



Universidade Católica Portuguesa

A modificação ou resolução do contrato por alteração das circunstâncias

**A evolução do instituto e os desafios da pandemia
Covid-19**

Tiago Lopes Moreira

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2021



Universidade Católica Portuguesa

A modificação ou resolução do contrato por alteração das circunstâncias

**A evolução do instituto e os desafios da pandemia
Covid-19**

Tiago Lopes Moreira

Orientadora: Professora Doutora Ana Isabel da Costa Afonso

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2021

Agradecimentos

Agradeço à Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, por todo o apoio que disponibilizaram, durante a pandemia, para que esta etapa fosse concluída.

Agradeço à Professora Doutora Ana Afonso pelos conselhos e pela sua orientação na elaboração desta tese.

Aos meus amigos agradeço todo o encorajamento e companheirismo e por fazerem com que tudo valha mais a pena.

À Francisca agradeço toda o carinho, paciência e compreensão que tem comigo e por me desafiar a ser sempre melhor do que aquilo que sou.

Ao meu irmão, o companheiro de todas as horas e de todos os desafios, agradeço a amizade e o apoio que me dá.

Por fim, aos meus pais, a eles agradeço a possibilidade de me proporcionarem esta experiência. Ao meu pai agradeço todos os conselhos, a disponibilidade, e o seu contributo na elaboração deste trabalho. À minha mãe agradeço a motivação, a paciência e a dedicação que sempre tem e me demonstrou.

A todos, muito obrigado.

Resumo

O contexto atual de pandemia veio reavivar o problema da aplicação do instituto do artigo 437.º do Código Civil a situações de grandes alterações das circunstâncias, perturbadoras da “grande base do negócio”.

É um princípio fundamental do nosso ordenamento jurídico que os contratos devem ser integralmente cumpridos. Todavia, a realidade que os envolve no momento da celebração não se cristaliza, evoluindo. Essa evolução pode determinar um quadro real perante o qual, segundo o princípio da boa fé, as prestações contratadas devam ter-se por inexigíveis. É este o espaço de atuação deste instituto.

Assim, nesta tese, o desafio que nos propomos é o de analisar a evolução do instituto da alteração das circunstâncias no nosso ordenamento jurídico e, sucessivamente, apurar da sua adequação ao contexto da pandemia que vivemos, identificando os principais obstáculos que este pode enfrentar, designadamente à luz de experiências anteriores.

Em qualquer caso, não se ignora que esta é uma realidade em desenvolvimento, ainda por se revelar em termos consistentes, não permitindo, por enquanto, conclusões assertivas.

Palavras-chave: Alteração das circunstâncias; Base do Negócio; Modificação ou resolução do contrato; Pandemia Covid-19

Abstract

The current pandemic context has revived the problem of the application of article 437.º of Código Civil's institute to situations of major changes of circumstances, disrupting the "large basis of the contract".

It is a fundamental principle of our legal system that contracts must be fully executed. However, the reality that surrounds the contracts at the time of their conclusion does not crystallize, but evolves. This evolution may determine a different circumstantial picture in which, according to the principle of good faith, the contractual obligations should be considered unenforceable. This is the scope of this institute.

Therefore, the aim of this dissertation is to analyse the evolution of the institute of change of circumstances in our legal system and, successively, to ascertain its adequacy to the pandemic context we currently live in, identifying the main obstacles it may face, namely in light of previous experiences.

In any case, it is not ignored that this is a reality in development, yet to be revealed in consistent terms, not allowing, at this stage, assertive conclusions.

Keywords: Change of circumstances; Basis of the contract; Modification or termination of the contract; Covid-19 pandemic

Índice

Resumo	7
Abstract.....	8
Índice	9
Abreviaturas.....	10
Introdução	11
A Alteração das Circunstâncias no Direito Português.....	15
A norma do artigo 437.º do Código Civil.....	19
Jurisprudência portuguesa	30
Covid-19 e as suas implicações	37
Conclusão	47
Bibliografia.....	49

Abreviaturas

Ac(s).- Acórdão(s)

Art(s).- artigo(s)

BMJ- Boletim do Ministério da Justiça

CC- Código Civil

DL- Decreto-Lei

GRLx- Gazeta da Relação de Lisboa

OMS- Organização Mundial de Saúde

P(p)- página(s)

RDCom- Revista de Direito Comercial

RLJ- Revista de Legislação e Jurisprudência

ROA- Revista da Ordem dos Advogados

Ss.- seguintes

STJ- Supremo Tribunal de Justiça

TRC- Tribunal da Relação de Coimbra

TRL- Tribunal da Relação de Lisboa

Introdução

No dia 12 de janeiro de 2020, a OMS confirmou a existência de um novo corona vírus na cidade de Wuhan, na província de Hubei, na República Popular da China. A 30 de janeiro, a OMS anunciou uma emergência global de saúde pública por causa deste vírus e, no dia 11 de março de 2020, qualificou-a como pandemia internacional.

No dia 2 de março de 2020, registaram-se os primeiros casos em Portugal, que foram aumentando. A 18 de março de 2020 foi decretado o primeiro estado de emergência, que durou até ao dia 2 de maio, dia em que se transitou do estado de emergência para o estado de calamidade.

Esta pandemia evoluiu rapidamente e de forma imprevisível. Constituiu-se numa fonte de perturbação de todo o tecido social, afetando os sujeitos, individualmente, e as relações sociais. Neste âmbito, o relacionamento económico e contratual entre os agentes sofrerá o impacto mais profundo, pois muitas das relações pré-estabelecidas ou programadas verão as condições previstas para o seu cumprimento profundamente alteradas. O instituto jurídico da alteração das circunstâncias ganha, neste contexto, particular importância, como instrumento adequado a responder a conflitos contratuais que surjam por efeito daquela perturbação.

Todavia, como veremos adiante, este é um instituto de natureza subsidiária que, pelas implicações que pode ter a nível de estabilidade económica e social, tem enfrentado reticências quanto à sua aplicação. Em qualquer caso, este instituto tende a emergir aquando da ocorrência de eventos particularmente perturbadores das dinâmicas económicas e sociais, tais como as grandes guerras, as crises petrolíferas da década de 70, a Revolução de 25 de abril de 1974, no caso específico português, e, mais recentemente, a crise económica e financeira de 2008¹.

Em plena vivência de um fenómeno igualmente significativo, o propósito da presente dissertação passa por analisar a evolução deste instituto no nosso ordenamento jurídico, à luz do desenvolvimento da doutrina, bem como os termos da sua receção pela jurisprudência, com relevo para os argumentos que sustentaram, de forma geral, uma certa reserva e hesitação quanto à aplicação do instituto da alteração das circunstâncias. Por

¹ CORDEIRO, António Barreto Menezes, *in Novo Coronavírus e crise contratual- Anotação ao Código Civil*, AAFDL, Lisboa, 2020, <https://aafdl.cld.bz/Novo-Corona-virus-e-Crise-Contratual>, p. 62.

fim, propomo-nos verificar a utilidade do instituto na presente situação de pandemia e os pressupostos da sua atuação, na certeza de estarmos perante uma realidade nova, não trabalhada e por se revelar de forma consistente em casos concretos, inibindo, por ora, conclusões assertivas e juízos definitivos.

Na sociedade atual, os contratos surgem como principal fonte das obrigações². Podendo assumir relevo nesta sede, a figura da alteração das circunstâncias pressupõe que exista uma dilação temporal entre a celebração do contrato e a realização da prestação devida³. Assim, atentando em que, com exceção dos contratos de execução imediata, o decurso do tempo é “um elemento omnipresente nas relações obrigacionais que emergem do contrato”⁴, este instituto aplicar-se-á a contratos de execução diferida, duradouros ou não, incluindo-se aqui a prestação de execução única, mas a efetuar no futuro, a prestação de execução continuada ou fracionada, e as prestações de execução reiterada, sem prejuízo da hipótese em que a satisfação do fim contratual seja posterior ao cumprimento da obrigação e aquela se venha a tornar impossível⁵.

A celebração de um contrato compreende uma ideia de estabilidade, segurança, previsibilidade e integral cumprimento. Enquanto instrumentos que visam regulamentar as relações sociais, todos os negócios jurídicos têm um momento histórico, influenciado pelo contexto que os rodeia e a partir do qual as partes elaboram a disciplina contratual, tendo em conta a realidade contemporânea do contrato, ponderada à luz de um juízo de prognose sobre o devir que a transformará durante o período da respetiva execução⁶. Não obstante, a realidade que envolve o negócio e que existe à data da celebração do contrato pode sofrer várias alterações, que serão exteriores ao próprio contrato e poderão descaracterizar a equação económica contratual criada pelas partes⁷.

O instituto da alteração das circunstâncias inscreve-se, assim, na relação de tensão entre o princípio da autonomia privada, que exige o cumprimento pontual dos contratos livremente celebrados, e o princípio da boa fé, nos termos do qual não será lícito a uma das partes exigir da outra o cumprimento das suas obrigações sempre que uma alteração

² VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 9ª edição, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 221 e 222.

³ ANTUNES, Henrique Sousa in, AA. VV. *Comentário ao Código Civil- Direito das Obrigações- Das Obrigações em Geral*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2018, p. 156.

⁴ COSTA, Mariana Fontes da, *Da Alteração Superveniente das Circunstâncias- Em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais*, Almedina, Coimbra, 2019, p. 26.

⁵ ANTUNES, 2018, p. 157.

⁶ COSTA, 2019, p. 26.

⁷ Idem, *ibidem*, p. 27.

do estado de coisas posterior à celebração do contrato tenha levado a um desequilíbrio das prestações gravemente lesivo para os interesses dessa última^{8 9}.

O princípio básico da liberdade de contratar é visto como preceito basilar que serve de trave mestra da teoria dos contratos¹⁰. A liberdade de contratar é um corolário da autonomia privada, concebido como o poder que os particulares dispõem de fixar, por si mesmos, a disciplina juridicamente vinculativa dos seus interesses¹¹. No entanto, esta liberdade aponta para a criação de um contrato, enquanto instrumento jurídico vinculativo e ato com força obrigatória. Nestes termos, a liberdade de contratar traduz-se na faculdade de criar, sem constrangimentos, um instrumento objetivo, um pacto que, uma vez concluído, nega a cada uma das partes a possibilidade de se afastar unilateralmente dele, o que nos reconduz à essência do princípio *Pacta sunt servanda*¹². Este princípio, sinónimo da força vinculativa dos contratos, encontra consagração em vários ordenamentos de diversas famílias jurídicas e é reconhecido como um dos poucos princípios internacionais de direito dos contratos unanimemente aceites¹³.

Um dos principais fundamentos comumente avançados para justificar a vinculação do sujeito do contrato é a sua própria vontade¹⁴. Este é o entendimento das teorias voluntaristas, segundo as quais o contrato é, essencialmente, um instrumento de autodeterminação do sujeito, ao qual se vincula, porque assim o deseja. O contrato obriga porque essa é a vontade das partes que o celebram¹⁵.

Contudo, esta construção não é plenamente satisfatória, porquanto, uma vez celebrado validamente o contrato, o desaparecimento do consenso de vontades em nada afeta a sua força vinculativa¹⁶. Em suma, a autodeterminação não pode constituir fundamento suficiente de força obrigatória dos contratos, na medida em que esta irá sempre prevalecer sobre uma alteração ou mesmo desaparecimento futuro dessa vontade¹⁷.

⁸ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, Volume II, 12ª edição, Almedina, Coimbra, 2019, p. 131.

⁹ Ac. do STJ de 27/01/2015, Processo nº 876/12.9TBBNV-A.L1.S1, Relator: Fonseca Ramos.

¹⁰ VARELA, 1998, p. 242.

¹¹ Idem, *ibidem*, p. 243.

¹² Idem, *ibidem*, pp. 245 e 246.

¹³ COSTA, 2019, pp. 97 e 98.

¹⁴ Idem, *ibidem*, p. 105.

¹⁵ Idem, *ibidem*, p. 106.

¹⁶ CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil- II*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2014, p. 57.

¹⁷ COSTA, 2019, p. 107.

Isto não implica a irrelevância do acordo de vontades como instrumento de autodeterminação do sujeito, uma vez que ele, além de elemento central no surgimento do contrato, pode também, através de uma nova formulação, fazer extinguir a força vinculativa da estipulação inicial. Assim, o acordo de declarações de vontade deve ser encarado, não como fundamento, mas como pressuposto, enquanto antecedente indispensável da obrigatoriedade da disciplina contratual¹⁸.

Destarte, o que justifica a vinculação é que a promessa livremente assumida por cada uma das partes cria expectativas fundadas junto da outra quanto à sua realização e o acordo realiza fins dignos de tutela do Direito. Essa vinculação recíproca não viola o princípio da autonomia privada, porquanto radica precisamente na autodeterminação de cada um dos contratantes¹⁹.

O contrato é obrigatório, porque é um instrumento de regulação de relações sociais e, nessa medida, desempenha uma função que caberia ao ordenamento jurídico. Permite às partes disciplinarem diretamente os seus interesses, substituindo-se a heterotutela pela regulamentação por via de consenso²⁰.

Uma vez fixado, por acordo válido, o conteúdo do contrato, ele é assumido e tutelado pela ordem jurídica como vinculativo, condição essencial para que desempenhe a sua função reguladora da vida em sociedade. Não seria possível atribuir ao contrato a função garantística desejada pelas partes aquando da sua celebração, enquanto instrumento de previsão e acautelamento, mas também de segurança jurídica, sem lhe atribuir esta obrigatoriedade²¹. O Direito cristaliza o negócio jurídico pela necessidade de proteger a confiança que ele suscita na outra parte e, em geral, nos membros da comunidade jurídica²².

O princípio *Pacta sunt servanda*, traduzindo a dimensão vinculativa do contrato, pode ser densificado em três vetores: o princípio da pontualidade, o princípio da boa fé e o princípio da estabilidade dos contratos²³,

¹⁸ Idem, *ibidem*, pp. 108 e 110.

¹⁹ VARELA, 1998, p. 246.

²⁰ COSTA, 2019, p. 115.

²¹ Idem, *ibidem*, p. 115.

²² CORDEIRO, 2014, p. 57

²³ COSTA, 2019, p. 117.

É no âmbito deste último, isto é, da estabilidade dos contratos, indispensável à segurança do tráfego jurídico por constituir o reconhecimento do vínculo enquanto limite à liberdade de atuação futura das partes, que se poderá colocar o problema da alteração das circunstâncias²⁴.

