

Efeitos da alteração das circunstâncias

MESTRE CATARINA MONTEIRO PIRES

SUMÁRIO: 1. Colocação dos problemas 2. Os meios de reação das partes 3. A modificação do contrato pelo juiz e a suscetibilidade de conhecimento oficioso da alteração das circunstâncias 4. O dever de renegociar o contrato.

1. Colocação dos problemas*

I. A «alteração das circunstâncias», entre nós prevista nos artigos 437.º e 438.º do código civil¹, conhece expressões diversificadas no espaço jurídico europeu continental, desde as «perturbações da base do negócio» do direito alemão (§ 313 BGB) até à «onerosidade excessiva» do direito italiano (artigo 1467.º do *codice civile*), sendo hoje raros os ordenamentos que oferecem resistência à sua aceitação². Constitui, por isso, um estímulo à comparação jurídica, do ponto de vista da respetiva delimitação e das respetivas consequências.

* Abreviaturas utilizadas (além das comuns, em língua portuguesa): BGB – *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil alemão); FI – *Foro italiano*; FS – *Festschrift*; JZ – *Juristen Zeitung*; LMDO – lei alemã de modernização do Direito das Obrigações (*Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*); NJW – *Neue Juristische Wochenschrift*; n.m. – número de margem; PDEC – Princípios de Direito Europeu dos Contratos; RabelZ – *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*; ZGS – *Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht*.

¹ São do código civil português todos os artigos citados sem indicação da respetiva fonte, incluindo o que agora citamos em texto.

² O exemplo mais flagrante continua a ser o francês, apesar de alguns sinais de abertura da *Cour de Cassation* – cf. WALTER DORALT, *Der Wegfall der Geschäftsgrundlage. Altes und Neues zur théorie de l'imprévision in Frankreich*, RabelZ, 2012, (p. 761 ss), p. 768 ss. A rejeição da teoria da imprevisão tem, porém, sido bastante criticada, enquanto fonte de «inconsistências» do sistema jurídico (traduzindo uma falha de conciliação entre a *justiça comutativa* e *utilidade social* e devendo, por isso, ser objeto de revisão legislativa, como notaram JACQUES GHESTIN e CHRISTOPHE JAMIN, *Le juste et l'utile dans les effets du contrat*, *Contratos: actualidade e evolução*, Universidade Católica Portuguesa,

II. Neste contexto, este estudo aborda alguns problemas relativos às consequências da alteração das circunstâncias, à luz da norma do artigo 437.º. Organizaremos a nossa investigação em três matérias: (i) em primeiro lugar, analisaremos as questões relativas aos meios de reação das partes; (ii) em segundo lugar, os problemas da modificação judicial do contrato e da suscetibilidade de conhecimento oficioso da alteração das circunstâncias e, finalmente, (iii) dedicaremos a nossa atenção à matéria do dever de renegociar o contrato.

Limitamo-nos ao universo dos contratos privados e pressupomos a prévia verificação das condições de uma «alteração das circunstâncias», excluindo das nossas preocupações os aspetos, também complexos, da delimitação da *factspecies* do artigo 437.º, n.º 1. Assumimos, ainda, um cenário contratual de inexistência de clausulado específico quanto à adaptação ou à renegociação do contrato em virtude de alteração das circunstâncias.

2. Os meios de reação das partes

I. A norma do artigo 437.º, n.º 1, atribui à parte afetada, dentro do condicionalismo nela previsto, um «direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade»³. A primeira questão que esta disposição suscita é,

Porto, 1997, (p. 123 ss), p. 145 ss, em particular pp. 146 e 148) e enquanto motivo de isolamento do ordenamento francês (cf. *European Contract Law. Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, organizado pela *Association Henri Capitant des amis de la Culture Juridique Française* e pela *Société de Législation Comparée*, ed. por Bénédicte Fauvarque-Cosson e Denis Mazeaud, Sellier, Munique, 2008, p. 234). As iniciativas de revisão legislativa, como o projeto Catala, de 2006, o projeto Terré, de 2009 e o projeto da *Chancellerie*, tb. de 2009, incluem uma previsão sobre a alteração das circunstâncias, ainda que, no projeto da *Chancellerie* com importantes limitações quanto à intervenção do tribunal na modificação do contrato e, no projeto Catala com um âmbito limitado a certos contratos – uma descrição breve destes projetos pode ser consultada em WALTER DORALT, *Der Wegfall*, p. 778 ss e SORAYA MEEKI/BÉNÉDICTE FAUVARQUE-COSSON, *Panorama. Contract-Responsabilité- Assurance, Recueil Dalloz* 2008, n.º 42, p. 2965 ss. Podem tb. ver-se as observações em sentido favorável a uma adaptação do contrato por alteração das circunstâncias de ELEANOR CASHIN-RITAINE, *Imprévision, Hardship und Störung der Geschäftsgrundlage: pacta sunt servanda und die Wege zur Anpassung des Vertrages im deutsch-französischen Rechtsverkehr, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler* 2001, p. 85 ss.

³ No direito alemão tem sido considerada a hipótese de *a parte não afetada* pedir a modificação judicial do contrato. Esta possibilidade que à primeira vista poderia parecer estranha, justificar-se-ia através do interesse da parte não afetada na fixação, por via judicial, de uma solução quanto ao destino da vinculação contratual e em evitar que a ação de cumprimento por si intentada corresse o risco de fracassar perante a invocação de alteração das circunstâncias pela parte contrária. Segundo vários Autores, o § 313 BGB habilitaria *ambas as partes*, e não apenas a parte lesada, a requerer judicialmente a modificação ou resolução do contrato – assim, cf. DAUNER-LIEB/WOLFGANG DÖTSCH, *Prozessuale*

assim, a de saber se existe alguma ordenação hierárquica entre os meios de reação da parte afetada perante uma «alteração das circunstâncias».

No plano comparado, as soluções são díspares⁴. No direito italiano a parte afetada pode apenas pedir a resolução do contrato, e não a sua modificação⁵, enquanto no direito alemão atual a consequência primária do desaparecimento, ou da falta, da base do negócio é a modificação ou adaptação do contrato, figurando a possibilidade de resolução em termos secundários ou subordinados, de acordo com os critérios do § 313/3⁶. Neste sistema, a parte prejudicada pode requerer

Fragen rund um § 313 BGB, NJW 13/2003, (p. 921 ss), p. 922, VOLKER EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, Beck, Munique, 2005 (6.ª ed.), p. 464, FRANK BAYREUTHER, *Die Durchsetzung des Anspruchs auf Vertragsanpassung beim Wegfall der Geschäftsgrundlage*, Nomos, Baden-Baden, 2004, p. 10, PETER KREBS, anotação ao § 313, *Nomos/Kommentar BGB, Schuldrecht*, vol. 2/1: §§ 241-610, Nomos, Baden Baden, 2012 (2.ª ed.) (cit. NK-BGB/KREBS, § 313), n.m. 83.

⁴ No direito alemão atual, dispõe o § 313/3 BGB que «quando uma adaptação do contrato não seja possível ou surja inexigível para uma das partes, pode a parte prejudicada resolver o contrato», determinando ainda esta norma que «nas obrigações duradouras, em vez do direito de resolução, tem lugar o direito de denúncia» (a tradução é de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da modernização do Direito Civil*, vol. I, *Aspetos Gerais*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 114-115). Já no direito italiano, o artigo 1467.º do *codice civile* concede à parte afetada o direito de resolução do contrato por onerosidade excessiva, estabelecendo que «nos contratos de execução continuada ou periódica ou ainda de execução diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa pelo verificar de ocorrências extraordinárias e imprevisíveis, pode a parte que deva tal prestação pedir a resolução do contrato, com os efeitos estabelecidos no artigo 1458.º (efeitos da resolução)» e determinando ainda, no parágrafo seguinte, que «a parte contra a qual é pedida a resolução pode evitá-la oferecendo modificar equamente as condições do contrato» – seguimos, tb. a tradução de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil português*, vol. II, *Direito das obrigações*, tomo IV, Almedina, Coimbra, 2010, p. 271. Para uma visão geral dos problemas dos efeitos do artigo 1467.º, cf. ANGELO RICCIO, *Eccessiva onerosità*, em *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, org. Francesco Galgano, livro IV, *Obbligazioni*, arts. 1467-1469, Zanichelli Editore, Bolonha, 2010, p. 239 ss.

⁵ Em sentido crítico, cf. FRANCESCO MACARIO, *Eccessiva onerosità, riconduzione ad equità e poteri del giudice*, FI, 1990, p. 565 ss.

⁶ Assim, ROLAND SCHWARZE, *Das Recht der Leistungsstörungen*, De Gruyter, Berlim, 2008, p. 78 ss, G. ROTH, anotação ao § 313 BGB, *Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 2, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, §§ 241-432, red. Wolfgang Krüger, Beck, Munique, 2007, 5.ª ed., (cit., MüKo/ROTH, § 313), CHRISTIAN GRÜNEBERG, anotação ao § 313, em *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, Beck, 2013 (72.ª ed.) (cit. PALANDT/GRÜNEBERG, § 313), n.m. 40, STADLER, anotação ao § 313 BGB, no *Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch*, Beck, 2011, 14.ª ed. (cit. JAUERNIG/STADLER), n.m. 29, MARTIN SCHMIDT-KESSEL/CHRISTIAN BALDUS, *Prozessuale Behandlung des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nach neuem Recht*, NJW 29/2002, (p. 2076 ss), p. 2077, WOLFGANG HAU, *Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2003, p. 249, VOLKER EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, p. 459, MICHAEL STÜRNER, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht. Zur Dogmatik einer privatrechtsimmanenten Bregrenzung von vertraglichen Rechten und Pflichten*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2010, p. 266. Em sentido diverso, aludindo à distribuição

a modificação do contrato ou, se esta não for possível, ou não for exigível, a resolução, de acordo com o disposto nos §§ 346 e ss BGB⁷ ou, tratando-se de um contrato duradouro, a denúncia, com efeitos *ex nunc* (§ 314 BGB). Este entendimento, agora reforçado pela redação do novo § 313/3 BGB, correspondia já à posição dos tribunais alemães antes da LMDO⁸.

Entre nós, Almeida Costa entendeu, a respeito do artigo 437.º, n.º 1, que «o lesado é livre de solicitar a resolução do contrato ou a modificação equitativa das suas cláusulas»⁹. Também Carvalho Fernandes considerou pertencer «a iniciativa da seleção de um destes meios ao contraente lesado, embora o interesse do outro seja também levado em conta»¹⁰. O Autor sublinhou, porém, que «a liberdade de escolha do lesado não pode ser entendida em termos absolutos», ficando limitada nos casos em que a solução por si tida em vista não seja viável (por exemplo, a resolução de um contrato de execução continuada já executado)¹¹.

