto da alteração das circunstâncias é aplicável. São eles (i) situações de frustração do fim do contrato (que não consubstanciem casos de impossibilidade), i.e., casos em que o fim do contrato já não se realizará; (ii) desproporção entre a prestação e a contraprestação; (iii) casos em que deixou de se verificar um pressuposto implícito do contrato; e, para alguns autores, que acompanhamos (iv) casos de onerosidade excessiva.

3. Os Pressupostos do Artigo 437.º CC: Em Especial, a COVID-19 Como Alteração Anormal das Circunstâncias

As partes fundam a decisão de contratar em determinadas circunstâncias que, a sofrerem uma alteração anormal, conferem à parte lesada o direito à resolução do contrato ou à modificação do mesmo atendendo a juízos de equidade. Tal será possível desde que a exigência das obrigações assumidas pelas partes afete gravemente os princípios da boa fé e a alteração não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato.

O Direito civil português acolhe, desde a entrada em vigor do Código Civil de 1966, uma ideia de Direito civil social. Existe uma particular atenção à necessidade de limitar o princípio da autonomia privada e a liberdade de contratar, tanto no referente à estipulação, como na determinação do conteúdo dos contratos. Nas palavras de Oliveira Ascensão¹⁴, “*a relevância da alteração das circunstâncias não representa uma manifestação ímpar, mas um aspecto de um movimento de renovado interesse pela justiça do conteúdo*”.

Foi esta atenção do legislador, centrado no equilíbrio das posições jurídicas, que conferiu relevância, entre outros, ao instituto da alteração das circunstâncias¹⁵.

No referente à interpretação dos pressupostos do artigo 437.º CC, não encontramos divergências de fundo dentro da doutrina e jurisprudência¹⁶. O mesmo não se pode dizer quanto à aplicação prática dos mesmos, já que a conclusão pela sua verificação gera, bastantes vezes, discórdia. Com efeito, o legislador optou pelo recurso a cláusulas gerais, concretizáveis pelo aplicador do Direito com vista a facilitar uma solução justa atendendo a cada caso concreto.

¹⁴ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo código civil*, pág. 10.

¹⁵ ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Alteração das circunstâncias (2020)*, cit., 1.º Videocast novo coronavírus e gestão da crise contratual - estratégias jurídicas, 9 de abril de 2020, Centro de Investigação do Direito Privado, pag. 29.

¹⁶ SANDRA DOS REIS LUÍS, *A alteração anormal das circunstâncias: o art. 437.º CCE a situação pandémica: reflexos contratuais*, *Julgar Online*, julho de 2020, pág. 4.

Os pressupostos da alteração das circunstâncias são, nos termos do artigo 437.º, n.º1 e 2 CC, (i) a alteração das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar; (ii) a anormalidade da alteração; (iii) que provoca lesão a uma das partes; (iv) afeta gravemente os princípios da boa-fé; (v) não está coberta pelos riscos próprios do contrato e, por fim, a (vi) inexistência de mora do lesado ao tempo da alteração das circunstâncias.

Quanto ao primeiro pressuposto, importa referir que o legislador acolheu a teoria da base do negócio, cujo traço caracterizador é a ideia de que a eficácia dos negócios está subordinada à existência e subsistência da sua base. Nas palavras de Oertmann, fundador da teoria, a base do negócio consiste na “*representação psicológica duma das partes, reconhecida e não contestada pela contraparte, ou na representação comum aos vários interessados no negócio, acerca da existência ou do advento de determinadas circunstâncias, sobre a base das quais se constrói a vontade do agente*”¹⁷. A densificação desta teoria tem feito correr muita tinta na doutrina e jurisprudência, numa tentativa de descortinar se em causa estará uma base subjetiva e/ou objetiva do negócio - razão que levou Menezes Cordeiro a apelidá-la de fórmula vazia, face às diferentes construções criadas em seu redor¹⁸.

Ora, a base puramente subjetiva do negócio, concretizada na vontade, projeções e desejos individuais de cada uma das partes, desconhecidas e não cognoscíveis pela contraparte, não só apresenta um problema prático de dificuldade de prova, como surge como contrário à boa-fé impor ao contraente uma solução com a qual ele não contava, já que ignorava o condicionalismo à vontade de contratar do outro contraente.

Acresce que, sob pena de violação da autonomia privada dos contraentes, não basta que a relevância da circunstância seja cognoscível, a base do negócio deverá ainda ser bilateral¹⁹ - isto é, devemos questionar-nos se um homem razoável e honesto, colocado nas circunstâncias daquela parte, tinha aceitado condicionar a contratação à não ocorrência da perturbação, caso tal lhe tivesse sido proposto²⁰.

A exigência da bilateralidade faz cair os motivos individuais de cada contraente, pelo que cremos que só relevam, nesta sede, as circunstâncias objetivas²¹ em que as partes fundaram a decisão de contratar.

¹⁷ MARIANA FONTES DA COSTA (2019), *Da Alteração Superveniente*, cit., pág. 152.

¹⁸ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Alteração das Circunstâncias – A concretização do art. 437.º do Código Civil, à luz da Jurisprudência posterior a 1974, in Separata dos Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1987, pág. 30.

¹⁹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de Abril de 2014, processo n.º 1167/10.5TBACB–E.C1.S1 (SILVA GONÇALVES).

²⁰ MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, págs. 406 a 407.

²¹ Neste sentido, veja-se A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Artigo 437.º (Condições de admissibilidade) in Novo Coronavírus e a Crise Contratual – Anotação ao Código Civil*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa,

Ou seja, em causa estão as circunstâncias comuns a ambos os contraentes, não respeitando a situações subjetivas da vida do devedor, como, por exemplo, uma alteração da sua situação económica²². Estas circunstâncias são aquelas cuja prova da representação pelas partes é completamente irrelevante - de acordo com juízos de razoabilidade social assume-se que foram pressupostas pelas mesmas.

A distinção entre grande e pequena base do negócio surge como bastante relevante no juízo acerca da cognoscibilidade da relevância da alteração para o lesado, já que a contraparte dificilmente poderá demonstrar que a ausência de uma alteração com efeitos catastróficos para a própria vida em sociedade não constituía uma assunção do lesado para a celebração do contrato. Por esta razão, cremos que o preenchimento deste requisito dificilmente apresentará problemas no âmbito da pandemia COVID-19 - será pacífico afirmar que a não eclosão de uma pandemia deste calibre seria uma condição para a celebração do negócio pelas partes.

Determinar as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar implica delimitar as circunstâncias sem as quais as partes não teriam contratado, ou teriam contratado em moldes diferentes. Existe, pois, uma remissão clara para a vontade hipotética das mesmas, mas não uma remissão para a vontade hipotética individual de cada uma face à alteração verificada. Deverá atender-se ao que cada parte estaria disposta a abdicar para chegar a acordo, estando, por isso, em causa uma vontade hipotética comum, avaliada tendo sempre por base a celebração do acordo²³. Caso a resposta a uma destas questões, ou até a ambas, seja negativa, não estaremos perante uma alteração das circunstâncias em *que as partes fundaram a decisão de contratar*.

Assim, as questões essenciais na verificação deste pressuposto seriam, por um lado, relativamente à parte lesada: se teria recusado a celebração do contrato caso tivesse realizado a possibilidade de eclosão de uma pandemia como a COVID-19. Por outro, relativamente, à contraparte, deveria questionar-se se teria celebrado o contrato tendo como condição do mesmo a não verificação de uma pandemia à escala global.

Lisboa, 2020, pág. 64; CATARINA MONTEIRO PIRES, *Contratos: Perturbações na Execução*, Almedina, Coimbra, 2019, ppág. 187 a 188 e LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, 11.º Edição, Almedina, Coimbra, 2017, pág. 135.

²² SANDRA DOS REIS LUÍS (2020), *A alteração anormal (...)*, cit., pág. 5.

²³ MARIANA FONTES DA COSTA (2019), *Da Alteração Superveniente (...)*, pág. 340.

No referente à anormalidade da alteração, esta tem sido compreendida como imprevisibilidade²⁴. Nas palavras de Menezes Leitão²⁵ exige-se que “(...) *fosse de todo imprevisível para as partes a sua verificação. Situações excepcionais como uma revolução ou o deflagrar de um estado de guerra podem facilmente ser qualificados como alteração das circunstâncias. Alterações legislativas completamente inesperadas também devem ser qualificadas como tal*”. Contudo, é de notar que nas situações em que a alteração não foi prevista pelas partes, mas era previsível para quem tivesse o cuidado de se informar adequadamente, não poderá dizer-se que estamos perante uma alteração anormal²⁶ - de acordo com a bitola do homem médio.

A pandemia COVID-19 não teve uma natureza instantânea; infelizmente, prolonga-se há mais de dois anos, sendo certo que a sua interferência na esfera social e económica variou de acordo com a sua incidência mais ou menos grave, acompanhada das medidas de contenção que causaram, inevitavelmente, constrangimentos no dia-a-dia. A sua natureza continuada levanta problemas relativamente ao momento a partir do qual a alteração das circunstâncias passou a ser previsível aquando da celebração do contrato. Alguns autores têm oferecido, a este propósito, um critério a partir do qual a imprevisibilidade, à partida, não se verifica - o momento em que a OMS declarou a existência de uma pandemia internacional²⁷. Contudo, parece-nos que sempre será de atender à situação concreta, analisando o momento da celebração, o tipo de contrato e o clausulado para que se possa tirar conclusões acerca do preenchimento deste pressuposto.

No mundo atual, a facilidade de acesso a informação da mais variada índole, pode levar-nos a crer que, em última análise, tudo é previsível. A peste negra, a gripe espanhola, a ébola, ou a gripe das aves são acontecimentos históricos que confirmam que, sobretudo num mundo globalizado, a eclosão de uma pandemia com impacto mundial era expectável ou previsível. Nesta medida, cremos que a anormalidade se explica sobretudo pela sua gravidade e excecionalidade - a alteração terá de ser, sobretudo, exorbitante. Assim, ainda que dúvidas haja quanto à completa imprevisibilidade da

²⁴ Neste sentido, veja-se A. BARRETO MENEZES CORDEIRO (2020), *Art. 437.º (Condições de admissibilidade)*, cit., pág. 64; e as decisões do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 5 de Dezembro de 2013, processo n.º 1422/08.4TVLSB.L1-2 (MARIA JOSÉ MOURO) e do Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 14 de Maio de 2014, processo n.º 1726/11.9TBVRL.G1 (JORGE TEIXEIRA). Em sentido contrário, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2002, pág. 247.

²⁵ LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, 11.º Edição, Almedina, Coimbra, 2017, pág. 135 a 136.

²⁶ ANA PRATA, *Código Civil Anotado*, 1.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2017, pág. 594

²⁷ MARIANA FONTES DA COSTA, “A atual pandemia no contexto das perturbações da grande base do negócio”, Observatório Almedina, 01/04/2020.

alteração, sempre se poderá dizer que se está perante uma alteração inteiramente excecional e de extrema gravidade.

Ademais, a alteração anormal das circunstâncias deverá lesar uma das partes, já que uma alteração que não provoca prejuízos no domínio contratual é, naturalmente, irrelevante. A aplicação do remédio excecional de modificação ou resolução do contrato ao abrigo do artigo 473.º CC implica que o dano possua determinada *envergadura*, que prejudica gravemente o equilíbrio do contrato. A lei não determina qual a relevância da perturbação, subordinando o tema à referência feita à boa fé, conceito indeterminado *que tende a exprimir o conjunto das valorações fundamentais do ordenamento vigente*²⁸. Assim, se o cumprimento do contrato nos termos convencionados constituir um sacrifício tão desrazoável que contende com os princípios da boa fé, a norma excecional da resolução ou modificação do contrato é de admitir, face à regra do cumprimento pontual dos contratos²⁹.

Este pressuposto é considerado, muitas vezes, a verdadeira *pedra de toque* do instituto, à luz do qual todos os outros pressupostos devem ser interpretados³⁰. Exige não apenas a verificação de uma lesão grave que o devedor sofre com o cumprimento da obrigação, mas também um olhar sobre o outro contraente. Primeiro, porque impõe a ambas as partes uma atuação recíproca de honestidade, retidão e lealdade. Segundo, porque implica uma ponderação das consequências que o não cumprimento trará para o credor, a par da lesão grave que implicaria para o devedor.

A boa fé surge como balança que reequilibra de forma justa um contrato que, devido a um acontecimento superveniente, se desequilibrou. Aqui importa, sobretudo, ter como bússola orientadora aquele que era o equilíbrio inicial do contrato. Com efeito, existem contratos pouco engenhosos e até desequilibrados - o Código Civil não impede a celebração de negócios ruinosos até ao limite dos negócios usuários³¹. Ora, se o desequilíbrio existia à partida, já que foi convencionado pelas partes, é essa economia contratual que devemos ter em conta aquando da verificação da (não) existência da sua completa subversão.