Esta problemática tem por subjacente a aferição da existência de fronteiras ou limites impostos ao princípio da estabilidade dos contratos, quando, no seguimento de uma mudança profunda das circunstâncias, o cumprimento do acordo firmado pelas partes deixa de corresponder simplesmente a uma exigência de segurança jurídica, passando a constituir uma perversão do próprio sistema²⁵.

O Direito não impede, de forma absoluta, a assunção de obrigações contratuais desequilibradas. Pelo contrário, o princípio da liberdade contratual reivindica precisamente essa possibilidade. Todavia, o Direito, enquanto realização axiológica de Justiça, não pode tolerar todo e qualquer desequilíbrio, pelo que, sempre que isso não seja afastado expressamente pela vontade das partes, promove o equilíbrio. Sendo o desequilíbrio genético, a ordem jurídica pode tentar expurgar o negócio do ordenamento jurídico, tornando ineficaz o título negocial que lhe dá origem, ora através do regime dos negócios usurários (282.º do CC), ora entendendo-o como uma violação dos bons costumes (280.º do CC). Pode ainda forçar o equilíbrio nos casos de interpretação (237.º do CC), ou sujeitar a vontade hipotética das partes ao controlo da boa fé (239.º do CC). Não sendo o desequilíbrio genético, a ordem jurídica permite a destruição do negócio ou exige a sua modificação, segundo juízos de equidade, designadamente, através do instituto da alteração das circunstâncias²⁶.

A Alteração das Circunstâncias no Direito Português²⁷

Durante a vigência do Código de Seabra, o tema em análise suscitou acentuadas divisões doutrinárias. Perante o silêncio do Código, a posição doutrinária tradicional, consentânea com a influência francesa predominante no direito nacional nessa época, era a da rejeição de

²⁴ Idem, *ibidem*, p. 118.

²⁵ Idem, *ibidem*, pp. 118 e 119.

²⁶ GONÇALVES, Diogo Costa, in *Novo Coronavírus e crise contratual- Anotação ao Código Civil*, AAFDL, Lisboa, 2020, <https://aafdl.cld.bz/Novo-Corona-virus-e-Crise-Contratual>, pp. 73 e 74.

²⁷ COSTA, 2019, pp. 186 e ss, será tido como referência.

reconhecimento da relevância da alteração das circunstâncias no direito civil de português. Defendia-se que tal era incompatível com a consagração do princípio da pontualidade do cumprimento e a responsabilidade civil pelo incumprimento do contrato, salvo se por impossibilidade absoluta não imputável ao devedor²⁸.

Após a Primeira Guerra Mundial, como consequência dos efeitos desta, à semelhança do que se assistiu na Alemanha, a relevância prática do problema da alteração das circunstâncias impôs-se em Portugal, devido às perturbações económicas que marcaram os anos 20 do século XX. Neste contexto, Ricardo Lopes²⁹ e Barbosa Magalhães³⁰ propuseram um entendimento lato dos conceitos de força maior e caso fortuito que estavam previstos no Código de Seabra, de forma a abranger situações de impossibilidade económica, em que o cumprimento se tornou tão difícil, que deixou de ser razoável exigilo. Esta posição chegou a obter consagração jurisprudencial num ac. do STJ de 28/11/1922³¹, mas foi rapidamente contrariada pelo próprio STJ, perante um caso semelhante, em ac. de 30/07/1926³².

Foi esta última posição, de rejeição da doutrina da impossibilidade económica, que veio a prevalecer, cedendo a razões de certeza e segurança, perante o alarme em função de eventuais arbítrios que um alargamento subjetivo do conceito de impossibilidade económica poderia consentir.

Refletindo, porém, os valores em questão, a reforma de 1930, introduziu um parágrafo único no art. 1401.º do Código de Seabra, relativo ao contrato de empreitada, que comportou relevante novidade. O art. em questão³³ passou a acolher a relevância da alteração da economia do contrato, em homenagem a uma ideia de justiça, não permitindo o empobrecimento de uma parte em consequência da ocorrência de factos imprevisíveis aquando da celebração do contrato e não de uma particularidade do contrato em causa.

²⁸ CORDEIRO, António Menezes, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1997, pp. 908 e 909.

²⁹ LOPES, Ricardo, “A imprevisão nas relações contratuais”, *Scientia Iuridica*, tomo I, n.º 1, 1951, pp. 38 e ss..

³⁰ MAGALHÃES, Barbosa, “A teoria da imprevisão e o conceito clássico do caso de força maior”, *GRLx*, ano 37, n.º9, 1924, pp.130 e ss.

³¹ Ac. do STJ de 28/11/1922, *RLJ*, 55.º ano, n.º 2212, pp. 366 e ss.

³² Ac. do STJ de 30/07/1926, *RLJ*, 59.º ano, n.º 2309, pp. 149 e ss.

³³ Art. 1401^a: O empreiteiro que se encarregar de executar planta, desenho ou descrição de qualquer obra, por preço determinado, não terá direito de exigir mais coisa alguma, ainda que o preço dos materiais ou dos jornais aumente, e ainda que se tenha feito alguma alteração na obra, em relação à planta, ao desenho ou à descrição, se esta alçada e o custo dela não forem convencionados por escrito com o dono da obra. § único: Se esse aumento exceder 20 por cento e resultar da desvalorização da moeda, o empreiteiro terá o direito de rescindir o contrato, desde que o dono da obra se não queira sujeitar a indemnizá-lo por esse excesso; no caso inverso o mesmo direito assiste ao dono da obra.”

Alguns autores de imediato reconheceram nesta norma a consagração de um princípio geral, naturalmente aplicável a outras hipóteses semelhantes e não exclusivo do contrato de empreitada, por ali ter introduzido uma solução distinta de todas as outras previstas no Código quanto à superveniência de circunstâncias respeitantes à equação do contrato³⁴.

Carvalho Fernandes³⁵, todavia, nega um papel tão conformador a este artigo. Defende que a relevância da alteração das circunstâncias resulta da inexistência de um preceito geral que consagre ou afaste o recurso à teoria da imprevisão. O autor considera que a existência de um número significativo de normas que consagram hipóteses de imprevisão, ou semelhantes, leva a crer que a lei é favorável a que seja adotada a teoria da imprevisão no ordenamento jurídico português, através do recurso à analogia, prevista no art. 6.º do Código de Seabra como principal critério para a integração de lacunas. Segundo esta teoria, para que se pudesse proceder à resolução do contrato não bastaria uma modificação profunda da situação de facto, sendo também necessário que essa mudança fosse imprevisível. Esta formulação, no entanto, deixaria de fora casos que seriam merecedores de proteção, à luz do princípio da boa fé, mas que, por a alteração da correspondente situação poder ser razoavelmente previsível, não permitiriam a resolução do contrato. Este critério não era, assim, suficiente³⁶.

No século XX, em Portugal, tornou-se popular na doutrina a Teoria da Pressuposição, segundo a qual a pressuposição se coloca a par da condição, do termo e do modo, enquanto autolimitação da vontade. Seria uma condição que não se desenvolveu ao ponto de formar uma verdadeira condição, consciente ou subconsciente, mas sempre cognoscível da outra parte, que determinaria que a declaração de vontade ficava dependente de um determinado estado de coisas que qualquer uma das partes entendeu como certo que se viria a verificar ou que se continuaria a verificar no futuro. Assim, a não verificação da pressuposição tornava a declaração ineficaz e autorizaria o pressuponente a recusar o cumprimento, ou exigir a restituição³⁷.

Porém, a doutrina alemã rejeitou claramente esta teoria, por conduzir a uma grande insegurança jurídica na negociação de contratos.

³⁴ COSTA, 2019, p.192.

³⁵ FERNANDES, Luís Carvalho, *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil Português, Reimpressão com nota de atualização*, Quid Juris?, Lisboa, 2001, pp. 178 e 179, 211 e 212.

³⁶ COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 7ª edição, Almedina, Coimbra, 1998, p. 274.

³⁷ LEITÃO, 2019, pp. 132 e ss; ANDRADE, Manuel A. Domingues, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 1983, pp. 403 e ss.

Posteriormente, na consciência dos motivos que tinham levado à rejeição da doutrina da pressuposição na Alemanha, surgiu a Teoria da Base do Negócio, entre nós apresentada por Luís Cabral de Moncada³⁸, na formulação de H. Lehmann. Esta teoria começou a ganhar relevância entre a doutrina, em Portugal, nas décadas anteriores ao CC de 1966. Assenta no princípio de que a eficácia dos negócios jurídicos está subordinada à existência e subsistência da sua base. A base do negócio consiste na representação psicológica de uma das partes, reconhecida e não contestada pela outra, ou na representação comum aos vários intervenientes, acerca da existência de certas circunstâncias tidas como fundamentais para a formação da vontade³⁹.

Apesar de uma aceitação crescente da relevância da alteração das circunstâncias por parte da doutrina, a jurisprudência que antecedeu o novo CC continuou a mostrar bastantes reticências quanto à sua aplicação. Como explica Menezes de Cordeiro⁴⁰, os tribunais concretizam mais facilmente certos institutos reclamados pela doutrina depois de colherem na lei um sinal aprovativo, ainda que num quadro inaplicável ao caso concreto em juízo. E acrescenta que o instituto da alteração das circunstâncias já tinha sido introduzido pela doutrina e seria comportado pelo Código de Seabra, apesar de não ser reconhecido pela jurisprudência até à promulgação do CC de 1966.

Nos trabalhos preparatórios do atual CC, Vaz Serra⁴¹ defendeu que se deveria consagrar um preceito geral destinado a regular este problema. Este professor entende que, embora a lei não deva consagrar uma teoria, a Teoria da Base de Negócio constitui a melhor solução de fundamentação de uma resolução ou revisão dos contratos por alteração das circunstâncias. Considera que a formulação de Lehmann, que recorre ao princípio da boa fé, é a que melhor se adequa a esse fim, uma vez que, em último caso, será este princípio a ser chamado para fundar a resolução ou modificação do contrato⁴². Ocorrerá, então, uma perturbação da base do negócio quando, considerados o princípio da boa fé e a finalidade do acordo, a outra parte reconhecer a dependência do contrato da manutenção ou verificação de determinadas circunstâncias, ou se puder concluir que o reconheceria

³⁸ MONCADA, Luís Cabral de, *Lições de Direito Civil: Parte Geral*, Vol. II, Atlântida, Coimbra, 1959, pp. 400 e 401.

³⁹ COSTA, 1998, p. 276; COSTA, 2019, p. 152.

⁴⁰ CORDEIRO, António Menezes, “Evolução Juscientífica e Direitos Reais”, *ROA*, Ano 45, Vol. I, Abril 1985, <https://portal.oa.pt/upl/%7Be0cc0110-ab54-439f-81dc-c2f464acc0b6%7D.pdf>

⁴¹ SERRA, Adriano Vaz, *Resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias*, BMJ, nº 68, 1957, pp. 293 e ss.

⁴² Idem, *ibidem*, p. 308.

caso estas tivessem sido por si ponderadas no momento da celebração do negócio⁴³. Foi esta a posição levada ao Anteprojeto do CC de 1966, nos arts. 640.º a 643.º⁴⁴.

Da leitura do art. 640.º ressalta a respetiva filiação à Teoria da Base do Negócio, que tem uma menção expressa, com inclusão do princípio da boa fé como padrão de referência⁴⁵.

A proposta de Vaz Serra foi objeto de significativas alterações pelas revisões ministeriais⁴⁶, mas não foi abandonada a intenção de prever o instituto da alteração das circunstâncias no ordenamento jurídico português, fruto da crescente aceitação doutrinal de que o instituto gozava⁴⁷.

As principais modificações operadas pelas diversas revisões ministeriais ao Anteprojeto de Vaz Serra, nesta matéria, resultaram numa redução da densidade conferida ao regime jurídico previsto nesses arts., com exclusão da referência expressa à “base do contrato” e recurso ao conceito de “anormalidade”, para qualificar a alteração apta a justificar a modificação ou resolução do contrato. Além disso, substituíram-se os arts. 641.º e 642.º por uma remissão genérica para o regime da resolução, entre outros elementos⁴⁸.

Acabou por ser nestes termos que o instituto da alteração das circunstâncias foi consagrado nos arts. 437.º a 439.º do CC de 1966, sem que, até hoje, tenha sido objeto de qualquer alteração legislativa.

A norma do artigo 437.º do Código Civil

Como vimos, o CC acolheu o conceito de base do negócio. No entanto, o legislador lançou mão do mesmo conceito no n.º 2 do art. 252.º, relativamente a uma situação de erro sobre as circunstâncias que configuram a base do negócio, remetendo a sua regulação para o art. 437.º e ss. É, todavia, importante não confundir estas situações, uma vez que a situação de erro vício diz respeito a circunstâncias pretéritas ou presentes à data do contrato, enquanto que o instituto que nos propomos a analisar diz respeito a

⁴³ COSTA, 2019, p. 165; COSTA, 1998, pp. 277 e 278.

⁴⁴ SERRA, 1957, pp. 380 e ss.

⁴⁵ COSTA, 2019, p. 198.

⁴⁶ CORDEIRO, 1997, cit., p. 916

⁴⁷ COSTA, 2019, p. 198.

⁴⁸ Idem, *ibidem*, pp. 198 e 199.

circunstâncias futuras⁴⁹. São hipóteses temporalmente distintas⁵⁰. Além disso, o regime do erro sobre a base do negócio visa proteger uma vontade livre e esclarecida em face da realidade existente ao tempo da celebração. E este interesse já não se identifica quando falha uma previsão futura, desde que esta se tenha formado de acordo com a realidade conhecida⁵¹.

Também quando a base do negócio aparece configurada em termos puramente subjetivos, perante uma alteração objetivamente previsível, mas não identificada por erro das partes, a situação deve ser tratada enquanto tal, no quadro do regime do erro^{52 53}.

Isto alerta-nos para a necessidade de circunscrever o âmbito de aplicação deste instituto. É o CC que autonomiza esta situação de erro, promovendo o próprio processo de “depuração da alteração das circunstâncias”⁵⁴, um processo necessário que resulta da vaguidade da teoria da base do negócio e de outros espaços dogmáticos, como veremos adiante⁵⁵.

Outro fator de diferenciação para com o regime em análise corresponde à necessidade de ponderação do risco do contrato, ou seja, o funcionamento das regras de imputação, a uma das partes, do dano que resulte de uma alteração das circunstâncias. As regras do risco delimitam negativamente a aplicação do art. 437.º. Correspondem, em suma, a imperativos de justiça, pois, se o Direito atribui a um sujeito uma vantagem, é justo que contra ele corra a possibilidade de um dano superveniente causal, seguindo o brocardo latino *ubi commoda, ibi incommoda*⁵⁶. Esta delimitação decorre da própria letra do art. 437.º, mas não se dirige às situações de maior ou menor rentabilidade económica, como já foi reconhecido pelo STJ⁵⁷. O art. 438.º confirma igualmente a precedência do regime do risco, uma vez que, havendo mora do devedor, o risco se transfere para este, nos termos do art. 807.º, não sendo de aplicar, nesses casos, o regime da alteração das

⁴⁹ COSTA, 1998, pp. 280 e ss.

