

A ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS

— *Questões fundamentais, em diálogo luso-alemão* —

Pelo Prof. Doutor Manuel Carneiro da Frada

SUMÁRIO:

I. Introdução: uma breve comparação entre o art. 437.º/1 do Código Civil e o seu congénere germânico. **II.** As dificuldades da doutrina da base negocial na articulação com os riscos próprios do contrato. **III.** Da base negocial objectiva enquanto fórmula vazia à imperfeita adequação do regime da alteração das circunstâncias à base negocial subjectiva (ou à pressuposição). **IV.** A justiça da relação contratual como fundamento da resolução do contrato por alteração das circunstâncias no direito português. **V.** O papel real do conceito (formal) de inexigibilidade. **VI.** O art. 437.º/1 como norma sindicante e correctora. **VII.** A inderrogabilidade e o cerne de ordem pública do art. 437.º/1.

Os tempos mais recentes — especialmente em virtude da pandemia da Covid-19, mas já antes por força dos efeitos da crise financeira de 2008 nos contratos — têm convocado os juristas portugueses a um aprofundamento do tema da alteração das circunstâncias. Foram, assim, trazidas à superfície algumas questões, orientações e alternativas fundamentais, tanto para a compreensão do regime legal português, como para a sua construção dogmática. Ao colocarem-se elas também, a seu modo, no direito alemão, a comparação dos dois ordenamentos permite um conhecimento mais aprofundado de um tema fundamental para a teoria dos contratos.

I. Introdução: uma breve comparação entre o art. 437.º/1 do Código Civil e o seu congénere germânico

1. Segundo o n.º 1 do art. 437.º/1 do Código Civil português, “[s]e as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato.

Estabelece depois o n.º 2 que, “[r]equerida a resolução, a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato nos termos do número anterior.”

Por sua vez, o § 313 (1) do BGB prevê que “quando as circunstâncias que constituíram a base do contrato se alteraram significativamente após a sua celebração, e se as partes não o tivessem então celebrado ou o tivessem feito com outro conteúdo, pode requerer-se a adaptação do contrato desde que, consideradas todas as circunstâncias do caso concreto, e em especial a distribuição contratual ou legal do risco, seja inexigível a uma das partes a manutenção da sua vinculação ao contrato inalterado”.

Acrescenta-se a seguir, no § 313 (3), 1.ª parte, que “não sendo possível a adaptação do contrato ou não sendo ela exigível a uma das partes, a parte lesada pode desvincular-se do contrato.”

Há, como se percebe, diferenças entre as duas disposições. O art. 437.º/1 assenta na noção de “anormalidade da alteração das circunstâncias em que as partes fundaram a sua decisão de contratar” e na lesão por ela provocada a um dos contraentes, enquanto o § 313 (1) requer que o carácter que designa de “significativo” da alteração das circunstâncias seja avaliado à luz da vontade hipotética das partes, requerendo que elas não tivessem então celebrado o contrato ou o tivessem celebrado com outro conteúdo.

A *ratio iuris* que transparece é expressa de modo dissonante. Enquanto para o direito português a resolução ou a modificação do contrato a que tem direito a parte lesada é admitida “desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé”, o direito alemão permite a adaptação ou a desvinculação do contrato se for “inexigível” à parte afectada a manutenção da sua vinculação contratual.

Mas ambos os sistemas convergem na irrelevância da alteração das circunstâncias em ordem à resolução ou à modificação do contrato, se ela se situar no âmbito dos riscos próprios do contrato atingido; especificando o direito alemão que importa levar em conta as regras contratuais ou legais de distribuição do risco contratual.

Numa ponderação global, as diferenças entre ambos os ordenamentos não serão excessivas, nem provavelmente especialmente significativas nas suas consequências. Contudo, considerando o debate surgido em Portugal em torno da aplicação do art. 437.º/1 no contexto, sobretudo, da Covid-19 e, antes, da crise financeira de 2008, justificar-se-á uma revisita ao tema, tendo presente a solução actual do direito alemão.

2. Na alteração das circunstâncias está à prova, essencialmente, uma orientação mais objectivada — reflectida no teor da norma portuguesa —, por contraste com a intonação subjectiva, orientada pela vontade hipotética das partes, do direito germânico. Na verdade, e mais amplamente, pode dizer-se que a história da alteração das circunstâncias revela uma dialéctica entre o subjectivo e o objectivo, a vontade individual e a justiça⁽¹⁾.

Num contexto de grande elasticidade interpretativa — que possuem, num e noutro sistema, as duas cláusulas gerais por força do balanceamento móvel dos conceitos indeterminados que empregam —, confrontam-se, essencialmente, duas perspectivas fundamentais que se deixam documentar no espaço jurídico luso, mas também no tudesco⁽²⁾. Em conformidade, lembra lapidar e certeiraamente um manual germânico de proa, que, na alteração das circunstâncias entendida enquanto perturbação do programa obrigacional se evidencia a tensão entre a objectividade do direito das vicissitudes contratuais e uma dimensão subjectiva, própria do direito dos vícios da vontade e do erro⁽³⁾.

As considerações seguintes inscrevem-se neste debate e ajudam a compreendê-lo.

(1) Assim, ilustrando esta oscilação na evolução do pensamento sobre a alteração das circunstâncias, MAFALDA CARMONA, *Nota sobre o fundamento da alteração das circunstâncias*, in Estudos Jurídicos/Sérvulo 25 anos (coord. Mark Kirkby), Lisboa, 2025, 2, ss.

(2) Com referências, sobre este e outros pontos adiante referidos, veja-se o nosso *Alteração das Circunstâncias e Justiça do Contrato*, Lisboa, 2021, 31, ss.

(3) Cf. JÖRG NEUNER, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 12.ª ed., München, 2020, p. 512, a introduzir o tema.

II. As dificuldades da doutrina da base negocial na articulação com os riscos próprios do contrato

1. Tal como a alemã, a cláusula geral portuguesa da alteração das circunstâncias é composta de vários segmentos. Eles ordenam-se num micro-sistema cujo cerne se encontra, em Portugal, na locução “princípios da boa fé”. Este constitui o núcleo da norma, por referência ao qual todos os seus demais elementos se concretizam, e sobre os quais exerce uma força centrípeta, agregadora.

Considerando o teor da norma portuguesa, estão em causa, como requisitos positivos, “a alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a sua decisão de contratar”, a “lesão consequente” sofrida por uma delas e, negativamente, “a não cobertura da pelos riscos próprios do contrato”.

A indeterminação destes seus elementos, a sua referência aos “princípios da boa fé” e a recíproca implicação e a inseparabilidade das questões-de-facto e das questões-de-direito tornam a aplicação da norma difícil. Se se apresenta inevitável a comunicação ou a sobreposição de valorações num processo metódico que é unitário e que não consente decomposições artificiais ou sequenciações estanques, são também habituais, tanto na prática judiciária como no discurso jurídico, as circularidades de raciocínio, naturalmente a evitar.

2. Assim, o segmento inicial da norma — a alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a sua decisão de contratar — converge facilmente com o último. Pois pode dizer-se que, no fim de contas, só é de considerar anormal aquela alteração que não corresponde aos riscos próprios do contrato.

A dificuldade evita-se interpretando a alteração em causa como correspondente à base negocial em sentido subjectivo — num sentido que se diria quase-negocial, equivalente, se se quiser, à “pressuposição das partes” —, tomada essencialmente como elemento de uma realidade de facto, isto é, fundada na vontade das partes tal como esta se manifestou; distinta, pois, do conceito jurídico-normativo dos riscos próprios do contrato da parte final da norma.