²⁸ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (1987), *Da Alteração das Circunstâncias*, cit., pág. 67 a 69.

²⁹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de Abril de 2018, processo n.º 16/14.0TVLSB.L1.S1 (PINTO DE ALMEIDA).

³⁰ ANA TAVEIRA DA FONSECA, *Pandemia de COVID-19 e riscos próprios do contrato*, in *Contratos e pandemia* Resolução, suspensão e modificação dos contratos em tempos de pandemia, coordenação de Gonçalo Malheiro e Luís Barreto Xavier, Almedina, 2021, pág. 29.

³¹ Art. 282.º CC.

Por fim, note-se que, existido um atentado muito grave à boa fé, todos os outros requisitos acabam por ser atenuados. Estamos perante um artigo cujos pressupostos são, em certa medida, móveis, já que inevitavelmente se sobrepõem.

Relativamente ao pressuposto de a alteração não estar coberta pelos riscos próprios do contrato, será necessário atender à lei e ao contrato em si, já que se estes repartirem expressamente o risco e a alteração em causa fizer parte dessa repartição, a aplicação do instituto da alteração das circunstâncias ficará, à partida, excluída. Esta aferição tem, invariavelmente, de ser feita através da interpretação do negócio jurídico, já que só através da mesma se poderá descortinar qual o seu plano de risco.

O elemento *riscos próprios do contrato* foi o mais discutido aquando da crise de 2008, a propósito dos contratos de *swap*, no entanto, não nos parece que irá assumir igual preponderância no âmbito da pandemia. Com efeito, esta crise não afetou predominantemente um tipo de contratos, tais como os contratos aleatórios - a pandemia imiscuiu-se em todos os setores da vida em sociedade, gerando uma crise mais generalizada e profunda, que afeta contratos complexos, mas também contratos simples, do dia-a-dia, celebrados por contraentes muito diversos entre si, com as mais diversas atividades profissionais.

No ordenamento jurídico português, o ónus da prova ou da argumentação deste pressuposto recai sobre a parte que alega a alteração das circunstâncias, pelo que deverá a parte dedicar-se especialmente à demonstração de que o contrato não abarcava o risco de uma eclosão da pandemia.

Merece aqui particular atenção a distribuição de risco por via de cláusulas contratuais, bem como o tipo contratual em causa, sendo certo que a relação a estabelecer entre as regras de distribuição de risco, sendo elas contratuais ou legais, e o regime da alteração das circunstâncias deve ser, nas palavras de Mariana Fontes Costa, uma relação de complementaridade subsidiária³², e não de exclusão imediata do artigo 437.º face às mesmas.

Ainda segundo esta Autora³³, “*é particularmente relevante em sede de perturbações da grande base do negócio, as quais, pelo impacto que geram na própria raiz da vida comunitária não estão, em regra, contidas nos juízos subjetivo-normativos subjacentes à distribuição contratual ou legal de risco, salvo quando interpretação diversa seja imposta pelo seu teor específico*”.

³² MARIANA FONTES DA COSTA (2020), *A atual pandemia no*, cit.

³³ *Idem*.

Por fim, o requisito negativo da não verificação da mora do lesado³⁴ ao tempo da alteração visa impedir situações de aproveitamento. Isto é, visa-se impedir que casos de negligência no cumprimento pontual e tempestivo da obrigação acabem por ser recompensados quando, por mero acaso, ocorreu uma alteração das circunstâncias enquanto o devedor se encontrava já em mora.

4. Os Efeitos da Alteração das Circunstâncias

A verificação dos pressupostos acima enumerados confere à parte um direito à resolução justificada do contrato nos termos do n.º 1 do artigo 437.º CC, ou à modificação do contrato segundo juízos de equidade. Nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, requerida a resolução, a parte contrária poderá opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato segundo juízos de equidade.

Ainda que os pressupostos do regime sejam específicos, a resolução seguirá o regime geral previsto no artigo 432.º CC e ss., por remissão do artigo 439.º CC. Assim, a extinção do contrato terá, em princípio, efeito retroativo nos termos do artigo 434.º, n.º 1 CC, à exceção das prestações já realizadas nos contratos de execução continuada, nos termos do n.º 2.

Existe uma divergência doutrinária e jurisprudencial³⁵ sobre a natureza judicial ou extrajudicial da resolução, já que a expressão “requerida a resolução”, é geradora de controvérsia. Por um lado, a doutrina³⁶ que defende que a resolução deve ser requerida em juízo, apoia-se na letra da lei. Por outro, num entendimento que perfilhamos, Galvão Telles³⁷, assim como Menezes Leitão³⁸, entendem que uma mera declaração à contraparte é suficiente, já que a imposição da via judicial contrariaria o regime geral da resolução, sendo aquela expressão explicável pelo facto de não se poder declarar imediatamente a resolução.

Também a possibilidade de modificação extrajudicial do contrato nos parece a via mais adequada³⁹, só sendo o recurso a juízo necessário na eventualidade, bastante comum, de surgimento de um conflito.

³⁴ Esta exigência vai de encontro ao estipulado no artigo 807.º CC que promove a inversão do risco do devedor em mora.

³⁵ A favor da resolução judicial veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de Novembro de 2012, processo n.º 1147/09.3TVLSB.L1.S1 (Abrantes Geraldês). Em sentido contrário, o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 19 de Abril de 2005, processo n.º 225/05 (Cardoso de Albuquerque).

³⁶ Neste sentido, veja-se ANA PRATA (2001), cit., pág. 296.

³⁷ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral, refundido e actualizado*, 4.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pág. 345, nota 314.

³⁸ LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, 11.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2017, pág. 139.

³⁹ A. BARRETO MENEZES CORDEIRO (2020), cit. pág. 65. Em sentido contrário, veja-se INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral, refundido e actualizado*, 4.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pág. 346, nota 315.

Esta parece ser a solução mais adequada, não só atendendo ao princípio *maiori, ad minus* (quem pode o mais, pode o menos), mas também numa perspetiva de descongestionamento dos tribunais. Acresce que as partes, pelo menos numa primeira tentativa, melhor que ninguém saberão como renegociar e alterar um contrato que foi desenhado pelas mesmas.

Neste contexto, cumpre questionar se, no seguimento de um pedido de resolução por via judicial, poderá o tribunal oficiosamente decretar a modificação do contrato. Pires de Lima e Antunes Varela⁴⁰ pronunciaram-se em sentido negativo, afirmando que o tribunal não poderá substituir-se à contraparte na opção pela modificação. Com efeito, o texto da norma indica estarmos perante um direito disponível da parte lesada, pelo que admitir o contrário levaria à criação de um mecanismo forçado de reposição da justiça do contrato, algo que surge como contrário ao exercício da autonomia privada e ao princípio do pedido.

4.1 Renegociação: Um Dever?

A modificação do contrato pelas partes, em razão de uma alteração superveniente das circunstâncias que impactou no equilíbrio do negócio, surge como uma solução que se baseia no princípio da autonomia privada. Nas situações em que as partes alcançam um resultado com a renegociação do contrato, não se colocam problemas. Já naquelas em que uma parte se recusa a renegociar, aplicam-se consequências diversas consoante exista ou não uma obrigação contratual de renegociar, ou, independentemente disso, consoante se defenda a existência de uma obrigação legal de renegociar.

Na hipótese de o contrato conter uma cláusula contratual de renegociação - as chamadas cláusulas de *hardship* que desenvolveremos adiante - a dificuldade coloca-se sobretudo na tendencial vaguidão dos termos utilizados na delimitação das hipóteses a que a cláusula se aplica⁴¹. As situações que despoletam a aplicação dessa cláusula são geralmente descritas com recurso a conceitos indeterminados, tais como *gravidade, perturbação, razoabilidade*. Sendo certo que, mesmo que a mesma enumere os eventos perturbadores do contrato, referindo, por exemplo, uma pandemia, as ocorrências são sempre associadas a juízos de impacto sobre o equilíbrio negocial⁴².

⁴⁰ PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, Código Civil Anotado, Vol.I, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1987, pág. 414.

⁴¹ MARIANA FONTES DA COSTA, *COVID-19 e modificação extrajudicial dos contratos por alteração superveniente das circunstâncias*, in *Contratos e Pandemia*, Almedina, Abreu, 2021, Gonçalo Malheiro e Luís Barreto Xavier, pág. 71.

⁴² *Idem*.

A renegociação surge em dois contextos: como antecâmara da alteração das circunstâncias, enquanto procedimento prévio ao processo litigioso, servindo o propósito do artigo 437.º do CC, ou como mecanismo autónomo da alteração das circunstâncias, este último com fundamento no artigo 762.º CC.

No referente ao mecanismo autónomo do artigo 437.º CC, os contratos devem ser cumpridos de boa fé, sendo que, principalmente nos contratos com carácter prolongado, as partes podem ter o dever de renegociar certos aspetos contratuais, sob pena de violação desta regra de boa fé objetiva. Relativamente ao dever de renegociar no âmbito da alteração das circunstâncias, a pergunta primordial que se coloca é a seguinte: deveremos admitir um dever de renegociar o contrato?

Isto é, antes de recorrer ao artigo 437.º CC, estarão as partes obrigadas a *conversar*? Em caso de resposta afirmativa, qual o conteúdo deste dever? Terá um carácter meramente procedimental ou é uma obrigação de resultado?

Ora, admitir que a renegociação implica o alcance de um resultado é retirar utilidade ao próprio regime da alteração das circunstâncias - os casos de modificação ou resolução por alteração das circunstâncias transformar-se-iam em casos de incumprimento contratual por violação deste dever. Não será de admitir tal possibilidade, na medida em que o dever de renegociação surge como um mero procedimento a que as partes estão obrigadas: devem encetar sérios esforços no sentido de procurar uma solução, mas não impende sobre elas a obrigatoriedade de alcançá-la.

Dito isto, se uma das partes recusar liminarmente a possibilidade de diálogo, na hipótese de existir dano, poderá haver lugar à responsabilidade civil por culpa *in contrahendo*, pelo que a parte faltosa terá de indemnizar por força do artigo 227.º do CC, sendo certo que a esta indemnização somar-se-ão as consequências impostas por força do regime da alteração das circunstâncias⁴³.

Não olvidemos que só as partes sabem qual a justiça do contrato a que se vincularam, pelo que se a alteração das circunstâncias surge como meio para restituir a justiça contratual, é fundamental que sejam as mesmas a definir de que forma a mesma poderá ser restituída. Com efeito, quem melhor do que as partes para saber em que contexto, com que equação económica e com que pressupostos celebraram o contrato?

No nosso entender, a renegociação pelas partes é sempre o caminho a adotar, já que, não lhes sendo exigível que alcancem um resultado, sempre surge como uma tentativa de evitar a opção mais catastrófica: a resolução do contrato. Contudo, cremos que não existe propriamente um dever prévio

⁴³ CATARINA MONTEIRO PIRES, *Da renegociação à alteração das circunstâncias*, vídeo, Conselho Regional de Lisboa da Ordem dos Advogados, 2020 - <https://www.youtube.com/watch?v=B6Bm3t0ohZE>.

de renegociação subjacente ao artigo 437.º, mas, nos casos merecedores de particular atenção atenta a ocorrência de dano, a parte lesada sempre poderá responsabilizar a contraparte que se recusou a renegociar com base na violação das exigências da boa fé.

5. **Análise da Jurisprudência COVID-19: Busca Por Uma Tendência**

Desperta-nos particular interesse a análise daquela que, no contexto da eclosão da pandemia da COVID-19, será a tendência decisória dos casos de alegada inexigibilidade que, inevitavelmente, chegarão aos tribunais, tentando as partes resolver ou modificar o contrato por força do instituto da alteração das circunstâncias. Muitas são as perguntas por responder: serão os tribunais, à semelhança do sucedido na crise do *subprime*, inundados por pedidos de modificação ou resolução de contratos? Terá a legislação COVID-19 solucionado a maioria dos casos? Quanto às situações não abrangidas por essa legislação, irão os tribunais ser mais generosos na averiguação do preenchimento dos pressupostos, atendendo à eventual desigualdade de tratamento entre os casos não abrangidos pela legislação excepcional COVID-19 e aqueles que a mesma solucionou? A natureza da crise e o seu inerente espírito de solidariedade serão preponderantes no favorecimento do diálogo e compreensão entre as partes?