⁵⁰ VASCONCELOS, Pedro Pais de/ VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9.ª edição, Almedina, Coimbra, 2019, p. 374

⁵¹ COSTA, 2019, p. 203.

⁵² CORDEIRO, 2019, pp. 660 e 661.

⁵³ Ac. do STJ de 28/05/2009, Processo nº 1670/05.9TBVCT.S1, Relator: Oliveira Vasconcelos.

⁵⁴ CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil- IX*, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2019, p. 661.

⁵⁵ FRADA, Manuel Carneiro/ COSTA, Mariana Fontes, “Sobre os efeitos da crise financeira na força vinculativa dos contratos”, *Estudos Comemorativos dos 20 anos da FDUP*, Volume II, Almedina, Coimbra, 2017, p. 183.

⁵⁶ CORDEIRO, 2019, pp. 665 e 666.

⁵⁷ Ac. do STJ de 29/03/1979 (Costa Soares), BMJ 285 (1979), pp. 262 e ss.

circunstâncias⁵⁸. Assim, torna-se importante, através da interpretação contratual, proceder à qualificação do contrato, de forma a compreender o seu plano de risco⁵⁹.

Uma diferente limitação à aplicação deste instituto pode decorrer da própria vontade das partes e da interpretação contratual. Com efeito, situando-nos no âmbito da autonomia privada, o princípio da liberdade contratual impõe que o art. 437.º tenha natureza supletiva perante um regime alternativo fixado pelas partes. Podem os sujeitos contratuais estipular condições suspensivas ou resolutivas para disciplinar casos de evolução circunstancial do contrato, já que, em princípio, esta será matéria disponível⁶⁰. Também nos casos em que as partes hajam negociado em vista de uma alteração das circunstâncias, prevalecerá a sua vontade original, pois que nesses casos a própria boa fé impõe que o contrato seja cumprido. Além disso, só será necessário aplicar o art. 437.º se o conteúdo do próprio contrato não fornecer a resposta, ou seja, se não for possível encontrar uma solução por via interpretativa ou integrativa⁶¹.

Justifica-se, nesta fase, fazer uma breve referência às cláusulas de *hardship*⁶². A tensão existente entre a boa fé e a força obrigatória dos contratos encontra-se diminuída nos casos em que adaptação do contrato surge como resultado da vontade das partes⁶³. Estas cláusulas, quando inseridas num contrato, estabelecem um dever de renegociação do mesmo perante uma modificação substancial das circunstâncias que afete o equilíbrio global do contrato⁶⁴. Visam definir quais as situações em que o dever de renegociar emerge, mas também qual o método a seguir na adaptação do contrato às novas circunstâncias⁶⁵. Estas cláusulas visam afastar a aplicação do regime legal, pelo que este só será convocado para situações em que se constate que a cláusula não cobre o novo imprevisto e, essencialmente, quando se vejam esgotadas todas as possibilidades de renegociação, segundo um juízo de razoabilidade. Só então poderá intervir o Tribunal, provendo pela modificação ou resolução do contrato, conforme seja o pedido das partes⁶⁶.

⁵⁸ LEITÃO, 2019, p. 140.

⁵⁹ VASCONCELOS/ VASCONCELOS, 2019, p. 376.

⁶⁰ Idem, *ibidem*, p. 375.

⁶¹ Idem, *ibidem*, p. 376.

⁶² Sobre este tema veja-se GOMES, Júlio, “Cláusulas de hardship”, in MONTEIRO, António Pinto, *Contratos: Atualidade e Evolução*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1997, pp. 167 e ss.

⁶³ COSTA, 2019, p. 241.

⁶⁴ GOMES, 1997, pp. 188 e 189.

⁶⁵ Idem, *ibidem*, pp. 189 e 190.

⁶⁶ LUÍS, Sandra dos Reis, “A alteração anormal das circunstâncias: o artigo 437.º do Código Civil e a situação pandémica: reflexos contratuais” in *Revista Julgar*, julho 2020, <http://julgar.pt/a-alteracao->

Outra limitação à atuação deste regime, apontada por Menezes Cordeiro⁶⁷, é a decorrente da tutela da confiança. Sempre que das circunstâncias fácticas resultem imposições de tutela da confiança, as regras da alteração das circunstâncias não serão aplicadas. O contraente que, ora no momento da contratação, ora em momento posterior, tenha levado a outra parte a crer numa certa evolução factual, pode ser responsabilizado, por violação do dever de atuação de boa fé, por aplicação do regime do abuso de direito e não em função do regime da alteração das circunstâncias⁶⁸.

Neste contexto, não podemos deixar de referir a hipótese da impossibilidade de cumprimento. Anteriormente, a impossibilidade serviu como tentativa de resposta para os casos de dificuldade excessiva de cumprimento. Atualmente, com a consagração de dois regimes jurídicos diferentes para situações inequivocamente distintas, a aplicação do art. 437.º deve ser reservada para as situações em que as alterações das circunstâncias não impliquem, em relação a qualquer uma das obrigações do contrato, a impossibilidade da prestação⁶⁹.

Por fim, ainda que não verificados os requisitos do art. 437.º, pode o princípio da boa fé impor que o contrato seja modificado ou resolvido. Este foi já o entendimento do STJ⁷⁰, em decisão onde admitiu a modificação do contrato por aplicação do art. 437.º, mas sem deixar de anunciar que, mesmo que os respetivos pressupostos não se encontrassem preenchidos, idêntico resultado se impunha, merecendo o contrato uma atualização por aplicação do instituto do abuso de direito (art. 334.º).

Feita esta “depuração”, no uso da expressão de Menezes Cordeiro, cumpre questionar, com ele, o que sobra para o instituto da alteração das circunstâncias⁷¹.

O fenómeno das circunstâncias supervenientes é suscetível de assumir variadas formas. Seria impossível todas prever e regular exaustivamente. Por isso, o legislador tem de recorrer a conceitos indeterminados. Como bem explica este autor, o problema último da alteração das circunstâncias é que existe um contrato válido e, assim, querido pelo Direito, mas que, por circunstâncias supervenientes, entra em contradição com a boa fé, um dos

[anormal-das-circunstancias-o-artigo-437-o-do-codigo-civil-e-a-situacao-pandemica-reflexos-contratuais/](#), p. 7.

⁶⁷ CORDEIRO, 2019, pp. 673 e ss.

⁶⁸ Idem, *ibidem*, p. 680.

⁶⁹ FERNANDES, 2001, p. 266.

⁷⁰ Ac. do STJ de 15/04/1975 (José Garcia da Fonseca), BMJ 246 (1975), pp. 138 e ss.

⁷¹ CORDEIRO, 2019, pp. 681 e ss.

princípios básicos do sistema. Nos casos efetivos de alteração das circunstâncias, é importante ter presente que o contrato subsiste de forma válida e eficaz, colocando-se em contradição com princípios básicos da autonomia privada e da boa fé, não menos válidos e eficazes. E estas contradições devem ser reconhecidas e resolvidas casuisticamente pelo aplicador do direito⁷².

É este espaço de contradição que resta a este instituto, que se revela como garantia de aperfeiçoamento e correção do sistema, servindo para resolver, nos casos concretos, a tensão que existe entre as insuficiências do Direito e o dever de não denegar a ninguém a Justiça, quando esta seja pedida nos tribunais⁷³. Funcionará, assim, como corretor do sistema, não podendo intervir antes do próprio sistema, revelando o seu caráter supletivo, como contrapeso de um entendimento rígido do princípio *Pacta sunt servanda*⁷⁴.

Fixado o âmbito de aplicação do instituto da alteração das circunstâncias, cumpre perceber quais os pressupostos da sua atuação, fixados no n.º 1 do art. 437.º.

Na formulação deste artigo, optou o legislador pelo recurso a cláusulas gerais, que facilitam ao aplicador do direito a procura da solução mais justa para o caso concreto⁷⁵.

São vários os entendimentos⁷⁶ que podem ser enunciados a propósito dos requisitos do art. 437.º. Todavia, sempre com o mesmo resultado.

A maioria dos autores⁷⁷ e da jurisprudência⁷⁸ opta por identificar os pressupostos de aplicação deste regime nos seguintes termos: i) a alteração das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar; ii) anormalidade dessa alteração; iii) que essa alteração provoque uma lesão para uma das partes, que causa um desequilíbrio entre as prestações contratuais; iv) que a lesão seja de tal ordem que se apresente como contrária

⁷² Idem, *ibidem*, p. 682.

⁷³ Idem, *ibidem*, pp. 682 e 683.

⁷⁴ COSTA, 2019, p. 17.

⁷⁵ COSTA, 1998, pp. 282 e 283.

⁷⁶ COSTA, 2019, pp. 327 e ss. Mariana Fontes da Costa segue uma divisão dogmática recorrente na doutrina alemã após a reforma de 2001/2002, atribuída a Dieter Medicus, segundo a qual se devem verificar três elementos, aliás constantes da previsão dos arts. 437.º e 438.º do CC, para que a alteração das circunstâncias seja considerada relevante: o elemento real, elemento hipotético e elemento normativo.

⁷⁷ LEITÃO, 2019, p.137; COSTA, 1998, pp. 284 e ss.; ANTUNES, 2018, pp. 155 e 156.

⁷⁸ Ac. do STJ de 23/01/2014, Processo n.º 1117/10.9TVLSB.P1.S1, Relator: Granja da Fonseca.

à boa fé a exigência do cumprimento das obrigações assumidas; v) e que não se encontre coberta pelos riscos próprios do contrato.

A estes requisitos, previstos no art. 437.º, acrescenta-se um outro, estabelecido no art. 438.º: o lesado não pode estar em mora no momento da alteração das circunstâncias⁷⁹.

Atualmente, porém, a doutrina vem recorrendo a conceitos complementares de “grande alteração das circunstâncias” e “pequena alteração das circunstâncias”, de forma a assegurar a distinção de tratamentos para realidades diversas.

Esta nova proposta corresponde a uma construção de G. Kegel⁸⁰, que configura este instituto como uma forma de resolução do problema de saber em que situações e em que medida deve uma parte contratante ser ajudada, em face de circunstâncias excepcionais. Defende, então, que os riscos normais do tráfego, que corresponderiam à pequena base do negócio, devem ser suportados pela parte atingida, em cumprimento da natureza vinculativa do contrato. Só perturbações a qualificar como de largo espectro, que resultem de catástrofes naturais ou provocadas pela atuação do Estado (onde o autor inclui o fenómeno da inflação), que constituem a grande base do negócio, é que deverão ser tidas por relevantes. Quanto a estas, afirma que o ordenamento jurídico deve prover pela parte lesada, já que estas alterações anormais se encontram para lá da esfera de influência das partes. Como solução, Kegel conclui que deve haver uma repartição dos danos, de acordo com um juízo de oportunidade e equidade e, em último caso, na ausência de outros elementos de distribuição do risco, de uma forma igualitária entre as partes⁸¹. Assim, as grandes alterações, onde se incluem grandes crises financeiras, guerras mundiais, catástrofes e pandemias, terão um impacto social transversal; já as pequenas alterações se reconduzirão a um impacto contratual e social circunscrito⁸².

Cumprido, porém, ter em atenção que, na legislação nacional, o art. 437.º do CC não faz qualquer divisão entre pequena ou grande alteração das circunstâncias, do que resulta dever entender-se que abrange, na sua previsão, qualquer uma destas⁸³. Com efeito, fazendo uso da regra interpretativa prescrita pelo art. 9.º do CC, não há elemento nenhum

⁷⁹ ANTUNES, 2018, p. 156; COSTA, 1998, p. 289.

⁸⁰ KEGEL, Gerhard, *Empfiehl es sich, den Einfluß grundlegender Veränderungen des Wirtschaftslebens auf Verträge gesetzlich zu regeln und in welchem Sinn? (Geschäftsgrundlage, Vertragshilfe, Leistungsverweigerungsrecht)*, in Gutachten für den 40. Deutschen Juristentag, Mohr Siebeck, Tübingen, 1953, pp. 138 ss., *apud* COSTA, 2019, p.161.

⁸¹ *Idem, ibidem*, pp. 161 e 162.

⁸² CORDEIRO, 2020, p. 63

⁸³ Ac. do TRL de 14/06/2012, Processo n.º 187/10.4TVLSB.L2-2, Relator: Sérgio Almeida.

do art. 437.º que permita concluir que este não se aplicaria às grandes ou pequenas alterações⁸⁴, e, onde o legislador não distingue, não caberá ao intérprete distinguir⁸⁵. Ainda assim, esta qualificação não é desprovida de utilidade, como veremos adiante.

Na sequência de tudo o que vem de se expor, devendo um qualquer concreto quadro fáctico subsumir-se ao conceito de alteração superveniente das circunstâncias relevante nos termos do n.º1 do art. 437.º, teremos por verificado um fundamento para que se opere uma resolução justificada do contrato ou a sua modificação segundo juízos de equidade, de acordo com o n.º 2 do mesmo artigo.

Ainda que os pressupostos sejam específicos, a resolução irá seguir o regime geral previsto no art. 432.º e seguintes do CC, por remissão do art. 439.º⁸⁶. Por conseguinte, a extinção terá, em princípio, efeito retroativo, de acordo com o n.º 1 do art. 434.º, ressalvando o n.º 2 do mesmo art. que as prestações já realizadas não serão abrangidas nos contratos de execução continuada⁸⁷.

Se o efeito adequado for o da redução segundo juízos de equidade, ela implicará uma adaptação do contrato, para que se assegure a sua conformação ao princípio da boa fé. Esta *reductio ad aequitatem* não poderá, em qualquer caso, facilitar soluções de simples arbítrio, nem outras que não encontrem alicerce na lei, ou no próprio contrato, devendo, isso sim, restabelecer o equilíbrio entre as prestações, mas sempre à luz daquilo que foram as decisões das partes aquando da celebração do contrato. O esforço não deve ser no sentido de encontrar um equilíbrio contratual ideal, mas de, a partir da equação económica originária do contrato, proceder à adaptação das prestações nele previstas às novas circunstâncias, sem perturbação do sentido e do balanço desenhado inicialmente pelas partes⁸⁸. Em último caso, quando o desequilíbrio seja resultado de um afastamento do regime supletivo, pode vir este a ser chamado, valendo, então, por exemplo, as regras de determinação do preço (883.º) ou da remuneração do mandatário ou prestador de serviços (n.º 2 do art. 1158.º e 1156.º)⁸⁹. Importa ressaltar que esta modificação apenas visa evitar

⁸⁴CORDEIRO, António Barreto Menezes, “Alteração das Circunstâncias” in 1º Novo Coronavírus e Gestão da Crise Contratual - Estratégias Jurídicas, 09/04/2020, <https://www.cidp.pt/Archive/Docs/f633504439438.pdf>, p. 33.