Já se estiver em causa uma consideração/valoração objectiva — tão só jurídico-normativa — daquilo que constitui a referida alteração das circunstâncias em que as partes fundaram a sua decisão de contratar, instala-se facilmente uma convergência com o requisito dos riscos próprios do contrato. Só é anormal aquela alteração das circunstâncias em que as par-

tes fundaram a sua decisão de contratar que ultrapasse esses riscos⁽⁴⁾. Os riscos próprios do contrato não podem, por definição, consubstanciar uma alteração relevante. Mais ainda: a base negocial em sentido objectivo mescla-se, em Portugal, com o que possam determinar os “princípios da boa fé”, atenta a força centrípeta exercida pelo núcleo do preceito. A separação dos elementos surge artificial e conduziria, fatalmente, a um *circuitus inextricabilis*.

Similarmente, poderá certamente referir-se a respeito da norma germânica que, tomando-se a vontade (hipotética) das partes essencialmente como realidade subjectiva e fáctica, a sua ponderação se manterá distinta da ponderação dos riscos próprios do contrato que, segundo o § 313 (1), excluem a adaptação do contrato quando a alteração verificada se dá nesse âmbito. De outro modo, se estiver em causa tão só a razoabilidade de uma certa vontade (independente de qualquer lastro fáctico), há uma inevitável convergência: a vontade razoável não é mais do que uma vontade normativamente hipotizada, não só como subjectivamente prudente e sensata, mas enquanto vontade bilateralmente justa (isto é, atendendo à posição de ambas as partes). E é a justiça que explica então, afinal, a inexigibilidade, então, da manutenção do contrato para o devedor, misturando-se com esta.

Compreende-se, naturalmente, a solução do direito alemão: só pode ser considerada a alteração das circunstâncias perante a qual as partes não teriam contratado, ou não o teriam feito naqueles moldes. Diríamos que ela, embora indubitavelmente válida entre nós, apenas está implícita no direito português, escondida — diríamos — no requisito da anormalidade, muito embora seja evidente que, também entre nós, um contrato só pode ser resolvido ou modificado por alteração das circunstâncias se, e na medida em que as partes também o não tivessem celebrado caso houvessem levado em conta essa alteração.

Resta saber se esse requisito, justamente explicitado pelo legislador alemão, deve ser concebido como positivo, à semelhança do que dispõe o § 313 (1), ou apenas enquanto requisito negativo de controlo, para excluir da relevância as alterações não conformes com ele (como se pode certamente pretender para o sistema português, ainda que no silêncio da lei).

3. Decorre ainda do exposto que o favorecimento da resolução ou modificação do contrato decorrente da relação de regra/excepção que a

(4) Embora a previsão legal inculque uma apreciação cronológica e sequencial dos referidos requisitos, a apreciação sintetiza-se certamente num único juízo global.

norma portuguesa apresenta — ao apenas excluir *in fine*, dessa resolução ou modificação aquelas alterações que se verifique situarem-se, afinal, dentro dos riscos próprios do contrato — só é juridicamente operativa se se parte da vontade das partes para determinar a alteração das circunstâncias relevante para efeito da aplicação desse regime.

Tão só deste modo adquire significado autónomo a distribuição do ónus da prova e da argumentação que dela decorre⁽⁵⁾. De outra forma, optando-se por uma doutrina puramente objectiva da base negocial, não há possibilidade de, numa situação de *non liquet* argumentativo, conferir prevalência em favor da resolução ou modificação do contrato como parece haver de extrair-se da norma portuguesa. Na realidade, essa prevalência também só se afigura justificar-se materialmente se e na medida em que a vontade das partes se possa apresentar de algum modo como critério da relevância da alteração.

III. Da base negocial objectiva enquanto fórmula vazia à imperfeita adequação do regime da alteração das circunstâncias à base negocial subjectiva (ou à pressuposição)

1. Verifica-se assim que a doutrina da base negocial, se tomada em sentido objectivo, apresenta óbvias dificuldades para explicar um regime legal da alteração das circunstâncias tão diferenciado nos seus pressupostos.

Só a base negocial subjectiva, radicada nas representações e na vontade das partes facticamente ocorridas acaba por justificar a autonomia em relação ao que constituem os riscos próprios do contrato.

Mas importa distinguir dessa vontade aquilo que é mera expressão da razoabilidade. A vontade razoável das partes, na sua objectividade (tão só) normativamente construída, representa uma vontade justa, e redundante, assim, na ponderação do que imponham os “princípios da boa fé”, o núcleo “duro” do preceito luso.

2. O § 313 (1) do BGB, por sua vez, alude à vontade hipotética comum das partes como requisito da aplicação do regime que estatui. Só pode ser relevante aquela alteração perante a qual as partes, se a houves-

(5) Cf. o nosso *Alteração das Circunstâncias e Justiça do Contrato*, cit., 53.

sem previsto, não tivessem celebrado o contrato ou o teriam celebrado noutros moldes. Mas não sujeita essa vontade, *apertis verbis*, a um controlo de razoabilidade. O que poderia restringir intoleravelmente o campo da alteração das circunstâncias: bastaria a parte não afectada pela alteração mostrar que sempre o teria celebrado.

Por isso, a doutrina da base negocial subjectiva aparentemente convocada pelo § 313 (1) do BGB tem sido em Portugal matizada com recurso à fórmula segundo a qual, para a resolução ou modificação do contrato pode bastar que uma das partes haja de, de harmonia com a boa fé, aceitar a oponibilidade de uma circunstância relevante para a outra parte como circunstância que era recognoscivelmente alicerce da decisão de contratar dela, ou deveria hoje ser considerada como tal⁽⁶⁾. Não se torna, assim, necessário sequer que as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tenham sido explicitadas por uma delas à outra.

Mas se assim é, então a resolução ou modificação do contrato não se articula, na realidade, derradeiramente, com uma qualquer vontade das partes realmente ocorrida. Está certamente em causa a força centrípeta exercida pelo critério central do art. 437.º/1 nos elementos mais periféricos da norma. Só que os princípios da boa fé que constituem o seu cerne convocam então um fundamento para a vinculatividade contratual diverso da mera vontade das partes (embora nuclearmente interveniente na justificação da autonomia privada).

Se convolamos a vontade hipotética das partes numa vontade jurídico-normativa reconstruída e apurada segundo critérios objectivos — v.g. de razoabilidade —, ela torna-se numa vontade ficta. A vontade hipotética objectiva não expressa outra realidade senão a justiça ínsita ou convocada pela relação contratual, tal qual, considerada a vontade das partes, o ordenamento a entende e quer, que se impõe restaurar ou assegurar.

3. Do exposto conclui-se que, se tomada em sentido objectivo, a doutrina da base negocial é uma fórmula vazia, tão só sintetizadora *ex post* de valorações encontradas fora dela mesma⁽⁷⁾.

(6) De harmonia com um juízo de condicionamento *ex post* do negócio segundo a boa fé, como advogava MANUEL DE ANDRADE, invocando Lehmann: cf. *Teoria Geral da Relação Jurídica, II (Facto jurídico, em especial Negócio Jurídico)*, reimpr. Coimbra, 1998, 406-407. Cotejando esta com outras posições, CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil* (por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto), 4.ª ed., Coimbra, 2005, 612.