Num sentido aparentemente mais restritivo, defendeu Vaz Serra que os referidos efeitos não deviam produzir-se «sem mais, à escolha da parte prejudicada ou da outra»¹², mas de acordo com «o que for mais consentâneo com a finalidade do contrato e as outras circunstâncias atendíveis (...) e nos termos das regras estabelecidas no artigo 239.º do Cód. Civil»¹³.

de risco visada pelas partes e ao critério da vontade hipotética, THOMAS FINKENAUER, anotação ao § 313 BGB, *Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 2, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, §§ 241-432, red. Wolfgang Krüger, Beck, Munique, 2012, 6.ª ed. (cit., MÜKO/FINKENAUER, § 313), n.m. 100 ss, NK-BGB/KREBS, § 313, n.m. 78.

⁷ Para uma visão geral das alterações introduzidas no regime geral da resolução pela LMDO, cf. DAGMAR KAISER, *Die Rechtsfolgen der Rücktritts in der Schuldrechtsreform*, JZ 21/2001, p. 1057 ss e, com outros desenvolvimentos, a anotação da Autora ao § 346 em J. von Staudingers *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetz*, Livro 2, *Recht der Schuldverhältnisse*, §§ 346-361, Sellier, De Gruyter, Berlim, 2012 (cit. STAUDINGER/KAISER, § 346).

⁸ Vide, por todos, HELMUT KÖHLER, *Die Lehre von der Geschäftsgrundlage als Lehre von der Risikobefreiung, 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, vol. I, *Bürgerliches Recht*, org. Claus-Wilhelm Canaris e Andreas Heldrich, Beck, Munique, 2000 (p. 295 ss), p. 307. Este Autor, criticando a posição do BGH, propôs a seguinte formulação: «se a execução sem modificações do contrato onerar uma das partes com um risco que não lhe seja contratualmente atribuído, deve esta ser liberada do mesmo, através de uma correspondente correção do contrato. Para o efeito é de tomar em consideração o princípio da proporcionalidade» (*idem*, p. 309).

⁹ M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, Almedina, Coimbra, 2009 (12.ª ed.), pp. 347-348.

¹⁰ CARVALHO FERNANDES, *A teoria da imprevisão no Direito civil português*, Quid Juris, Lisboa, 2001 (reimpressão da obra de 1963, com nota de atualização), p. 294.

¹¹ *Idem*, p. 295.

¹² ADRIANO VAZ SERRA, *Anotação ao Ac. do S.T.J. de 6 de Abril de 1978*, RLJ n.º 3631, 1978, (p. 345 ss), p. 348.

¹³ ADRIANO VAZ SERRA, *Anotação*, p. 348. Estas considerações parecem arredar as dúvidas que o texto anterior do Autor poderia suscitar – cf. *Resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias*, BMJ, 68, 1957, (p. 293 ss), pp. 349-350.

A posição dominante caracteriza-se, porém, pela preferência por uma solução de modificação/adaptação do contrato. Neste sentido pronunciaram-se vários Autores, como Pedro Pais de Vasconcelos¹⁴, Jorge Ribeiro de Faria¹⁵, Manuel Carneiro da Frada¹⁶, Nuno Pinto Oliveira¹⁷, António Menezes Cordeiro¹⁸ e Oliveira Ascensão¹⁹.

Pela nossa parte, nas situações em que tanto a modificação quanto a resolução sejam abstratamente convocáveis, entendemos que o artigo 437.º, n.º 2, só concede à parte não afetada a faculdade de se opor ao pedido de resolução, declarando aceitar a modificação do contrato, se esta solução for concretamente exigível a ambas as partes. A modificação e a liquidação são ambas consequências da inexigibilidade de manutenção do vínculo originário e, ainda que em certos casos se possa intuir que a primeira constitui um meio de correção da «alteração das circunstâncias» mais próximo do contrato originário, esta suposição carecerá de confirmação no caso concreto. Como notou Haarmann, a circunstância de a adaptação conformar, na maioria das situações, uma forma de intervenção mais suave do que a resolução do contrato traduz-se num resultado meramente estatístico²⁰. A determinação do meio de reação adequado e proporcional só pode realizar-se perante o circunstancialismo concreto e aquilo que, *in casu*, seja exigível a cada uma das partes²¹.

¹⁴ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria geral do Direito civil*, Almedina, Coimbra, 2012, (7.ª ed.), p. 325.

¹⁵ JORGE RIBEIRO DE FARIA, *Direito das obrigações*, Almedina, Coimbra, 2001, vol. II (reimp.), p. 350, nota 1.

¹⁶ MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Crise mundial e alteração das circunstâncias: contratos de depósitos vs. contratos de gestão de carteiras*, ROA 2009 (p. 633 ss), p. 691.

¹⁷ NUNO PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 134 e pp. 582 ss. Sobre este aspeto, entendeu PINTO OLIVEIRA que «o devedor lesado só terá o direito potestativo de resolução se a adaptação ou modificação for inadequada ou insuficiente para que a continuação da relação contratual seja justa» (*idem*, p. 134 e 582 ss). O Autor conclui, coerentemente, que o artigo 437.º, n.º 2, é desnecessário (*idem*, p. 587).

¹⁸ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé no direito civil*, Almedina, Coimbra, 2001 (reimp.), p. 1105.

¹⁹ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil. Teoria geral*, vol. III, *Relações e situações jurídicas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p pp. 207-208. Sublinhando que «a solução que a lei prefere é a modificação do contrato», o Autor sublinha, porém, que «a alteração pode ser tal que só com uma mudança radical seja possível manter a relação», situando no limite de uma «modificação substancial» as fronteiras da aludida preferência legal (*idem*, pp. 207-208).

²⁰ WILHELM HAARMANN, *Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Dauerrechtsverhältnissen*, Duncker & Humblot, Berlim, 1979, pp. 83 e 93.

²¹ WILHELM HAARMANN, *Wegfall*, pp. 83 e 84. Também segundo ARISTIDE CHIOTELLIS não haveria razão para afirmar um «primado da adaptação» sobre a liquidação do contrato. O «princípio da proporcionalidade» poderia conduzir a um ou a outro resultado, mas não haveria que ordená-los hierarquicamente *a priori* – *Rechtsfolgenbestimmung bei Geschäftsgrundlagenstörungen in Schuldverträgen*,

II. Prosseguindo na nossa análise, no nosso ordenamento jurídico a modificação e a resolução do contrato em virtude de uma alteração das circunstâncias dependem de um ato, de carácter constitutivo, à semelhança do que sucede no direito alemão atual²². Neste contexto, um aspeto que carece de esclarecimento respeita ao modo (judicial e/ou extrajudicial) como operam a resolução e a modificação do contrato²³.

Beck, Munique, 1981, p. 91 ss. Uma perspetiva que tb. contesta a ideia de uma hierarquia abstrata, mas que se apoia numa fundamentação diversa, foi defendida, em vésperas da entrada em vigor da LMDO, por BERND NAUEN. Segundo este Autor, a prioridade da adaptação não devia aceitar-se, em geral, mas apenas nos casos em que fosse possível extrair do contrato semelhante imposição, devendo, em todo o caso, rejeitar-se que a conformação do conteúdo do contrato pudesse ser subtraída à autonomia privada das partes – BERND NAUEN, *Leistungerschwerung und Zweckvereitelung im Schuldverhältnis. Zur Funktion und Gestalt der Lehre von der Geschäftsgrundlage im BGB und im System des Reformentwurfs der Schuldrechtskommission*, Duncker und Humblot, Berlim, 2001, p. 124 ss. NAUEN considera, porém, que (quase todos) os problemas que a doutrina da base do negócio pretende resolver deveriam ser enquadrados *prima facie* no âmbito da interpretação do negócio jurídico (*idem*, pp.178-179 e p. 359).

²² Perante a norma do § 313 BGB, a doutrina tem entendido que a modificação do contrato depende de uma manifestação de vontade nesse sentido, uma vez que a LMDO optou por uma «construção fundada no exercício de uma pretensão» (*eine Anspruchskonstruktion*) – assim, por exemplo, MARTIN SCHMIDT-KESSEL/CHRISTIAN BALDUS, *Prozessuale*, p. 2076, HELMUT HEINRICHS, *Vertragsanpassung bei Störung der Geschäftsgrundlage. Eine Skizze der Anspruchslösung des 313 BGB, FS für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag*, org. Stephan Lorenz, Alexander Trunk, Horst Eindenmüller, Christiane Wenderhorst, Johannes Adolff, Beck, Munique, 2005, (p. 183 ss), p. 191, STEFAN GRUNDMANN, *Vertragsnetz und Wegfall der Geschäftsgrundlage, FS für Harm Peter Westermann zum 70. Geburtstag*, org. Lutz Aderhold, Barbara Grunewald, Dietgard Klingberg, Walter G. Paefgen, Otto Schmidt, Colónia, 2008, (p. 227 ss), p. 236, NK-BGB/KREBS, § 313, n.m. 81, MATTHIAS ECKELT, *Vertragsanpassungsrecht. Vertragliche Vereinbarungen zur Erleichterung einer Vertragsänderung*, Duncker & Humblot, Berlim, 2008, p. 67, KARL RIESENHUBER, *Vertragsanpassung wegen Geschäftsgrundlagenstörung – Dogmatik, Gestaltung und Vergleich*, BB 50/2004, (p. 2697 ss), p. 2698 (aludindo, com aplauso, a uma «despedida da teoria *ipso iure*»), EBERHARD WIESE, *Der Anspruch auf Vertragsanpassung wegen Störung der Geschäftsgrundlage*, JZ 13/2004, p. 654 ss. No direito pretérito, a jurisprudência admitiu uma solução diversa, segundo a qual o contrato modificar-se-ia *ipso iure* – assim, com outras indicações, HELMUT KÖHLER, *Die Lehre*, p. 307 ss. Esta perspetiva do BGH suscitou, porém, várias reações críticas, sobretudo porque a mesma não era adotada no que respeitava à resolução – para uma visão geral do problema, *vide*, por todos WILHELM HAARMANN, *Wegfall*, p. 103 ss (sendo a opinião do Autor no sentido da manifestação de vontade, *idem*, p. 108).

²³ As considerações que se seguem no texto têm em conta um cenário em que a parte afetada pretende reagir diretamente, extrajudicialmente ou em juízo (em via de ação), à alteração das circunstâncias. Não fica, porém, excluída a possibilidade de a parte afetada pela alteração das circunstâncias, quando seja devedora da prestação devedora emergente do contrato, invocar um dos mecanismos subjacentes ao artigo 437.º, n.º 1, como estratégia de defesa numa ação intentada pelo credor. No direito alemão, aludindo à possibilidade de o devedor invocar os factos que preenchem a norma do § 313 BGB em via de exceção (*Einrede*), cf. MARTIN SCHMIDT-KESSEL/CHRISTIAN BALDUS, *Prozessuale*, p. 2077 e HELMUT HEINRICHS, *Vertragsanpassung*, p. 201.

Alguma doutrina nacional tem entendido que a resolução deve ser feita judicialmente²⁴, alicerçando esta exigência no facto de a proposta de Vaz Serra quanto à previsão expressa da resolução extrajudicial não ter vingado e ainda, na circunstância de a norma do artigo 436.º, n.º 1, não se encontrar abrangida pela remissão do artigo 439.º. Tal necessidade foi também já reconhecida pela jurisprudência²⁵.