⁸⁵ LUÍS, julho 2020, p. 9.

⁸⁶ MARTINEZ, Pedro Romano, *Da Cessação do Contrato*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2015, p. 153.

⁸⁷ LEITÃO, 2019, p.142.

⁸⁸ VASCONCELOS/ VASCONCELOS, 2019, pp. 382 e 383.

⁸⁹ CORDEIRO, 2019, p. 692.

que a realização da obrigação assumida afronte a boa fé e, por isso, exclui-se deste âmbito a possibilidade de, por esta via, se garantir a concretização dos lucros que estavam previstos por uma das partes⁹⁰. O objetivo da modificação equitativa não passa pela eliminação dos prejuízos sofridos com a alteração das circunstâncias, mas por uma distribuição equitativa, pelos contraentes, dos prejuízos que resultem da materialização de riscos não cobertos pelo contrato e apenas na medida em que tal permita eliminar a situação de inexigibilidade de cumprimento em que se encontre a parte lesada. É essa a barreira que deve ser tida em conta na modificação segundo juízos de equidade⁹¹.

Ainda nesta hipótese da modificação do contrato segundo juízos de equidade, deve procurar-se um método adequado à definição dos respetivos termos. O critério a usar pelo julgador terá de ser, antes do mais, o da ponderação das vontades real e hipotética das partes⁹².

A vontade real pode ser apurada através da interpretação do pedido de modificação, seja pelo contraente lesado, seja pela contraparte, quer em sede de oposição ao pedido de resolução, quer como contestação ao conteúdo do próprio pedido de modificação. Caso tenham tido lugar, os elementos interpretativos que resultem das renegociações também podem ser utilizados⁹³.

A vontade hipotética corresponde à especulação sobre o que as partes teriam definido, caso tivessem previsto a alteração das circunstâncias⁹⁴. Para a análise deste elemento, tem especial relevância a averiguação da original equação económica do contrato e a inicial distribuição dos riscos⁹⁵.

Mas para além dessas vontades, outros elementos poderão ser tidos em conta para a fixação dos termos de modificação do contrato. Incluem-se aqui o comportamento de cada uma das partes aquando da verificação da alteração no sentido de agravar ou atenuar os seus efeitos, bem como o investimento de cada uma das partes na estabilidade do regime negocial, entre outros⁹⁶.

⁹⁰ Idem, *ibidem*, p. 698.

⁹¹ COSTA, 2019, p. 496.

⁹² ANTUNES, 2018, p. 159.

⁹³ COSTA, 2019, pp. 501 e 502.

⁹⁴ ANTUNES, 2018, p. 159.

⁹⁵ COSTA, 2019, p. 503.

⁹⁶ Idem, *ibidem*, pp. 503 e ss.

Em último caso, na ausência de elementos suficientes para determinar a medida dos danos que cada parte deve suportar a solução apontada por Kegel, de repartição igualitária dos danos não cobertos pelos riscos próprios do contrato entre os contraentes, pode revelar-se como a mais indicada⁹⁷.

Cumprе assinalar, em qualquer caso, que o tribunal jamais se encontrará limitado pela vontade real das partes expressa no pedido ou por outros elementos. Estes servirão como orientação para o julgador. O julgador não pode contrariar a vontade expressa no pedido, por respeito a princípios de ordem processual, como o do pedido, que inibe a condenação em prestação superior ou diversa, por referência ao peticionado pelas partes. Contudo, goza de uma margem de liberdade para conformar a modificação do contrato, afastando-se do pedido, sempre que considerar serem outros os termos em que melhor se revela a solução de equidade exigida pela lei⁹⁸.

O n.º 1 do art. 437.º dispõe que a parte a quem seja exigido o cumprimento tem direito à resolução do contrato ou à sua modificação segundo juízos de equidade. Todavia, se optar pela resolução, a outra parte poderá opor-se, aceitando a sua modificação, tal como prevê o n.º 2 do mesmo preceito, evidenciando que a modificação prefere à resolução, numa manifestação da opção legislativa pela estabilidade no ordenamento jurídico⁹⁹. Assim, sempre que o tribunal se encontre perante a alternativa de resolução ou modificação do contrato, deverá optar pela primeira, quando o contrato, perante a alteração das circunstâncias, tenha perdido a sua razão de ser ou não seja possível recuperar o justo equilíbrio da sua equação económica. Em suma, quando tal opção se revele processualmente admissível, o juiz deverá optar pela sobrevivência do contrato, providenciando pela modificação do seu conteúdo, com base em juízos de equidade¹⁰⁰.

Esta prioridade dada à salvaguarda do contrato corresponde a uma manifestação do princípio *favor negotii* no nosso ordenamento jurídico, que, como se acaba de referir, apenas cederá perante a impossibilidade ou desadequação da revisão contratual. A continuidade do contrato será inaceitável quando mesmo um ajuste à sua disciplina seja insuficiente para o tornar viável, tal como quando a modificação não seja exequível, por impedimentos de cariz jurídico ou fáctico. Será desadequada quando não seja possível

⁹⁷ Idem, *ibidem*, p. 506.

⁹⁸ Idem, *ibidem*, p. 502.

⁹⁹ ANTUNES, 2018, p. 159.

¹⁰⁰ COSTA, 1998, p. 295

eliminar a inexigibilidade de cumprimento de uma das partes, sem gerar a inexigibilidade de cumprimento para a outra e, ainda, quando uma adaptação da essência das prestações resulte na descaracterização do contrato, consubstanciando uma novação das respetivas obrigações¹⁰¹.

Questão mais controversa que tem sido colocada, é a de saber se a parte lesada pode opor ao pedido de modificação o da resolução do contrato. Oliveira Ascensão¹⁰² entende que a ninguém pode ser imposto um contrato alterado, quando, substancialmente, este não corresponda àquilo que foi aceite. Carvalho Fernandes¹⁰³ discorda, recorrendo aos regimes de erro sobre a base do negócio (n.º 2 do art. 252.º) e da usura (n.º 2 do art. 283.º) para argumentar a favor da imposição de um contrato modificado. Em atenção ao texto da norma em causa, da qual se extrai uma inequívoca prevalência da solução de modificação sobre a de resolução, entendemos que a posição de Carvalho Fernandes é a mais adequada, desde logo por ser também congruente com a genérica preferência do ordenamento jurídico pela salvaguarda da relação jurídica¹⁰⁴.

A expressão legal “requerida a resolução” é, *de per se*, também geradora de controvérsia. Por um lado, há quem entenda que esta redação impõe que a resolução do contrato seja requerida em juízo. Almeida Costa¹⁰⁵, pelo contrário, defende que o regime previsto nos arts. 432.º a 436.º compreende a possibilidade de resolução do contrato por mera declaração à contraparte, no prazo convencionado. De resto, esta possibilidade foi proposta para integração do regime da alteração das circunstâncias, por Vaz Serra¹⁰⁶, no entendimento de que seriam bastantes os termos gerais, sendo suficiente para operar a resolução a mera declaração dessa vontade à contraparte, o que até poderia nem ser necessário na hipótese de uma alteração que fosse tão notória que perante ela nem essa declaração fosse de esperar.

Todavia, tal intenção não vingou, tendo o legislador optado pela expressão em causa, favorecendo a interpretação de que a resolução tem de ser requerida em juízo.

¹⁰¹ COSTA, 2019, pp. 490 e ss..

¹⁰² ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil. Teoria Geral*, vol. III (Relações e Situações Jurídicas), Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 204.

¹⁰³ FERNANDES, 2001, pp. 299 e 300.

¹⁰⁴ COSTA, 2019, pp. 489 e 490.

¹⁰⁵ COSTA, 1998, pp. 294 e 295, nota (3).

¹⁰⁶ SERRA, Adriano Vaz, *RLJ*, 111.º ano, n.º 3631, p. 248

Menezes Leitão¹⁰⁷ considera, à luz desta redação e em linha com o defendido por Almeida Costa, que não é imperativo o recurso a juízo, uma vez que essa imposição iria contrariar o regime geral da resolução, para o qual o art. 439.º remete. Justifica, assim, que a expressão é utilizada para exprimir o facto de a parte não poder decretar imediatamente a resolução, sem averiguar se a outra parte não lhe impõe a modificação do contrato, segundo juízos de equidade. Se a escolha das partes recair na modificação do contrato, estas podem, igualmente, convencionar extrajudicialmente o seu conteúdo, só sendo o recurso a juízo necessário na eventualidade de surgir um conflito. A nosso ver, esta posição mostra-se mais ajustada ao regime geral da resolução, considerando-se a declaração de resolução recipianda, com a consequência imediata de destruição do contrato, sendo o recurso a juízo apenas necessário na eventualidade de a contraparte não se conformar com a resolução ou com os pressupostos invocados¹⁰⁸.

Outra das questões discutidas entre a doutrina diz respeito ao conhecimento (decretamento) oficioso, ou não, da modificação do contrato. Pires de Lima e Antunes Varela¹⁰⁹ afirmam que o tribunal não pode alterar oficiosamente um pedido de resolução do contrato, substituindo-se à contraparte na opção pela sua modificação. Em defesa desta conclusão, o texto da norma indica estarmos perante um direito disponível da parte lesada, não se devendo admitir o conhecimento oficioso da possibilidade de modificação do contrato. O contrário levaria à criação de um mecanismo de reposição forçada da justiça comutativa do contrato, algo que não seria admissível por respeito ao princípio da autonomia privada¹¹⁰.

Esta solução pressupõe, porém, que se entenda que ambos os pedidos se encontram em relação de alternatividade. Todavia, isto não é pacífico. Numa tese divergente, nos termos da qual a relação entre os dois pedidos se deve ter como subsidiária, caberá ao aplicador do direito escolher a solução que melhor se adequa ao caso. Defendendo esta solução, Nuno Pinto Oliveira¹¹¹ afirma que não há aqui um concurso de direitos subjetivos e, dessa forma, só estaremos perante um direito potestativo de resolução quando a modificação se

¹⁰⁷ LEITÃO, 2019, p. 141.

¹⁰⁸ PROENÇA, José Carlos Brandão, *A Resolução do Contrato no Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, p. 152.

¹⁰⁹ LIMA, Pires de/ VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol.I, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1987, p. 414.

¹¹⁰ COSTA, 2019, pp. 487 e ss..

¹¹¹ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, “Em tema de Alteração das Circunstâncias: A Prioridade da Adaptação/ Modificação sobre a Resolução do Contrato”, *Edição Comemorativa do Cinquentenário-Código Civil* (Elsa Vaz Sequeira/ Fernando Sá, coord.), UCE, Lisboa, 2017, pp. 294- 296.

mostre inadequada ou insuficiente. Conclui o autor em sentido contrário ao referido anteriormente, que o tribunal estará autorizado a intervir, oficiosamente, promovendo a modificação do contrato, desde que se verifiquem os requisitos desta, uma vez que o pedido que é feito é o de integração do regulamento contratual. Caberá, por isso, ao tribunal modificá-lo ou, se tal não se revelar possível, resolvê-lo¹¹².

Cumpra afirmar, no entanto, que esta última posição não parece ser a que melhor se adequa aos princípios processuais vigentes no nosso ordenamento, nomeadamente o princípio do pedido, nem à ideia de disponibilidade dos direitos que a norma do art. 437.º deixa transparecer.

Por fim, tendo em conta a natureza supletiva deste instituto, que sucessivamente referimos, podemos questionar a possibilidade de, através de uma cláusula contratual, as partes afastarem pura e simplesmente a aplicação do art. 437.º, no todo ou em parte, ou de estabelecerem um regime que o contrarie. Cumpra, no entanto, afirmar que a aplicabilidade do regime em questão constitui matéria afastada da disponibilidade das partes, sendo antes de ordem pública, pois que se tem como imposta “pelas coordenadas axiológicas do sistema”¹¹³. Assim, ainda que tenha uma natureza supletiva, cedendo à estatuição das próprias partes, o regime da alteração das circunstâncias não deixa de ser uma manifestação de um núcleo de justiça contratual, integrador da ordem pública, injuntivo e inderrogável¹¹⁴.

Jurisprudência portuguesa

Como já foi referido, antes do CC de 1966, a jurisprudência não acolheu, nem contribuiu para o desenvolvimento do instituto jurídico em análise. Todavia, depois da entrada em vigor do novo código, assistiu-se a uma certa evolução, mesmo em relação a situações jurídicas que, por efeito das regras de aplicação das leis no tempo, seriam de submeter ao Código de Seabra¹¹⁵. Esta evolução, sucessiva a um período de rejeição de relevância da

¹¹² Idem, *ibidem*, pp. 298 e ss...

¹¹³ VASCONCELOS/ VASCONCELOS, 2019, p. 377.

¹¹⁴ FRADA, Manuel Carneiro da, “A Alteração das Circunstâncias à luz do Covid-19- Teses e reflexões para um diálogo”, *ROA*, Ano 80, Vol. I/II, Jan./Jun. 2020, <https://portal.oa.pt/media/131420/manuel-carneiro-da-frada.pdf>, p. 162.

¹¹⁵ CORDEIRO, 1997, p. 926

alteração das circunstâncias, revelou-se no ac. do STJ de 01/07/1969¹¹⁶, que tinha por objeto um contrato de arrendamento para exploração de uma estação de serviço, por 20 anos, mas que pressupunha uma licença da câmara, concedida a título precário, revogável em caso de expropriação. Entendeu-se, então, que tendo a Câmara inibido a arrendatária de explorar aquele espaço, deveria o contrato ser resolvido, mesmo que ainda no domínio do CC anterior, por desaparecimento da base do negócio (*in casu*, a possibilidade de a arrendatária desenvolver a sua atividade naquele terreno, pelo prazo de 20 anos). Para esta decisão, o tribunal apoiou-se nos argumentos que haviam sido previamente enunciados por Manuel de Andrade, favoráveis à base do negócio, mas até então ignorados pela jurisprudência¹¹⁷.