(7) Eclética, num esforço de conciliação entre os entendimentos objectivo e subjectivo da base negocial (a partir de uma vontade hipotética que considera poder ser objectivada e com eficácia indicante da subjectividade das partes e ao ponto de retirar quaisquer consequências à distinção entre

Mas o regime português também se pode dizer apresentar-se insuficiente no âmbito da base negocial subjectiva, pelo menos quando as partes estabeleceram ou reconheceram por acordo o que constituiu, para elas, a base de um certo negócio.

É que os considerandos iniciais tantas vezes presentes e acordados em muitos contratos conferem logo relevância a qualquer modificação posteriormente verificada no elenco dos pressupostos contratuais ali enunciados (*ab initio*), mesmo que o negócio não tenha sido *apertis verbis* condicionado à verificação desses elementos. Havendo de permitir-se, assim, a invocação da alteração das circunstâncias pela parte prejudicada, sem necessidade de demonstração da anormalidade dessa alteração, assim como da gravidade da lesão dela decorrente para uma das partes — *apertis verbis* exigidas, ambas, pelo art. 437.º/1.

Quer dizer que, neste tipo de casos, a base subjectiva (“oertmaniana”) do negócio ou a pressuposição (“windscheidiana”) do negócio obrigam a ir mais longe na possibilidade de resolver ou modificar o contrato do que o permitiria a literalidade estrita do art. 437.º/1⁽⁸⁾. Justifica-se, assim, uma interpretação mais flexível do preceito.

IV. A justiça da relação contratual como fundamento da resolução do contrato por alteração das circunstâncias no direito português

1. As diferenças e as oscilações no plano dos pressupostos do regime da alteração das circunstâncias nos diversos ordenamentos refletem, como se disse, diferentes perspectivas quanto ao seu fundamento.

Tendo também presente o panorama da doutrina portuguesa, pode dizer-se que se defrontam duas orientações fundamentais.

base negocial objectiva e subjectiva), MARIANA FONTES DA COSTA, *Da Alteração Superveniente das Circunstâncias (em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais)*, Coimbra, 2017, 337, ss.

⁽⁸⁾ Assim como, diga-se de passagem, o disposto no art. 252.º/2, a respeito do erro sobre a base do negócio (contemporâneo à sua celebração). Nesse sentido já o nosso *Sobre a interpretação do contrato*, in *Forjar o Direito*, 1.ª ed., Coimbra, 2015, 17, ss. O direito alemão estará, neste ponto, melhor, porque o § 313 (1) confere o direito à adaptação ou à modificação do contrato logo que haja uma alteração das circunstâncias significativa: estas não carecem de ser anormais, bastando que, perante elas, as partes não tivessem contratado ou o não tivessem feito naqueles moldes (dependendo da gravidade da alteração dos pressupostos de um contrato que tenham sido acordados da sua interpretação).

A primeira, em parte talvez por influência do teor do § 313 (1) germânico — no apelo que faz à vontade que as partes teriam tido se tivessem previsto essa alteração —, procura encontrar a razão-de-ser de tal regime na vontade, ainda, das partes, isto é, na sua autonómica determinação, a desenvolver ou colmatar. Não se tratando de obedecer a uma vontade por elas contratualmente expressa, seria em todo o caso decisiva essa sua vontade, na veste, agora, da sua vontade (subjectiva) hipotética, a indagar sempre. Com o que o regime da alteração das circunstâncias se poderia conceber, afinal, como um tema de interpretação complementadora ou de integração de lacunas contratuais⁽⁹⁾.

Seria então de esperar que essa vontade hipotética — na realidade essencial para o apuramento da incompletude ou imprevisão em que se traduziria, afinal, a alteração significativa das circunstâncias — constituiria também o critério para o preenchimento da correspondente lacuna, numa demonstração da unidade metodológica consabidamente existente entre a detecção e a colmatação de lacunas. Surge assim perturbador que o § 313 (1) tenha preferido o critério da “inexigibilidade” (da manutenção do vínculo contratual) para determinar a adaptação do contrato; abrindo caminho, afinal, a outros fundamentos.

2. Na realidade, a recondução dogmática da alteração das circunstâncias à vontade das partes, ainda que “desenvolvida”, e à integração de lacunas não responde adequadamente ao cerne mais relevante da problemática em causa.

Essa vontade poderia certamente servir para resolver diversas questões de falha da base do negócio subjectiva. Mas é manifestamente insuficiente tratando-se, sobretudo, de solucionar situações de absoluta imprevisibilidade, como algumas das “grandes alterações das circunstâncias” recentemente ocorridas,. Pois em relação a estas não pode dizer-se que estamos perante uma (qualquer) falha de cálculo das partes. Resta então a consideração daquilo que razoavelmente haveria de ter sido querido pelas partes (de forma bilateralmente justificada, considerando os interesses e a

⁽⁹⁾ Veja-se exemplarmente, na Alemanha, FINKENAUER, por último em *Die Kodifikation der Geschäftsgrundlage — Eine Erfolgsgeschichte?*, in AcP 223 (2023), 351, ss. Outras perspectivas, por exemplo, em ARNDT TEICHMANN, *Soergel/BGB*, 3/1, 13.^a ed., 2014, ns. ao § 313. Em Portugal, procurando explorar o elemento hipotético da vontade das partes na temática da alteração das circunstâncias, mas criticando a sua assimilação ao tema da interpretação e da integração de lacunas (o que se explica por partir de uma noção ampla da vontade hipotética das partes, reconstruída, afinal, a partir de elementos normativos objectivos), veja-se MARIANA FONTES DA COSTA, *Da Alteração Superveniente das Circunstâncias (em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais)*, cit., 337, ss, e *passim*.

posição de ambas). Só que não é, então, a vontade delas (na sua individualidade concreta) que importa, mas aquilo que é contratualmente justo (e haveria, por isso, de ser razoavelmente querido pelas partes). Tal qual aponta o direito português, está em causa um critério puramente objectivo.

A Covid-19 constitui um excelente exemplo. Uma emergência destas, na total surpresa que constituiu, faz com que o recurso à vontade hipotética das partes não passe de uma pura ficção. E o apelo à vontade razoável constituirá aqui também uma simples etiquetagem formal para um problema que é, nuclearmente, o de saber se a justiça tolera objectivamente a manutenção da relação contratual atingida⁽¹⁰⁾.

Na realidade, o recurso à lacuna contratual é espúrio enquanto não prescindirmos do critério da falha contrária a um plano⁽¹¹⁾. Esta não existirá, quer, patentemente, nas alterações das circunstâncias totalmente imprevisíveis (como no caso da Covid-19)⁽¹²⁾, quer ainda nas que, podendo antecipar-se em abstracto como possíveis, não ocorrem em situações de normalidade (sirva o exemplo do cruzeiro das Caraíbas em que a hipótese da ocorrência de um tufão que leve a um cancelamento da viagem é conjecturável, mas não corresponde à normalidade das situações).

A lacuna requer que as partes houvessem prudentemente previsto a perturbação. Assim, aquilo que se apresenta em concreto como não antecipável e/ou aquilo com que as partes não tinham por que contar não representa, só por isso, uma incompletude contratual. Na alteração das circunstâncias só podem estar deste modo em causa os limites que essa mesma vontade apresenta, tal qual efectivamente existiu, limites esses a respeitar (afinal, como expressa a vetusta *clausula rebus sic stantibus*). Toda a sujeição da conduta das partes a parâmetros de razoabilidade perante a perturbação ocorrida — designadamente para permitir uma modificação do contrato — extravasa essa vontade, situa-se para além dela, quando a

⁽¹⁰⁾ Em sentido diverso, Finkenauer, para quem não há distinção viável entre integração e correcção do contrato (*rectius*, entre interpretação complementadora e interpretação correctiva do contrato). Para o Autor, trata-se, porém, na indagação da vontade hipotética segundo a boa fé, de uma interpretação normativa, no âmbito da qual os critérios do direito dispositivo desempenham um papel importante; e recusa a distinção entre a falsa representação e a ausência de representação da realidade, com o argumento de que em ambos os casos as representações das partes se mostraram divergentes em relação à realidade, e a regulamentação contratual lacunosa. (*Münchener Kommentar*, 9.^a ed., § 313, ns. 41 e 44).