Em sentido contrário, pronunciou-se Luís Menezes Leitão, considerando ser possível a resolução extrajudicial²⁶, na esteira do que propusera Vaz Serra²⁷.

Segundo Galvão Telles, nos casos em que não fosse possível uma transação (artigo 1248.º)²⁸, estando em causa uma modificação, tornar-se-ia «imprescindível o recurso à via judicial, porque a modificação faz-se segundo juízos de equidade, e é ao tribunal que compete formular e aplicar esses juízos»²⁹. A resolução do contrato, poderia, porém, ser realizada extrajudicialmente³⁰.

O panorama comparatístico oferece também soluções diferenciadas. No direito alemão atual, as pretensões associadas à perturbação da base do negócio podem ser exercidas extrajudicialmente³¹, enquanto no direito italiano se entende que à parte afetada pela superveniência contratual assiste um ónus de agir em juízo, tendo em vista a resolução do contrato por onerosidade excessiva, revestindo, assim, a resolução o carácter de um «direito potestativo judicial»³².

Retomando o problema no nosso direito, quanto a nós, se não existir acordo quanto ao teor da modificação, a mesma não pode operar extrajudicialmente. À parte afetada não assiste um crédito ao contrato modificado, nem um direito potestativo de modificar extrajudicialmente o contrato. A alteração contratual

²⁴ Vide, por exemplo, CARVALHO FERNANDES, *Teoria da imprevisão*, p. 296, ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, pp. 347-348. Parece ser tb. esse o entendimento subjacente à anotação de PIRES DE LIMA/ ANTUNES VARELA, *Código civil anotado*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 1987, pp. 414-415.

²⁵ Cf. o Ac. do S.T.J. de 10 de Dezembro de 1996 (relator FERNANDES MAGALHÃES).

²⁶ MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, II, Almedina, Coimbra, 2011, (8.ª ed.), pp. 143-144.

²⁷ VAZ SERRA, *Resolução*, p. 368 ss e pp. 381-382 e, do mesmo Autor, *Anotação*, p. 348.

²⁸ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos contratos em geral*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 346, nota 315.

²⁹ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos contratos*, p. 346, nota 315.

³⁰ *Idem*, p. 345, nota 314.

³¹ MÜKO/ROTH, § 313, n.m. 2. No direito pretérito, negando a possibilidade de a parte afetada resolver (extrajudicialmente) o contrato e considerando que as soluções extrajudiciais dependem do acordo entre as partes, WILHELM HAARMANN, *Wegfall*, pp. 110-111.

³² C. MASSIMO BIANCA, *Diritto Civile*, 5, *La responsabilità*, Giuffrè, Milão, 1997, p. 398. Referindo um ónus de agir em juízo, tendo em vista a resolução do contrato por onerosidade excessiva, VINCENZO ROPPO, *Il Contratto*, em *Trattato di Diritto Privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti*, Giuffrè, Milão, 2001, p. 1027, RODOLFO SACCO/GIORGIO DE NOVA, *Il Contratto*, tomo 2, UTET, Turim, 2004, 3.ª ed., p. 718 ss. Igualmente no sentido do carácter judicial, ANGELO RICCIO, *Eccessiva onerosità*, pp. 240 e 288 ss.

só se concretiza com um novo acordo ou com a sentença judicial, proferida à luz de juízos de equidade³³. Não estando em causa direitos indisponíveis, cabe às partes decidir se pretendem evitar a intervenção do tribunal, mediante um acordo com alcance modificativo do contrato, ou se deve o litígio ser submetido a uma decisão equa.

Quanto à resolução do contrato, quando esta se baseia em incumprimento, a regra geral é a de que a mesma pode ser feita extrajudicialmente (cf. artigo 436.º, n.º 1)³⁴, o mesmo valendo quanto à alteração das circunstâncias, por força do disposto no artigo 439.º³⁵. O sistema português é de base extrajudicial, não se vendo motivo para afastar este modelo em relação à alteração das circunstâncias, tanto mais perante o teor literal remissivo da norma do artigo 439.º.

A solução que propomos não padece de qualquer inconsistência, uma vez que a hipótese resolutiva é substancialmente diferente da modificação do contrato. Naquela, a valoração do tribunal traduzir-se-á (apenas) na verificação dos pressupostos do artigo 437.º, n.º 1, e na exigibilidade concreta da resolução. Além disso, a produção de efeitos deverá fixar-se desde a data em que a resolução foi «exercida extrajudicialmente» pela parte afetada³⁶.

III. A afirmação precedente introduz já um outro problema, correspondente ao momento da produção de efeitos. Pergunta-se se estes devem verificar-se no momento em que o pedido de modificação ou de resolução é realizado (ou em que a sentença é decretada) ou se, pelo contrário, devem retroagir à ocasião em que ocorreu a alteração das circunstâncias³⁷.

Na generalidade das situações, será adequado que tais efeitos ocorram a partir do momento em que a modificação ou a resolução é pedida (ou concedida), e

³³ No mesmo sentido, no direito alemão HELMUT HEINRICHS, *Vertragsanpassung*, p. 195.

³⁴ Cf., por todos, J.C. BRANDÃO PROENÇA, *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra, 2011, pp. 293-294.

³⁵ Em sentido diverso, alguma doutrina tem realçado tratar-se de um «caso singular» de resolução, desde logo porque não se baseia na violação de deveres contratuais e, depois, porque não assenta numa lógica de «tudo ou nada», como a resolução fundada em incumprimento (integral) da prestação contratualmente devida, podendo a contraparte requerer a modificação do contrato «resolvido» pela parte afetada pela alteração das circunstâncias – cf. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, vol. II, reimpressão (da 7.ª ed.), Almedina, Coimbra, 2001, pp. 282-283.

³⁶ Contudo, a suscetibilidade de «confirmação retroativa» da resolução extrajudicial está sujeita a uma «condição negativa» adicional, traduzida na não oposição pela parte não afetada, a quem é concedida a faculdade prevista no artigo 437.º, n.º 2.

³⁷ O problema referido no texto não se confunde, porém, com a questão da aferição dos requisitos da alteração das circunstâncias, relativamente à qual é de ter em conta o disposto no artigo 663.º, n.º 1 CPC.

não a partir do momento da verificação da «alteração das circunstâncias»³⁸, em conformidade com as soluções defendidas noutros ordenamentos jurídicos, como o alemão³⁹ ou o italiano⁴⁰, e ainda em harmonia com as posições preconizadas na doutrina portuguesa por Oliveira Ascensão⁴¹ e Carvalho Fernandes⁴² e por alguma jurisprudência⁴³.

Este entendimento parece-nos defensável com base em dois argumentos. Por um lado, seria injusto permitir que o contraente afetado pudesse invocar a alteração das circunstâncias quando lhe conviesse, de acordo com os seus interesses, beneficiando da retroatividade dos respetivos efeitos. A contraparte achar-se-ia confrontada com uma correção retroativa do contrato, em prejuízo da estabilidade contratual e de investimentos e despesas que pudesse ter realizado, confiando em certo cenário contratual, e sem que lhe tivesse sido dada oportunidade de mitigar os prejuízos resultantes das correções impostas pelo artigo 437.^o⁴⁴. Por outro lado,

³⁸ No direito pretérito, aludindo aos efeitos *ex nunc*, como regra, WILHELM HAARMANN, *Wegfall*, p. 101 ss. Sobre o problema no âmbito de relações obrigacionais duradouras (tb. antes da LMDO), e com alguns desvios à conceção segundo a qual a modificação do contrato só produz efeitos para o futuro, cf. HELMUT KÖHLER, *Rückwirkende, Vertragsanpassung bei Dauerschuldverhältnissen?*, FS für Ernst Steindorf zum 70. Geburtstag, org. Jürgen F. Baur [et al], Walter de Gruyter, Berlim, Nova Iorque, 1990, p. 611 ss, em particular p. 620 ss).

³⁹ Cf., por exemplo, quanto à modificação, STAUDINGER/KAISER, § 346 n.m. 4 e 69 e MÜKo/FINKENAUER, § 313, n.m. 96 e 97, com referências jurisprudenciais. No direito pretérito, considerando, no direito alemão pretérito, que os efeitos do desaparecimento da base do negócio se produzem em regra *ex nunc*, WILHELM HAARMANN, *Wegfall*, pp. 101-102. Em sentido diverso, numa perspetiva económica e em relação ao contratos de longa duração, JOACHIM JICKELI, *Der langfristige Vertrag. Eine rechtswissenschaftliche Untersuchung auf institutionen-ökonomischer Grundlage*, Nomos, Baden-Baden, 1996, p. 278 ss. O Autor considera que uma invocação posterior à verificação do evento pode apenas constituir um indício de que, afinal, o cumprimento não era inexigível (*idem*, p. 279).

⁴⁰ Cf., por exemplo, PIETRO TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Giuffrè, Milão, 2010, p. 236.

⁴¹ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Onerosidade excessiva por «alteração das circunstâncias»*, ROA, ano 65, 2005, (p. 625 ss), p. 642. Cf. tb., do mesmo Autor, *Direito civil*, p. 205. A solução mais correta seria a do afastamento da retroatividade: as consequências da alteração das circunstâncias, *maxime* a resolução do contrato, produziriam efeitos para o futuro. Por um lado, seria esta a solução mais justa para a contraparte. Por outro lado, o contraente lesado não seria prejudicado, uma vez que poderia sempre ter pedido a resolução ou a modificação do contrato por alteração das circunstâncias a partir do momento em que esta se verificou. Esta solução só será de afastar, na tese do Autor, se a produção de efeitos para o futuro fizer com que o contrato perca o seu sentido: nestas hipóteses, poderá haver retroatividade, por analogia com o disposto no artigo 434.^o n.^o 2.

⁴² CARVALHO FERNANDES, *Teoria da imprevisão*, p. 297.

⁴³ Cf. o Ac. do S.T.J. de 16 de Maio de 2002 (relator FERREIRA DE ALMEIDA), aludindo aos efeitos *ex nunc* da declaração modificativa ou resolutiva.

⁴⁴ Cf., em sentido análogo, a argumentação de CARVALHO FERNANDES, *Teoria da imprevisão*, p. 297.

procurar contornar este problema através da imposição de um prazo de invocação da alteração das circunstâncias pode não ser melhor solução, comprimindo a liberdade de atuação do contraente lesado que, apesar da superveniência contratual, pode pretender realizar esforços no sentido da manutenção do contrato originário. Além de que a lei não fixa uma tal cominação, não seria certamente fácil, sem correr o risco de aumentar a insegurança na aplicação do instituto, determinar um semelhante prazo num instituto cuja concretização é comandada pela boa fé.

Diga-se ainda que esta orientação encontra apoio legal expresso, no cenário da resolução, nas normas do artigo 434.º, n.º 1 *in fine* (que alude, para afastar a retroatividade, à «finalidade da resolução») e, ainda, perante a regra do artigo 434.º, n.º 2 (relativa aos «contratos de execução continuada ou periódica»)⁴⁵. Na hipótese da alteração das circunstâncias, a resolução visa neutralizar os efeitos de uma superveniência contratual que distorceu o sentido da execução do contrato pelo que, logo ao abrigo da ressalva fixada pela parte final do artigo 434.º, n.º 1, será possível salvaguardar os atos de cumprimento já verificados até ao momento em que a alteração das circunstâncias se torna eficaz. Além disso, considerando o papel meramente «certificativo» do tribunal nos casos de resolução fundada (comprovadamente fundada) em alteração das circunstâncias, os efeitos resolutivos produzir-se-ão a partir do momento da declaração resolutiva extrajudicial (cf. artigo 224.º).