Num ac. ulterior (08/11/1974¹¹⁸) o STJ, ainda que defendendo ser possível a modificação do contrato com base numa superveniência contratual no âmbito do Código de Seabra, voltou a decidir pela irrelevância da alteração das circunstâncias, afirmando que uma situação de baixa acentuada do preço de mercado de um bem estaria dentro da *alea* do contrato.

Certo é que a figura foi pouco utilizada nos primeiros dez anos da vigência do CC de 1966, algo que viria a mudar a partir da segunda metade da década de setenta. Esta época foi caracterizada por um ambiente de crise económica, gerado pelos choques petrolíferos. Mas, em Portugal, as condições socioeconómicas das pessoas e das empresas foram ainda marcadamente influenciadas pela Revolução de 25 de abril de 1974, com todas as consequências culturais, sociológicas, económicas e sociais que daí resultaram¹¹⁹.

Por referência a este período, Menezes Cordeiro avança uma divisão tripartida dos problemas que surgiram e sobre os quais os tribunais foram chamados a pronunciar-se: alteração dos elementos contratualmente envolvidos; modificação legislativa que atinja um dos elementos contratualmente envolvidos; e, por último, a interferência dos acontecimentos ocorridos durante a Revolução de 1974-75¹²⁰.

No primeiro grupo, inserem-se as hipóteses de modificação nos preços ou o desaparecimento de matérias primas. Nestes temas, os tribunais demonstraram uma certa

¹¹⁶ Ac. do STJ de 01/07/1969 (J. S. Carvalho Júnior), BMJ 189 (1969), pp. 265 e ss.

¹¹⁷ CORDEIRO, 1997, pp. 926 e 927

¹¹⁸ Ac. do STJ de 08/11/1974 (Jacinto Fernandes Rodrigues Bastos), BMJ 241 (1974), pp. 286 e ss.

¹¹⁹ CORDEIRO, 1997, pp. 927 e 928.

¹²⁰ Idem, *ibidem*, pp. 928 e ss.

reticência na aplicação do instituto em causa. No ac. do STJ de 15/04/1975¹²¹, o STJ anuiu à alteração do contrato, que tinha sido celebrado compreendendo o pagamento em prestações indexadas ao valor do ouro fino. O ouro sofreu uma subida mais acentuada do que o custo de vida em geral e o tribunal reconheceu que a intenção das partes fora a de evitar o risco de desvalorização do escudo, não uma atividade especulativa. Já não o fez no ac. de 18/03/1975¹²², onde considerou que a redução acentuada do preço de mercado das aparas de cortiça estaria coberta pelos riscos próprios do contrato, nem no ac. de 07/02/1980¹²³, onde foi pedida a resolução de um contrato de renda vitalícia, devido às alterações monetárias. Neste caso, o STJ considerou que o contrato de renda vitalícia seria por natureza um contrato aleatório, por depender da duração da vida do beneficiário, rejeitando a aplicação do regime do art. 437.º do CC.

Quanto ao segundo grupo, o STJ foi assumindo a posição de que, por respeito ao princípio da boa fé, deve procurar manter-se uma certa equivalência entre prestações e que a aplicação do art. 437.º se deve ter por justificada quando é o Estado o responsável pelo desequilíbrio superveniente¹²⁴. No ac. de 06/04/1978¹²⁵, o STJ pronunciou-se sobre um contrato promessa de compra e venda de um prédio urbano, tendo em vista a sua demolição e reconstrução posterior. Todavia, devido ao DL 445/74, de 12 de setembro, que veio, ulteriormente e de forma imprevista, suspender o exercício do direito de demolição, tendo em conta, também, a especial desvalorização que tal alteração teve no prédio, o STJ considerou estarem verificados os requisitos para a resolução do contrato nos termos do art. 437.º. Tal entendimento foi mantido no ac. de 12/03/1981¹²⁶.

No terceiro grupo, inscrevem-se diversas situações que resultaram do principal acontecimento que, no século XX e em Portugal, se pode subsumir ao conceito de grande alteração das circunstâncias, integrado pelos episódios e efeitos revolucionários de 1974/1975. Este é um exemplo histórico de uma perturbação generalizada do mercado e das relações comerciais, que atingiu sob diferentes formas uma multiplicidade de

¹²¹ Ac. do STJ de 15/04/1975 (José Garcia da Fonseca), BMJ 246 (1975), pp. 138 e ss.

¹²² Ac. do STJ de 18/03/1975 (José António Fernandes), BMJ 245 (1975), pp. 490e ss.

¹²³ Ac. do STJ de 07/02/1980 (Jacinto Rodrigues Bastos), BMJ 294 (1980), pp. 308 e ss. Quanto a este ac., a decisão é bastante criticável, uma vez que a aleatoriedade do contrato é respeitante à duração do contrato, não às oscilações da moeda. Mas confirma a tendência de não atribuição de relevância a modificações no valor da moeda.

¹²⁴ CORDEIRO, 1997, pp. 930 e 931.

¹²⁵ Ac. do STJ de 06/04/1978 (Costa Soares), BMJ 276 (1978), pp. 253 e ss.

¹²⁶ Ac. do STJ de 12/03/1981 (Campos Costa), BMJ 305 (1981), pp. 276 e ss.

contratos¹²⁷. No ac. do STJ de 10/05/1979¹²⁸, abordou-se a questão de uma dívida cartular contraída para a aquisição de ações que vieram a ser bloqueadas pelo encerramento da bolsa, depois de 25 de abril de 1974. Neste caso, entendeu o STJ que o Banco seria estranho às perspectivas de atividade comercial dos réus e que tal não afetava a boa fé, considerando que esta alteração anormal teria provocado dificuldades de cumprimento, mas que não deveria reconhecer-se uma relação causal entre a alteração anormal e a prestação a efetuar. No ac. de 20/04/1982¹²⁹, estando em causa a condenação no pagamento de débitos bancários provenientes de uma conta corrente para a aquisição de ações, tendo a empresa em causa sido nacionalizada, entendeu o STJ que não seria de aplicar o art. 437.º, uma vez que os réus estariam a invocar alterações em negócios alheios ao celebrado com o Banco, que se reduzia ao de uma concessão de crédito. Tanto nestes acs., como noutros, é possível verificar que o STJ efetuou um “fracionamento da realidade”, tanto a nível económico, como a nível social, fazendo prevalecer a ideia de que contra o credor apenas corre o risco de possível insolvência do devedor, e não também os riscos da própria atividade deste, sob pena de o credor ter de controlar o destino dos débitos do devedor e o curso dos seus negócios, no que seria uma evidente limitação da sua autonomia privada¹³⁰.

Outro fenómeno que mereceu atenção foi o dos efeitos dos “saneamentos”, isto é, o afastamento, por vias de facto ou por normas revolucionárias, de pessoas das suas funções¹³¹. A este respeito, destaca-se o ac. do STJ de 13/12/1977¹³². O objeto deste ac. consistiu em decidir da exigibilidade de uma obrigação cambiária, contraída a favor de determinada empresa, por administradores da mesma, os quais alegaram terem ficado impossibilitados de a cumprir em consequência da usurpação da administração dessa empresa pelos seus trabalhadores. O STJ, sem estabelecer uma ligação entre a usurpação e a impossibilidade invocada, declarou que estas perturbações não constituem causa de liberação, rejeitando a aplicação, quer do n.º 1 do art. 790.º, quer do n.º 1 do art. 437.º, sem justificar tal decisão, designadamente por ponderação dos interesses presentes. Comentando esta decisão, Menezes Cordeiro¹³³ afirmou não compreender a não aplicação

¹²⁷ COSTA, 2019, p. 364.

¹²⁸ Ac. do STJ de 10/05/1979 (Miguel Caeiro), BMJ 287 (1979), pp. 262 e ss.

¹²⁹ Ac. do STJ de 20/04/1982 (Augusto Victor Coelho), BMJ 316 (1982), pp. 255-258.

¹³⁰ CORDEIRO, 1997, pp. 932 e 933.

¹³¹ Idem, *ibidem*, p. 933.

¹³² Ac. do STJ de 13/12/1977 (Oliveira Carvalho), BMJ 272 (1978), pp. 193 e ss.

¹³³ CORDEIRO, 1997, p. 934.

do art. 437.º, à luz do princípio da boa fé, considerando, pelo contrário, que estavam verificados os requisitos para a sua atuação, já que o Banco conhecia a razão da obrigação cambiária, que se verificou uma alteração anormal e que o dano verificado ultrapassa qualquer risco do contrato.

Esta análise tripartida evidencia a reticência que os tribunais demonstraram em aplicar o regime do art. 437.º perante uma situação de alteração das circunstâncias. A Revolução de 25 de abril de 1974 implicou o fecho da bolsa de valores, a proibição de venda de ações, nacionalização de várias empresas, saneamentos, além de um longo e complexo processo de descolonização, tudo com dramáticos efeitos sociais e económicos que a História já conseguiu descrever e catalogar. Todavia, estas perturbações não encontraram reflexo na jurisprudência portuguesa¹³⁴. Através da análise que fizemos, é possível perceber um recurso sucessivo a razões de técnica jurídica para rejeitar a aplicação do art. 437.º, sem avanço para argumentos tendentes a justificar a sua não aplicação às grandes alterações das circunstâncias. E apenas perante um conjunto de respostas judiciais é que esta tendência restritiva é perceptível¹³⁵. Todavia, ainda que o paradigma de um caso subsumível ao regime em análise seja o de um contrato com prestações sucessivas que, sujeito a modificações supervenientes, incorre em desequilíbrios inadmissíveis perante critérios de boa fé, não se identifica qualquer motivo apto a justificar que se impeça alguém, que por vias de facto ou por efeito de legislação revolucionária, tenha enfrentado dificuldades anormais no cumprimento das suas obrigações, de lançar mão de um instrumento corretivo de justiça material, com razão de ser na boa fé, disponibilizado pelo legislador no CC de 1966¹³⁶.

Assim, se por um lado se confirma uma verdadeira receção desta figura no Direito nacional, por outro não deixa de ser de percecionar uma certa dificuldade na sua aplicação para lá das situações de pequena alteração das circunstâncias. Menezes Cordeiro¹³⁷ defende que esta cautela se justifica pela imposição constante do n.º 3 do art. 8.º do CC, segundo a qual a decisão concreta do julgador deve ter em conta todos os casos que mereçam tratamento análogo, a fim de obter uma interpretação e aplicação uniformes do direito, levando a que, perante grandes alterações das circunstâncias, o julgador rejeite a aplicação do art. 437.º, pelo receio dos efeitos políticos e económicos que as suas decisões

¹³⁴ COSTA, 2019, p. 364.

¹³⁵ CORDEIRO, 2019, p. 694.

¹³⁶ CORDEIRO, 1997, pp. 935 e 936.

¹³⁷ CORDEIRO, 2019, pp. 695 e 696.

podem provocar, enquanto soluções atomísticas para um problema que atinge uma multiplicidade de relações jurídicas.

Mais recentemente, perante novo fenómeno, o ac. do STJ de 10/10/2013¹³⁸, que conclui pela admissibilidade da resolução de um contrato de *swap* de taxas de juro com fundamento na alteração do contexto que a crise financeira de 2008 provocou, parece pretender iniciar uma rutura para com a cautela que caracterizou as decisões judiciais decorrentes da Revolução de 1974.

A crise financeira de 2008 é considerada por vários autores¹³⁹ como uma grande alteração das circunstâncias, tendo em conta as consequências que provocou em Portugal¹⁴⁰. Afetou o Estado, bancos, empresas e consumidores e, na falta de uma reação legislativa, coube aos tribunais intervir para definir soluções, designadamente através do instituto civil adequado à situação: o da alteração das circunstâncias¹⁴¹.

Sem prejuízo, houve ainda acs. que entenderam não dever subsumir-se esta crise financeira ao conceito da alteração das circunstâncias. O ac. do TRC de 05/11/2013¹⁴² afirmou que as crises financeiras não poderiam ser consideradas circunstâncias anormais, já que escapam à regra da imprevisibilidade, por serem situações cíclicas e repetidas no tempo.

Outros acs. voltaram a invocar razões de ordem técnica para não aplicar o regime do art. 437.º. O ac. do STJ de 23/01/2014¹⁴³ entendeu não estar verificada a imprevisibilidade necessária, quanto ao desemprego da autora, como consequência da crise, em termos que justificassem o recurso ao art. 437.º. Tendo a autora ficado desempregada e numa posição de dificuldade económica para o cumprimento de uma obrigação pecuniária, o tribunal entendeu não dever ser atribuída a tutela do art. 437.º, por a perturbação contratual não resultar do fenómeno qualificável como grande alteração das circunstâncias, mas de um

¹³⁸ Ac. do STJ de 10/10/2013, Processo n.º 1387/11.5TBBCL.G1.S1, Relator: Granja da Fonseca.

¹³⁹ COSTA, 2019, p. 367; FRADA, Manuel Carneiro da, “Crise financeira mundial e alteração das circunstâncias: contratos de depósito vs. Contratos de gestão de carteiras”, *ROA*, ano 69, vol. III/IV, 2009, p. 683; CORDEIRO, 2019, p. 707.

¹⁴⁰ PINTO, Paulo Mota, “Contrato de swaps de taxa de juro, jogo e aposta e alteração das circunstâncias que fundaram a decisão de contratar”, *RLJ*, 144.º ano, n.º 3988, 2014, p. 52 e nota 225. O autor refere que parte da doutrina alemã rejeita a qualificação desta crise financeira como perturbadora da grande base do negócio, por comparação com os efeitos provocados pelas duas grandes guerras e pela crise petrolífera de 1973. No entanto, realça que os efeitos na crise financeira alemã não são os mesmos da crise de finanças públicas vivida em Portugal.

¹⁴¹ CORDEIRO, 2019, p. 707.

¹⁴² Ac. do TRC de 05/11/2013, Processo n.º 1167/10.5TBACB-E.C1, Relator: José Avelino Gonçalves.

¹⁴³ Ac. do STJ de 23/01/2014, Processo n.º 1117/10.9TVLSB.P1.S1, Relator: Granja da Fonseca.

efeito por ele desencadeado¹⁴⁴. Solução idêntica, recorde-se, à dos casos em que, após a Revolução de 1974, os réus se viram impossibilitados de adquirir as ações para que haviam contraído financiamento bancário. Já num ac. de 10/01/2013¹⁴⁵, o STJ entendeu não estar verificado umnexo de causalidade entre a degradação da capacidade económica da autora e a inerente impossibilidade de satisfazer as obrigações assumidas e a crise financeira.