⁽¹¹⁾ Considerando, porém, sem hesitação, que a doutrina da alteração das circunstâncias representa uma lacuna dupla: do negócio — que não previu a alteração —, e da lei, que nenhum regime estabeleceu para ela, MEDICUS/PETERSEN, *Allgemeiner Teil des BGB*, 12. Auflage, Heidelberg, 2024, 375.

⁽¹²⁾ E certamente também, embora certamente em menor extensão, em diversas situações afectadas pela crise financeira de 2008.

concreta perturbação contratual ocorrida não era antecipável. A vontade das partes não é, então, lacunosa⁽¹³⁾.

3. O direito português apresenta, como se disse, um outro critério: na vez — tal qual a norma germânica — do apelo à vontade hipotética das partes, acoplado depois à noção de inexigibilidade da manutenção do contrato, recorre aos “princípios da boa fé” para determinar se o contrato é susceptível de resolução ou modificação.

Trata-se de um parâmetro objectivo do que constituem as exigências da justiça perante a relação contratual afectada.

Tais exigências — sublinhe-se, para evitar equívocos superficiais — impõem sempre a consideração das representações, dos intuítos e das condutas das partes no âmbito do contrato atingido⁽¹⁴⁾. Não se lhes contrapõem, mas também não se detêm nelas, nem são derradeiramente condicionadas por elas na realidade concreta com que se apresentam. Não se trata de completar ainda, de algum modo, a vontade contratual que tiveram, para que ela possa realizar-se ainda — através da adaptação do contrato —, ou de respeitar uma sua condicionalidade imperfeitamente expressa e cingida à manutenção de certas circunstâncias — nos casos de resolução —, quanto de promover aquilo que é razoável e justo, tendo em conta o que as partes estabeleceram⁽¹⁵⁾.

Os princípios da boa fé convocados pelo direito português não são, pois, também subsidiários ou sindicantes de qualquer vontade hipotética

(13) Aqui reside, por isso, um argumento contra a admissão de um dever geral de renegociar o contrato. Pois se as partes só se vincularam a um contrato com determinado conteúdo, não pode a uma delas impor-se unilateralmente um contrato com outro conteúdo. É o que resulta, aliás, do disposto no art. 406.º, n.º 2 do Código Civil. Mais difícil seria admiti-lo vendo-se na modificação do contrato uma complementação ou desenvolvimento pedido pelo respeito da vontade originária das partes (pois a modificação passaria a estar contratualmente fundada no acordo originário). Contra esta concepção, já o nosso *O dever de renegociar o contrato/Mitos e realidades de uma ideia errante*, in ROA, 499, ss., esp. 522, ss. No direito alemão o tema do dever de renegociar encontra-se empolado em virtude de o § 313 apontar a adaptação do contrato como consequência-regra da alteração das circunstâncias. Sobre o tema, criticamente, cf. HANS-CHRISTOPH GRIGOLEIT, *Zur Mechanik der Vertragsanpassung bei Grundlagentörungen/Verhandlungspflichten und andere Verfahrensfragen*, in FS Singer, Berlin, 2021, 205, ss.

(14) Não se trata, pois, de substituir a vontade das partes por qualquer convicção do juiz, pois a justiça que se trata de realizar, não sendo embora a de uma qualquer vontade das partes — na realidade, inexistente —, parte da vontade contratual delas e tem de a considerar (embora se não detenha nela). É o que decorre da remissão para os princípios da boa fé.

(15) Defendemo-lo já no nosso *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra, 2003, 863-864, e nota 966. Reconduzindo também a alteração das circunstâncias a um problema de justiça objectiva, mas muito crítico, a propósito da boa fé, em relação a “uma intonação subjectiva que só complica”, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil/Teoria Geral (Relações e Situações Jurídicas)*, III, Coimbra, 2002, 202, 210.

das partes, a considerar primeiro, como aconteceria se a questão fosse de integração de lacunas⁽¹⁶⁾. Não obsta o facto de a solução (da resolução ou da modificação) poder eventualmente corresponder ao que as partes teriam efectivamente querido e estariam dispostas a acordar entre si: na realidade, não é essa, em Portugal, a bússola do juiz. Não é isso que o juiz perscruta, antes o que se afigura justo e razoável, fosse qual fosse a vontade hipotética das partes (se se quiser, perscruta aquilo que as partes haveriam sempre de querer se fossem sensatas e justas).

4. Subjacente ao direito português encontra-se, no fundo, uma concepção segundo a qual a vinculatividade do contrato não repousa nem pode repousar, derradeiramente, tão só em ele ter sido querido pelas partes. A auto-determinação das partes — e o consequente *pacta sunt servanda* —, constituindo embora uma exigência indeclinável da justiça, não permite relações contratuais flagrantemente injustas. Não se trata de substituir o clássico “stat pro ratione voluntas” por um também extremo “stat pro voluntas ratio”, mas de reconhecer que a autonomia privada se funda numa razão *compreensiva e (mais) englobante* de justiça⁽¹⁷⁾. Por isso se não trata para o juiz de, perante uma alteração das circunstâncias que ocorra, procurar uma solução entre princípios contraditórios e irremediavelmente antagónicos, sacrificando um deles, antes de postular a integração da autonomia contratual das partes numa teoria da justiça (do contrato) mais compreensiva⁽¹⁸⁾. O art. 437.º/1 não constitui, também por isso, um excepcional *ius singulare*⁽¹⁹⁾.

De harmonia com o fundamento exposto, percebe-se que o requisito da imprevisibilidade da alteração que é comumente apontado na doutrina não possa ser absolutizado⁽²⁰⁾. Há muitos eventos que são abstracta-

⁽¹⁶⁾ Segundo o disposto no art. 239.º do Código Civil português, na integração de lacunas importa considerar a vontade hipotética, embora sujeita ao controlo dos “ditames da boa fé”.

⁽¹⁷⁾ Nesse sentido já o nosso «Autonomia privada e justiça contratual/Duas questões, nos 50 anos do Código Civil», in *Forjar o Direito*, 2.ª ed., Coimbra, 2019, 28-29. A favor de uma ideia de justiça objectiva, especificamente no campo dos contratos administrativos, com base na ideia de que a Administração “não se move no campo da liberdade”, mas sim no do “justo”, expresso na exigência de proporcionalidade e na obrigação de o contraente público não poder assumir direitos ou obrigações manifestamente desproporcionados (cf. o art. 281.º do Código dos Contratos Públicos), veja-se também MAFALDA CARMONA, *Nota sobre o fundamento da alteração das circunstâncias*, cit., 9.

⁽¹⁸⁾ Focado, antes, no antagonismo dos princípios, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IX, 3.ª ed., Coimbra, 2017, 682.

⁽¹⁹⁾ Liberdade ou autonomia dos sujeitos, e justiça do contrato ou da relação contratual, insiste-se, podem e harmonizar-se *ex rerum naturae* — e devem-no — no plano normativo-valorativo da ordem jurídica.