Porém, dada a natureza deste instituto e considerando ainda as especificidades das situações de modificação do contrato, o resultado final dependerá de um julgamento equitativo, podendo admitir-se, em certas situações, desvios ao quadro geral acabado de enunciar⁴⁶. Saber se a equidade exige que os efeitos se reportem à data da verificação da alteração das circunstâncias é, porém, uma pergunta que só pode ser respondida perante os dados do caso concreto, não parecendo possível fixar parâmetros decisórios a este respeito.

IV. No nosso sistema, à semelhança do que sucede no direito italiano, a resolução do contrato por alteração das circunstâncias rege-se pelas regras relativas à resolução por incumprimento (cf. artigo 439.º). Já dissemos que, quanto a nós, em princípio, a resolução não produz os seus efeitos a partir da verificação da alteração das circunstâncias, mas a partir da sua legítima invocação. Falta agora esclarecer as regras restitutórias aplicáveis.

Resolvido o contrato, deve ser restituído o que tiver sido recebido até ao momento em que a resolução opera. Se esta restituição (em espécie) não for possível,

⁴⁵ Sobre estes aspetos do regime jurídico da resolução, cf. JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A resolução do contrato no direito civil. Do enquadramento e do regime*, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, p. 177 ss.

⁴⁶ No mesmo sentido, no direito alemão, MÜKO/FINKENAUER, § 313, n.m. 98.

determina o artigo 289.º, n.º 1 (que é aplicável à resolução do contrato por alteração das circunstâncias em virtude do disposto nos artigos 439.º e 433.º), que a parte resolvente entregue à contraparte o «valor correspondente». Ora, noutro estudo, já defendemos que, em relação à resolução do contrato por incumprimento, o ponto de partida é o de que «estando contratualmente fixado o valor da contraprestação, deverá este constituir o ponto de referência do cálculo do valor da prestação restitutória, na medida em que o mesmo continue a refletir a equivalência subjetiva entre prestações convencionada pelas partes»⁴⁷. Cabe agora perguntar se esta conclusão deve manter-se em relação à resolução do contrato por alteração das circunstâncias.

Em certas situações, é de antever que a própria alteração das circunstâncias distorça a equivalência subjetiva entre prestação e contraprestação. No exemplo de Paulo Mota Pinto – que invocamos, ainda que ressaltando o problema da aplicação do artigo 437.º, n.º 1, aos contratos já executados –, «se A vende a B por 1 000 000 uma peça arqueológica para expor no seu museu, a qual, por razões imprevistas e antes da exposição, se vem a desvalorizar para 100, por serem entretanto descobertas outras iguais, e pouco depois de B resolver o contrato, a peça é destruída num incêndio, a resolução perderia sentido útil se B devesse restituir a A o valor de 1 000 000». Nestas hipóteses, parece-nos difícil atender ao critério do valor da contraprestação, parecendo preferível, de acordo com a orientação preconizada por Paulo Mota Pinto, que a restituição seja guiada por um critério objetivo⁴⁸. Mas a preterição do critério da contraprestação em favor desta bitola objetiva só pode ser confirmada casuisticamente, ficando limitada a situações em que a própria equivalência é perturbada.

V. A nossa lei prevê expressamente que a parte contra quem é requerida a resolução possa propor a modificação do contrato (cf. artigo 437.º, n.º 2)⁴⁹. Tratando-se de um caso de exercício judicial, a parte não afetada, enquanto ré, pode pretender rejeitar os efeitos da resolução do contrato, através de um pedido de modificação do mesmo⁵⁰.

⁴⁷ Vide o nosso *A prestação restitutória em valor na resolução do contrato por incumprimento*, em *Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles*, Almedina, Coimbra, 2012, (p. 703 ss), p. 709.

⁴⁸ PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, nota 2790, p. 998.

⁴⁹ Em sentido crítico da faculdade prevista no citado artigo, cf. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, II, p. 143, nota 296.

⁵⁰ Em Itália, tem sido bastante discutido o meio processual adequado ao exercício deste direito. As opiniões variam entre as teses que aludem a uma exceção, as que salientam a exigência de dedução de um pedido reconvenicional, de uma intervenção destinada a suscitar a apreciação jurisdicional da idoneidade das novas condições propostas, de uma ação de sentido contrário (*controdomanda*) de uma «condição resolutiva do procedimento resolutório» ou uma situação

Oliveira Ascensão, partindo de um cenário diferente do que descrevemos nas páginas anteriores, admitiu a possibilidade de a parte não afetada pedir a resolução⁵¹. O argumento do Autor atende à autonomia privada das partes: a ninguém pode ser imposto um contrato fora daquilo que aceitou. Em sentido contrário, pronunciaram-se Galvão Telles⁵² e Carvalho Fernandes⁵³.

Na nossa construção, não faz sentido aludir a um direito da parte não afetada a exigir a resolução do contrato, tendo a modificação do mesmo sido acordada entre as partes ou decretada pelo tribunal. O que importa saber é se a modificação é, ou não, exigível, devendo este juízo abranger não só a posição da parte afetada pela alteração das circunstâncias como, também, a posição da parte não afetada⁵⁴. Se estiverem verificados os requisitos do artigo 437.º, n.º 1, e daqui resultar a necessidade de modificação do contrato, de modo a eliminar as distorções causadas pela superveniência contratual, será a autonomia privada das partes ou a equidade, aplicada por um terceiro imparcial (o tribunal), que constituem a garantia do contraente no sentido de que a modificação não constituirá uma solução injusta⁵⁵. Este aspeto ficará mais claro no ponto seguinte, quando examinarmos os termos da intervenção do tribunal.

3. A modificação do contrato pelo juiz e a suscetibilidade de conhecimento oficioso da alteração das circunstâncias

I. Assente na cláusula geral da boa fé e postulando a consideração da concreta relação obrigacional, o instituto da alteração das circunstâncias nunca

sui generis, distinta da pura exceção ou da reconvenção processual – cf. LAURA MARES, *L'offerta di riduzione ad equità nel contratto eccessivamente oneroso*, NGCC 1996, II (p. 53 ss), p. 58. CARLO TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità*, p. 182 ss. Entre nós, uma pista útil para a discussão do problema pode retirar-se da similitude (ainda que meramente parcial) entre este problema e a questão do enquadramento processual da compensação de créditos – para uma visão geral recente desta última questão, cf. J. P. REMÉDIO MARQUES, *Ação declarativa à luz do código revisto*, Coimbra editora, Coimbra, 2011 (3.ª ed.) p. 480 ss.

⁵¹ *Onerosidade excessiva*, p. 640 e, do mesmo Autor, *Direito civil. Teoria geral*, vol. III, pp. 203-204.

⁵² GALVÃO TELLES, *Manual dos contratos*, p. 346, nota 316.

⁵³ CARVALHO FERNANDES, *Teoria da imprevisão*, p. 299.

⁵⁴ Em sentido próximo, no direito alemão, vide VOLKER EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, p. 465.

⁵⁵ Mesmo fora deste quadro, seria duvidoso que houvesse razão para impor uma solução *praeter legem*, concedendo ao contraente não afetado o direito de se desvincular, pura e simplesmente porque não é essa a sua vontade. A resolução será uma via de superação do desequilíbrio gerado pela alteração das circunstâncias apenas dentro dos limites normativos do artigo 437.º, n.º 1, *maxime* se a modificação não se revelar equitativa. No caso em apreço, a lei não prevê um «direito de saída» do outro contraente, ao contrário do que sucede, por exemplo, no artigo 1215.º, n.º 2.

dispensará uma mediação concretizadora por parte do juiz, nas situações em que a intervenção do tribunal tenha sido solicitada⁵⁶. A remissão para a equidade operada pela norma do artigo 437.º, n.º 1, denotando a prevalência da influência italiana sobre a proposta de Vaz Serra⁵⁷, e afastando-se da atual redação do § 313 BGB⁵⁸, significa, segundo Menezes Cordeiro, a consideração das circunstâncias do caso concreto, entre as quais, em particular, a «vontade das partes» e a «eficácia concreta da alteração»⁵⁹.

A equidade não deriva de formulações aritméticas⁶⁰ e pode exigir uma repartição dos riscos contratuais distinta de uma pura igualdade formal de perdas⁶¹. A modificação em apreço não equivale a restabelecer a relação entre o valor da prestação e o valor da contraprestação à data do contrato⁶² e, por isso, não deve ficar excluída a possibilidade de um dos contraentes ser «onerado» em maior medida com o resultado da aplicação do artigo 437.º, desde que a tanto conduzam os critérios de justiça que presidem a este preceito⁶³. Sendo

⁵⁶ Nos casos de modificação extrajudicial, as partes estão vinculadas a agir de acordo com a boa fé (arts. 762.º e 334.º), não parecendo fazer sentido a alusão à equidade. De onde resulta que o artigo 437.º não fornece *todos* os critérios que presidem à conformação dos efeitos da alteração das circunstâncias.

⁵⁷ A proposta de VAZ SERRA a este respeito correspondia à inclusão de um preceito onde se estabelecia que «a modificação do contrato só é admissível quando for conforme com a presumível intenção das partes ou com a boa fé» – *Resolução*, p. 380. Sobre este aspeto, cf. as observações de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé*, p. 1105. Ainda segundo este Autor, «a inclusão, num mesmo preceito, de referências à equidade e boa fé, não foi conseguida» e «na contradição aparente entre boa fé e equidade, colocada lado a lado, prevalece, sem dúvida a primeira» (*idem*, p. 1108).

⁵⁸ No direito alemão prevalece o critério da exigibilidade – *vide*, por exemplo, HANNES UNBERATH, anotação ao § 313 BGB, em *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. I, org. Heinz Georg Bamberger, Herberth Roth, Beck, 2012, 3.ª ed. (cit. BAMBERGER/ ROTH/ UNBERATH, § 313), n.m. 88 e PALANDT/GRÜNEBERG, § 313, n.m. 40. Para uma visão geral acerca dos problemas suscitados pelos critérios de adaptação judicial do contrato à luz do § 313 BGB pode ver-se FRANK BEYREUTH, *Die Durchsetzung*, p. 14 ss, NK-BGB/KREBS, § 313, n.m. 79.

⁵⁹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, II, IV, p. 332. Em sentido análogo, LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, II, p. 144. Aludindo à «natureza das coisas», PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria*, pp. 323 ss.

⁶⁰ Distinguindo entre um cenário em que as possibilidades decisórias correspondem a diferentes graus (por ex. decisão entre liquidação ou modificação do contrato) e os casos em que as mesmas correspondem a um único grau (por ex. aumento do preço de 30 ou em 40%), WILHELM HAARMANN, *Wegfall*, p. 90 ss. Neste último caso, a solução dependeria da repartição contratual do risco, havendo que fixar o limite do sacrifício de cada uma das partes, para então alcançar uma solução adequada e proporcional (*idem*, p. 99).