Não ousamos responder a estas questões, pelo menos não de forma perentória - nem tão pouco cremos que alguém o possa fazer sem cair num exercício de futurologia. Acreditamos que apenas num horizonte temporal de anos se poderá analisar e explicar aquele que foi o comportamento tanto dos agentes económicos, como, principalmente, da jurisprudência, no tratamento dos problemas que a pandemia suscitou, suscita e continuará a suscitar nos próximos tempos.

Ainda assim, atrevemo-nos, através da análise dos recentes acórdãos que, desde 2020 e até ao dia de hoje, foram publicados, a tentar descortinar qual tem sido a tendência dos tribunais na aplicabilidade do artigo 437.º CC a perturbações contratuais provocadas pela COVID-19.

No **Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14 de setembro de 2021**⁴⁴, estava em causa um contrato de locação operacional mediante o qual a locadora proporcionava à locatária o gozo de um equipamento mediante retribuição. Ora, tendo a locatária deixado de pagar entre janeiro e março de 2021, a locadora (requerente) apresentou um requerimento inicial de procedimento cautelar com vista à restituição do equipamento, tendo resolvido o contrato por incumprimento da contraparte. Alegou a locatária (requerida) que a contraparte não podia ter comunicado a resolução do contrato ignorando o

⁴⁴ Acórdão do Tribunal da relação de Lisboa de 14/09/2021, Proc. 5769/21.6T8LSB.L1-A-7 (Micaela Sousa).

seu requerimento para a concessão de moratórias, por força do estado de emergência, pelo que não ocorreu o incumprimento definitivo imputável a esta. O procedimento cautelar foi julgado procedente, pelo que a requerida interpôs recurso, tendo o tribunal sido chamado a apreciar (i) da aplicabilidade da moratória prevista no DL n.º 10-J/2020, de 26 de março e (ii) da verificação de uma situação de alteração anormal das circunstâncias. Quanto ao primeiro ponto, não existindo o direito de adquirir a propriedade do equipamento e não sendo a locadora, na qualidade de Ré, uma instituição financeira, ficou afastada a possibilidade de o contrato cair no âmbito de aplicação do referido diploma. Quanto ao tema que nos ocupa - a aplicação do regime da alteração das circunstâncias - o tribunal recorrido considerou que “*o simples facto de se ter verificado a pandemia provocada pelo SARS-2 COVID-19, não é, nem mesmo indiciariamente, revelador por si de uma qualquer alteração das circunstâncias em que a requerida decidiu contratar*”. Concluindo que, atendendo à factualidade apurada, não se permitia concluir que a atividade da Autora tivesse sido, em concreto, afetada. Com efeito, não foi feita qualquer demonstração de que os trabalhadores da Autora estivessem em quarentena, como não se provou que as obras em curso tivessem sido suspensas, nem foi constatada uma redução ou ausência de atividade ou de receitas. Acresce que a recorrente se encontrava em mora à data da declaração da situação pandémica, o que inviabiliza a aplicação do instituto.

Caso similar foi o decidido no **Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 23 de novembro de 2021**⁴⁵, em que estava em causa o cumprimento de um contrato de locação de bem móvel. A recorrente, na qualidade de Autora, instaurou em setembro de 2020, contra a Ré, um procedimento de injunção atento o incumprimento reiterado do contrato de locação, contrato que tinha já resolvido por força do referido incumprimento. A Ré dedicava-se à exploração de um restaurante e de estabelecimento comercial sito numa esplanada que, por força da situação pandémica, teve obrigatoriamente de encerrar (nos termos do DL n.º 2-A/2020 de 20 de março), razão pela qual tinha dirigido uma missiva à Autora, em junho de 2020, a declarar a extinção do contrato.

A Ré não voltou a abrir o restaurante e deixou de auferir quaisquer rendimentos, fazendo cessar todos os contratos com os seus trabalhadores por acordo. Já quanto à esplanada, a mesma voltou a funcionar em maio de 2020, ascendendo o seu volume de faturação a 18 mil euros até dezembro de 2021 (face à faturação de 442 mil euros auferida em 2019).

Da análise do preenchimento dos pressupostos da alteração das circunstâncias, o tribunal entendeu que, quanto ao primeiro, a alteração da base do negócio implica “*uma dedução que tem de ser feita*

⁴⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 23/11/2021, Proc. 74602/20.2YIPRT.L1-7 (Amélia Alves Ribeiro).

pelo intérprete, ao procurar determinar se as partes, ao contratarem, tivessem tido conhecimento dessas circunstâncias, ainda assim, o teriam feito e nos mesmos termos”.

Considerou que dúvidas não existiam quanto à existência de uma alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar já que, caso a Ré *“tivesse previsto o desenvolvimento da crise pandémica, não teria adquirido um novo equipamento que supunha a manutenção ou mesmo aumento da clientela, no domínio da sua laboração (restauração)”.*

Quanto à averiguação da possibilidade de as exigências das obrigações assumidas pela Ré afetarem gravemente os princípios da boa fé, o tribunal sublinhou que esta, por ausência de recursos, fez cessar os contratos de trabalho que tinha com os seus trabalhadores. Acrescentou ainda que não decorria da matéria de facto provada que a cessação do contrato acarretaria um maior prejuízo para a Autora, do que o prejuízo que o seu cumprimento traria à Ré - com efeito, não só a Autora recebeu as rendas do período de vigência do contrato, como poderia obter a entrega da máquina.

Ainda nesta sede, o tribunal considerou que *“exigir à R. o pagamento da quantia reclamada, seria partir de um princípio de que nada se tinha passado de profundamente perturbador no funcionamento das estruturas económicas e sócio jurídicas da sociedade. Corresponderia a uma espécie de imunidade das partes ao desequilíbrio geral sofrido por toda a sociedade face à pandemia e às medidas restritivas, nomeadamente em sede de circulação de pessoas que a mesma provocou. Concluindo que a cessação do contrato por força do artigo 437.º, n.º 1 do Código Civil, “integra-se perfeitamente no desígnio legal de equilíbrio das prestações acordadas, na perspetiva do princípio da boa-fé, à luz do mesmo preceito”.*

Por fim, quanto à aferição de a exigência de cumprimento estar coberta pelos riscos próprios do contrato, entendeu o tribunal que, tendo a Ré a qualidade de mera locadora e não de adquirente do bem à fornecedora, as partes submeteram o contrato aos artigos 1022.º do Código Civil.

Ora, sendo que a perturbação do contrato apenas ocorreu no contexto pandémico, a Ré não estava em mora aquando da verificação da alteração, nos termos do artigo 807.º, n.º 1 do Código Civil, pelo que não ocorreu a inversão do risco. Acrescentando que o artigo 1040.º, sob a epígrafe *redução de renda ou aluguer*, prevê uma incidência de risco diminuída sobre o locador que, atendendo às circunstâncias descritas, não é aplicável na medida em que não se coloca a questão da modificabilidade do contrato. Por fim, referiu ainda o tribunal que, nos termos do artigo 796.º do Código Civil, o risco de danos nas coisas corpóreas corre por conta dos titulares de direitos reais sobre elas, o que confirmava a constatação de que o risco do contrato incidia sobre a Autora.

O Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 25 de novembro de 2021⁴⁶ diz respeito a dois contratos referentes a uma mesma fração (contrato de arrendamento e contrato promessa de compra e venda), celebrados entre requerentes e requerida, que habitava o imóvel. Os requerentes intentaram uma providência cautelar de restituição da posse contra a requerida, entretanto convertida em procedimento cautelar comum, alegando que a mesma deixou de pagar rendas, tendo também deixado de habitar o imóvel para posteriormente voltar a ocupá-lo, mudando a fechadura de forma a impedir os requerentes de aceder ao mesmo. A providência foi declarada procedente, tendo a requerida recorrido da mesma.

O tribunal considerou que a crise causada pela COVID-19, tendo afetado fortemente a profissão da recorrente - esteticista -, já que a sua atividade teve de fechar portas, consubstancia uma alteração anormal das circunstâncias em que a requerida fundou a vontade de contratar. Com efeito, tendo sido proibida legalmente de exercer a sua profissão, ficou sem rendimentos do seu trabalho, razão pela qual não conseguiu reunir o montante do preço global combinado para a compra do imóvel, sendo que, de qualquer forma, mantinha interesse na compra do mesmo.

Nas palavras do tribunal, “[p]retender que a apelante devia ter pago “rendas” ou prestações a título de sinal, quando não podia obter proventos do seu trabalho, presumivelmente a sua única fonte de rendimentos, afeta os princípios da boa fé e tal exigência não tem cobertura nos riscos do próprio contrato. Pretender que os apelados aceitem para sempre o não pagamento de tais quantias, por via da situação pandémica, será igualmente desajustado à justiça do caso e desconforme a um juízo de equidade, devendo neste ser encontrado o melhor equilíbrio entre os interesses cruzados.

A apelante está em situação de poder vir a beneficiar do direito à resolução ou modificação do contrato, sopesando-se os interesses dos apelados, pela via da equidade.”

Decidiu o tribunal julgar improcedente o procedimento cautelar já que a verificação de uma alteração das circunstâncias punha em causa os seus pressupostos, tais como o direito ameaçado dos requerentes e o fundado receio de lesão grave e dificilmente reparável - a única causa do não pagamento prendia-se com a impossibilidade legal de a recorrente exercer a sua profissão, que, sendo entretanto retomada, permitir-lhe-ia cumprir o que se vier a definir.

O Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 13 de julho de 2021⁴⁷ debruçou-se sobre um contrato de prestação de serviços de observador científico de pesca, a bordo de navio para pesca de

⁴⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 25/11/2021, Proc. 609/21.9PT8PTM.E1 (Anabela Luna de Carvalho).

⁴⁷ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 13/07/2021, Proc. 73030/20.4YIPRT.L1-7 (Carlos Oliveira).

arrasto em alto mar. Ora, o recorrente, prestador de serviços, veio instaurar um requerimento de injunção contra a Ré, peticionando a sua condenação ao pagamento dos serviços que foram acordados. A Ré deduziu oposição, invocando que as faturas não foram pagas por motivo de o serviço não ter sido prestado a partir da data em que, por facto que não lhe é imputável, se verificou uma impossibilidade de prestação de serviços: o arresto do navio por parte das Autoridades Argentinas e cancelamento da licença de pesca por parte do Governo Português. Com efeito, o navio esteve sem pescar desde maio de 2020 e em junho de 2020 o observador foi impedido de desembarcar no Uruguai por força da eclosão da pandemia COVID-19.

O tribunal *ad quem* afastou-se do entendimento da Ré e, em parte, da decisão recorrida, considerando que não foi a pandemia que tornou objetivamente impossível a prestação dos serviços de observador científico, nem que determinou o arresto do navio, nem a suspensão da licença de pesca - todos estes factos apenas podiam ser objetivamente imputados à Ré. Acrescentando que, nos termos do contrato, estava expressamente previsto que o período de tempo de deslocação do observador seria um custo a suportar pelo armador.

Logo, a alteração verificada nem sequer foi considerada anormal, na medida em que se verificou no âmbito dos riscos prováveis e previsíveis do contrato, assim como a exigência duma prestação que sempre seria devida nos termos convencionados não foi tida como suscetível de afetar gravemente os princípios da boa fé, pelo que o armador foi condenado ao pagamento das prestações correspondentes até ao observador ter chegado a Portugal, acrescido de juros de mora.

O Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 7 de outubro de 2021⁴⁸ versa sobre um contrato de cedência da exploração de estabelecimento comercial, em que a Ré não pagou as quantias estipuladas referentes aos meses de abril, maio e junho de 2020. A Ré alegou que a pandemia provocou uma diminuição acentuada dos seus rendimentos, que sustenta o direito à modificação ou resolução do contrato. Entendeu o tribunal *a quo* que a situação se enquadrava no âmbito de aplicação do artigo 437.º CC, uma vez que todos os pressupostos se encontravam verificados - entendimento que foi confirmado pelo tribunal *ad quem*. Com efeito, na decisão recorrida pode ler-se que a “*COVID-19 se encontra muito além do que as partes podiam razoavelmente prever, o que leva a que não haja, nesse sentido, um critério intracontratual que, por si, o permita resolver*”. Refere ainda que o cerne do artigo 437.º CC é a referência à boa fé - que veda a possibilidade de a pandemia ser aproveitada

⁴⁸ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 07/10/2021, Proc. 46168/20.0YIPRT.G1 (Fernanda Proença Fernandes).

unilateralmente por uma das partes em detrimento da outra. Razão pela qual a repercussão jurídica da pandemia deve ser repartida por igual, de forma equitativa e equilibrada.