⁽²⁰⁾ Em sintonia, veja-se JÖRG NEUNER, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, cit., referindo-se ao que pode designar-se a imprevisibilidade concreta.

mente antecipáveis como possíveis — volte-se ao exemplo do ciclone que obriga a cancelar um cruzeiro nas Caraíbas —, mas nem por isso deixam de consubstanciar uma alteração das circunstâncias relevante. Consentâneo com esse fundamento é antes, como estabeleceu o legislador português, a exigência da anormalidade da alteração.

De resto, a opção do direito português por um critério da relevância da alteração autónomo da subjectividade das partes surge insofismavelmente evidenciada pelo facto de a modificação do contrato a que haja lugar se haver de fazer segundo juízos de equidade. A equidade é uma medida objectiva, embora flexível, que considera mas não se detém na vontade das partes⁽²¹⁾. Ela permite, inclusivamente, reequilíbrios do contrato através de compensações à parte lesada, ainda que impensáveis ou absolutamente não ponderáveis pelas partes no momento em que contrataram⁽²²⁾.

5. A articulação da liberdade contratual com a justiça do contrato e da relação contratual é demasiado complexa para poder ser agora aprofundada. Ela baseia-se certamente na dignidade da pessoa humana, que deve poder autodeterminar-se, para lá de concepções utilitaristas ou de funcionalidade social geral. O contrato é, assim, um instrumento de desenvolvimento da personalidade. Até certo ponto, envolverá uma “garantia de justeza” do seu conteúdo (*Richtigkeitsgewähr*), ao mesmo tempo que permite a realização de objectivos supraindividuais ou sociais gerais, como o da distribuição ou da alocação, económica ou socialmente, justa ou eficiente dos bens.

Como realidade jurídica, participa em todo o caso da intencionalidade jurídica de base constituída pelo *suum cuique tribuere*. Ele guarda por isso uma estreita ligação às concretizações histórica ou culturalmente por este experimentadas. Entre elas, de modo especial, com o desenvolvimento da doutrina da justiça comutativa de feição aristotélico-tomista, mas também com a ideia de reciprocidade veiculada, desde tempos imemoriais, por exemplo, pela “regra de ouro”⁽²³⁾.

(21) Em conformidade, cremos também que a modificação do contrato deve ter essencialmente por referência uma medida objectiva de justiça da relação contratual perturbada (de acordo, no direito português, com a equidade, que obriga, obviamente, à consideração, até onde for possível, do que as partes teriam querido), e não com a indagação, tão só, de uma vontade hipotética subjectiva (susceptível, também ela, de se afastar, afinal, dessa medida do “razoável”).

(22) Não se trata, pois, apenas de projectar a “equação económica inicial do contrato” para o futuro, pois a perturbação afectou-a irremediavelmente, e a equidade consente modificações que não se podem assumir como mera projecção dessa equação.

(23) Um aproveitamento para a teoria do contrato justo da antiquíssima “regra de ouro” como medida universal de justiça e/ou do comportamento correcto — seja na versão negativa do “não faças aos outros o que não queres que te façam a ti” (por ex., Tob. 4,15), seja na versão positiva do Sermão

A tensão entre ambos os vectores foi sendo resolvida no pensamento jurídico recente, ora com marcado predomínio da autonomia privada (v.g., no pensamento de Flume)⁽²⁴⁾, ora considerando o contrato uma mera realidade chamada a cumprir uma função social (Raiser, Zweigert)⁽²⁵⁾, ora considerando ainda que ele que ele proporciona uma certa “garantia de justiça” (Schmidt-Rimpler)⁽²⁶⁾. Nenhuma destas concepções logra, porém, uma suficiente harmonização destes vectores, dada a excessiva obnubilação a que expõe um ou outro deles.

Por outro lado, parecem ser de rejeitar posições cépticas que, perante a necessidade de concretização de cláusulas gerais utilizadoras do conceito indeterminado da boa fé — como a do art. 437/1 — se detêm em sublinhar que nelas se verifica uma tensão entre diversos antagonismos, constitutiva no direito privado: individualismo e colectivismo; segurança jurídica generalizadora e justiça do caso concreto; vinculação à lei e liberdade do juiz⁽²⁷⁾. Pois do que se trata, se não nos resignarmos a um puro decisionismo judicial, é de superar esses antagonismos mediante um discurso harmonizador e racionalmente controlável.

Cremos que, sendo a justiça o fim do Direito, ela se projecta no domínio dos contratos como justiça contratual ou justiça da relação contratual. Não se trata de um conceito vazio, pese embora a necessidade de uma concretização.

da Montanha (“faz aos outros o que queres que te façam a ti”: Mt. 7, 12) —, pode confrontar-se em *Matthias Wendland, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit*, München, 2019, 111, ss.

⁽²⁴⁾ Cf. *Das Rechtsgeschäft*, 4.^a ed., Berlin, New York, etc., 1992, 5-6.

⁽²⁵⁾ Cf. RAISER, *Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit*, in FS 100 Jahre des Deutschen Juristentages, Karlsruhe 1960, I, 101, ss; ainda, ZWIEGERT, “*Rechtsgeschäft*” und “*Vertrag*” heute, in FS Rheinsteins, I, Tübingen, 1969, 493, ss. Um pensamento deste tipo ecoa em Mariana Fontes da Costa, ao afirmar: “O contrato é obrigatório, porque é um instrumento de regulação das relações sociais e, nessa medida, desempenha uma função que cabe ao ordenamento jurídico” (cf. *Da alteração superveniente das circunstâncias*, cit., 114-115). Na sua literalidade, se coerentemente seguida, daqui decorreria que, ao contratar, as partes exerceriam por delegação do Estado competências normativas singulares (teoria da delegação). À também inerente obnubilação da autonomia da vontade oferece-se, em contraponto — é o entendimento que preferimos —, uma concepção que se funda, antes de mais, e apesar de poder integrar outros elementos, na condição ético-jurídica da pessoa, interpretando em conformidade o sentido da vinculação autônoma e havendo o ordenamento jurídico de o reconhecer (teoria do reconhecimento); cf. o nosso *Os Princípios do Direito dos Contratos/Um roteiro breve*, in *Temas de Contencioso Contratual, Arbitragem e Mediação* (coord. Ana Filipa Morais Antunes e António Pedro Pinto Monteiro), I, Coimbra, 2025, 9, ss, 10, e 20-221.

⁽²⁶⁾ Cf. *Zum Vertragsproblem*, in FS für Ludwig Raiser, Tübingen, 1974, 3, ss.

⁽²⁷⁾ Cf. MARIETTA AUER, *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit/Generalklauseln im Spiegel der Antonien des Privatrechtsdenkens*, Tübingen, 2005, 175-177, e *passim*, pronunciando-se no sentido da irredutibilidade (Unauflösbarkeit), mas também da dependência relacional dessas dimensões.

Sendo o contrato um negócio bilateral, parece que a autonomia privada e o desenvolvimento da personalidade dos sujeitos requerem à partida, no campo da alteração das circunstâncias, a consideração dos interesses prosseguidos por ambas as partes e a adopção de parâmetros de reciprocidade com vista à harmonização das suas posições. Deste modo se conseguirá também, no domínio contratual, o pretendido trânsito de uma “ética da liberdade formalmente entendida” para uma “ética material de responsabilidade social (pelo outro)”⁽²⁸⁾.

V. O papel real do conceito (formal) de inexigibilidade

1. Segundo o § 313 (1) do BGB, a alteração das circunstâncias conduz à modificação do contrato na medida em que a uma das partes, considerando as circunstâncias do caso — em especial, a distribuição do risco contratual ou legal — não seja exigível a manutenção do contrato.