⁶¹ VAZ SERRA, *Resolução*, p. 351. Em sentido análogo, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria*, p. 325.

⁶² VAZ SERRA, *Resolução*, p. 352.

⁶³ Segundo ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, nos casos especiais em que as modificações sejam radicais e os modelos de decisão não indiquem uma diversa repartição de prejuízos, é de admitir

o contrato *ab initio* desequilibrado, não caberá ao juiz impor uma igualdade material entre as posições económicas dos contraentes⁶⁴. A referência à equidade não equivale a pôr em causa o «princípio da intangibilidade judicial da regra negocial»⁶⁵. Aliás, a alteração reclamada pelo ordenamento jurídico depende do caso concreto, podendo traduzir-se em resultados diversos, desde a modificação do dever primário de prestar até à imposição de pretensões de carácter secundário, nomeadamente de natureza ressarcitória⁶⁶, diversidade que resulta não só da flexibilidade do instituto em apreço, como da heterogeneidade de casos que podem ser subsumidos à respetiva previsão⁶⁷.

II. O progressivo controlo judicial do conteúdo dos contratos tem sido notado como uma tendência dos nossos tempos⁶⁸. Esta inclinação suscita desafios acrescidos quanto à necessária preservação da autonomia privada das partes (cf. artigo 405.º), que constitui o fundamento último da regulação das relações jurídicas privadas⁶⁹. Semelhante reflexão está, de certo modo, na origem das ponderações de alguma doutrina italiana, segundo a qual a intervenção do juiz

uma distribuição igualitária dos danos pelos intervenientes – ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, II, IV, p. 336 e, já anteriormente, *Da alteração das circunstâncias. A concretização do artigo 437.º do Código Civil à luz da jurisprudência posterior a 1974*, separata dos *Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha*, AAFDL, Lisboa, 1987, p. 82. Referindo a procura de uma «igualdade equitativa», e não formal, CARNEIRO DA FRADA, *Crise mundial*, p. 693. *Vide tb.* CARVALHO FERNANDES, *Teoria da imprevisão*, p. 302. Segundo este Autor, «a função da equidade é (...) a de assegurar apenas uma repartição justa das *consequências excessivas* – segundo a boa fé –, decorrentes da alteração das circunstâncias» (*idem*, p. 303).

⁶⁴ No direito italiano, vários Autores aludem à necessidade de preservar o equilíbrio originário. Assim, C. MASSIMO BIANCA, *Diritto Civile*, p. 399, ANGELO RICCIO, *Eccessiva onerosità*, p. 274 (embora referindo este aspeto conjugadamente como o valor de mercado da prestação, para concluir que o juiz deve verificar se a modificação oferecida «reconstitui a justa relação de troca programada pelas partes», *idem*, p. 280). No direito alemão, sublinhou EMMERICH que a adaptação nos termos do § 313 BGB deve ser exigível a ambas as partes e deve orientar-se pelo sentido e pelo fim do contrato em causa e pela distribuição contratual do risco (*Das Recht der Leistungsstörungen*, p. 460). Na análise económica do direito, algumas construções propõem a atribuição ao juiz da função de reconstrução do modelo de atribuição do risco contratual, tendo por base o modelo económico do contrato, HANS-BERND SCHÄFER/CLAUS OTT, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, Springer, Viena, Nova Iorque, 2005, 4.ª ed., p. 436 ss.

⁶⁵ CARLO TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, Giuffrè, Milão, p. 187.

⁶⁶ Sobre a distinção entre pretensão primária e pretensão secundária, HANNES UNBERATH, *Die Vertragsverletzung*, p. 204 ss.

⁶⁷ Cf. BAMBERGER/ROTH/UNBERATH, § 313, n.m. 89, NK-BGB/KREBS, § 313, n.m. 80.

⁶⁸ Cf., por exemplo, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de proteção*, Coimbra, 1994, p. 21.

⁶⁹ Cf. FRANZ BYDLINSKI, *System und Prinzipien des Privatrechts*, Springer, Viena, Nova Iorque, 1996, p. 147 ss.

com base no artigo 1467.º do *codice* (onerosidade excessiva) traduzir-se-ia numa (mera) função de controlo e não numa intervenção integrativa do conteúdo do negócio jurídico⁷⁰. Segundo Marasco, seria de rejeitar uma solução que permitisse ao juiz substituir-se à parte na gestão dos seus próprios interesses e na assunção das decisões daí decorrentes⁷¹. Também Sicchiero realça que a função do juiz é, apenas de «valoração da conformidade ou da desconformidade» de uma solução, não sendo de admitir a intervenção judicial no contrato se não existir uma norma que expressamente o permita, nem uma cláusula de renegociação acordada pelas partes⁷². No direito alemão é também o receio de uma «engenharia social» de base judicial que, volvidas várias décadas sobre as apreensões de Hedemann quanto ao uso de cláusulas gerais⁷³, continua a motivar plúrimas construções dogmáticas sobre a delimitação dos pressupostos das perturbações da base do negócio⁷⁴.

Com efeito, também no nosso ordenamento jurídico os limites à modificação do contrato pelo tribunal devem atender ao (s) pedido (s) judicialmente formulado (s). Perante o concreto figurino dos factos assentes e dos factos controvertidos, o juiz deverá dirimir o litígio, modificando o contrato de acordo com a equidade, mas tendo por horizonte o pedido (cf. artigo 264.º, n.º 1 CPC). Um outro parâmetro

⁷⁰ Cf. MASSIMO BIANCA, *Diritto Civile*, p. 400, ANGELO DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità*, p. 134 e LAURA MARES, *L'offerta*, p. 65 ss. A necessidade de contenção dos poderes do tribunal é ainda visível, na literatura italiana, na discussão acerca das características da proposta de redução segundo a equidade, bem como das dúvidas sobre o respetivo carácter genérico (*vide*, por exemplo, LAURA MARES, *L'offerta di riduzione*, p. 63 ss). Apesar de o ponto originar dúvidas, segundo uma posição bastante divulgada, a modificação do contrato teria origem num pedido ou numa proposta de uma das partes (da parte não afetada) e reverteria, nessa medida, um carácter extraprocessual – sobre este aspeto, cf. GIOVANNI ACCARDO, *L'istituto della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione nei più recenti orientamenti giurisprudenziali*, NGCC, 1996, parte II, (p. 1 ss), p. 34 ss e, já anteriormente, ENRICO REDENTI, *L'offerta di riduzione ad equità*, RTDPC, 1947, p. 576 ss. Aludindo a uma natureza primacialmente negocial, mas admitindo uma modificação desta natureza, em caso de não aceitação da proposta por parte do declaratório, LAURA MARES, *L'offerta di riduzione*, p. 56 ss. Segundo BIANCA, a redução do negócio segundo a equidade corresponderia a um «negócio unilateral recetício» – C. MASSIMO BIANCA, *Diritto Civile*, p. 399.

⁷¹ GERARDO MARASCO, *La ringioziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, Cedam, Pádua, 2006, pp. 196-197.

⁷² GIANLUCA SICCHIERO, *La ringioziazione, Contratto e impresa*, 2002, (p. 774 ss), pp. 806 e 809.

⁷³ JUSTUS WILHELM HEDEMAN, *Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat*, Mohr Siebeck, Tubinga, 1933, em particular p. 53 ss.

⁷⁴ Cf., RUDOLF MEYER-PRITZL, § 313-314. *Störung der Geschäftsgrundlage. Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund*, em *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Schuldrecht: Allgemeiner Teil*, §§ 241-432, 2.º tomo, §§ 305-432, org. Mathias Schmoeckel, Joachim Rückert, Reinhard Zimmermann, Mohr Siebeck, Tubinga, 2007, p. 1708 ss (cit. HKK/MEYER-PRITZL, § 313-314), n.m. 73.

de enquadramento da decisão judicial poderá corresponder, na sugestão de Meyer-Pritzl, à distribuição legal do risco em causa⁷⁵.

Se, à luz da equidade, não for possível uma modificação do contrato, o juiz deve absolver o réu do pedido, mas não pode determinar a resolução de um contrato *ultra petítum* (cf. arts. 661.º e 668.º, n.º 1 e) CPC). Não sendo possível a modificação, e não havendo consenso entre as partes, ao contraente afetado pela alteração das circunstâncias resta a opção entre a manutenção do vínculo originário e a resolução judicial do contrato, desde que, considerando os limites do caso julgado (cf. artigo 677.º CPC), esta faculdade não fique precludida.

Do mesmo modo, e pelos mesmos motivos que temos vindo a explanar, parece-nos de seguir a posição expressa por Pires de Lima e Antunes Varela⁷⁶ e por Carvalho Fernandes⁷⁷, no sentido da negação da possibilidade de o juiz decretar oficiosamente a modificação do contrato, quando tenha sido pedida em juízo por uma das partes a resolução e a outra a tenha recusado, sem exercer a faculdade prevista no artigo 437.º, n.º 2.

III. Até este momento, ocupámo-nos de situações em que uma das partes invoca uma alteração das circunstâncias, tendo em vista a modificação ou a resolução do contrato. Aqui chegados, importa agora indagar sobre a possibilidade de o tribunal conhecer oficiosamente a alteração das circunstâncias, não sendo esta alegada em juízo por qualquer das partes.

Oliveira Ascensão admite o conhecimento oficioso pelo tribunal se estiverem em causa alterações meramente quantitativas e em termos semelhantes ao que se verifica em relação à redução do negócio jurídico inválido (cf. artigo 292.º)⁷⁸.

Nuno Pinto Oliveira distinguiu entre casos de alteração das circunstâncias em que haja também abuso do direito e casos de mera alteração das circunstâncias (sem abuso) para, com base nesta distinção, limitar a possibilidade de conhecimento oficioso às primeiras hipóteses⁷⁹, em consonância com a posição dominante na

⁷⁵ HKK/MEYER-PRITZL, § 313-314, n.m. 73.

⁷⁶ PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código civil anotado*, I, p. 414.

⁷⁷ CARVALHO FERNANDES, *Teoria da imprevisão*, p. 300.

⁷⁸ *Onerosidade excessiva*, pp. 643-644.

⁷⁹ NUNO PINTO OLIVEIRA, *Cláusulas acessórias ao contrato. Cláusulas de exclusão e de limitação do dever de indemnizar e cláusulas penais*, Almedina, Coimbra, 2008, (3.ª ed.) p. 164 ss, em particular p. 168. Esta conclusão parece ser mantida pelo Autor na sua obra posterior, ao afirmar que «como a atuação ou exercício do direito de crédito depois da alteração (anormal) das circunstâncias, é sempre ou quase sempre, um *abuso do direito*, a admissibilidade da adaptação *oficiosa* do contrato é um corolário da admissibilidade do conhecimento *oficioso* do abuso do direito, consensual ou quase consensualmente aceite na doutrina e na jurisprudência» – *Princípios*, p. 587.

nossa doutrina segundo a qual o abuso do direito, enquanto concretização da boa fé, é de conhecimento officioso⁸⁰.