A Lei n.º 4-C/2020, de 6 de abril, que estabeleceu um regime excepcional para a mora no pagamento de rendas, não é aplicável ao caso em apreço uma vez que se tratava de um estabelecimento para atividades turísticas, estando vedada a aplicação analógica por se tratar de um regime excepcional, nos termos do artigo 11.º do Código Civil.

Ora, sendo aplicável o regime da alteração das circunstâncias, considerou o tribunal que a sentença recorrida, que modificou o contrato, pecava por insuficiência - ainda que a apelante tenha exercido a sua atividade em julho e agosto, tal não foi suficiente para cobrir as dívidas. Assim, considerou que, o pagamento devia ser diferido.

No **Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 8 de abril de 2021**⁴⁹ estava em causa o acionamento de uma garantia bancária *on first demand*, prestada pelo requerente no âmbito de um contrato de arrendamento. Foi instaurado procedimento cautelar comum contra um banco e um fundo de investimento imobiliário pedindo que o banco fosse condenado a abster-se de pagar qualquer quantia ao Fundo, ao abrigo da garantia emitida a pedido do Requerente. O requerente prestou uma garantia autónoma à primeira solicitação no âmbito de um contrato de arrendamento. Por força da pandemia COVID-19, resolveu o contrato por alteração anormal das circunstâncias, com efeitos a partir de agosto de 2020, tendo pago as rendas vencidas até à data da entrega da loja. Não existindo nenhuma relação contratual entre as partes, não se justificava o acionamento da garantia que a colocaria numa situação de insolvência. O Fundo, 2º Requerido, deduziu oposição, já que a garantia em causa abdicava de qualquer discussão por parte do garante das relações subjacentes à mesma, acrescentando que a jurisprudência e doutrina são exigentes na admissão de um procedimento cautelar que obste ao seu acionamento. Em causa deveria estar um abuso ou fraude evidente e inequívoca, o que desde logo não se verificou pelo facto de ter sido a Requerente a resolver o contrato de forma ilícita: o artigo 437.º CC não se aplica a arrendamentos, e não estão preenchidos os seus pressupostos. Com efeito, considerava o 2º Requerido que o insucesso da atividade da requerente é abrangido pelos riscos próprios do contrato e, para além do mais, a Requerente encontrava-se em mora aquando da resolução, acrescentado ainda que a exigência do cumprimento não implicaria uma lesão grave e dificilmente reparável já que foram estabelecidas, por legislação excepcional, moratórias no pagamento de créditos bancários.

⁴⁹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 08/04/2021, Proc.19222/20.1T8LSB.L1-6 (Maria de Deus Correia).

Considerou o tribunal recorrido que não lhe cabia averiguar da licitude da resolução com fundamento em alteração das circunstâncias, pois tal violaria o princípio da autonomia da garantia em casa, pelo que apenas seria de verificar se o acionamento da garantia é inequivocamente fraudulento ou abusivo. Vem o tribunal *ad quem* discordar, notando que, se é certo que este raciocínio vale para situações normais e regulares do comércio jurídico, já não será aplicável a situações excepcionais como a pandemia COVID-19. Assim, não seria possível concluir pela existência de um comportamento abusivo sem verificar se os pressupostos do artigo 437.º CC estavam preenchidos.

A Requerente enviou uma carta à 2ª Requerida na qual comunicou que resolvia o contrato, pelo que cabia ao tribunal posicionar-se relativamente à questão da admissibilidade da resolução extrajudicial do contrato. Para tanto, referiu o tribunal que a tendência mais recente da jurisprudência é responder afirmativamente a esta questão. Relativamente à questão de saber se a resolução do contrato poderia ser aplicada ao contrato de arrendamento comercial, notou que existe um processo especial determinado por lei - ação especial de despejo - à luz do artigo 971.º do CPC que determina o emprego desta ação para todos os casos de pedido de resolução. Contudo, referiu o tribunal que o artigo 437.º CC é uma figura de carácter geral, aplicável a qualquer relação contratual, pelo que não existem razões que façam excluir, *a priori*, este tipo de contrato do âmbito de aplicação da norma.

Quanto ao preenchimento dos pressupostos, referiu o tribunal que “[d]ificilmente se encontrará na Doutrina ou na Jurisprudência um exemplo mais evidente de alteração da base negocial, ou de alteração anormal das circunstâncias que presidiram à realização do contrato do que a situação que deu origem ao presente litígio: o deflagrar de uma pandemia, a nível planetário, que paralisou o mundo inteiro, não só Portugal”. Referiu ainda que ficou provado que a Requerente teve perdas acentuadas, pelo que resultava evidente que a manutenção do contrato de arrendamento seria ruínoza, não sendo razoável exigir que mantivesse a loja aberta para que continuasse, unicamente, a ter prejuízo.

Nas palavras do tribunal, “o equilíbrio das prestações contratuais que subjaz à realização de qualquer contrato está radicalmente afectado, pelo que exigir à locatária, ora Apelante, que mantivesse o pagamento integral do valor da renda até 31/10/2021, depois de verificar que durante 5 meses não conseguiu facturar sequer o valor necessário para pagar essa renda, seria absolutamente atentatório dos princípios da boa-fé”.

Foi ainda referido que a repercussão jurídica da COVID-19 deve ser repartida de acordo com o princípio da igualdade, sendo certo, no entanto, que a cada contrato corresponde uma estrutura de distribuição do risco própria, não devendo a igualdade ser considerada em termos formais. Assim, no referente à equidade da solução na repartição do risco, conclui que “a resolução do contrato é a

solução que melhor garante o equilíbrio da situação jurídica de ambas as partes, ou seja, a locatária liberta-se de uma situação ruínosa e insustentável de acumulação de dívida e o locador recupera o seu activo imobiliário que pode rentabilizar através de um arrendamento mais resistente aos efeitos da crise pandémica.”

Quanto à exigência de a alteração não estar coberta pelos riscos próprios do contrato, o tribunal afirmou perentoriamente que uma pandemia que paralisa o mundo inteiro nunca seria um risco próprio do contrato, já que em causa não está um maior ou menor êxito do negócio ou uma crise que abrandou o mercado, mas algo completamente imprevisível.

No referente à legislação excecional COVID-19, a mesma não seria um impedimento à conclusão a que se chegou: a aplicabilidade do remédio da alteração das circunstâncias. Com efeito, cumpre aos comerciantes avaliar da pertinência das soluções de apoio às famílias e empresas concedidas por estipulação legal, não tendo estas um cariz obrigatório ou revogatório do regime da alteração das circunstâncias. Ora, no contrato em causa, as moratórias só fariam com que a Requerente arrastasse a dívida, adiando-a para um período em que a empresa ainda se encontraria mais difícil face à acumulação de prejuízos.

Finalmente, com base no supramencionado, decidiu o tribunal julgar procedente a providência cautelar, obrigando o Fundo a abster-se de acionar a garantia autónoma à primeira solicitação.

O Fundo interpôs recurso de revista desta decisão, uma vez que o acórdão recorrido estaria em contradição com outro acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 21 de fevereiro de 2013, Proc. 863/12.7TVLSB-A.L1-2⁵⁰, proferido no domínio da mesma legislação e sobre a mesma questão fundamental de direito.

Assim, veio o **Supremo Tribunal de Justiça, no Acórdão de 14 de julho de 2021**⁵¹ decidir, negando revista à decisão recorrida por não se ter verificado oposição de julgados.

Por um lado, porque seria o resultado da análise da existência de uma alteração anormal das circunstâncias, nos termos do artigo 437.º CC que constituiria prova da existência de fraude, abuso ou má-fé. Por outro lado, porque a questão da resolução extrajudicial do contrato não passava de uma alusão lateral que em nada contribuiu para a decisão do acórdão apresentado como fundamento para a oposição de julgados.

50 Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 21/02/2013, Proc. 863/12.7TVLSB-A.L1-2 (Ezagüy Martins).

51 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14/07/2021, Proc. 19222/20.1T8LSB.L1.S1 (Manuel Capelo).

No recente **Acórdão do Tribunal de Relação de Guimarães de 20 de janeiro de 2022**⁵² estava em causa uma providência cautelar de entrega judicial de uma viatura, uma vez que a requerida deixou de pagar as prestações devidas pela utilização da mesma no âmbito de um contrato de locação financeira. A requerida deduziu oposição ao arresto decretado, alegando que a obrigação em causa deveria ter sido suspensa por força da legislação COVID-19 e que ocorreu uma alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram o seu contrato. A providência foi declarada improcedente, tendo a requerente, inconformada, recorrido. Ora, tendo ficado provado que a requerida tinha, já antes da pandemia, entrado em incumprimento, ficou o regime da alteração das circunstâncias afastado, assim como o regime das moratórias, já que detinha dívidas à segurança social.

Ora, não cremos que seja possível retirar uma tendência da aplicação do artigo 437.º CC pelos tribunais à COVID-19, face aos poucos acórdãos ainda publicados e aqui analisados. Contudo, poderemos retirar algumas conclusões daquela que tem sido, até agora, a visão dos tribunais no referente à verificação dos pressupostos do regime.

No desenrolar da pandemia, foram elaborados inúmeros diplomas legais que visaram, numa perspetiva *Kegeliana*, de competência do legislador em situações de alteração da grande base negocial, fazer face às inúmeras dificuldades que os constrangimentos da pandemia causaram à sociedade.

Assim, o Decreto-Lei n.º 10-J/2020, de 26 de março veio prever medidas excecionais de proteção dos créditos das famílias, empresas, instituições particulares de segurança social e demais entidades da economia social, a elas acrescentando um regime especial de garantias pessoais do Estado, no âmbito da COVID-19. Ora, no preâmbulo do referido diploma, a falta de meios económicos do devedor é referida como justificação para a aplicação de medidas excecionais para a proteção das famílias e empresas. Refere Henrique Sousa Antunes⁵³, a este propósito, que a abordagem da legislação COVID-19 “*na apreciação judicial de situações de impacto económico de pandemia que não estejam abrangidas pelos regimes legais aprovados pode dar origem à invocação de uma contradição de julgados, considerando a crise de 2008*”.

A resolução ou modificação do contrato por força do artigo 437.º depende da verificação de uma lesão causada pela alteração superveniente - exige-se a demonstração de um nexo de causalidade entre a lesão e a alteração ocorrida. Ora, o diploma referido não exige prova da existência de uma lesão, assim

⁵² Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 20/01/2022, Proc. 3409/21.2T8BRG.G1 (Jorge Teixeira).

⁵³ HENRIQUE SOUSA ANTUNES, *Os desafios da legislação COVID-19 à aplicação do regime da alteração das circunstâncias previsto no Código Civil*, 2020, in *Contratos e Pandemia*, Coord. Gonçalo Malheiro e Luís Barreto Xavier, Almedina, pág. 47.

como a Lei n.º 4-C/2020 de 6 de abril, que estabeleceu um regime excecional para os casos de mora no pagamento da renda nos termos de contratos de arrendamento urbano, no âmbito da pandemia, apenas exige a demonstração da perda de rendimentos, mas não a imputação da quebra dos mesmos à ocorrência da pandemia. O Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14/09/2021⁵⁴, acima analisado, ilustra, precisamente, a desigualdade no tratamento das duas situações. A Ré, por ter ficado fora do âmbito do regime das moratórias no qual ficaria dispensada de demonstrar a lesão sofrida, não viu a sua situação acautelada já que o tribunal considerou que não ficou “*constatada uma redução ou ausência de atividade ou de receitas*”.

Também o artigo 4.º da Lei n.º 7/2020 de 10 de abril determinou a proibição da suspensão dos serviços de fornecimento de água, de energia elétrica, de gás natural e de comunicações até 30 de setembro de 2020, tendo o legislador incluído no âmbito de proteção da norma os utilizadores com atrasos nos pagamentos das prestações, nos termos dos n.ºs 4 e 5 do artigo 4.º. Ora esta circunstância demonstra, igualmente, que a exigência da inexistência de mora do lesado nas situações que não ficam abrangidas pela referida lei poderá violar a exigência do artigo 8.º, n.º 3 CC. Isto é, a necessidade de o julgador conferir a casos análogos tratamento uniforme na interpretação e aplicação do Direito, pelo cumpre indagar se o referido princípio, assim como a boa fé poderão justificar a aplicação de exceções a esta exigência.

Ora, os diplomas referidos são menos exigentes na averiguação da existência de uma lesão causada por força da alteração superveniente, ou da inexistência de mora, em comparação com o artigo 437.º CC, gozando, assim, de um *abaixamento* de exigência no âmbito da legislação COVID-19.

Uma das principais conclusões que a análise dos recentes acórdãos supramencionados nos permite retirar é a de que os tribunais, na sua generalidade, não optaram por uma postura mais branda na aplicação do remédio do artigo 437.º CC, atendendo à inédita e excecional criação de leis no âmbito da COVID-19.