Para o direito alemão, a chave da relevância da alteração das circunstâncias encontra-se, assim, na noção de inexigibilidade⁽²⁹⁾.

Mas esta não se encontra *apertis verbis* referenciada, no direito germânico, a qualquer padrão. O que, se convoca necessariamente uma interpretação sistemática alargada, confere ao § 313 (1), nas mãos do intérprete-aplicador, uma plasticidade e flexibilidade extremas⁽³⁰⁾.

Em Portugal a ideia germânica teve também ecos⁽³¹⁾. Não cremos, porém, que haja vantagem em dissolver o nosso tema no âmbito de uma teoria geral da inexigibilidade contratual.

⁽²⁸⁾ Referimo-nos ao célebre desiderato do “Wandel von formaler Freiheitsethik in eine materiale Ethik sozialer Verantwortung” propagado por WIEACKER. Sobre ele, MATTHIAS WENDLAND, *op. cit.*, 172-173, e, mais amplamente, buscando uma compreensão integradora da justiça do contrato através da complementaridade da liberdade e da justiça contratual num contexto de reciprocidade, 163, ss.

⁽²⁹⁾ NEUNER fala de uma ponderação global: cf. *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, *cit.*, 519.

⁽³⁰⁾ Neste sentido FINKENAUER, *Münchener Kommentar*, *cit.*, § 313, ns. 76-77. A fórmula pelo visto corrente na jurisprudência da Alemanha segundo a qual “a invocação da alteração das circunstâncias só é possível se for necessária para evitar um resultado inaceitavelmente desconforme com o Direito e a Justiça e que portanto não pode ser exigido segundo a boa fé à parte lesada” é sincrética e, como o autor reconhece, sem contornos.

⁽³¹⁾ Cf., em especial, NUNO PINTO DE OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra, 2011, 564, ss, 573, ss, o qual, contudo, erige a requisito da resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias “que a continuação da relação contratual, originária seja *gravemente injusta*” (itálico no original), vendo mesmo na expressão uma aplicação da conhecida fórmula de Radbruch, aplicada à conformação do conteúdo do contrato” (pp. 576-577). Veja-se ainda, usando abundantemente a noção de inexigibilidade, HENRIQUE SOUSA ANTUNES, *Os desafios da legislação COVID-19*

2. A noção de exigibilidade/inexigibilidade é, com efeito, formal. Pode abranger, por isso, outras realidades situadas além da alteração das circunstâncias — como a denúncia *ad nutum* dos contratos duradouros, ou casos de liberação do devedor em face de obstáculos ou onerosidades gravemente desproporcionadas da prestação a que não correspondam vantagens ou interesses relevantes do credor, tal qual prevê o § 275 (2) do BGB. Mas não indica o fundamento da relevância da alteração das circunstâncias no domínio dos contratos. Não é, na realidade, susceptível de operar sozinho. Constitui apenas um “conceito-ponte”, dependendo de um referente que a justifique e para que apenas faz uma transição. Em Portugal, diversamente, relevam, directa e expressamente, as exigências da boa fé, esse sim, mesmo se de modo indefinido, um parâmetro material (remetendo, como dissemos, para as exigências da justiça da relação contratual afectada)⁽³²⁾.

3. Fala-se, a propósito da inexigibilidade, de um critério prático-normativo concretizado no sub-princípio da proporcionalidade (reconduzindo-se a alteração das circunstâncias ao problema geral da onerosidade excessiva da prestação)⁽³³⁾. Ora, no direito luso, não há que, sobrevinda uma alteração das circunstâncias, proceder a uma comparação entre o sacrifício exigível ao devedor e o benefício que o cumprimento do contrato conferia ao credor [tal qual a que o § 275 (2) do BGB prevê]. O que se trata é de proteger o devedor lesado pela alteração, o qual deverá poder exonerar-se mesmo que o interesse do credor se mantenha⁽³⁴⁾.

De todo o modo, importa notar que se o critério da relevância da vontade das partes (ainda que hipotética) fosse coerentemente seguido para resolver o problema da alteração das circunstâncias, seria dispensável a inexigibilidade: bastaria a demonstração de que as partes não teriam cele-

à aplicação do regime da alteração das circunstâncias previsto no Código Civil, in *Contratos e Pandemia/Resolução, suspensão e modificação dos contratos em tempos de pandemia* (coord. Gonçalo Malheiro/Luís Barreto Xavier), Instituto de Conhecimento (Abreu Advogados), Almedina, Coimbra, 2021, pp. 37-62. Contra, rejeitando o “entendimento do instituto [da alteração das circunstâncias] como uma espécie de cláusula geral de inexigibilidade”, MARIANA FONTES DA COSTA, *Da Alteração Superveniente das Circunstâncias/Em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais*, cit., 353.

⁽³²⁾ A razão pela qual o legislador germânico, certamente atento ao problema, não mencionou a boa fé no novel § 313 terá sido talvez a preocupação de não multiplicar as referências à boa fé, para manter tanto quanto possível a tradição tudesca de ver no § 242 a disposição-rainha ou o parágrafo-rei do BGB. Também na Alemanha a inexigibilidade da continuação da relação contratual segue o critério da boa fé. Cf., nesse sentido, FINKENAUER, *Münchener Kommentar*, cit., § 313, ns. 376-377.

⁽³³⁾ Cf. NUNO PINTO DE OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra, 2011, 564.

⁽³⁴⁾ Nesse sentido, justamente, ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, *Alteração das Circunstâncias, Vulnerabilidade Negocial e Parte Lesada*, Coimbra, 2024, 108-109.

brado o contrato (ou não o teriam celebrado naqueles termos) se tivessem previsto a alteração ocorrida, libertando-as da correspondente vinculação (e ordenando ou não a modificação em função do que essa vontade hipotética sugerisse).

O § 313 (1) apresenta-se, assim, se bem vemos, sincrético: se pretendeu congraciar um fundamento objectivo e outro subjectivo para a possibilidade de uma dispensa do princípio *pacta sunt servanda*, o regime nele instituído apresenta-se ambíguo e indefinido do ponto de vista dogmático.

4. Dir-se-á que o direito luso não é também totalmente inequívoco na opção por um padrão objectivado de justiça da relação contratual. Trata-se, porém, de uma ambiguidade diferente. É certo que a expressão “princípios da boa fé” permite de ponto de vista linguístico uma simbiose entre elementos subjectivos e objectivos como critério da resolução ou modificação do contrato, mas o direito português da alteração das circunstâncias, precisamente porque não está vinculado à vontade hipotética das partes, como o direito germânico, não tem necessidade de corrigir essa vontade por uma qualquer noção que a complemente ou, mesmo, se lhe possa contrapor, do exterior: a justiça (da relação) contratual portuguesa apresenta-se integradora da vontade das partes, mas sem se reconduzir a ela, una e integradora das várias dimensões que essa mesma justiça convoca.

VI. O art. 437.º/1 como norma sindicante e correctora

1. As “grandes alterações das circunstâncias” — expressão que em Portugal tem vindo a designar as perturbações da “grande base negocial”⁽³⁵⁾ — viram singrar de forma clara, no espaço doutrinário português, a natureza sindicante e correctora do art. 437.º/1, ancorada numa percepção objectiva do seu fundamento.