No direito alemão posterior à LMDO, é entendimento comum que o desaparecimento da base do negócio não é de conhecimento officioso⁸¹, idêntica solução prevalecendo em Itália em relação à onerosidade excessiva⁸².

Pela nossa parte, independentemente da ligação do instituto à boa fé, e da intensidade desta ligação⁸³, não nos parece que existam razões suficientes para permitir, como regra geral, o respetivo conhecimento officioso. No plano substantivo, não havendo motivos para restrições, deve prevalecer a autonomia privada das partes (cf. artigo 405.º), reconhecendo-se ao contraente onerado com a alteração das circunstâncias a possibilidade de cumprir pontualmente o contrato, apesar dos prejuízos associados. A pluralidade de relações contratuais entre um mesmo credor e devedor, por exemplo, pode justificar um tal sacrifício, não se vendo motivos para que o tribunal possa decretar uma solução diversa, desde que não entrem em jogo outro tipo de considerações valorativas. A regra processual civil a este respeito é também clara: «o tribunal não pode resolver o conflito de interesses que a ação pressupõe sem que a resolução lhe seja pedida por uma das

⁸⁰ Vide, por todos, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, I, Parte Geral, tomo IV, Almedina, Coimbra, 2005, p. 373.

⁸¹ BAMBERGER/ROTH/UNBERATH, § 313, n.m. 94, PALANDT/GRÜNEBERG, § 313, n.m. 43, MARTIN SCHMIDT-KESSEL/CHRISTIAN BALDUS, *Prozessuale*, p. 2077, VOLKER EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, pp. 459, 463 e 465, NK-BGB/KREBS, § 313, n.m. 93.

⁸² RODOLFO SACCO, *I rimedi sinallagmatici*, *Trattato di Diritto Privato*, dir. Pietro Rescigno, 10, *Obbligazioni e Contratti*, tomo II, UTET, Turim, 1982, pp. 542-543.

⁸³ Sem prejuízo do entendimento que se possa adotar sobre a «base do negócio» e sobre a sua relevância no artigo 437.º, n.º 1, parece-nos difícil negar o papel central da boa fé (objetiva) na mobilização desta disposição normativa. O tema só pode, porém, ser esclarecido com uma reflexão que não podemos levar a cabo neste estudo. Sobre a relevância da boa fé na alteração das circunstâncias, vide MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé*, p. 903 ss, em particular p. 1106 ss, podendo ainda ver-se, do mesmo Autor, *Alteração das circunstâncias*, pp. 67-69 e, mais recentemente, *Tratado*, II, IV, p. 312 ss. Nesta última obra, o Autor realça que «o problema último da alteração das circunstâncias reside na existência de um contrato válido e, como tal, querido pelo Direito mas que, mercê de superveniências, entra em contradição com postulados básicos do sistema, expressos, por tradição românica, pela locução “boa fé”» (*idem*, p. 313). Na síntese de MANUEL CARNEIRO DA FRADA, o artigo 437.º contempla «um conjunto de noções e locuções organizadas numa rede de significados reciprocamente referenciados, cujo núcleo é constituído pelos princípios da boa fé» – *Crise mundial*, p. 679. A ligação da alteração das circunstâncias à boa fé correspondia já à posição expressa pelo Autor, na sua dissertação *Teoria da confiança*, p. 863. Segundo VAZ SERRA, a resolução ou modificação do contrato fundar-se-iam tb. no princípio da boa fé (*Resolução*, p. 305). Em sentido contrário vide, porém, JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil*, p. 201 ss e *Onerosidade excessiva*, p. 637. Na jurisprudência recente vide, por exemplo, Ac. do S.T.J. de 10 de Janeiro de 2013 (relator ORLANDO AFONSO).

partes» (art.º 3.º, n.º 1 CPC). Às partes assiste, por isso, a liberdade de invocar a alteração das circunstâncias, e de intentar uma ação com fundamento na mesma, mas incumbe-lhes, também, o ónus de formular o pedido em juízo e de alegar a matéria de facto em que o mesmo se baseia (artigo 264.º, n.ºs 1 e 2 CPC).

4. O dever de renegociar o contrato

I. Uma questão final que tem dado azo a alguma disputa na doutrina em certos ordenamentos europeus respeita à pertinência de um dever legal de renegociar. O tema foi também já objeto de atenção por parte da doutrina portuguesa⁸⁴, importando esclarecer se, e em que termos, se poderá considerar que os contraentes estão obrigados a renegociar o contrato por si originariamente celebrado, perante uma alteração das circunstâncias.

Começando pelo panorama jurídico estrangeiro, no direito alemão pretérito ficou célebre a tese de Norbert Horn, segundo a qual seria de reconhecer um dever legal de renegociar o contrato, com base no § 242 BGB⁸⁵. Esta orientação teve origem contexto normativo específico, perante a ausência de uma norma que consagrasse expressamente a resolução ou modificação do contrato em virtude de perturbações da base do negócio, como a que viria a constar do § 313 BGB⁸⁶ e ainda face ao entendimento então dominante, segundo o qual a adaptação operaria *ipso iure*⁸⁷. É neste âmbito que Horn considera que as partes estão adstritas a um dever de renegociar, fundado na lei (§ 242 BGB)⁸⁸, cuja violação corresponderia a uma «violação

⁸⁴ Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, II, *Direito das obrigações*, tomo I, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 300-301, NUNO PINTO OLIVEIRA, *Princípios*, p. 134 e pp. 582 ss, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO/JÚLIO GOMES, *A hardship clause e o problema da alteração das circunstâncias (breve apontamento)*, *Juris et de jure. Nos vinte anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Porto*, coord. Manuel Afonso Vaz, J. Azeredo Lopes, Universidade Católica, Porto, 1998, pp. 39-40.

⁸⁵ NORBERT HORN, *Vertragsbindung unter veränderten Umständen*, NJW 1985 (p. 1118 ss), p. 1123 ss e *Neuverhandlungspflicht*, AcP 1981 (p. 255 ss), p. 276 ss.

⁸⁶ A versão originária do código alemão não consagrou a doutrina do desaparecimento da base do negócio (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*) ou da perturbação da base do negócio (*Störung der Geschäftsgrundlage*), enquanto fundamento geral de adaptação ou de resolução do contrato. Porém, estas possibilidades foram reconhecidas ao abrigo da cláusula geral do § 242 BGB, tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência. Assim, em retrospectiva em vésperas da *modernização*, com outras indicações, KLAUS LUIG, *Die Kontinuität allgemeiner Rechtsgrundsätze: das Beispiel der clausula rebus sic stantibus*, em *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, org. Reinhard Zimmermann, C.F. Müller, Heidelberg, 1999, (p. 171 ss), 179 ss.

⁸⁷ NORBERT HORN, *Neuverhandlungspflicht*, pp. 276-277. Notando esta base de oposição da tese de HORN, HELMUT HEINRICH, *Vertragsanpassung*, p. 195.

⁸⁸ NORBERT HORN, *Neuverhandlungspflicht*, p. 276 e, do mesmo Autor, *Vertragsbindung*, p. 1123.

positiva do contrato» e podia dar origem, dependendo do caso, a uma ação de cumprimento, à resolução do contrato ou a um pedido de indemnização por danos⁸⁹.

Esta tese foi apoiada também por Horst Eidenmüller, ainda que com algumas reservas⁹⁰ e por Philipp Härle⁹¹, mas suscitou, desde cedo, forte crítica⁹² e não encontrou acolhimento na revisão operada pela LMDO, nem na doutrina subsequente⁹³.

Atualmente, uma parte significativa da doutrina germânica rejeita que, perante as exigências sistemáticas resultantes da norma do § 313 BGB, possa resultar do § 242 BGB um dever de renegociar o contrato (*Neuverhandlungspflicht*) na hipótese de desaparecimento da base do negócio⁹⁴. Opinaram nesse sentido vários Autores, como Dieter Medicus⁹⁵, Hannes Unberath⁹⁶, Barbara Dauner-Lieb e Wolfgang Dötsch⁹⁷, Günter Roth⁹⁸, Wolfgang Hau⁹⁹, Thomas Finkenauer¹⁰⁰, Hannes Rösler¹⁰¹, Volker Emmerich¹⁰², Peter Krebs¹⁰³, Michael Stürner¹⁰⁴, entre

⁸⁹ *Idem*, p. 285 ss.

⁹⁰ HORST EIDENMÜLLER, *Neuverhandlungspflichten*, p. 1063 ss. O Autor considera, porém, que o dever de renegociar tem importância, enquanto mecanismo adequado de adaptação do contrato, quando, entre outras circunstâncias, exista um elevado potencial de criação de valor e o risco de um comportamento oportunista seja reduzido (*idem*, p. 1067). Além disso, a conformação deste dever dependeria da consolidação de critérios jurisprudenciais – *idem*, p. 1070.

⁹¹ PHILIPP HÄRLE, *Die Äquivalenzstörung. Ein Beitrag zur Lehre von der Geschäftsgrundlage*, Peter Lang, Francoforte, 1995, p. 155 ss.

⁹² Em sentido diverso, no direito alemão pretérito, mas entendendo que a imposição de um tal dever não pode extrair-se do § 242 mas apenas do próprio contrato, BERND NAUEN, *Leistungsschwerung*, p. 139 ss. A existência de um dever de renegociar foi tb. recusada, por exemplo, por MICHAEL MARTINEK, *Die Lehre von den Neuverhandlungspflichten - Bestandsaufnahme, Kritik und Ablehnung*, AcP 1998 (p. 329 ss), p. 370 ss. Para uma visão geral da controvérsia no direito alemão pretérito, cf. HEIKE S. URICH-ERBER, *Äquivalenzstörungen*, 98 ss.

⁹³ Cf. HELMUT HEINRICHS, *Vertragsanpassung*, p. 195.

⁹⁴ Referindo como dominante o entendimento expresso no texto, JAUERNIG/STADLER, § 313, n.m. 27.

⁹⁵ DIETER MEDICUS, anotação ao § 313 BGB, em *Prütting, Wegen, Weinreich Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar*, Luchterhand, 2010 (5.ª ed.), n.m. 20.

⁹⁶ BAMBERGER/ROTH/UNBERATH, § 313, n.m. 85.

⁹⁷ BARBARA DAUNER-LIEB/WOLFGANG DÖTSCH, *Prozessuale Fragen*, p. 925 ss.

⁹⁸ MÜKO/ROTH, § 313, n.m. 93.

⁹⁹ WOLFGANG HAU, *Vertragsanpassung*, p. 256 ss, *de lege lata* valorizando o não acolhimento pela LMDO da proposta de HORN.

¹⁰⁰ MÜKO/FINKENAUER, § 313, n.m. 122, muito embora sem recusar um dever acessório de colaboração pontual no processo de renegociação.

¹⁰¹ HANNES RÖSLER, *Störung der Geschäftsgrundlage nach der Schuldrechtsreform*, ZGS 10/2003, (p. 383) ss, p. 388.

¹⁰² VOLKER EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, p. 464.