Disse Henrique Sousa Antunes que “*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”*”; todavia, parece-nos que não será a crise pandémica a trazer essa mudança de perspetiva.

Atenta a constatação do rigor na averiguação judicial dos pressupostos do artigo 437.º CC, mesmo em casos de perturbações da grande base negocial em que o legislador conferiu proteção a certas situações, deixando, todavia, casos semelhantes desprotegidos, o estudo da regulação do risco pela via contratual

⁵⁴ Acórdão do Tribunal da relação de Lisboa de 14/09/2021, Proc. 5769/21.6T8LSB.L1-A-7 (Micaela Sousa).

surge como uma alternativa interessante e pertinente. Assim, cumpre questionar se poderão as partes determinar a que circunstâncias desejam atribuir relevância como causas suscetíveis de impor a modificação ou resolução do contrato, e qual a conjugação desta solução contratual com o regime do artigo 437.º CC.

6. Regulação da Alteração das Circunstâncias Por Via Contratual: As Cláusulas de Hardship e as Cláusulas MAC

A inevitável tensão entre o princípio *pacta sunt servanda* e o instituto da alteração das circunstâncias diminui substancialmente quando as partes, por via contratual, distribuem entre si o risco a suportar, estipulando o rumo a tomar em caso de verificação de uma alteração superveniente das circunstâncias em que fundaram a vontade de contratar.

Uma via de distribuição do risco é o recurso a cláusulas de adaptação, de uso cada vez mais frequente, através das quais as partes acordam uma modificação do contrato no caso de ocorrer determinada circunstância perturbadora do equilíbrio contratual, assim como os moldes em que tal modificação ocorrerá.

Também as cláusulas de *material adverse change*⁵⁵ (doravante, “MAC”) surgem como distribuidoras de risco em contratos de fusão e aquisição de empresas, assim como em contratos de financiamento, permitindo às partes recusarem-se a concluir o negócio caso um evento superveniente tenha um impacto negativo na transação.

Estes dois tipos de cláusulas surgem frequentemente no âmbito da contratação comercial internacional. A conexão de um contrato comercial internacional com diversas ordens jurídicas acrescenta um fator de insegurança face à multiplicidade de soluções apresentadas pela legislação dos ordenamentos em causa, assim como pelo desconhecimento do tratamento destes casos pelos tribunais. Poderão as partes ver-se confrontadas com ordenamentos jurídicos onde não é atribuída relevância à alteração das circunstâncias, ou, em sentido diametralmente oposto, com um ordenamento que consideraria a prestação inexigível em situações cuja (diminuta) gravidade o não justificaria.

Um contrato internacional é ainda suscetível de ser afetado por um maior número de situações já que, qualquer alteração económica, legislativa ou bélica no país da contraparte terá impacto no cumprimento pontual do contrato. Por outro lado, a inerente complexidade associada a este tipo de contratos, sofisticados e muitas vezes inseridos em transações de grande dimensão, levam a que as

⁵⁵ também conhecidas por cláusulas de *material adverse effect*.

partes não queiram *deixar nas mãos* de um terceiro, à mercê de normas legais com caráter indeterminado, a solução que melhor se enquadrará no tipo de contrato em questão e à relação enquanto partes.

Importa, contudo, referir que, de forma algo paradoxal, ao fixarem um mecanismo de flexibilização automático, as partes estão também a abrir portas para que os casos que não caiam no âmbito de aplicação dessa cláusula gerem, no limite, a inversão integral do risco, que passará do contraente que se visava acautelar para a contraparte. A fixação destas cláusulas de distribuição de risco implica, pois, uma redação extremamente cuidada, que se traduz num equilíbrio difícil: por um lado, deverá conter um texto abrangente de forma a abarcar o maior número de situações e, por outro, conciso e específico, que confira efetividade, impedindo um aproveitamento da situação em que se encontra o contraente mais frágil.

As cláusulas *hardship* estipulam o dever de renegociar o contrato uma vez verificado um acontecimento com o qual as partes razoavelmente não poderiam contar no momento da celebração do mesmo, gerador de um desequilíbrio nas prestações que torna inútil ou excessivamente onerosa a sua execução pelo devedor. Assim, poder-se-á dizer que o objetivo destas cláusulas é o de tornar possível a execução do contrato, evitando a sua resolução ou a injustiça de uma das partes ter de suportar o rigor excessivo (*hardship*) do mesmo.

As cláusulas de *hardship* distinguem-se das cláusulas de força maior: enquanto as últimas dispõem sobre as consequências da impossibilidade superveniente e definitiva da prestação, conduzindo à extinção da obrigação e à exoneração do devedor em relação aos danos sofridos pelo credor, as primeiras pressupõem que o cumprimento da prestação é ainda possível, apesar de demasiado oneroso. As cláusulas de *hardship* caracterizam-se por um conteúdo amplo e genérico, mas não indeterminável, já que na maior parte dos casos apenas mencionam uma modificação da situação geral em que as partes fundaram a decisão de contratar. Já as cláusulas de força maior enumeram todos os eventos suscetíveis de serem considerados de força maior.

Estas cláusulas são produto da autonomia privada, pelo que os contraentes podem definir hipóteses de onerosidade excessiva que normalmente recairiam na esfera de riscos do devedor - isto é, as partes podem estipular um dever de renegociar mesmo relativamente a eventos supervenientes que não seriam abrangidos pelo artigo 437.º CC, já que pertenceriam aos riscos próprios do contrato⁵⁶.

⁵⁶ RUI MASCARENHAS ATAÍDE, Modelos Convencionais de regulação e distribuição de risco contratual. Em especial, as cláusulas *hardship*, in Revista de Direito da Responsabilidade, ano 3, 2021, pág. 9.

Muitas são as cláusulas de adaptação que as partes poderão consagrar, já que consoante o tipo de contrato e de risco que não querem deixar de acautelar, poderão estipular desde - as mais comuns - cláusulas de *hardship*, a cláusulas mais específicas: cláusulas de revisão automática; cláusulas de preço fixo; cláusulas de estabilização; cláusulas monetárias, entre muitas outras.

As cláusulas de alteração material adversa (“MAC”), que surgem no âmbito da contratação comercial aplicam-se, como referido, a contratos de compra e venda de empresas através de participações sociais ou no âmbito de contratos de financiamento. Em causa estão acordos celebrados sem assimetrias informativas já que as partes são, na sua generalidade, sofisticados agentes económicos.

Tipicamente, estas cláusulas estabelecem um direito de desvinculação extrajudicial sem custos, verificado um determinado evento desfavorável no período contido entre a celebração do contrato de compra e venda de participações sociais (*signing*) e a efetiva transmissão das mesmas (*closing*)⁵⁷. As cláusulas MAC não preveem, em regra, uma modificação do contrato, mas a desvinculação do contrato não configura uma resolução típica, com os efeitos característicos da resolução consagrada no artigo 432.º CC. Exemplo frequente é aquele em que o comprador, perante uma quebra do EBITDA⁵⁸, perde interesse no negócio, entre a assinatura do contrato e o *closing*⁵⁹.

Com a estipulação destas cláusulas, o adquirente pretende escudar-se dos riscos que não constituem objeto típico de *representações e garantias*, caindo fora da álea que estas tendem a assegurar. Com efeito, em causa estão circunstâncias imprevisíveis que escapam, à partida, ao controlo do vendedor, ou circunstâncias que o mesmo não está disposto a garantir autonomamente⁶⁰. Os contratos em questão são tipicamente precedidos de um processo de *due diligence*, processo através do qual o adquirente se certifica das condições da empresa a adquirir, sendo que o vendedor será responsável pela veracidade e exatidão da informação prestada, espelho da situação real da empresa alvo - isto é, a empresa que se visa adquirir. Ora, naturalmente, a informação a disponibilizar será aquela efetivamente conhecida e disponível ao tempo do processo de *due diligence* até ao momento da assinatura do contrato (*signing*). As cláusulas MAC surgem, então, como um meio de proteger o adquirente das circunstâncias que não

⁵⁷ CATARINA MONTEIRO PIRES, Cláusulas de preço fixo, de ajustamento de preço e de alteração material adversa (“MAC”) e cláusulas de força maior - revisitando problemas de riscos de desequilíbrio e de maiores despesas em tempos virulentos, pág. 81.

⁵⁸ O EBITDA, sigla de “*Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization*” é um indicador que, ao eliminar os efeitos das decisões de financiamento, permite analisar e comparar o desempenho e/ou a rentabilidade de uma empresa ou entre empresas.

⁵⁹ *Idem*, pág. 82.

⁶⁰ FERNANDO OLIVEIRA E SÁ, *Cláusulas material Adverse Change (MAC) em contratos de compra e venda de empresas*, pág. 429.

poderiam ser acauteladas por via das referidas *representações e garantias*, isto é, são um meio de suprimento de insuficiências de outras cláusulas de distribuição de risco.

No referente à estrutura e formulações típicas das cláusulas MAC, podemos distinguir três conjuntos de riscos inerentes a uma operação de aquisição de empresas: (i) alterações com impacto na empresa-alvo (*Business MAC*); (ii) alterações nos mercados onde atua a empresa-alvo (*Market MAC*) e; (iii) alterações nas condições de mercado e financiamento necessárias para a prossecução da operação (*Financial MAC*). Estas cláusulas surgem, geralmente, como condições que impedem a finalização da operação (*closing conditions*), nada obstante, no entanto, que surjam como garantia - esta última opção implicará que os efeitos da sua ocorrência fiquem sujeitos às regras do incumprimento das *representações e garantias*⁶¹.

A cláusula poderá ainda, à semelhança da cláusula de *hardship*, revestir uma natureza genérica, que apresenta uma previsão genérica e aberta, ou específica, acompanhada de elementos delimitadores da extensão da mesma.

O seu âmbito de aplicação é, frequentemente, construído através da enumeração de exceções, denominadas de *carve-outs*, por exemplo excluindo alterações económicas do país onde a sociedade tem a sua sede, mas também de limitações a essas exceções - prevendo, por hipótese, que se a alteração económica tiver um impacto desproporcionado na sociedade visada sem que tal ocorra em outras sociedades do setor, então a referida alteração não ficará excluída. A redação poderá adotar a forma de regra-exceção, ou regra-exceção-exceção⁶², aumentando significativamente a exigência interpretativa, sendo que nos casos em que uma circunstância não se encontra na regra, nem na exceção - pense-se no exemplo da pandemia - a dificuldade será ainda maior.

A delimitação poderá, por outro lado, ser feita através de *inclusions*, isto é, da enumeração das situações que as partes desejam enquadrar no conceito de alteração material adversa. Por norma, os riscos de mercado serão atribuídos ao comprador e os riscos específicos da sociedade-alvo ao vendedor. O primeiro terá sempre interesse na estipulação de cláusulas específicas, exaustivamente consideradas, desonerando-se de muitos riscos que, de outra maneira, incidiriam sobre si, já o vendedor terá interesse na estipulação de cláusulas mais genéricas e abrangentes⁶³.

⁶¹ FERNANDO OLIVEIRA E SÁ, *Cláusulas material Adverse Change (MAC) em contratos de compra e venda de empresas*, pág. 430.

⁶² CATARINA MONTEIRO PIRES (2020) *Cláusulas de preço fixo (...)*, cit. pág. 84.

⁶³ As cláusulas não poderão, pela sua generalidade e abrangência, colocar todo o poder numa parte, deixando a contraparte sem argumentação por desconhecimento dos critérios utilizados para o acionamento da cláusula. Neste sentido, veja-se a única decisão portuguesa relevante no âmbito do presente estudo, o Acórdão do 7.º Juízo Civil da Comarca de Lisboa de

Em regra, as cláusulas de “*material adverse change*” não definem o que será considerado como *material*⁶⁴, por opção das partes, já que estamos perante cláusulas que surgem no âmbito de contratos bastante negociados. No entanto, a prática aconselha que uma lista de situações que consubstanciam uma alteração material adversa seja incluída, deixando claro, de forma expressa, que tal lista não enumera taxativamente⁶⁵ as únicas alterações passíveis de consubstanciar uma MAC.

Um contrato que preveja esta cláusula pode suscitar variadas questões, entre elas: (i) saber se o evento em causa constitui uma alteração material adversa e quais os efeitos do mesmo e (ii) qual a relação que o contrato estabelece com o artigo 437.º CC, ou melhor, qual a articulação entre os dois.