A relação que intercede entre esta disposição, por um lado, e as cláusulas contratuais ou outras normas do sistema jurídico que repartam riscos

(35) Perturbações que atingem uma condicionante geral da coexistência social (normalmente com impacto generalizado e, em muitos casos, violento, na possibilidade e forma da interacção e cooperação de um número indeterminado de sujeitos). Sobre elas, pode ver-se WERNER FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*, 4.ª ed., Berlin, etc., 1992, 518, ss, e, em Portugal, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, cit., 692, ss, assim como também o nosso “Crise financeira e alteração das circunstâncias/Contratos de depósito vs. contratos de gestão de carteiras”, in *Forjar o Direito*, 2.ª ed., Coimbra, 2019, 78-80.

contratuais, por outro, não é, assim, a de uma mera supletividade da primeira em relação a estas (atenta uma não previsão das partes). O art. 437.º/1 não se encontra no mesmo plano que elas.

Estivesse, porém, em causa um tema de integração de lacunas, haveria de perguntar-se como é que a vontade hipotética poderia servir para afastar o direito dispositivo que é tido por expressão da vontade hipotética usual das partes; direito dispositivo esse que, segundo se diz a respeito do inciso inicial do art. 239.º do Código Civil português, afasta a colmatação da lacuna mediante o recurso à vontade hipotética das partes⁽³⁶⁾.

2. Sejam dois exemplos da experiência portuguesa.

Um deles teve ampla repercussão pública e foi alvo de acesa discussão⁽³⁷⁾. Tratou-se de um litígio deflagrado em 2008 entre o Banco Santander Totta e um conjunto de empresas públicas portuguesas do sector dos transportes, versando um conjunto de contratos de *swap* de taxa de juro indexados à Euribor que o referido Banco celebrara com elas em Portugal, acoplados a diversos financiamentos que lhes havia concedido. Com efeito, para responderem à profunda crise financeira de 2008, as autoridades europeias intervieram a fixar a Euribor, por um tempo histórico *record*, em valores muito baixos. Tal implicou para as Empresas de Transporte perdas catastróficas no âmbito de tais contratos de *swap*, por elas celebrados, gravemente oneradoras do erário público, tendo-se elas recusado a pagar as prestações em dívida. Na verdade, havia desde o início um gritante desequilíbrio de posições à luz dos contratos celebrados, susceptível de levar a perdas totalmente assimétricas em prejuízo das Empresas de Transporte, às quais chegou a ser exigido o pagamento de juros anuais de 140%!

Intentada pelo Banco Santander Totta — em Inglaterra, ao abrigo de um pacto de jurisdição — uma acção visando o cumprimento integral desses contratos, as empresas de transportes vieram invocar, ao abrigo do art. 437.º/1, uma alteração das circunstâncias em que haviam fundado a sua decisão de contratar: considerando como tal a crise financeira de 2008, e aduzindo que essa alteração não estava coberta pelos riscos próprios do contrato.

Ora, é inegável que nos contratos de *swap* de taxa de juro a oscilação de tais taxas pertence, à partida, aos riscos próprios do negócio, como

⁽³⁶⁾ Não é argumento que também as disposições supletivas podem ser alvo de interpretações restritivas ou de reduções teleológicas. É que as razões que fossem susceptíveis de justificar tais procedimentos metodológicos seriam certamente, nos exemplos a seguir dados, totalmente objectivos, transcendendo qualquer vontade das partes.

⁽³⁷⁾ Sobre o tema pode ver-se, com amplas referências, o nosso *Alteração das Circunstâncias e Justiça do Contrato*, cit., 9, ss.

decorre do tipo contratual em causa (enquanto seu elemento essencial). Também num contrato desses podem, contudo, repercutir-se factores externos que condicionem as prestações a cargo das partes, situados para lá do âmbito dos riscos próprios desse negócio; pense-se numa guerra ou num cataclismo natural.

Considere-se agora a intervenção do Banco Central Europeu ocorrida no mercado das taxas de juro em 2008. As partes haviam feito depender dos valores apurados nesse mercado as prestações a efectuar entre elas. Embora esse mercado não tenha sido propriamente suprimido⁽³⁸⁾, aquela intervenção acabou por subverter ou desvirtuar completamente a fixação livre das taxas de juro através do encontro (incondicionado) da oferta e da procura; estas foram mantidas artificialmente baixas, por tempos historicamente muito longos, para cumprir objectivos de política monetária dirigida por parte das instâncias europeias.

Desta perspectiva, o que constituiu uma alteração relevante foi a manipulação administrativo-política das taxas de juro; a rigidificação artificial da estrutura do mercado, heteronomamente imposta; não a variação, em si, das taxas de juro e a sua expressão.

Os actos de autoridade — legislativa, política, monetária, etc. — com impacto relevante no “ambiente” em que os contratos foram celebrados constituem, de facto, exemplos clássicos de alteração das circunstâncias⁽³⁹⁾. Por isso, os planos radicais de estabilização do valor da moeda podem representar também uma alteração anormal das circunstâncias⁽⁴⁰⁾.

Apresentou-se assim justificado o juízo do tribunal londrino, no litígio em referência, reconhecendo a susceptibilidade de resolução de tais contratos ao abrigo do direito português⁽⁴¹⁾. No contexto de uma “grande alteração das circunstâncias”, o art. 437.º/1 desenvolveria assim uma eficácia para lá do regime do risco próprio do tipo contratual escolhido pelas partes⁽⁴²⁾. Mas

⁽³⁸⁾ O fecho administrativo das bolsas é — todos concordarão — um risco que está ordinariamente para lá do risco próprio dos negócios, mesmo aleatórios, que nelas se tenham celebrado.

⁽³⁹⁾ Especialmente quanto às alterações legislativas, veja-se FLUME, *Das Rechtsgeschäft*, cit., 520, ss.

⁽⁴⁰⁾ Cf. nesse sentido OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil/Teoria Geral*, III, cit., 208-209.

⁽⁴¹⁾ Contudo, o tribunal considerou aplicável o direito inglês, alegadamente diferente na matéria que nos ocupa. Cf. a sentença do *High Court of Justice Queen's Bench Division, Commercial Court, Financial List (Mr. Justice Blair)*, com data de 3 de Março de 2016, consultável na íntegra em <<https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2016/03/financial-list-BST-v-TCs-Approved-judgment.pdf>>. A opinião expressa em texto não foi unânime: cf. PAULO MOTA PINTO, *Contrato de swap de taxas de juros, jogo e aposta e alteração das circunstâncias que fundaram a decisão de contratar*, Rev. Leg. Jur. Ano 113 e 114 (2013-2014), 54, ss.

⁽⁴²⁾ A jurisprudência germânica da revalorização, *contra legem*, da moeda, na sequência da

— e é o que importa agora especialmente sublinhar — seria certamente deslocada e infrutífera a indagação da vontade hipotética das partes (aqui por certo totalmente antagônica, perante uma crise financeira — de 2008 — e uma intervenção das autoridades monetárias europeias imprevisíveis na dimensão que apresentaram). Em discussão só podia estar o que constituíam, segundo o direito português, as exigências objectivas da justiça da relação contratual atingida.

3. Por outro lado, mesmo a consagração na lei de regimes particulares de risco para certos contratos não afasta automaticamente o da alteração das circunstâncias.

Esses regimes respondem normalmente ao que pode considerar-se serem os riscos típicos, próprios de um dado contrato. Depurados pela experiência e pelas necessidades do tráfico negocial, constituem seus *naturalia negotii*. Por isso, nada obsta a que o art. 437.º/1 se aplique caso estejam em causa vicissitudes que não são típicas e ultrapassam esse âmbito. (E não há, em rigor, relação de subsidiariedade do art. 437.º/1 relativamente a esses regimes, porque o evento perturbador se situará, alternativamente, num ou noutro campo).