No entanto, os negócios que, pelo seu valor e sujeitos, suscitaram então maior atenção e controvérsia foram os contratos de *swap* de taxas de juro¹⁴⁶. E foi no âmbito destes contratos que o ac. do STJ de 10/10/2013, supramencionado, marcou uma rutura para com a cautela experienciada até então, perante as situações de grandes alterações de circunstâncias. Os problemas que surgiram com estes contratos não se deveram a normais oscilações das taxas de juro, mas a uma alteração de política monetária do Banco Central Europeu, com consequências profundas e inesperadas¹⁴⁷. Como se descreve no ac. em causa, estes contratos visam negociar sobre a incerteza e, neles, a variação da taxa de juro constitui um risco natural do próprio contrato. Todavia, perante uma descida muito significativa dos juros definidos pelo Banco Central Europeu, ficaram sobredimensionados os juros previstos nos referidos contratos, que incorreram assim num profundo desequilíbrio, sendo intolerável, à luz da boa fé, impor ao mutuário que o suporte, podendo, pelo contrário, ter-se por justificada a resolução do contrato em causa¹⁴⁸. No caso, o ac. entendeu que a aleatoriedade do contrato não impede a aplicação do regime do art. 437.º, se se ultrapassar a *alea* que lhe é própria. Esta tese foi seguida em diversos acs. que se lhe sucederam¹⁴⁹.

Todavia, no início de 2015, novamente chamado a pronunciar-se sobre estes contratos, o STJ acabou por decidir em sentido diferente. No ac. de 29/01/2015¹⁵⁰ considerou-se que

¹⁴⁴ COSTA, 2019, p. 371.

¹⁴⁵ Ac. do STJ de 10/01/2013, Processo n.º 187/10.4TVLSB.L2.S1, Relator: Orlando Afonso.

¹⁴⁶ Nestes contratos, um agente económico concorda em pagar um conjunto de fluxos financeiros com base numa taxa de juro fixa pré-determinada e, em paralelo, recebe fluxos financeiros indexados a uma taxa de juro variável. Sendo isto contratado com um Banco, caso essa taxa de juro subisse, seria o banqueiro a suportar a diferença, debitando-a ao cliente, mas, caso descesse, o cliente pagaria ao banqueiro. CORDEIRO, 2019, p. 713 e ESTEVES, João Cantiga, “Contratos swap revisitados”, *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 44, abril de 2013, pp. 71 e ss.

¹⁴⁷ FRADA/ COSTA, 2017, pp. 191 e 192.

¹⁴⁸ Ac. do STJ de 10/10/2013, Processo n.º 1387/11.5TBBCL.G1.S1, Relator: Granja da Fonseca.

¹⁴⁹ A título de exemplo, Ac. do TRL de 08/05/2014, Processo n.º 531/11.7TVLSB.L1-8, Relator: Ilídio Sacarrão Martins; Ac. do TRL de 28/04/2015, Processo n.º 540/11.6TVLSB.L2-1, Relator: João Ramos de Sousa.

¹⁵⁰ Ac. do STJ de 29/01/2015, Processo n.º 531/11.7TVLSB.L1.S1, Relator: Bettencourt de Faria.

estes contratos seriam nulos por contrariedade à ordem pública, sem conhecimento da questão sobre a adequação da possível sujeição ao regime da alteração de circunstâncias. Sucessivamente, em ac. de 11/02/2015¹⁵¹, onde foi pedida a nulidade do contrato com fundamento no n.º 1 do art. 280.º, o STJ considerou não estar em causa uma situação de jogo ou aposta, sem prejuízo de afirmar que o desequilíbrio negocial, por si, não gera a nulidade, mas apenas pode fundamentar a resolução do contrato, se verificados os correspondentes pressupostos e isso for pedido, antecipando, no entanto, que no caso em questão não ocorrera qualquer desequilíbrio contratual, em razão do risco máximo assumido.

Por fim, num outro ac. do STJ, de 26/01/2016¹⁵², a decisão foi a de que a flutuação das taxas de juro estaria integrada na *alea* típica e assumida pelos contraentes, não sendo, por isso, uma alteração anormal das circunstâncias.

Desta análise, pode concluir-se que, apesar de ter havido um exposto reconhecimento da possibilidade de aplicação do art. 437.º no contexto de uma situação que se pode qualificar como perturbadora da “grande base do negócio”, *in casu*, a crise financeira, acabou por não ser superado o que se pode descrever como uma assinalável cautela no reconhecimento de efeitos a uma tal alteração das circunstâncias.

Covid-19 e as suas implicações

Compete-nos agora averiguar a suscetibilidade de aplicação do instituto da alteração das circunstâncias aos conflitos que surjam como resultado da pandemia Covid 19.

Como reação à pandemia, com o intuito de impedir a sua propagação, foram emitidas diversas leis de emergência que implicaram fortes restrições de direitos e liberdades. Foram parcialmente suspensos os direitos de livre circulação, de propriedade e iniciativa económica privada, de reunião e manifestação, de aprender e ensinar, entre outros. Em execução destas leis de emergência, o Governo, através de vários decretos, determinou o confinamento obrigatório para alguns cidadãos, um dever geral de recolhimento obrigatório para os restantes, determinou o encerramento de restaurantes, bares,

¹⁵¹ Ac. do STJ de 11/02/2015, Processo n.º 309/11.8TVLSB.L1.S1, Relator: Sebastião Póvoas.

¹⁵² Ac. do STJ de 26/01/2016, Processo n.º 876/12.9TVLSB.L1.S1, Relator: Gabriel Catarino.

discotecas, teatros, cinemas e ginásios, entre outros. Gerou-se uma situação de contenção do consumo privado, aumento do desemprego e diminuição da capacidade produtiva¹⁵³. Por estes motivos, tendo em conta a qualificação apresentada *supra*, não pode esta realidade, em abstrato, deixar de ser qualificada como uma grande alteração das circunstâncias, pois é evidente a sua potencialidade para atingir profundamente o equilíbrio da vida de uma comunidade, situando-se fora da esfera de controlo das partes contratantes¹⁵⁴.

Além disso, foram estabelecidos regimes excepcionais temporários relativamente a determinados tipos contratuais e setores específicos, como os contratos de trabalho, de arrendamento e do setor financeiro¹⁵⁵.

Esta intervenção não foi global, nem extensiva, mas apenas focada em certos e determinados aspetos do ordenamento jurídico. Através de uma análise desta legislação é perceptível a opção pela manutenção dos contratos, ainda que com adiamento do cumprimento das obrigações deles resultantes (v.g. pagamento de prestações), ao invés de se facultar a sua resolução. Na sua opção pela manutenção, também é possível verificar que o legislador entendeu definir os termos em que ela deve operar, não o confiando à autonomia privada. A intenção desta intervenção legislativa foi a de uniformizar respostas, tentando repartir os danos equitativamente entre as partes nos casos em que não for possível diminuí-los, ou até suprimi-los¹⁵⁶.

Como anteriormente se referiu, Kegel entendia que, perante uma grande alteração das circunstâncias, os danos se deveriam repartir igualmente pelas partes. Menezes Cordeiro¹⁵⁷, porém, discorda desta construção, preferindo, perante estas hipóteses, soluções de cariz político, por intervenção legislativa, para que, através do Estado, os danos sejam repartidos por toda a comunidade, de acordo com juízos políticos de solidariedade.

¹⁵³ BAPTISTA, Lina Castro, “Covid-19 e Alteração Superveniente das Circunstâncias: Critérios Orientadores de Decisão em Situações Tipicamente Previsíveis”, in *Entre a Impossibilidade da Prestação e a Alteração das Circunstâncias em Contexto da Pandemia de Covid-19*, Direção-Regional Norte da ASJP, 1.ª edição, setembro de 2020, pp. 41 e ss.

¹⁵⁴ COSTA, Mariana Fontes da, *A atual pandemia no contexto das perturbações da grande base do negócio*, Observatório Almedina, 01/04/2020 in <https://observatorio.almedina.net/index.php/2020/04/01/a-atual-pandemia-no-contexto-das-perturbacoes-da-grande-base-do-negocio/>

¹⁵⁵ Idem, *ibidem*.

¹⁵⁶ BAPTISTA, setembro de 2020, p. 64.

¹⁵⁷ CORDEIRO, 2019, nota 2509, p. 693.

Ainda assim, mesmo que se defenda que a solução mais adequada não deve passar por decisões judiciais isoladas, sem força normativa, com um potencial de produção de efeitos quase tão perturbadores como os da própria perturbação, como nos parece dever entender-se, não pode isto servir de argumento para que os tribunais recusem a aplicação do art. 437.º a cada contrato, quando tal lhes seja requerido e todos os pressupostos se verificarem¹⁵⁸.

Por referência à crise financeira, escreve Carneiro da Frada que a tarefa de assegurar o acesso à justiça a cada cidadão, nos casos em que o legislador não forneceu uma solução ajustada, deve prevalecer sobre os eventuais efeitos económicos e sociais que essa decisão possa gerar¹⁵⁹. Esta exigência resulta, ainda, da natureza subsidiária do instituto em análise, do seu restrito âmbito de aplicação e da elevada exigência para que seja aplicado¹⁶⁰.

Na consciência de todas as intervenções legislativas concretizadas pelos órgãos competentes, é útil perceber se, hipoteticamente, ainda poderá ter lugar a aplicação do art. 437.º às situações resultantes da crise pandémica, ou, até, se pode ser a própria legislação a justificar essa aplicação.

Sobre esta última questão, aquando da análise tripartida da jurisprudência na segunda metade da década de 1970, já se concluiu que nenhum obstáculo se coloca à atuação do regime da alteração das circunstâncias quando é o próprio legislador a provocar o desequilíbrio contratual.

Quanto à primeira, a resposta dependerá sempre do caso concreto e dos efeitos que essas medidas produziram. Se essas medidas lograram o equilíbrio contratual a que se propunham, então deverá estar vedada a suscetibilidade de os tribunais intervirem. Todavia, se as posições jurídicas das partes continuarem em desequilíbrio, não haverá qualquer motivo que impeça os tribunais de, perante o caso concreto, corrigirem tal realidade¹⁶¹.

Devendo assumir-se que esta pandemia consubstancia o que a doutrina define como uma grande alteração das circunstâncias, nem por isso deixa de ser necessário comprovar a verificação dos restantes requisitos exigidos para a aplicação do regime do art. 437.º, não

¹⁵⁸ COSTA, 2019, p. 370

¹⁵⁹ FRADA, 2009, pp. 689 e 690.

¹⁶⁰ COSTA, 2019, p. 370.

¹⁶¹ CORDEIRO, 09/04/2020, p. 33.

bastando a prova do evento gerador de uma grande alteração das circunstâncias¹⁶². Assim, a melhor forma de perceber a adequação desta figura à situação pandémica passará pela análise abstrata dos respetivos requisitos, que em qualquer caso não dispensará uma ulterior análise casuística.

O primeiro requisito é a alteração das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar. Este requisito traduz a opção pela Teoria da Base do Negócio. Importa, aqui, o circunstancialismo objetivo, isto é, as circunstâncias efetivamente existentes à data da celebração do contrato e que tenham sido causais em relação à sua celebração pelas partes¹⁶³, rejeitando-se a relevância de uma visão subjetiva em que as partes tenham assentado a vontade de contratar, pois que o tratamento desta hipótese se mostra remetido para o regime do erro, como vimos. Desta forma, excluem-se as aspirações subjetivas extracontratuais ou até aspirações contratuais, mas apenas de uma das partes, já que o que está em causa é o contrato, não as esperanças de lucro¹⁶⁴.

Tendo em conta as implicações e as consequências que se manifestaram nestes últimos tempos, não deverá ser difícil, em princípio, perceber uma alteração no quadro circunstancial do desenvolvimento do contrato, por comparação àquele em que as partes decidiram celebrá-lo.

Quanto ao segundo requisito, exige-se a anormalidade da alteração. Esta deve ser determinada objetivamente e encontra-se delimitada pela possibilidade de as partes terem previsto certa alteração anormal. A maior parte da doutrina associa-o à imprevisibilidade dessa situação¹⁶⁵. Embora a imprevisibilidade não seja, em si, um requisito, é um elemento a ter em conta perante o caso concreto, para que se possa aferir a anormalidade¹⁶⁶. Todavia, não devem ser confundidas, pois o anormal pode também ser previsto ou previsível¹⁶⁷. Assim, não será relevante a previsibilidade ou imprevisibilidade, mas antes a aferição da anormalidade, que deve ser concretizada

¹⁶² PINTO, 2014, p. 51.

¹⁶³ LEITÃO, 2019, p. 137.

¹⁶⁴ CORDEIRO, 2019, pp. 685 e 686.

¹⁶⁵ PIRES, Catarina Monteiro, “Limites dos esforços e dispêndios exigíveis ao devedor para cumprir”, *ROA*, ano 76, 2016, https://portal.oa.pt/media/130278/catarina-monteiro-pires_revista-da-ordem-dos-advogados-2016-8.pdf, p. 131.

¹⁶⁶ FRADA, 2020, p.1.

¹⁶⁷ VASCONCELOS/ VASCONCELOS, 2019, p. 378.

através de um juízo duplo cumulativo, tendo como referente o evento em causa, quer em relação ao contrato, quer em relação ao lesado, sendo este último subsidiário¹⁶⁸.

Este foi um dos problemas colocados por alguma jurisprudência no âmbito da crise financeira de 2008. E, perante a pandemia, uma vez que esta não teve uma natureza instantânea, parece que também poderão surgir diversos problemas. Alguns autores¹⁶⁹ têm oferecido, para este efeito, um critério abstrato que se pode revelar bastante útil e com o qual concordamos. Para os contratos celebrados até ao fim de 2019, em princípio, não haverá dúvidas quanto à imprevisibilidade. A partir de meados de fevereiro, tendo a situação começado a evoluir muito negativamente em Itália, a imprevisibilidade começa a revelar-se duvidosa, para contratos então celebrados. A partir de 11 de março, data em que a OMS declarou a natureza de pandemia internacional, dificilmente se poderá afirmar que este requisito está preenchido. Em qualquer caso, e como inicialmente afirmado, a conclusão a enunciar dependerá sempre de uma análise casuística.

A este propósito é útil ter presente a realidade assinalada por Menezes Cordeiro¹⁷⁰, acerca dos contratos de *swap*, de muitos clientes que os contrataram, perante a queda das taxas de juro, terem optado por renegociá-los, e de isso, com o tempo, se ter revelado danoso. Situações idênticas poderão repetir-se neste período, especialmente se tivermos em conta o fim do primeiro estado de emergência e todos os prognósticos positivos feitos nessa altura, que não se vieram a comprovar, dando origem a uma segunda fase de sucessivos estados de emergência e de novas limitações e proibições. Nestas circunstâncias, tendo havido uma renegociação, pode vir a concluir-se, pelo menos em abstrato, que a alteração, objetivamente, deixara de ser imprevisível, uma vez que as partes já renegociaram com ela em vista. Todavia, como acabámos de referir, este não é o critério determinante a que importará recorrer, mas antes o da anormalidade da alteração, como exige o art. 437.º, que dependerá sempre de uma análise casuística.