Relativamente à primeira questão, importa notar que mesmo nas situações em que são listadas as circunstâncias consideradas como uma alteração material adversa, se uma das partes recorrer aos tribunais, os mesmos sempre terão de fazer uma interpretação da cláusula. Ora, o desenvolvimento jurisprudencial norte americano de interpretação das cláusulas sobre as quais nos debruçamos desempenha um papel fundamental. No caso *IBP, Inc. vs. Tyson Foods, Inc.*⁶⁶, fixou-se doutrina no sentido de se considerar como alteração materialmente adversa o evento que “*substantially threatens*

22.08.2014, Proc.º 3194/12.9TJLSB. O tribunal considerou, em ação inibitória proposta pelo Ministério Público, a redação da cláusula utilizada pelo banco Barclays no contrato de mútuo abusiva por deixar ao critério do mutuante a possibilidade de resolver o contrato. A cláusula dispunha da seguinte forma:

«14.2. Sem prejuízo de quaisquer outros direitos que lhe sejam conferidos por lei ou pelo presente Contrato, constituem causa bastante e fundamentada de resolução do presente Contrato, independentemente de interpelação, as que designadamente se indicam:

14.2.7 quando, no entender do BARCLAYS, se registar uma degradação da situação económico-financeira do(s) MUTUÁRIO(S), susceptível de pôr em perigo o reembolso do crédito concedido, bem como se ocorrerem factos ou situações que afectem a actividade do(s) MUTUÁRIO(S) e o BARCLAYS entender que tais factos constituem alteração material adversa da solvabilidade do(s) MUTUÁRIO(S)».

⁶⁴ Veja-se, a este propósito, no âmbito do Acórdão do TRL de 06.06.2019, Relator Gabriel Cunha Rodrigues, Proc.º 8693/16.8T8ALM-A.L1-2., ainda que não discuta o conteúdo da cláusula, contém um exemplo ilustrativo da típica indefinição do conceito de situação material adversa:

«17-B. *SITUAÇÃO MATERIAL ADVERSA: Qualquer alteração negativa substancial nos negócios da CLIENTE ou quaisquer alterações materiais no seu passivo ou ativo determinadas por uma qualquer causa, incluindo, em geral, a realização de qualquer operação, ato ou negócio cujo objetivo ou efeito, direto ou indireto, seja diminuir o valor da sua situação patrimonial líquida da qual resulte ou possa, segundo um juízo fundamentado da CG...[o banco mutuante], determinar o incumprimento definitivo de alguma das obrigações assumidas no presente contrato relativas ao pagamento do montante que se encontrar em dívida e/ou relativas às garantias prestadas, confere à C... [o banco mutuante] o direito de considerar imediatamente vencida a totalidade do capital em dívida, cujo pagamento se tornará, então, conseqüente e imediatamente exigível, acrescido dos juros remuneratórios e/ou moratórios devidos, bem como dos demais encargos ou despesas legal ou contratualmente exigíveis».*

⁶⁵ A tendência da jurisprudência norte americana parece ser a de considerar que os factos que não constam da lista exemplificativa não serão considerados uma alteração material adversa, o que já não sucederá se declararem expressamente a natureza exemplificativa da lista.

⁶⁶ *IBP, Inc. vs. Tyson Foods, Inc.* (Delaware Chancery Court), 789, A.2d 14 (18-jun.-2001), pág. 67 a 68.

the overall earnings potential of the target in a durationally significant manner (...) which one would be measured in years rather than months". Tendo o tribunal defendido que uma MAC "(...) is best read as a backstop protecting the acquiror from the occurrence of unknown events". Poderemos concluir que é necessário analisar três elementos essenciais: (i) a existência de um limite mínimo para a materialidade da alteração (ii) a existência de um limite mínimo temporal dos efeitos da mesma (iii) a alteração traduzir-se num risco desconhecido pelas partes.

O recente caso *Akorn*⁶⁷, decidido em 2018 pelo Tribunal de Delaware, foi um relevante marco jurisprudencial no sentido de flexibilização da exigência de materialidade. Em causa estava uma fusão falhada entre duas empresas farmacêuticas: Akorn Incorporation e Fresenius Kabi AG. Nos termos do contrato, assinado em 2017, a Fresenius A Kabi AG planeou comprar a Akorn Inc. por 4,75 mil milhões de dólares⁶⁸. Ora, o tribunal decidiu que o comprador poderia desvincular-se do contrato face à verificação de uma *general MAC*, tendo, desta forma, reconhecido pela primeira vez a existência de uma alteração material adversa.

No entanto, no caso *Channel Medsys-tems v Boston Scientific*⁶⁹, decidido em 2019 pelo mesmo Tribunal, este veio recusar a existência de uma MAC que justificasse a desvinculação do acordo de fusão pelo comprador (*Boston Scientific*), já que não considerou provada a existência de uma alteração que *substantially threaten the overall earnings potential of the target in a durationally-significant manner*.

A incerteza e vaguidão da definição de Material Adverse Change, particularmente do termo *material*, têm suscitado muita controvérsia, já que, ainda que estas cláusulas surjam de um longo processo de negociação, o termo "material" raramente é definido pelas partes. Ora, na decisão anteriormente referida, o Tribunal abriu portas para que, querendo, as partes possam definir o que consideram como alteração adversa material, não deixando a sua interpretação para os tribunais⁷⁰.

Somos da opinião de que esta exigência de materialidade, cuja base é a *teoria da frustração*, isto é, a exigência de a alteração *ameaçar substancialmente todo o potencial de ganhos da empresa-alvo*, é

⁶⁷ *Akorn, Inc. v. Fresenius Kabi AG*, (Delaware Chancery Court), WL 4719347 (1-out.-2018).

⁶⁸ Narine Lalafaryan, *Material Adverse Change uncertainty: costing a fortune if not corporate lives in Journal of Corporate Law Studies*, pág. 60, 2021.

⁶⁹ *Channel Medsystems vs. Boston Scientific* (Delaware Chancery Court), WL 6896462 (18.-dez.-2019).

⁷⁰ *Idem*, pag. 72.

demasiado rigorosa⁷¹. Com efeito, concordamos com Fernando Oliveira e Sá⁷², quando refere que a intenção destas cláusulas é a de baixar o *standard* legal de relevância da *frustration*, e, entre nós, dos exigentes requisitos do regime da alteração das circunstâncias. O conceito indeterminado de “materialidade da alteração” carece de densificação, densificação essa que só poderá ser feita através da vontade expressa das partes.

Não olvidemos o facto de estarmos perante uma solução contratual, onde impera a autonomia privada, pelo que cabe às partes acordar a que circunstâncias decidem dar relevância, devendo a densificação do conceito “material” ser casuística. Com efeito, só as partes saberão se preferem uma solução de *indefinição*, que poderá ser eficiente numa perspetiva de obrigar a uma renegociação dos termos do contrato, ou se, por outro lado, desejam definir o que consideram por alteração material adversa, não ficando à mercê da interpretação dos tribunais.

6.1 A Articulação Entre a Solução Contratual e o Artigo 437.º CC

O ordenamento jurídico português oferece, ao contrário dos ordenamentos de *common law*, uma solução para o caso em que ocorre uma alteração superveniente das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar, pelo que cumpre indagar sobre a conjugação entre a estipulação de uma cláusula MAC ou de uma cláusula de *hardship* e o regime legal do artigo 437.º CC.

A doutrina alemã teve já oportunidade de se pronunciar⁷³ relativamente à cláusula *hardship*, sendo que a questão está longe de ser consensual⁷⁴.

Michael Martinek⁷⁵ sublinha que a aplicação desta cláusula surge no seguimento de um evento que prejudica gravemente o equilíbrio do contrato, pelo que, inevitavelmente, uma das partes encontrar-se-á numa posição de fragilidade. A renegociação que se desencadeará será, pois, ainda mais

⁷¹ Neste sentido veja-se o *Panel on Takeovers and Mergers* (“does not require the offer to demonstrate frustration in the legal sense”). MARTIN HENSSLER, “Material Adverse Change-Klauseln”, cit., 744.

Cfr. também SCHWARZ, ANDREW A. – “A standard clause analysis of the frustration doctrine and the material adverse change clause”, *University of Colorado Law Review*, 57 (2010), pág. 828. FERNANDO OLIVEIRA E SÁ, “Cláusulas Material Adverse Change”, cit., pág. 440.

⁷² FERNANDO OLIVEIRA E SÁ, *Cláusulas material Adverse Change (MAC) em contratos de compra e venda de empresas*, pág. 439.

⁷³ No sentido da relevância desta discussão para o Direito Português: ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *A «Hardship Clause» e o Problema da Alteração das Circunstâncias (Breve Apontamento)*, *Separata Juris et de Urbe*, Universidade Católica do Porto, 1998, p 39.

⁷⁴ *Idem*, pág. 34 e ss.

⁷⁵ MICHAEL MARTINEK, *Die Lehre von den Neuverhandlungspflichten - Bestandaufnahme, Kritik und Ablehnung*, *Archiv für die civilistische Praxis* 198, 1998.

desequilibrada, beneficiando a parte que não terá de suportar a alteração das circunstâncias. O autor questiona a eficiência desta cláusula de renegociação numa perspetiva de restituição do equilíbrio contratual, já que a parte que não foi afetada pelo evento perturbador sempre tentará estabelecer, através da negociação, um resultado mais favorável para si. Ora, de forma a evitar que este dever de renegociação beneficie a parte mais forte, conclui que só uma preferência por uma modificação judicial do contrato poderá respeitar verdadeiramente o conteúdo material do contrato e a distribuição de risco inicialmente acordada.

Por outro lado, Norbert Horn⁷⁶ lembra que ninguém conhece melhor o contrato do que as partes, pelo que, de acordo com o princípio da autonomia privada, são estas que devem ajustar o contrato por via da renegociação, descongestionando, assim, os tribunais.

Por cá, Mariana Fontes da Costa⁷⁷ considera que a exclusão convencional de determinadas circunstâncias específicas do âmbito de aplicação do instituto da alteração superveniente das circunstâncias consubstancia uma cláusula de distribuição de riscos normais do contrato. Assim, dificilmente se poderá defender a aplicação do regime consagrado no artigo 437.º a 439.º CC, a não ser que o julgador entenda que, no caso em apreço, atendendo à informação de que dispõe, a amplitude da alteração extravasa os riscos que as partes quiseram, efetivamente, excluir aquando da estipulação da cláusula.

Também Luís Carvalho Fernandes⁷⁸ entende que “*perante a natureza supletiva dos arts. 437.º a 439.º, se no contrato se contiver uma cláusula de renegociação, esta tem precedência sobre a solução legal*”.

O mesmo entendimento já não será de se aplicar às cláusulas que implicam uma rejeição genérica do instituto do artigo 437.º CC, desacompanhadas da criação convencional de um regime alternativo devidamente negociado e ponderado. Com efeito, defende a Autora que a liberdade contratual não opera num *vácuo jurídico*, conferindo, ao invés, a possibilidade de os sujeitos contratuais conformarem os seus interesses dentro do quadro de valores inerente ao nosso sistema jurídico⁷⁹. Acrescenta ainda que, atendendo à racionalidade limitada dos agentes económicos, não se deverá admitir que os mesmos pudessem razoavelmente prever todos os riscos associados às inúmeras perturbações que poderão afetar o contrato. Assim, a rejeição do regime da alteração superveniente das circunstâncias

⁷⁶ NORBERT HORN, *Neuverhandlungspflicht*, Archiv für die civilistische Praxis 181, 1981, pág. 255

⁷⁷ MARIANA FONTES DA COSTA, *A alteração superveniente (...)* cit., pág. 304.

⁷⁸ LUÍS CARVALHO FERNANDES, *A teoria da imprevisão no Direito Civil Português, reimpressão com nota de actualização*, Quid Juris, Lisboa, 2001, págs. 316 a 319.

⁷⁹ *Idem*.

consubstanciaria um exercício meramente formal de liberdade contratual, já que em causa não estaria uma verdadeira autodeterminação, mas um juízo que, inevitavelmente, seria imponderado.

Em sentido mais amplo, que não seguimos, Nuno Aureliano defende que é “duvidosa” qualquer cláusula que derogue a aplicação do artigo 437.º, “*enquanto janelo do sistema, aplicável mesmo a contratos em que a álea seja diretamente assumida pelas partes*”⁸⁰.

Também relativamente às cláusulas MAC, somos confrontados com a questão de saber se poderemos, sem mais, transpor as mesmas para o ordenamento português assim como se encontram estabelecidas no direito norte americano.

Martin Henssler, a respeito do ordenamento jurídico alemão, sustenta que tal seria o *caminho errado*⁸¹. Em primeiro lugar, atendendo às diferenças significativas entre a *common law* e a *civil law*, nomeadamente no que diz respeito aos seus cânones interpretativos. De facto, na jurisprudência alemã (assim como na portuguesa) não existe ainda, nem seria de admitir, o desenvolvimento interpretativo desenhado pela jurisprudência norte americana. Por outro lado, os Tribunais sempre se apoiariam na teoria da base do negócio ou no regime da alteração das circunstâncias.