Sirva o caso, discutido há alguns anos em Portugal, da compra e venda de acções de uma companhia de transportes, a crédito (com preço a ser pago um ano depois), em que sobreveio uma nacionalização (de tais acções) por decisão do Estado, na sequência da mudança política ocorrida em 25 de Abril de 1974: tratava-se de saber se os alienantes mantinham ou, pelo contrário, perdiam o direito ao preço na sequência da perda, pelos adquirentes, da propriedade das acções a eles transmitidas; por outras palavras, e vista agora a questão do prisma dos compradores, se estes permaneciam obrigados ao pagamento do preço, sobrevinda a nacionalização.

Ora, a nacionalização das acções constituiu aqui o efeito de um risco político. Este não se encontra, cremos, e ao contrário do que foi defendido

grande depressão, é muito lembrada na doutrina portuguesa da alteração das circunstâncias (cf. em especial MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, II, Coimbra, 1984, 1022, ss) e constitui um importante paralelo (veja-se JÖRG NEUNER, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, cit., p. 513. As grandes oscilações do valor da moeda, com as suas inevitáveis repercussões nas taxas de juro, foram historicamente uma das alavancas mais importantes da resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias. Ninguém discutirá que é inerente à moeda a variação do seu poder aquisitivo. Nem por isso, porém, o art. 437.º, n.º 1, deixou de se poder aplicar quando o valor da moeda se viu modificado, como no presente caso, por factores e determinações de natureza económico-regulatória.

por autores de referência, sujeito ao regime típico do risco nos contratos de alienação constante do art. 796.º/1, segundo o qual o risco da perda da coisa corre, em princípio, por conta do adquirente: os adquirentes estariam, por conseguinte, adstritos ao pagamento integral do respectivo preço, apesar da nacionalização ocorrida⁽⁴³⁾.

Em sentido diverso, de modo a encontrar espaço para a aplicação do art. 437.º/1, advogou-se reduzir o campo de aplicação do regime da transferência do risco do perecimento da coisa constante do referido art. 796.º/1: distinguindo consoante o risco da perda da coisa transmitida se apresentasse como normal ou anormal, mais ou menos previsível ou imprevisível — comparando a nacionalização dos bens com o a sua deterioração ou perecimento em virtude de um incêndio, uma inundação ou um roubo, por exemplo, e extraíndo de tal comparação, atenta a anormalidade e a imponderabilidade do ocorrido, a libertação integral dos adquirentes das acções relativamente à sua obrigação de pagamento do preço⁽⁴⁴⁾.

Não são esses, porém — cremos —, os pontos decisivos para afastar o regime do art. 796.º/1. O que está em causa nesta situação é um tipo de risco que nada tem de específico dos contratos de alienação: um risco “político”, sem qualquer ligação típica específica às necessidades do tráfico jurídico próprio dos contratos de transferência do domínio⁽⁴⁵⁾. Como tal, o art. 437.º/1 não podia considerar-se afastado. É, de resto, o que decorre notoriamente da aludida regra/excepção segundo a qual a dúvida sobre se certa ocorrência se inscreve ou não dentro dos riscos próprios de um contrato, para efeito de determinar quando ela gera a susceptibilidade da sua resolução ou modificação, se resolve em benefício dessa possibilidade.

Só que um risco como o descrito — político, no caso —, é geral, à partida de todos: não pode, nem deve, onerar, por princípio, apenas um dos contraentes. Na falta de outro critério — no limite —, deve ser suportado em partes iguais pelos sujeitos⁽⁴⁶⁾. Assim, a solução justa seria possível-

(43) Nesse sentido, VASCO LOBO XAVIER e CARLOS MOTA PINTO, *Alteração das circunstâncias e risco*, in Colectânea de Jurisprudência, VIII, Tomo 5, 15, ss, assim como MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, cit.*, 667-668, perante outra situação similar.

(44) Cf. ANTUNES VARELA e HENRIQUE MESQUITA, *Resolução ou modificação do contrato*, in Colectânea de Jurisprudência, VII, Tomo 2, 1982, 5, ss.

(45) Cf., nesse sentido, percutientemente, GUILHERME DE OLIVEIRA, *Alteração das circunstâncias, risco e abuso do direito/A propósito de um crédito de tornas*, in Colectânea de Jurisprudência, XIV, 1989, Tomo 5, 19, ss.

(46) Supõe-se uma absoluta simetria de posições. A estrutura do risco correspondente a cada contrato, reflectindo a constelação típica da concatenação dos interesses que o contrato permite prosseguir, é, naturalmente, importante.

mente, no caso, a exoneração dos compradores do pagamento de metade do preço das acções em dívida, fazendo os alienantes com espera de preço suportar a perda outra metade. Tenha-se presente que o negócio não estava executado, e que a estipulação de um prazo alargado de pagamento constitui, via de regra, neste tipo de negócios (directa ou indirectamente de compra e venda de empresas), uma condição do negócio: uma vantagem para o vendedor, que consegue assim um preço superior pelo activo transmitido, e um benefício para o comprador, pois o prazo de pagamento mais longo permite-lhe gerar lucros através da gestão da empresa, com os quais conta para satisfazer o preço pedido ou acordado com o vendedor.

Neste género de situações, a indagação do que as partes teriam querido não conduz também, normalmente, a qualquer resultado consistente e seguro. O que importa, mais uma vez, só pode ser o que se apresenta como razoável e justo, o *justo meio da justiça*.

VII.A inderrogabilidade e o cerne de ordem pública do art. 437.º/1

1. O fundamento do regime legal da alteração das circunstâncias repercute-se, por fim, na questão de saber se esse regime é susceptível de ser afastado pela vontade das partes.

De facto, fosse essa vontade o fundamento desse regime, certamente que lhes estaria irrestritamente facultado dispor dele e excluí-lo. Contudo, se na alteração das circunstâncias está em causa a justiça da relação contratual afectada, compreende-se que ela não possa estar, então, absolutamente dependente do arbítrio dos sujeitos.

As partes podem, naturalmente, modelar a *facti species* negocial, o suposto de facto, ao qual se continua a poder aplicar todavia sempre, verificados os seus requisitos, o art. 437.º/1. Não se lhes permite afastar directamente aquilo que representa, afinal, uma imposição da justiça do contrato. Mas é-lhes consentido concretizar e especificar os requisitos e consequências de uma alteração das circunstâncias, desde que respeitando as valorações do art. 437.º, n.º 1⁽⁴⁷⁾.

(47) Nesse sentido, pode ver-se também, em Portugal, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS/PEDRO L. PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9.ª ed., Coimbra, 2019, 377, assim como MARIANA FONTES DA COSTA, *Da Alteração Superveniente das Circunstâncias*, cit., 304-305. Na Alemanha, veja-se, v.g., ARNDT TEICHMANN, em *Soergel/BGB*, 3/1, cit., n. 44 ao § 313.

O art. 437.º/1 aplica-se, por certo, ao que as partes quiseram como conteúdo do contrato e é, nesse sentido, condicionado pela vontade destas. Mas, em si mesmo, não constitui direito dispositivo, e não pode, pois, ser directamente derogado por elas. Como expressão que é, no nosso ordenamento, de exigências indeclináveis da justiça contratual, há mesmo um cerne de ordem pública na disciplina legal da alteração das circunstâncias. Ele sobrepõe-se à vontade, real ou hipotética, das partes.