¹⁰³ NK-BGB/KREBS, § 313, n.m. 85.

¹⁰⁴ MICHAEL STÜRNER, *Der Grundsatz*, p. 266.

outros¹⁰⁵. Aliás, segundo várias opiniões, o § 313 imporia, precisamente, consequências diversas, nomeadamente a adaptação ou, subsidiariamente, a resolução do contrato¹⁰⁶.

A existência de um dever de renegociação do contrato, cuja violação poderia desencadear as consequências indemnizatórias previstas na lei (cf. §§ 280 e 281 BGB) foi preconizada por Karl Riesenhuber¹⁰⁷, Helmut Heinrichs¹⁰⁸ e Christian Grüneberg¹⁰⁹, entre outros.

Diversamente, no direito italiano, o dever de renegociar tem sido admitido por numerosos Autores, como Vincenzo Roppo¹¹⁰, Rodolfo Sacco e Giorgio De Nova¹¹¹, Francesco Macario¹¹², Paolo Gallo¹¹³, Gianluca Sicchiero¹¹⁴ e Gerardo Marasco¹¹⁵, entre outros¹¹⁶, em particular no contexto dos contratos de longa duração. De um modo geral, a justificação dogmática deste dever tem sido reconduzida à equidade integrativa (artigo 1374.º) e à boa fé (artigo 1375.º do *Codice*)¹¹⁷ e a

¹⁰⁵ Cf. FRANK BAYREUTHER, *Die Durchsetzung*, p. 66, HEIKE S. URICH-ERBER, *Äquivalenzstörungen*, p.105 ss.

¹⁰⁶ Alguma doutrina alemã entende tb. que a parte afetada pode exigir diretamente o cumprimento da prestação emergente do contrato modificado, não necessitando de acordar com a contraparte a modificação do mesmo – neste sentido e com outras indicações, cf. FRANK BEYREUTH, *Die Durchsetzung*, p. 11 e PALANDT/GRÜNEBERG, § 313, n.m. 41.

¹⁰⁷ KARL RIESENHUBER, *Vertragsanpassung*, p. 2699 e, em conclusão, p. 2702.

¹⁰⁸ HELMUT HEINRICHS, *Vertragsanpassung*, pp. 196-197. Segundo o Autor, um dever de renegociar (entendido em sentido processual, e não enquanto resultado) resultaria da conjugação das normas dos §§ 313 e 242 BGB, bem como da consideração de que as partes são responsáveis pelo conteúdo do contrato e conhecem melhor do que ninguém as possibilidades de adaptação do contrato e os respetivos efeitos.

¹⁰⁹ PALANDT/GRÜNEBERG, § 313, n.m. 41. Segundo o Autor, é condição da ação judicial a prévia tentativa de renegociação. Na jurisprudência, salienta-se o Acórdão do BGH de 30 de setembro de 2011 (NJW 2012, p. 373 ss).

¹¹⁰ VINCENZO ROPPO, *Il Contratto*, pp. 1046-1047, aludindo a um dever de cuja violação pode resultar a atribuição de uma pretensão indemnizatória.

¹¹¹ RODOLFO SACCO/GIORGIO DE NOVA, *Il Contratto*, pp. 724-725.

¹¹² FRANCESCO MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Jovene, Nápoles, 1996, p. 320.

¹¹³ PAOLO GALLO alude a um dever de renegociar fundado em onerosidade excessiva, tendo em vista a perservação do equilíbrio entre as prestações ao longo do tempo – *Contratto e buona fede. Buona fede in senso oggettivo e trasformazioni del contratto*, UTET, Turim, 2009, p. 694.

¹¹⁴ GIANLUCA SICCHIERO, *La rinegoziazione*, pp. 799-800.

¹¹⁵ Vide, por exemplo, GERARDO MARASCO, p. 115.

¹¹⁶ Para uma visão geral, cf. ANGELO RICCIO, *Eccessiva onerosità*, p. 460 ss.

¹¹⁷ GIANLUCA SICCHIERO, *La rinegoziazione*, p. 813, FRANCESCO MACARIO, *Adeguamento*, p. 312 ss. Não parece, porém, fácil a coadunação do dever referido no texto com a norma do artigo 1467.º, podendo questionar-se se o dever de renegociar não corresponde, afinal, a um mecanismo de caráter geral aplicável a quaisquer contratos duradouros, mesmo fora das circunstâncias previstas

motivação destas construções prende-se, no essencial, com as próprias limitações do artigo 1467.º do *codice*.

Para esta perspetiva, a recusa injustificada de renegociar corresponderia ao incumprimento do contrato originário¹¹⁸. Porém, como sublinha Macario, a natureza híbrida desta obrigação – que, apesar de ter em vista um novo acordo, se desenrola ao abrigo de um contrato válido e eficaz – suscita algumas dúvidas quanto à tutela ressarcitória perante a falta de cumprimento¹¹⁹. Na opinião de Sicchiero, a violação do dever de renegociação conformaria uma espécie de *culpa in contrahendo*, cuja violação habilitaria o credor a uma indemnização pelo interesse contratual negativo¹²⁰. Não seria, aliás, outra hipótese viável, posto que o juiz não poderia determinar qual seria o acordo entre as partes, se o dever de renegociar não tivesse sido violado¹²¹. Diversamente, de acordo com a orientação preconizada por Gerardo Marasco¹²², a obrigação de renegociação seria «algo mais do que o dever geral de proceder de acordo com a boa fé»¹²³, uma vez que existe um contrato válido e eficaz do qual resulta a obrigação de renegociar¹²⁴. Neste contexto, entende Marasco que o ressarcimento do dano em virtude de violação do dever de renegociação «não pode estar limitado ao simples interesse contratual negativo (...) devendo ter em conta o interesse contratual positivo»¹²⁵. Na quantificação do dano, não deveria o juiz considerar o «hipotético contrato modificado»¹²⁶, mas antes as vantagens que o contrato visava propiciar, tendo em conta «o originário equilíbrio contratual e o lucro que, na falta da superveniência, a parte fiel teria auferido»¹²⁷. Além de Marasco, a indemnização pelo interesse contratual positivo foi também admitida por Angelo Riccio¹²⁸.

no artigo 1467.º do *Codice* ou se, pelo contrário, o dever *ex lege* de renegociar deve prevalecer sobre aquela norma – cf. os comentários de COSIMO M. D. D'ARRIGO, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, em *Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, org. Raffaele Tommasini, G. Giappichelli Editore, Turim, 2003, (p. 492 ss) p. 538 ss. Segundo o Autor, o dever de renegociar não poderia excluir a aplicação do artigo 1467.º (*idem*, p. 540). Em sentido diverso, *vide*, porém, FRANCESCO MACARIO, *Adeguamento*, p. 316 ss. Pode tb. ver-se GERARDO MARASCO, *La rinegoziazione*, p. 121 ss, em particular pp. 127-128.

¹¹⁸ FRANCESCO MACARIO, *Adeguamento*, p. 349 e pp. 402-403.

¹¹⁹ FRANCESCO MACARIO, *Adeguamento*, p.404 ss.

¹²⁰ GIANLUCA SICCHIERO, *La rinegoziazione*, p. 813.

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² GERARDO MARASCO, *La rinegoziazione*, p. 170 ss.

¹²³ *Idem*, p. 176.

¹²⁴ *Idem*, p. 177.

¹²⁵ *Idem*, p. 174.

¹²⁶ GERARDO MARASCO, *La rinegoziazione*, p. 178.

¹²⁷ *Idem*, p. 179.

¹²⁸ ANGELO RICCIO, *Eccessiva onerosità*, p. 463.

A doutrina parece encontrar-se também dividida quanto à admissibilidade de execução específica *ex* artigo 2932.º do dever de renegociar, bastando confrontar a posição negativa defendida por Arrigo¹²⁹ com as reflexões de Macario¹³⁰.

A generalidade das construções que admitem a existência de um dever de renegociar fora dos parâmetros do artigo 1467.º tendem a recusar a possibilidade de revisão judicial do contrato, em caso de incumprimento daquele dever ou a admiti-lo em termos limitados, circunscrevendo-a às situações em que a revisão em causa revista um carácter meramente aritmético ou em que exista uma cláusula de renegociação que forneça os parâmetros de concretização daquela mesma revisão¹³¹.

Finalmente, antes de terminarmos esta incursão por soluções adotadas no estrangeiro, cabe também referir que no «direito europeu dos contratos» o dever de renegociar é reconhecido pelo artigo 6:111 (2) dos PDEC¹³². Resulta deste preceito que, se as partes não chegarem a acordo num prazo razoável, poderão verificar-se as consequências judiciais previstas no artigo 6:111, n.º 3, que não se afastam substancialmente dos mecanismos (resolução/modificação do contrato) previstos no nosso código civil. A violação do dever de renegociar pode dar origem a um dever autónomo de indemnizar¹³³.

II. Entre nós, Menezes Cordeiro, debruçando-se sobre as especificidades das relações obrigacionais de carácter duradouro, considerou que, nestes casos, pode haver lugar à «cominação, *ex bona fide*, de um dever de negociar, com vista ao acompanhamento das realidades» e, além disso, «a aplicação do instituto da alteração das circunstâncias (artigo 437/1)»¹³⁴.

Nuno Pinto Oliveira, por seu turno, retira da cláusula geral da boa fé (cf. artigo 762.º, n.º 2) um dever de renegociar o contrato aplicável aos contratos

¹²⁹ Nesse sentido, COSIMO D' ARRIGO, *Il controllo*, p. 565 ss; o Autor pronuncia-se, aliás, em sentido contrário à referida possibilidade de execução específica, sempre que a modificação não revista um carácter meramente aritmético – *idem*, pp. 568–569.

¹³⁰ FRANCESCO MACARIO, *Adeguamento*, p. 419 ss, em particular pp. 425 e 428.

¹³¹ Nesse sentido, GERARDO MARASCO, *La rinegoziazione*, p. 181 ss, em particular pp. 187–189.

¹³² Cf. *Principi di Diritto europeo dei contratti*, parte I e II, ed. italiana, org. Carlo Castronovo, Giuffrè, Milão, 2001, p. 361 ss. Para uma crítica ao dever de renegociação e à perspectiva adotada pelos Princípios de Direito Europeu dos Contratos, cf. ERICH SCHANZE, *Failure of Long-Term Contracts and the Duty to Re-negotiate*, em *Failure of Contracts. Contractual, Restitutionary and Proprietary Consequences*, ed. Francis D. Rose, Hart Publishing, Oxford, 1997, p. 155 ss. A solução dos PDEC terá inspirado propostas de reforma, como as que pretendem alterar o código civil francês (*v.g.* o anteprojeto de reforma de 2004, conhecido por *avant-projet Catala*) e o código civil espanhol (2009) – cf. NUNO PINTO OLIVEIRA, *Princípios*, p. 135. Em sentido favorável à solução dos PDEC, podem ver-se os comentários de KARL RIESENHUBER, *Vertragsanpassung*, p. 2701.

¹³³ Cf. *Principi di diritto europeo*, p. 365.