Ainda que concordemos com o último argumento apresentado por Henssler, é importante lembrar que as cláusulas MAC surgem no âmbito da liberdade contratual, cujo ponto de partida é a vontade expressa das partes - o desejo por uma específica distribuição do risco e não aquela que é determinada pela lei. Como referido anteriormente, o preenchimento do conceito de alteração material adversa é menos exigente em relação à verificação dos pressupostos do artigo 437.º, uma vez que a sua densificação será casuística.

No Direito português, Fernando Oliveira e Sá posiciona-se contra uma exclusão total do regime da alteração das circunstâncias consagrado no ordenamento jurídico português⁸².

Por um lado, poderemos estar perante um contrato no âmbito do qual foi consagrado uma cláusula MAC que não regula a alteração que efetivamente veio gerar um desequilíbrio contratual. Por outro, na hipótese de a cláusula abranger a alteração verificada, *quid iuris* se a mesma surge como insuficiente para reconstruir o equilíbrio contratual exigido ao abrigo das regras da boa fé?

⁸⁰ NUNO AURELIANO, *O risco nos contratos de alienação. Contributo para o estudo de direito privado português*, Almedina, Coimbra, 2009, pág. 487, nota 1439.

⁸¹ MARTIN HENSSLER, “Material Adverse Change-Klauseln”, cit., pág. 742. Cfr. também, FERNANDO OLIVEIRA E SÁ, “Cláusulas Material Adverse Change”, cit., pág. 431.

⁸² FERNANDO OLIVEIRA E SÁ, “Cláusulas Material Adverse Change”, cit., pág. 438.

De forma a responder a estas questões, importa saber em que medida é que a consagração de uma cláusula MAC prejudica o funcionamento do regime da alteração das circunstâncias. As cláusulas MAC genéricas, pela sua natureza aberta, são delineadas pelas partes com o objetivo de *substituir* o regime do artigo 437.º CC. Na verdade, os pressupostos deste regime são, à partida, bastante exigentes, pelo que não são poucos os casos que poderão cair fora do seu âmbito de aplicação, sendo, por outro lado, abarcados pela cláusula MAC⁸³.

Já no caso de uma cláusula MAC específica com a enumeração de *inclusions*, na visão de Fernando Oliveira e Sá⁸⁴, confrontamo-nos com duas possibilidades. Por um lado, se estas forem meramente exemplificativas, os factos nela previstos serão analisados ao abrigo da cláusula genérica. Já se a lista de possibilidades que configuram uma MAC for taxativa, parte do risco negociado entre as partes não foi distribuído, pelo que se um evento não discriminado na mesma ocorrer, então o seu impacto no equilíbrio das prestações será analisado ao abrigo do regime do artigo 437.º CC. Coisa diferente ocorre quando as partes dizem expressamente que visam excluir determinada circunstância da possibilidade de resolução do contrato (*carve-out*), situação em que se verifica uma inversão do risco do vendedor para o comprador mediante uma cláusula de distribuição do risco, não podendo depois vir o adquirente reclamar a aplicação do artigo 437.º CC.

Em suma, os casos de estipulação de cláusulas genéricas e de *inclusions* meramente exemplificativas, não seriam problemáticos na medida em que a exigência de *materialidade* é menos rigorosa do que os apertados requisitos do artigo 437.º CC. Assim como não seria problemática a exclusão do artigo 437.º CC mediante um *carve-out*, isto é, uma cláusula de inversão do risco. A questão coloca-se, sim, nas situações em que as partes estipulam expressamente que só desejam atribuir relevância a determinadas circunstâncias, sendo o contrato omissivo relativamente às demais.

Neste ponto, será de questionar se as partes quizeriam, relativamente a todos os outros casos, excluir genericamente o regime da alteração das circunstâncias? E, querendo, se será possível estipular uma exclusão genérica do artigo 437.º CC?

De forma a posicionarmo-nos sobre esta questão, cumpre referir a doutrina relativa aos limites à liberdade contratual, analisando se a norma constante do artigo 437.º CC é supletiva ou imperativa. O princípio da liberdade contratual, estipulado no artigo 405.º CC conhece limites, visto que só “dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos”. Ora, o artigo 294.º CC determina que “os negócios celebrados contra disposição legal de carácter imperativo são

⁸³ *Idem.*

⁸⁴ *Idem*

nulos, salvo nos casos em que outra solução resulta da lei”. Em contraposição, as normas dispositivas permitem que as partes decidam pela sua não aplicação, só sendo aplicadas supletivamente. A maioria da doutrina tem entendido que o regime da alteração das circunstâncias é dispositivo, isto é, (maioritariamente) supletivo⁸⁵, já que através da estipulação de regras específicas de distribuição de risco poderá ser afastado pelas partes.

Assim, o contrato é o ponto central, devendo ser interpretado de acordo com as regras do artigo 236.º CC e ss., bem como de acordo com as regras baseadas na experiência que sejam comumente partilhadas, tais como a regra da globalidade (que determina que o contrato deve ser interpretado como um todo) e a regra da racionalidade e coerência (que estabelece que, em caso de dúvida, deverá presumir-se que as partes visaram o sentido racional e celebraram um contrato coerente)⁸⁶.

Creemos que, efetivamente, o regime do artigo 437.º CC cederá perante uma cláusula MAC e uma cláusula de *hardship* na parte em que se sobreponham. Contudo, não podemos aceitar uma exclusão total do regime da alteração das circunstâncias. Com efeito, o universo de riscos imprevisíveis faz com que, à luz das regras da boa fé, não possa uma parte ficar desprotegida face a uma alteração imprevisível que nenhuma das partes incluiu no elenco de causas suscetíveis de acionar a cláusula em questão.

6.2 A COVID-19 Como Alteração Material Adversa

A decisões dos tribunais no âmbito da alteração das circunstâncias têm sido marcadas por incerteza e flutuações. Na generalidade dos casos de aplicação da alteração das circunstâncias a situações que se podem qualificar como perturbadoras da *grande base do negócio*, os tribunais acabaram por ser bastante cautelosos na verificação dos requisitos da alteração superveniente das circunstâncias⁸⁷.

Neste sentido, consideramos ser da maior pertinência suscitar, de forma sucinta, a possibilidade de a pandemia COVID-19 despoletar a aplicação de cláusulas contratuais que visam substituir a aplicação do artigo 437.º CC.

⁸⁵ Neste sentido, veja-se MENEZES CORDEIRO, “Da alteração das circunstâncias”, cit., pág. 39 e ss., CATARINA MONTEIRO PIRES, *A impossibilidade da prestação*, cit., pág. 28, “Cláusulas de preço fixo”, cit., pág. 78 e ss., PINTO MONTEIRO e JÚLIO GOMES, “A «hardship clause»”, cit., pág. 34.

⁸⁶ CATARINA MONTEIRO PIRES (2020) *Cláusulas de preço fixo*....pág. 89.

⁸⁷ Para um desenvolvimento mais aprofundado da relutância na aplicação do instituto da alteração das circunstâncias, veja-se os seguintes acórdãos: Ac. do STJ de 13/12/1977 (Oliveira Carvalho), BMJ 272 (1978); Ac. do STJ de 10/05/1979 (Miguel Caetano), BMJ 287 (1979); Ac. do STJ de 11/02/2015, Processo n.º 309/11.8TVLSB.L1.S1, Relator: Sebastião Póvoas; Ac. do STJ de 10/01/2013, Processo n.º 187/10.4TVLSB.L2.S1, Relator: Orlando Afonso; Ac. do STJ de 23/01/2014, Processo n.º 1117/10.9TVLSB.P1.S1, Relator: Granja da Fonseca; Ac. do TRC de 05/11/2013, Processo n.º 1167/10.5TBACB-E.C1, Relator: José Avelino Gonçalves.

Em primeiro lugar, cumpre referir que na hipótese de as partes terem excluído expressamente, mediante um *carve-out*, a ocorrência de crises económicas globais ou de pandemias do âmbito de aplicação da cláusula, é líquido que a COVID-19 não consubstanciará uma alteração material adversa, (ficando igualmente excluída, como referido *supra*, a aplicação do regime do artigo 437.º CC).

Na hipótese de as partes não convencionarem essa exclusão, impõem-se três questões. A primeira diz respeito à materialidade da alteração, atendendo aos exigentes critérios da doutrina norte americana - e ainda que, no nosso entender, não sejam inteiramente transponíveis para o ordenamento jurídico português -, o vendedor sempre poderá invocar que a alteração não é material. A segunda diz respeito ao momento da celebração do negócio, já que se o mesmo foi assinado depois de 11 de março de 2020, data da declaração da COVID-19 como pandemia mundial pela OMS, a cláusula não passará o requisito de desconhecimento da alteração pelas partes. Por fim, importa atender à projeção temporal, já que a alteração terá de cumprir o conceito de *alteração significativamente duradoura*.

Sempre será vantajoso para o adquirente a estipulação de uma *Business MAC*, uma cláusula relativa a uma alteração imprevista e materialmente adversa das circunstâncias económicas da empresa-alvo, formulando a cláusula com base em valores fixos, para que não se coloque nenhum obstáculo à determinação da materialidade do evento ocorrido.

Por fim, cremos que tudo se reconduzirá ao texto da concreta cláusula MAC, assim como à sua interpretação no âmbito do caso concreto, atendendo à situação em que a ocorrência da pandemia deixou a empresa em questão.

7. Conclusão

- I. O surgimento inesperado da pandemia COVID-19, com efeitos impactantes na dinâmica social e económica, acarretou e continuará a acarretar perturbações no cumprimento pontual dos contratos. Neste sentido, a análise do instituto da alteração das circunstâncias consagrado no artigo 437.º CC, assim como o estudo das divergências doutrinárias e jurisprudenciais construídas em seu redor, ganhou particular relevância.
- II. O basilar princípio *pacta sunt servanda* conjuga-se com um princípio de igual importância: o *rebus sic stantibus*, que dita que a exigência de cumprimento do acordado entre as partes implica a não ocorrência de uma alteração fundamental das circunstâncias existentes ao tempo da celebração do negócio. Ora, é este princípio que surge como fundamento do artigo 437.º CC, regime que se revela adequado para a superação dos conflitos COVID-19, uma vez que a sua referência à boa fé e à equidade sempre propugnarão pela reposição da justiça contratual.
- III. Nas situações de alteração da grande base negocial, como é a COVID-19, a jurisprudência portuguesa tem-se demonstrado hesitante na aplicação do artigo 437.º CC, o que gera incerteza, colocando a parte lesada numa situação de fragilidade acrescida atendendo ao desequilíbrio contratual que poderá vir a ter de suportar.
- IV. Acresce que a doutrina não se mostra inteiramente alinhada no referente à verificação dos referidos pressupostos e aos efeitos da aplicação do instituto. Com efeito, a possibilidade de resolução extrajudicial do contrato por mera declaração das partes não é líquida, assim como a impossibilidade de o tribunal modificar oficiosamente o contrato no seguimento de um pedido de resolução também não o é.
- V. Face à criação de diplomas legislativos avulsos excepcionais no âmbito da COVID-19, que visaram dar apoio às famílias e empresas - circunstância sem precedente no âmbito da história nacional de alterações da grande base do negócio-, seria de esperar um comportamento diferente dos tribunais, numa perspetiva de especial cuidado face às situações não abrangidas pelos referidos diplomas. Assim, exigia-se um abrandamento da exigência na averiguação dos pressupostos do artigo 437.º CC, sobretudo numa perspetiva de respeito pelo princípio constitucional da igualdade e do tratamento uniforme de casos análogos.
- VI. Ainda que não se possa retirar uma tendência daquilo que será a criação jurisprudencial COVID-19, a pequena análise efetuada às decisões já publicadas referentes à aplicação do art.

437.º CC face aos distúrbios causados pela pandemia, indica que os tribunais poderão ser igualmente cautelosos aquando da aplicação do instituto.