O terceiro requisito implica que haja, pelo menos, uma parte lesada. Naturalmente, uma alteração que não provoque prejuízos a nenhum dos contraentes, será irrelevante no domínio contratual, devendo o contrato ser cumprido pontualmente. A lesão, todavia, tem de ser significativa, ainda que a lei assim não a qualifique expressamente, remetendo

¹⁶⁸ COSTA, 2019, p. 433.

¹⁶⁹ BAPTISTA, setembro de 2020, pp. 51 e 52; CORDEIRO, 09/04/2020, pp. 30 e 31; COSTA, 01/04/2020.

¹⁷⁰ CORDEIRO, 2019, p. 713.

apenas para a boa fé¹⁷¹. É também esta exigência que afasta este regime jurídico do puro voluntarismo, pois que à luz deste bastaria um acordo livre e esclarecido para que a respetiva justiça estivesse assegurada, não constituindo qualquer anomalia relevante uma eventual injustiça interna ulterior do contrato¹⁷². Porém, é certo que o Direito Civil Português, assumindo uma vertente de Direito Civil social¹⁷³, não se conforma com a injustiça e combate-a. Neste espírito, o art. 437.º será de aplicar quando e desde que, após uma alteração das circunstâncias, o contrato se torne injusto, quando veja atingidas a sua equação económica e a sua justiça interna, justificando uma intervenção do Direito, para a sua modificação, ou, no limite, para a sua resolução¹⁷⁴.

Na generalidade das situações, este requisito não suscitará problemas ao nível de responsabilidade pela verificação do evento, alheio a qualquer um dos contraentes. Todavia, no âmbito da delimitação dos danos, já pode vir a ser discutido, nomeadamente no apuramento da diligência exigível para a respetiva mitigação. Tenha-se presente, a este propósito, as diversificadas ações, iniciativas e adaptações que várias empresas desenvolveram, reorganizando-se e reprogramando ou redirecionando a sua atividade de forma a manterem o seu funcionamento¹⁷⁵.

A propósito do quarto requisito, exige-se que a lesão seja tal, que afete gravemente os princípios de boa fé. A boa fé tende a exprimir o conjunto das valorações fundamentais do ordenamento vigente, cuja concretização apenas é possível perante o caso concreto¹⁷⁶. A boa fé manifesta-se ao longo dos outros requisitos, seja na determinação das circunstâncias que, sendo afetadas, desencadeiam este processo, seja na concretização da anormalidade da alteração, no prejuízo verificado, na área em que se deu o prejuízo, ou no comportamento geral das partes¹⁷⁷. As exigências de boa fé podem ser suficientes para que nem se torne necessário o preenchimento dos outros pressupostos¹⁷⁸. Poderemos, nesses casos, assistir à alteração das circunstâncias como uma modalidade do abuso do direito, impondo a boa fé, *de per se*, que se torne ilegítimo ao credor exigir a prestação quando o limite do desequilíbrio das prestações seja ultrapassado¹⁷⁹. Todavia, é

¹⁷¹ *Idem, ibidem*, p. 687.

¹⁷² VASCONCELOS/ VASCONCELOS, 2019, p. 379.

¹⁷³ CORDEIRO, 09/04/2020, pp. 28 e 29.

¹⁷⁴ VASCONCELOS/ VASCONCELOS, 2019, pp. 379 e 380.

¹⁷⁵ COSTA, 01/04/2020.

¹⁷⁶ CORDEIRO, 2019, p. 688.

¹⁷⁷ CORDEIRO, 2019, pp. 688 e ss.

¹⁷⁸ Ac. do TRL de 15/05/2014, Processo n.º 468/12.2TCFUN.L1-2, Relator: Ezagüy Martins.

¹⁷⁹ LEITÃO, 2019, pp. 138 e 139.

importante perceber que não é a alteração das circunstâncias que é contrária à boa fé, nem o desequilíbrio que ela provoca. Esta exigência implica, isso sim, que se conclua, perante a alteração, que nenhuma pessoa de boa fé, de acordo com padrões de honestidade e seriedade, haveria de exigir o cumprimento da obrigação, na desconsideração dessa mesma alteração¹⁸⁰.

Recordando a jurisprudência analisada relativa à crise financeira, poderemos ter vários casos onde, tal como no ac. do STJ de 10/01/2013¹⁸¹, seja entendido que não há um nexo de causalidade entre a situação da pandemia e a fragilidade económica da pessoa ou da empresa que pretende incumprir. Uma compreensão muito restritiva sobre a verificação do nexo de causalidade, como a que então se verificou, não deve agora afirmar-se em relação a situações onde as obrigações contratuais ficam afetadas como efeito direto da pandemia (por exemplo, um restaurante que deixa de poder servir um casamento, porque a maioria dos seus empregados testam positivo à Covid-19 na semana anterior). Mas também não deve justificar-se para os casos em que a capacidade de cumprimento é atingida, embora de forma mediata, pela crise pandémica (por exemplo, a empresa que deixa de poder satisfazer a prestação de uma locação financeira de um imóvel, por a redução da sua atividade a ter privado dos meios financeiros necessários), em condições em que a presença de um nexo causal não deixa ser óbvio. Ou seja, em nenhuma das hipóteses se deve ter por impertinente o recurso à aplicação do art. 437.º.

Acresce que, tendo em conta a sua natureza de grande alteração das circunstâncias, a pandemia pode afetar até a capacidade de cumprimento de ambas as partes contratualmente envolvidas. Nestes casos, qualquer uma poderá recorrer ao art. 437.º, desde que verificados os requisitos¹⁸².

Por último, é exigido que a lesão provocada pela alteração das circunstâncias não esteja coberta pelos riscos do contrato. Todos os contratos envolvem riscos e a relevância dos efeitos desses riscos já se encontra excluída do âmbito deste regime por via do apelo aos critérios da normalidade e da boa fé. Como vimos anteriormente, com este requisito o legislador parece dar preferência ao regime legal ou contratual do risco¹⁸³. Com isto, tem-se entendido que a aplicação desta norma se encontra vedada aos contratos aleatórios,

¹⁸⁰ VASCONCELOS/ VASCONCELOS, 2019, pp. 380 e 381.

¹⁸¹ Ac. do STJ de 10/01/2013, Processo n.º 187/10.4TVLSB.L2.S1, Relator: Orlando Afonso.

¹⁸² COSTA, 01/04/2020.

¹⁸³ CORDEIRO, 2019, pp. 690 e 691.

onde não há limites para os riscos assumidos pelas partes. Havendo alguma limitação do risco assumido, a aplicação da norma poderá ser equacionada, mas apenas quando a alteração exceda largamente os limites da previsibilidade, ao tempo da celebração, fugindo à esfera de controlo das partes¹⁸⁴. Em sentido diverso, há quem entenda que pelo simples facto de o contrato ser tipicamente qualificado como aleatório, não se justifica a sua subtração à aplicação do art. 437.º, desde que, em concreto, a alteração das circunstâncias se revele como exterior ao quadro da *alea* típica do contrato¹⁸⁵. Parece, assim, que para se identificar a fronteira entre os riscos próprios do contrato e os riscos que o excedem, será necessária a interpretação da equação económica do contrato, recorrendo aos riscos atribuídos por cláusula contratual, mas também à distribuição que destes é feita através de normas legais específicas, bem como aqueles que sejam os tipos contratuais em causa, os usos comerciais a ter em conta e a motivação individual que levou à sua fixação¹⁸⁶.

Assim, este é um juízo que, por si, já é necessariamente casuístico e, nesta análise abstrata, é ainda mais importante realçar essa realidade. No âmbito da jurisprudência que versou sobre os efeitos da crise de 2008, designadamente a propósito dos contratos de *swap*, este foi o requisito que os tribunais tendencialmente entenderam ter ficado por preencher. Porém, perante a crise atual e a sua diferente natureza, os contratos que se perspetiva que possam a ser afetados pela pandemia não revelam estas características de aleatoriedade. Em princípio, relativamente a contratos de fornecimento, de arrendamento, de prestação de serviços, de mútuo, de seguro, de viagem organizada, entre outros¹⁸⁷, dificilmente se poderá dizer que em si mesmos compreendem os riscos decorrentes de uma pandemia desta natureza¹⁸⁸.

O art. 438.º acrescenta que o art. 437.º não terá aplicação se a parte lesada se encontrar em mora no momento da alteração das circunstâncias. Ainda que esta disposição pareça de fácil entendimento, a doutrina tem vindo a propor uma interpretação ampla deste preceito. Faz sentido que se afaste a aplicação do regime do art. 437.º sempre que, se o lesado tivesse cumprido no prazo estabelecido, não teria ficado exposto aos componentes da alteração, uma vez que tal é a solução mais justa, sendo a eventual modificação das

¹⁸⁴ LEITÃO, 2019, p. 139.

¹⁸⁵ VASCONCELOS/ VASCONCELOS, 2019, p. 376.

¹⁸⁶ COSTA, 2019, pp. 383 e 384.

¹⁸⁷ LUÍS, julho 2020, pp. 10 e ss.

¹⁸⁸ CORDEIRO, 09/04/2020, p. 32.

circunstâncias um risco da parte lesada. Noutros casos, designadamente nos de contratos com prestações sucessivas, justificar-se-á que suporte o risco da modificação das circunstâncias quanto à prestação em mora, mas não que perca de todo a possibilidade de recorrer ao regime do art. 437.^{o189}

É quanto a este ponto que se identifica aquele que pode vir a ser o maior quadro de aplicação deste instituto.

No âmbito da atividade financeira, foram previstas por legislação especial (DL n.º 10-J/2020, com as suas alterações mais recentes) moratórias vocacionadas para diversas operações de crédito, que se traduziram na proibição de revogação de linhas de crédito e empréstimos, na extensão do prazo de vigência dos créditos e na suspensão da obrigação de pagamento do capital, das rendas e dos juros¹⁹⁰. Findo o prazo de vigência destas moratórias, os Bancos vão exigir o cumprimento dos contratos, sendo expectável o surgimento de múltiplas situações de incumprimento.

Torna-se útil ponderar se estes poderão então invocar o regime do art. 437.º sabendo-se que, em muitas das situações, já estarão em mora quando o vierem a fazer.

Importa recordar, como antes se referiu, que a aplicabilidade deste regime, segundo o disposto no art. 438.º, exige que a incursão do devedor em mora se reporte ao momento da alteração das circunstâncias e não a um momento ulterior. Por conseguinte, na avaliação deste pressuposto, devem os tribunais aferir o início da mora do devedor por referência à data do evento perturbador e não ao fim do prazo da moratória. Isso mesmo dispõe o art. 2.º do DL em causa, estabelecendo, como requisito de acesso ao regime especial, que quem o pretenda não pode, nesse momento, encontrar-se em mora¹⁹¹.

Relativamente a casos em que o devedor já se encontrava em mora no momento do evento perturbador, cabe-nos lembrar a interpretação mais ampla que a doutrina tem defendido. Desta forma, nunca perderá o devedor a possibilidade de recorrer, de todo, ao art. 437.º, suportando apenas o risco da modificação às prestações em que esteja em mora.

¹⁸⁹ VASCONCELOS/ VASCONCELOS, 2019, p. 381; FERNANDES, 2001, p. 292.

¹⁹⁰ VASCONCELOS, Miguel Pestana de, “Contratos de crédito bancário e Covid 19. O regime da moratória decorrente do Dec.-Lei n.º 10-J/2020”, *RDCom*, 22/05/2020, <https://www.revistadedireitocomercial.com/contratos-de-credito-bancario-e-covid-19-o-regime-da-moratoria>

¹⁹¹ MENEZES, Cristina Bogado, “Modificação forçada dos contratos de financiamento à promoção imobiliária – COVID-19”, 15/04/2020, <https://rsa-lp.com/2020/04/15/modificacao-contratos-financiamento-promo-imobiliaria/>

Parece-nos razoável antecipar que este critério temporal se virá a revelar um dos maiores obstáculos à aplicação deste instituto.

Destarte, e por ora apenas em abstrato (designadamente em face da ausência de situações já conhecidas, de intervenção judicial), não se antevê como razoável colocar reservas a que, nos casos em que a prestação ainda é possível e, por isso, o contrato permanece válido, preenchidos os requisitos exigidos pela lei, tarefa que, como vimos, não deverá enfrentar grandes obstáculos, as modificações de circunstâncias determinadas pela pandemia Covid-19 possam ser consideradas relevantes para a aplicação do art. 437.º permitindo a modificação ou a resolução de contratos afetados, nos termos já explanados. Este instituto pode revelar-se bastante adequado pelas remissões que faz para cláusulas gerais, permitindo, desta forma, uma superior e adequada flexibilidade nas respostas fornecidas pelo Direito, facultando a concretização da solução mais justa, perante tão grande catástrofe como já se verificou ser esta pandemia.

Assim, designadamente nos casos em que as leis que têm sido publicadas não lograrem repor o equilíbrio necessário na economia do contrato, deve este instituto subsidiário ser convocado para, enquanto corretivo de justiça material, repor a equação contratual fixada pelas partes ou, se tal não for possível, facultar a resolução do próprio contrato.

Na conclusão da análise sobre a jurisprudência dos *swaps*, Menezes Cordeiro¹⁹² afirma que qualquer bom banqueiro teria resolvido aquelas situações através da negociação, evitando uma decisão capaz de criar uma corrente jurisprudencial contrária ao interesse dos Bancos. Tendo em conta essa experiência, será de esperar que, agora, pelo menos no âmbito do sistema financeiro, os Bancos venham a preferir soluções negociadas, fazendo rarear os casos destinados aos Tribunais, especialmente aqueles que, pelo seu relevo, comportem o risco de induzir, novamente, uma corrente jurisprudencial contrária aos seus interesses.

¹⁹² CORDEIRO, 2019, p. 718.

Conclusão

Um contrato é uma manifestação da autonomia privada e é uma representação de uma determinada realidade circunstancial em que se insere e se perspetiva.

Os contratos, quando validamente celebrados, são assumidos e tutelados pela ordem jurídica e cristalizados pelo Direito, protegendo as expectativas e a confiança, não só da outra parte, mas também de toda a comunidade, vinculando as partes ao cumprimento pontual das cláusulas acordadas. Todavia, prolongando-se o contrato no tempo, as circunstâncias que determinaram a celebração do contrato podem sofrer modificações, que podem descaracterizar aquela que foi a equação económica que as partes acordaram fixar.