¹³⁴ Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, II, I, pp. 300–301.

de execução duradoura¹³⁵. No caso de incumprimento deste dever, a parte afetada poderia recorrer ao disposto no artigo 437.^{o136}. Mas se a parte afetada não apresentasse uma proposta razoável de adaptação do contrato, não poderia prevalecer dos direitos atribuídos pelo artigo 437.^{o137}.

III. Os argumentos que poderiam aconselhar a imposição de um dever de renegociação foram expostos (e contraditados) por Michael Martinek¹³⁸. Entre as várias razões analisadas, salientam-se as que respeitam à tutela da autonomia privada das partes, à proteção da confiança contratual e, finalmente, à conformação prática da adaptação de acordo com o fim do contrato. Seria preferível as partes renegociarem do que a solução ser remetida para a decisão do tribunal, do ponto de vista da sua adequação e, também, dos respetivos custos.

Contra o dever de renegociação, tem-se invocado a incoerência sistemática que redundaria na imposição de uma revisão superveniente do equilíbrio entre prestação e contraprestação, quando, na verdade, o código não impõe uma semelhante adequação aquando da constituição da relação obrigacional¹³⁹. Noutra perspetiva, mas igualmente contra este dever, já se invocaram também os riscos de um comportamento oportunista da contraparte¹⁴⁰ e a ameaça que a respetiva imposição poderá significar para o princípio da autonomia privada das partes. Estes receios explicam, aliás, o frequente recurso à arbitragem para modificação do contrato, apesar dos problemas que esta via também desencadeia¹⁴¹.

IV. O artigo 437.^o concede à parte afetada pela alteração das circunstâncias uma pretensão de «correção» do contrato, modificando-o ou liquidando-o, consoante os casos. Dentro dos limites da norma e sem prejuízo da faculdade prevista no artigo 437.^o, n.^o 2, a parte contrária, não afetada pela alteração das circunstâncias, estará obrigada a conformar-se com aqueles resultados. O «arbitrio subjetivo»

¹³⁵ NUNO PINTO OLIVEIRA, *Princípios*, p. 134 e pp. 582 ss. O Autor não exclui, porém, a hipótese de se tratar de um ónus (*idem*, p. 582).

¹³⁶ *Idem*, p. 134 e pp. 582 ss.

¹³⁷ *Idem*, p. 582.

¹³⁸ Cf. MICHAEL MARTINEK, *Die Lehre*, p. 370 ss. Esta argumentação é tb. referida por HEIKE S. URICH-ERBER, *Äquivalenzstörungen*, p. 101 ss.

¹³⁹ No direito italiano, COSIMO M. D. D'ARRIGO, *Il controllo*, p. 543 ss.

¹⁴⁰ A análise económica do Direito tem tratado do problema do *hold up* contratual em geral em relação a quaisquer contratos incompletos – cf. MITCHELL POLINSKY/ STEVEN SHAVELL, *Handbook of Law and Economics*, vol. I, Elsevier, Amesterdão, 2007, p. 84 ss. Cf. ainda a análise de JOACHIM JICKEL, *Der langfristige Vertrag*, p. 288 ss.

¹⁴¹ Cf. NORBERT HORN, *Procedures of Contract Adaptation and Renegotiation in International Commerce*, em *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance*, ed. Norbert Horn, Kluwer Law, Deventer, 1985, (p. 173 ss), p. 189.

que se projeta na liberdade de contratar ou de não contratar é, nesta hipótese, comprimido pelas exigências do instituto da alteração das circunstâncias. Ora, conforme atrás dissemos, no direito português nem a alteração das circunstâncias opera *ipso iure*, nem à parte afetada assiste um crédito à modificação do contrato. Também não existe um dever de acordar ou de concluir certo contrato, nem uma adstrição das partes a atingir um determinado resultado quanto ao conteúdo contratual¹⁴². Porém, pode resultar já das exigências da boa fé (cf. artigo 762.º, n.º 2) o dever de negociar de acordo com determinados padrões éticos, um desfecho consensual para a alteração das circunstâncias. Nesta hipótese, estará em causa um dever de participação no processo de negociação¹⁴³, isto é, uma vinculação relativa a um «processo» ou procedimento de negociação¹⁴⁴. Não sendo possível o acordo entre as partes, só a equidade, cujo julgamento reclama a intervenção do tribunal, poderá operar a conversão de um direito de conteúdo variável num crédito determinado a certo contrato modificado. As consequências associadas à violação do dever acessório de renegociar – seja através da recusa de renegociação, seja através da adoção, no curso das negociações, de comportamentos contrários à boa fé¹⁴⁵ – devem, assim, ser conciliadas com o disposto no artigo 437.º.

¹⁴² Esta dimensão de resultado do dever de renegociar foi admitida por HORN, *Neuverhandlungspflicht*, p. 276 ss. No direito italiano, sublinhou FRANCESCO MACARIO que o direito do credor da obrigação de renegociar não corresponde a uma vinculação «definida ontologicamente» mas «determinável teleologicamente» – FRANCESCO MACARIO, *Adeguamento*, p. 343. O devedor estaria obrigado a praticar atos dos quais, nas circunstâncias do caso concreto, dependa a possibilidade de as partes acordarem as condições de adaptação do contrato.

¹⁴³ Na contraposição de EIDENMÜLLER, trata-se de um dever de renegociar (*Neuverhandlungspflicht*), e não de um dever de acordar (*Zustimmungspflicht*) – cf. HORST EIDENMÜLLER, *Neuverhandlungspflichten bei Wegfall der Geschäftsgrundlage*, ZIP 13/1995, (p. 1063 ss), em particular p. 1064. Em sentido análogo, JOACHIM JICKELI, *Der langfristige Vertrag*, pp. 251–252.

¹⁴⁴ A limitação do dever de renegociar a uma componente processual foi preconizada por Andreas Nelle, *Neuverhandlungspflichten – Neuverhandlungen zur Vertragsanpassung und Vertragsergänzung als Gegenstand von Pflichten und Obliegenheiten*, Munique, 1993, p. 260 ss e 309 *et passim*. Segundo este Autor, o credor do dever de renegociar não pode exigir o cumprimento do mesmo (*idem*, p. 309 ss). A violação do dever de renegociar seria apenas indiretamente sancionada, nomeadamente, além da alteração ou perda da «competência de adaptação» do contrato (*idem*, p. 310 ss), através da possibilidade de o respetivo credor reclamar uma indemnização para ser ressarcido das despesas incorridas com a negociação (*idem*, p. 322 ss). O interesse no cumprimento não seria, porém, ressarcível, uma vez que não seria possível dizer-se que o credor tinha direito a um acordo, com determinado conteúdo (*idem*, pp. 324–325). Para uma visão geral das posições, cf. HEIKE S. URICH-ERBER, *Äquivalenzstörungen und Leistungserchwernisse im deutschen und englischen Recht sowie in den Principles of European Contract Law*, Nomos, Baden-Baden, 2008, p. 97.

¹⁴⁵ Por exemplo, a recusa de informações necessárias para a modificação do contrato. No direito alemão, a doutrina tem discutido se existe um dever de informação cuja violação implique o afastamento da pretensão de modificação do contrato com base no § 313, habilitando a parte

Além disto, nas situações, certamente menos frequentes, em que tenha sido a parte afetada pela alteração das circunstâncias a violar o dever de renegociar, haverá que ponderar as consequências de um tal comportamento à luz do artigo 334.º, a acrescer a outras possíveis repercussões processuais¹⁴⁶. Verificando-se um «exercício disfuncional de uma posição jurídica» pode o mesmo ser bloqueado, por força do citado artigo 334.º, enquadramento este que, de resto, se harmoniza com a sanção prevista no artigo 438.º para os casos em que a parte afetada com a alteração das circunstâncias se encontra em mora¹⁴⁷.

Antes de terminarmos, acrescenta-se ainda, que não vemos razões para que o tratamento dos problemas da alteração das circunstâncias no âmbito das relações obrigacionais duradouras se desligue, *de iure condito*, dos quadros gerais traçados pelo artigo 437.º¹⁴⁸. O regime jurídico da alteração das circunstâncias possui a amplitude e a flexibilidade necessárias à adequada regulação de diversas relações obrigacionais, incluindo as de caráter duradouro, não ficando, além disso, excluída a intervenção prévia de outros mecanismos, como a interpretação e a integração do contrato, tendo em vista o apuramento da regulação projetada pelas partes¹⁴⁹.

afetada a pedir (diretamente) a resolução, à margem dos critérios do § 313/3 BGB. Sobre este ponto, NK-BGB/KREBS, § 313, n.m. 87. Retomaremos esta matéria das consequências da violação de um dever de renegociar num estudo autónomo.

¹⁴⁶ A parte afetada pela alteração das circunstâncias deverá procurar alcançar uma solução extra-processual antes de recorrer a juízo, sob pena de ver precludido o seu próprio interesse em agir (cf. artigo 26.º, n.º 2 CPC).

¹⁴⁷ Aproximando a situação prevista neste preceito aos casos de *tu quoque*, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, I, IV, p. 328

¹⁴⁸ O conceito de relação obrigacional duradoura (*Dauerschuldverhältnis*) tem sido estudado pela doutrina desde OTTO VON GIERKE (*Dauernde Schuldverhältnisse, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 64, 1914, p. 355 ss). Apesar das dificuldades que este conceito suscita (JOACHIM GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis. Begründung und Änderung. Pflichten und Strukturen. Drittwirkungen*, Mohr Siebeck, Tübinga, 1989, p. 377 ss) e da diversidade de noções já propostas na doutrina (cf., por exemplo, HARMUT OETKER, *Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung. Bestandsaufnahme und kritische Würdigung einer tradierten Figur der Schuldrechtsdogmatik*, J.C.B Mohr (Siebeck), Tübinga, 1994, p. 75 ss), é possível salientar, com NORBERT HORN, que o que tendencialmente identifica esta relação obrigacional e a distingue, designadamente, da relação existente em contratos de longo prazo, é o caráter constitutivo da dimensão temporal, do ponto de vista dos deveres, primários e secundários, das partes – assim NORBERT HORN, *Vertragsdauer. Die Vertragsdauer als schuldrechtliches Regelungsproblem. Empfiehlt sich eine zusammenfassende Regelung der Sonderprobleme von Dauerschuldverhältnissen und langfristigen Verträgen*, em *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, org. Bundesminister der Justiz, Bundesanzeiger Verlag, Colónia, 1981, vol. I, (p. 557 ss), p. 561.

¹⁴⁹ Sobre este último aspeto, cf. FRANZ JÜNGER SÄCKER, *Die Anpassung von langfristigen Verträgen an bei Vertragsschluss unvorhergesehene und unvorhersehbare Umstände im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung*, FS für Harm Peter Westermann zum 70. Geburtstag, org. Lutz Aderhold [et al], Otto Schmidt, Colónia, 2008, p. 617 ss.

De resto, o código alemão, que hoje dedica uma norma específica à resolução extraordinária de relações obrigacionais duradouras (§ 314 BGB), não deixou de assegurar a recondução dos problemas das perturbações da base do negócio a um quadro normativo unitário, traduzido no § 313 BGB (cf., em particular, a remissão do § 313/3, parte final).