- VII. Na hipótese de tal se verificar, e atendendo às divergências identificadas em redor da aplicação do art. 437.º CC, despertou-nos particular interesse a regulação por via contratual da alteração superveniente das circunstâncias. Isto é, a possibilidade de as partes, por via contratual, estipularem cláusulas que visam distribuir o risco da verificação de um evento superveniente que venha perturbar a relação estabelecida.
- VIII. Assim, o presente estudo incidiu, em parte, sobre duas das mais conhecidas cláusulas desta natureza no âmbito contratual: as cláusulas de *material adverse change*, que surgem no âmbito do M&A ou de contratos de financiamento e visam a desvinculação sem custos do contrato, e as cláusulas de *hardship*, que estipulam um dever de renegociação do mesmo.
- IX. Verificámos que as referidas cláusulas, quando bem redigidas e densificadas, poderão acautelar as situações que dificilmente seriam abrangidas pelo art. 437.º CC, pelo que, querendo, as partes poderão atribuir relevância a eventos que não permitiriam a desvinculação do contrato ou a renegociação do mesmo ao abrigo da lei portuguesa.
- X. A interpretação das referidas cláusulas deverá ser cuidada, mormente das cláusulas MAC, não devendo recair somente nos cânones interpretativos do sistema norte americano que, no nosso entender, são demasiado rigorosos. Com efeito, a *ratio* das destas cláusulas implica um abaixamento da exigência da teoria da *frustration*, numa solução de primazia da autonomia privada das partes. Assim, para que uma alteração seja material, não é exigida a afetação de *todo* o potencial de ganhos do negócio.
- XI. Estas construções advindas da *common law* implicam a articulação com o sistema de *civil law* português. Cremos que, atenta a natureza supletiva do art. 437.º CC, a solução contratual têm precedência sobre a solução legal, sendo que esta última apenas se poderá sobrepor ao estipulado pelas partes quando o remédio escolhido se mostre insuficiente por exigências inarredáveis do princípio da boa fé.
- XII. Assim, nos casos em que parte do risco não é acutelado pelas partes, sobretudo quando estipulam taxativamente as circunstâncias que despoletarão a renegociação ou desvinculação contratual, aplicar-se-á o art. 437.º CC relativamente às circunstâncias sobre as quais o contrato é omissivo. Com efeito, não podem as partes realizar a totalidade de riscos que poderão afetar o seu contrato no futuro, pelo que excluir totalmente o regime da alteração das circunstâncias

seria permitir um vazio jurídico que não se coaduna com os valores inerentes ao nosso sistema jurídico.

BIBLIOGRAFIA

ANA TAVEIRA DA FONSECA, Coord. de Gonçalo Malheiro e Luís Barreto Xavier, *Pandemia de COVID-19 e riscos próprios do contrato*, pág. 29, in *Contratos e pandemia Resolução, suspensão e modificação dos contratos em tempos de pandemia*, Almedina, 2021.

ANDREW A. SCHWARZ – *A standard clause analysis of the frustration doctrine and the material adverse change clause*, University of Colorado Law Review, 2010.

ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, in *Novo Coronavírus e crise contratual - Anotação ao Código Civil*, AAFDL, Lisboa, 2020.

ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, *A resolução por grande alteração de circunstâncias*, 1.º Videocast novo coronavírus e gestão da crise contratual - estratégias jurídicas, 9 de abril de 2020, Centro de Investigação do Direito Privado.

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Alteração das Circunstâncias – A concretização do art. 437.º do Código Civil, à luz da Jurisprudência posterior a 1974*, in *Separata dos Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1987.

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil- IX*, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2019.

ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *A «Hardship Clause» e o Problema da Alteração das Circunstâncias (Breve Apontamento)*, *Separata Juris et de Urbe*, Universidade Católica do Porto, 1998.

CATARINA MONTEIRO PIRES, *Da renegociação à alteração das circunstâncias*, vídeo, Conselho Regional de Lisboa da Ordem dos Advogados, 2020 - disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=B6Bm3t0ohZE>.

CATARINA MONTEIRO PIRES, *Contratos: Perturbações na Execução*, Almedina, Coimbra, 2019.

CATARINA MONTEIRO PIRES, *Cláusulas de preço fixo, de ajustamento de preço e de alteração material adversa ("MAC") e cláusulas de força maior - revisitando problemas de riscos de desequilíbrio e de maiores despesas em tempos virulentos* - disponível em <https://portal.oa.pt/media/131416/catarina-monteiro-pires.pdf>

FERNANDO OLIVEIRA E SÁ, *Cláusulas material Adverse Change (MAC) em contratos de compra e venda de empresas*, 2012 - disponível em [9866-Artigo-16893-1-10-20210403 \(3\).pdf](#)

HENRIQUE SOUSA ANTUNES, Coord. Gonçalo Malheiro e Luís Barreto Xavier, *Os desafios da legislação COVID-19 à aplicação do regime da alteração das circunstâncias previsto no Código Civil*, in *Contratos e Pandemia*, Almedina, 2020.

INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral, refundido e actualizado*, 4.^a Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.

JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo código civil* - disponível em <https://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-Oliveira-ALTERACAO-DAS-CIRCUNSTANCIAS-E-JUSTICA-CONTRATUAL-NO-NOVO-CODIGO-CIVIL.pdf>

LUÍS CARVALHO FERNANDES, *A teoria da imprevisão no Direito Civil Português, reimpressão com nota de actualização*, Quid Juris, Lisboa, 2001

LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, 11.º Edição, Almedina, Coimbra, 2017.

MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *A Alteração das Circunstâncias à luz do COVID-19- Teses e reflexões para um diálogo*, ROA, Ano 80, Vol. I/II, Jan./Jun. 2020 - Disponível online em <https://portal.oa.pt/media/131420/manuel-carneiro-da-frada.pdf>.

MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Almedina, 2003.

MARIANA FONTES DA COSTA, *A atual pandemia no contexto das perturbações da grande base do negócio*, Observatório Almedina, 01/04/2020, disponível online em <https://observatorio.almedina.net/index.php/2020/04/01/a-atual-pandemia-no-contexto-das-perturbacoes-da-grande-base-do-negocio/>

MARIANA FONTES DA COSTA, *Da Alteração Superveniente das Circunstâncias- Em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais*, Almedina, Coimbra, 2019.

MARTIN HENSSLER – “Material Adverse Change-Klauseln in deutschen Unternehmenskaufverträgen – (r)eine Modeerscheinung”, in BAUMS, THEODOR, LUTTER, SCHMIDT KARSTEN e WERTENBRUCH, JOHANNES (coord.), *Festschrift für Ulrich Huber zum sibzigsten Geburtstag*, Tubinga: Mohr Siebeck, 2006.

MICHAEL MARTINEK, *Die Lehre von den Neuverhandlungspflichten - Bestandaufnahme, Kritik und Ablehnung*, Archiv für die civilistische Praxis 198, 1998.

NARINE LALAFARYAN, *Material Adverse Change uncertainty: costing a fortune if not corporate lives* in *Journal of Corporate Law Studies*, 2021.

NORBERT HORN, *Neuverhandlungspflicht*, Archiv für die civilistische Praxis, 1981.

NUNO AURELIANO, *O risco nos contratos de alienação. Contributo para o estudo de direito privado português*, Almedina, Coimbra, 2009.

TATIANA SOUSA PEREIRA, Coord. Gonçalo Malheiro e Luís Barreto Xavier, *Reflexões a propósito da difficultas praestandi* in *Contratos e Pandemia - Resolução, suspensão e modificação dos contratos em tempos de pandemia*, Almedina 2021.

PEDRO PAIS DE VASCONCELOS / PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9.^a edição, Almedina, Coimbra, 2019.

PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol.I, 4.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1987.

RUI MASCARENHAS ATAÍDE, *Modelos Convencionais de regulação e distribuição de risco contratual. Em especial, as cláusulas hardship*, in *Revista de Direito da Responsabilidade*, ano 3, 2021- disponível online em [Modelos convencionais de regulação e distribuição do risco contratual. Em especial, as cláusulas hardship – Rui Ataíde – Revista de Direito da Responsabilidade \(revistadireitoresponsabilidade.pt\)](http://revistadireitoresponsabilidade.pt)

SANDRA DOS REIS LUÍS, *A alteração anormal das circunstâncias: o art. 437.º CCE a situação pandémica: reflexos contratuais*, in *Julgar Online*, julho de 2020 - disponível em [A alteração anormal das circunstâncias: o artigo 437.º do Código Civil e a situação pandémica: reflexos contratuais | Julgar](https://www.julgaronline.com/pt/alteracao-anormal-das-circunstancias-o-artigo-437-0-do-codigo-civil-e-a-situacao-pandemica-reflexos-contratuais)

JURISPRUDÊNCIA

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de Abril de 2014, processo n.º 1167/10.5TBACB-E.C1.S1 (Silva Gonçalves) disponível em <http://www.dgsi.pt/>

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 5 de Dezembro de 2013, processo n.º 1422/08.4TVLSB.L1-2 (Maria José Mouro) - disponível em <http://www.dgsi.pt/>

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 14 de Maio de 2014, processo n.º 1726/11.9TBVRL.G1 (Jorge Teixeira) - disponível em <http://www.dgsi.pt/>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de Abril de 2018, processo n.º 16/14.0TVLSB.L1.S1 (Pinto de Almeida) - disponível em <http://www.dgsi.pt/>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de Novembro de 2012, processo n.º 1147/09.3TVLSB.L1.S1 (Abrantes Geraldés) - disponível em <http://www.dgsi.pt/>

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 19 de Abril de 2005, processo n.º 225/05 (Cardoso de Albuquerque) - disponível em <http://www.dgsi.pt/>

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14/09/2021, Proc. 5769/21.6T8LSB.L1-A-7 (Micaela Sousa) - disponível em <http://www.dgsi.pt/>

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 23/11/2021, Proc. 74602/20.2YIPRT.L1-7 (Amélia Alves Ribeiro) - disponível em <http://www.dgsi.pt/>

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 25/11/2021, Proc. 609/21.9PT8PTM.E1 (Anabela Luna de Carvalho) - disponível em <http://www.dgsi.pt/>

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 13/07/2021, Proc. 73030/20.4YIPRT.L1-7 (Carlos Oliveira) - disponível em <http://www.dgsi.pt/>

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 07/10/2021, Proc. 46168/20.0YIPRT.G1 (Fernanda Proença Fernandes) - disponível em <http://www.dgsi.pt/>

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 08/04/2021, Proc.19222/20.1T8LSB.L1-6 (Maria de Deus Correia) - disponível em <http://www.dgsi.pt/>

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 21/02/2013, Proc. 863/12.7TVLSB-A.L1-2 (Ezagüy Martins) - disponível em <http://www.dgsi.pt/>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14/07/2021, Proc. 19222/20.1T8LSB.L1.S1 (Manuel Capelo) - disponível em <http://www.dgsi.pt/>

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 20/01/2022, Proc. 3409/21.2T8BRG.G1 (Jorge Teixeira) - disponível em <http://www.dgsi.pt/>

Acórdão do Tribunal da relação de Lisboa de 14/09/2021, Proc. 5769/21.6T8LSB.L1-A-7 (Micaela Sousa) - disponível em <http://www.dgsi.pt/>

Acórdão do 7.º Juízo Civil da Comarca de Lisboa de 22.08.2014, Proc.º 3194/12.9TJLSB - disponível em <http://www.dgsi.pt/>

Acórdão do TRL de 06.06.2019, Relator Gabriel Cunha Rodrigues, Proc.º 8693/16.8T8ALM-A.L1-2 - disponível em <http://www.dgsi.pt/>

Acórdão do STJ de 13/12/1977 (Oliveira Carvalho), BMJ 272 (1978) - disponível em <http://www.dgsi.pt/>

Acórdão do STJ de 10/05/1979 (Miguel Caeiro), BMJ 287 (1979) - disponível em <http://www.dgsi.pt/>

Acórdão do STJ de 11/02/2015, Processo n.º 309/11.8TVLSB.L1.S1, Relator: Sebastião Póvoas - disponível em <http://www.dgsi.pt/>

Acórdão do STJ de 10/01/2013, Processo n.º 187/10.4TVLSB.L2.S1, Relator: Orlando Afonso - disponível em <http://www.dgsi.pt/>

Acórdão do STJ de 23/01/2014, Processo n.º 1117/10.9TVLSB.P1.S1, Relator: Granja da Fonseca - disponível em <http://www.dgsi.pt/>

Acórdão do TRC de 05/11/2013, Processo n.º 1167/10.5TBACB-E.C1, Relator: José Avelino Gonçalves - disponível em <http://www.dgsi.pt/>

IBP, Inc. vs. Tyson Foods, Inc. (Delaware Chancery Court), 789, A.2d 14 (18-jun.-2001) - disponível em www.westlaw.com

Akorn, Inc. v. Fresenius Kabi AG, (Delaware Chancery Court), WL 4719347 (1-out.-2018) - disponível em www.westlaw.com

Channel Medsystems vs. Boston Scientific (Delaware Chancery Court), WL 6896462 (18.-dez.-2019) - disponível em www.westlaw.com