Desenvolve-se, então, uma relação de tensão entre o princípio da autonomia privada e o princípio da boa fé. Nesse contexto, por evolução das circunstâncias, o cumprimento do contrato pode deixar de representar uma exigência de segurança jurídica, e revelar-se um efeito perverso do sistema, que o Direito, enquanto realização da Justiça, não pode tolerar. É este problema que o art. 437.º, resultado de uma longa evolução doutrinal, se propõe a resolver.

A doutrina portuguesa foi aceitando, reconhecendo e desenvolvendo esta figura, mas a jurisprudência só o fez após a entrada em vigor do CC de 1966. Desde essa altura que houve uma verdadeira receção e aplicação do art. 437.º. Não obstante, e como foi possível verificar, a jurisprudência portuguesa tem manifestado significativas cautelas e apreensão em relação à aplicação deste regime quando as situações a regular provêm de fenómenos que a doutrina identifica como grandes alterações das circunstâncias. Esta cautela dos tribunais, que *supra* se evidenciou, é justificada pelo receio de que, com a sua intervenção, possam extravasar as suas competências, efetuando juízos e implementando soluções que, muitas vezes, assumem uma natureza política, e deveriam proceder de intervenções puramente legislativas. Além disso, o próprio instituto, após a sua “depuração”, tem um âmbito restrito de aplicação e os seus requisitos são bastante exigentes, o que tende igualmente a inibições do seu funcionamento.

A referida cautela foi especialmente visível nos casos relacionados com a Revolução de 25 de abril de 1974, mas também, mais recentemente, nos casos relacionados com a crise financeira de 2008. Todavia, aquando desta crise financeira, não deixou de ser

reconhecida a aptidão do instituto previsto no art. 437.º para a resolução de conflitos surgidos no âmbito de grandes alterações das circunstâncias.

Com o surgimento inesperado da pandemia Covid-19 antevê-se que sejam vários os contratos atingidos pelos respetivos efeitos e circunstâncias. E, tal como nas anteriores situações de grandes alterações das circunstâncias, prevê-se que o art. 437.º venha a ser convocado para resolver diversos casos que acabarão por suscitar a intervenção dos tribunais.

Da análise realizada, afigura-se que a utilização do instituto jurídico da alteração das circunstâncias se revelará adequada e necessária para a superação de muitos dos conflitos que venham a emanar dessa realidade, uma vez que a remissão que o art. 437.º faz para a boa fé e para a equidade permitirá induzir a justiça e a solidariedade que o momento exige.

O recurso a este instituto revelar-se-á particularmente pertinente nos casos onde não haja uma solução legislativa definida e, ainda, sempre que as medidas legislativas que foram e forem sendo criadas não permitam a reposição de um equilíbrio da equação económica do contrato.

No entanto, a aplicação efetiva deste instituto, dependerá sempre dos concretos elementos de cada situação jurídica, do preenchimento efetivo dos requisitos do art. 437.º em cada uma delas, e da capacidade de a jurisprudência ultrapassar as reservas que marcaram as suas últimas intervenções neste domínio, perante fenómenos inequivocamente qualificáveis como grandes alterações das circunstâncias.

Bibliografia

ANDRADE, Manuel A. Domingues, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 1983.

ANTUNES, Henrique Sousa, in AA. VV., *Comentário ao Código Civil- Direito das Obrigações- Das Obrigações em Geral*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2018.

ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil. Teoria Geral*, vol. III (Relações e Situações Jurídicas), Coimbra Editora, Coimbra, 2002.

BAPTISTA, Lina Castro, “Covid-19 e Alteração Superveniente das Circunstâncias: Critérios Orientadores de Decisão em Situações Tipicamente Previsíveis”, in *Entre a Impossibilidade da Prestação e a Alteração das Circunstâncias em Contexto da Pandemia de Covid-19*, Direção-Regional Norte da ASJP, 1.^a edição, setembro de 2020.

CORDEIRO, António Barreto Menezes, “Alteração das Circunstâncias” in *1º Novo Coronavírus e Gestão da Crise Contratual - Estratégias Jurídicas*, 09/04/2020, <https://www.cidp.pt/Archive/Docs/f633504439438.pdf>.

CORDEIRO, António Barreto Menezes, in *Novo Coronavírus e crise contratual- Anotação ao Código Civil*, AAFDL, Lisboa, 2020, <https://aafdl.cld.bz/Novo-Coronavirus-e-Crise-Contratual>.

CORDEIRO, António Menezes, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1997.

CORDEIRO, António Menezes, “Evolução Juscientífica e Direitos Reais”, *ROA*, Ano 45, Vol. I, abril 1985, <https://portal.oa.pt/upl/%7Be0cc0110-ab54-439f-81dc-c2f464acc0b6%7D.pdf>

CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil- II*, 4.^a edição, Almedina, Coimbra, 2014.

CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil- IX*, 3.^a edição, Almedina, Coimbra, 2019.

COSTA, Mariana Fontes da, “A atual pandemia no contexto das perturbações da grande base do negócio”, *Observatório Almedina*, 01/04/2020, in <https://observatorio.almedina.net/index.php/2020/04/01/a-atual-pandemia-no-contexto-das-perturbacoes-da-grande-base-do-negocio/>

COSTA, Mariana Fontes da, *Da Alteração Superveniente das Circunstâncias- Em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais*, Almedina, Coimbra, 2019.

COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 7ª edição, Almedina, Coimbra, 1998.

ESTEVES, João Cantiga, “Contratos swap revisitados”, *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, nº 44, abril de 2013, pp. 71 e ss.

FERNANDES, Luís Carvalho, *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil Português, Reimpressão com nota de atualização*, Quid Juris?, Lisboa, 2001.

FRADA, Manuel Carneiro da, “A Alteração das Circunstâncias à luz do Covid-19- Teses e reflexões para um diálogo”, *ROA*, Ano 80, Vol. I/II, Jan./Jun. 2020, <https://portal.oa.pt/media/131420/manuel-carneiro-da-frada.pdf>.

FRADA, Manuel Carneiro da, “Crise financeira mundial e alteração das circunstâncias: contratos de depósito vs. Contratos de gestão de carteiras”, *ROA*, ano 69, vol. III/IV, 2009, <https://portal.oa.pt/upl/%7Bcff74a79-cd48-48be-afe5-abf13c42a66f%7D.pdf>.

FRADA, Manuel Carneiro/ COSTA, Mariana Fontes, “Sobre os efeitos da crise financeira na força vinculativa dos contratos”, *Estudos Comemorativos dos 20 anos da FDUP*, Volume II, Almedina, Coimbra, 2017.

GOMES, Júlio, “Cláusulas de hardship”, in MONTEIRO, António Pinto, *Contratos: Actualidade e Evolução*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1997.

GONÇALVES, Diogo Costa, in *Novo Coronavírus e crise contratual- Anotação ao Código Civil*, AAFDL, Lisboa, 2020, <https://aafdl.cld.bz/Novo-Corona-virus-e-Crise-Contratual>.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, Volume II, 12ª edição, Almedina, Coimbra, 2019.

LIMA, Pires de/ VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol.I, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1987.

LOPES, Ricardo, “A imprevisão nas relações contratuais”, *Scientia Iuridica*, tomo I, nº 1, 1951.

LUÍS, Sandra dos Reis, “A alteração anormal das circunstâncias: o artigo 437.º do Código Civil e a situação pandémica: reflexos contratuais”, *Revista Julgar*, julho 2020, <http://julgar.pt/a-alteracao-anormal-das-circunstancias-o-artigo-437-o-do-codigo-civil-e-a-situacao-pandemica-reflexos-contratuais/>.

MAGALHÃES, Barbosa, “A teoria da imprevisão e o conceito clássico do caso de força maior”, *Gazeta da Relação de Lisboa*, ano 37, n.º 9, 1924.

MARTINEZ, Pedro Romano, *Da Cessação do Contrato*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2015.

MENEZES, Cristina Bogado, “Modificação forçada dos contratos de financiamento à promoção imobiliária – COVID-19”, 15/04/2020, <https://rsa-lp.com/2020/04/15/modificacao-contratos-financiamento-promo-imobiliaria/>

MONCADA, Luís Cabral de, *Lições de Direito Civil: Parte Geral*, Vol. II, Atlântida, Coimbra, 1959.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, “Em tema de Alteração das Circunstâncias: A Prioridade da Adaptação/ Modificação sobre a Resolução do Contrato”, *Edição Comemorativa do Cinquentenário- Código Civil* (Elsa Vaz Sequeira/ Fernando Sá, coord.), UCE, Lisboa, 2017.

PINTO, Paulo Mota, “Contrato de swaps de taxa de juro, jogo e aposta e alteração das circunstâncias que fundaram a decisão de contratar”, *RLJ*, 143.º ano, n.º 3987, 2014 e 144.º ano, n.º 3988, 2014.

PIRES, Catarina Monteiro, “Limites dos esforços e dispêndios exigíveis ao devedor para cumprir”, *ROA*, ano 76, 2016, https://portal.oa.pt/media/130278/catarina-monteiro-pires_revista-da-ordem-dos-advogados-2016-8.pdf, pp. 105 e ss.

PROENÇA, José Carlos Brandão, *A Resolução do Contrato no Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1996.

SERRA, Adriano Vaz, *RLJ*, 111.º ano, n.º 3631, 1979.

SERRA, Adriano Vaz, “Resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias”, *BMJ*, n.º 68, 1957, pp. 293 e ss.

VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 9ª edição, Almedina, Coimbra, 1998.

VASCONCELOS, Miguel Pestana de, “Contratos de crédito bancário e Covid 19. O regime da moratória decorrente do Dec.-Lei n.º 10-J/2020”, *RDCom*, 22/05/2020, <https://www.revistadedireitocomercial.com/contratos-de-credito-bancario-e-covid-19-o-regime-da-moratoria>

VASCONCELOS, Pedro Pais de/ VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9ª edição, Almedina, Coimbra, 2019.

Jurisprudência (por ordem de referência)

Acórdão do STJ de 27/01/2015, Processo n.º 876/12.9TBBNV-A.L1.S1, Relator: Fonseca Ramos, <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6e9316b15c027d0f80257ddb003d0a12?OpenDocument>

Acórdão do STJ de 28/11/1922, *RLJ*, 55.º ano, n.º 2212, pp. 366 e ss.

Acórdão do STJ de 30/07/1926, *RLJ*, 59.º ano, n.º 2309, pp. 149 e ss.

Acórdão do STJ de 28/05/2009, Processo n.º 1670/05.9TBVCT.S1, Relator: Oliveira Vasconcelos, <https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2018/01/sumarios-civel-2009.pdf>.

Acórdão do STJ de 29/03/1979 (Costa Soares), *BMJ* 285 (1979), pp. 262 e ss.

Acórdão do STJ de 15/04/1975 (José Garcia da Fonseca), *BMJ* 246 (1975), pp. 138 e ss.

Acórdão do STJ de 23/01/2014, Processo n.º 1117/10.9TVLSB.P1.S1, Relator: Granja da Fonseca, <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/0b46d6614c8fca3780257c740042cbb7?OpenDocument>

Acórdão do TRL de 14/06/2012, Processo n.º 187/10.4TVLSB.L2-2, Relator: Sérgio Almeida,

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497ecc/d2394ecc2ac362f380257a3a003bb7c8?OpenDocument>

Acórdão do STJ de 01/07/1969 (J. S. Carvalho Júnior), *BMJ* 189 (1969), pp. 265 e ss.

Acórdão do STJ de 08/11/1974 (Jacinto Fernandes Rodrigues Bastos), *BMJ* 241 (1974), pp. 286 e ss.

Acórdão do STJ de 18/03/1975 (José António Fernandes), *BMJ* 245 (1975), pp. 490e ss..

Acórdão do STJ de 07/02/1980 (Jacinto Rodrigues Bastos), *BMJ* 294 (1980), pp. 308 e ss..

Acórdão do STJ de 06/04/1978 (Costa Soares), *BMJ* 276 (1978), pp. 253 e ss..

Acórdão do STJ de 12/03/1981 (Campos Costa), *BMJ* 305 (1981), pp. 276 e ss..

Acórdão do STJ de 10/05/ 1979 (Miguel Caeiro), *BMJ* 287 (1979), pp. 262 e ss..

Acórdão do STJ de 20/04/1982 (Augusto Victor Coelho), *BMJ* 316 (1982), pp. 255-258.

Acórdão do STJ de 13/12/1977 (Oliveira Carvalho), *BMJ* 272 (1978), pp. 193 e ss..

Acórdão do STJ de 10/10/2013, Processo n.º 1387/11.5TBBCL.G1.S1, Relator: Granja da Fonseca,

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/83a1d4ae8a10876180257c0600300716?OpenDocument>

Acórdão do TRC de 05/11/2013, Processo n.º 1167/10.5TBACB-E.C1, Relator: José Avelino Gonçalves,

<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/93ff115bbfe2bb0a80257c28003c4eb8?OpenDocument>

Acórdão do STJ de 10/01/2013, Processo n.º 187/10.4TVLSB.L2.S1, Relator: Orlando Afonso,

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/684735e67848b64980257b2400500835?OpenDocument>

Acórdão do TRL de 08/05/2014, Processo n.º 531/11.7TVLSB.L1-8, Relator: Ilídio Sacarrão Martins,

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497ecc/af830b6a1692b47b80257d39002f8f47?OpenDocument>

Acórdão do TRL de 28/04/2015, Processo n.º 540/11.6TVLSB.L2-1, Relator: João Ramos de Sousa,

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/9721ab6d3bf757d580257e510036c0d6?OpenDocument&Highlight=0,540%2F11>

Ac. do STJ de 29/01/2015, Processo n.º 531/11.7TVLSB.L1.S1, Relator: Bettencourt de Faria,

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b3b0d11e1908a44980257ddc004d3346?OpenDocument>

Acórdão do STJ de 11/02/2015, Processo n.º 309/11.8TVLSB.L1.S1, Relator: Sebastião Póvoas,

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/76eaf0a4abf294f580257de9005732a7?OpenDocument>

Acórdão do STJ de 26/01/2016, Processo n.º 876/12.9TVLSB.L1.S1, Relator: Gabriel Catarino,

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f5262663296f7da480257f480034d5b9?OpenDocument>

Acórdão do TRL de 15/05/2014, Processo n.º 468/12.2TCFUN.L1-2, Relator: Ezagüy Martins,

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/c27ff90bb7175e3380257ce400405540?OpenDocument&Highlight=0,468%2F12>