

A alteração anormal das circunstâncias: o artigo 437.º do Código Civil e a situação pandémica: reflexos contratuais ⁽¹⁾

Sandra dos Reis Luís

(Juíza de direito)

Resumo: o que me proponho, através desta reflexão, é deixar algumas notas daquilo que eu penso que pode ser útil no âmbito do cumprimento dos contratos e da alteração das circunstâncias. Irei fazer referência a algumas questões que se prendem com o equilíbrio das prestações, com o risco, com as cláusulas de *hardship*, que estarão ou não incluídas em determinados contratos e tentarei fazer uma abordagem prática com exemplos que, no fundo, penso que terão colocado mais dúvidas e na tentativa de podermos superar estes obstáculos que estas dúvidas nos colocam, nomeadamente no que respeita à legislação que foi sendo produzida em estado de emergência constitucional. Deixarei algumas notas jurisprudências, que me parecem importantes.

Palavras-chave: alteração das circunstâncias, artigo 437.º do Código Civil (e 438.º); base do negócio; imprevisibilidade; desequilíbrio das prestações; risco; autonomia privada; cláusulas de *hardship*; boa fé; impossibilidade e cumprimento; aplicação residual; pandemia; legislação de emergência.

¹ Comunicação levada a efeito no dia 25 de Junho de 2020, a convite do Instituto de Acesso ao Direito, Ordem dos Advogados, disponível em <http://www.youtube.com/watch?v=hhfZZwqMVvo>.

I. Introdução

Para tratar este tema, e antes de entrar no objecto imediato da minha comunicação, começaria por convocar os princípios gerais dos contratos, dos quais destaco a autonomia privada², o cumprimento pontual dos contratos, estipulado no artigo 406.º do Código Civil e a boa fé, que se inscreve no artigo 762.º do mesmo diploma e que é transversal a todos os contratos e a toda a vida do contrato desde a sua formação até à sua execução.

O Código Civil é um diploma riquíssimo que nos permite resolver muitos problemas que se vão colocando, mesmo em situações como esta, em que as questões que vão surgir podem ser entendidas como novas para o direito actual, mas, na verdade não são inéditas. Basta que nos lembremos da peste negra, de doenças como a malária, para a qual também não há vacina³, da gripe pandémica do início do século passado, das guerras, das situações naturais, a que os ingleses, denominam *acts of god*. O legislador do nosso Código Civil não desconhecia estas realidades históricas e, por isso, não desconsiderou a sua solução legal. Não obstante os regimes específicos que foram sendo introduzidos pelo conjunto de leis de emergência, não fica afastada a aplicação do regime geral previsto no Código Civil, quer no que respeita à impossibilidade de cumprimento, inscrita nos artigos 790.º a 803.º, quer no que respeita ao instituto da alteração das circunstâncias, inscrito no artigo 437.º.

Por outro lado, não podemos esquecer que no âmbito do direito privado é lícito às partes estabelecerem os mais diversos conteúdos contratuais, no que respeita à base do negócio e deveres acessórios. As partes são livres de estipular aquilo que entenderem, não existindo propriamente uma proibição legal de desequilíbrio contratual. Desde que haja um mínimo de justiça no conteúdo do

² ASCENSÃO, Oliveira, Teoria Geral do Direito Civil, vol. III, Lisboa, Livraria Almedina, 1992, p. 50 e ss., a autonomia privada divide-se em quatro aspectos: “a) Liberdade de negociação; b) Liberdade de criação; c) Liberdade de estipulação e d) Liberdade de vinculação”.

³ Existem notícias promissoras de testes eficazes por parte do Instituto de Medicina Molecular <https://observador.pt/2020/05/21/equipa-liderada-por-portugues-testou-eficacia-de-nova-vacina-contra-malaria-com-bons-resultados/>.

negócio a vontade das partes impõe-se – e impõe-se por respeito ao princípio da autonomia privada – e, na existência de certos desequilíbrios toleráveis face ao ordenamento jurídico, *sibi imputet*, ou seja as partes assumem os compromissos, sendo-lhe imputados os riscos, as consequências ou os prejuízos decorrentes do que entenderam livremente estabelecer.

Um bom contrato, um clausulado bem delineado, é o ponto de partida para se evitar um enorme conflito.

Em todo o caso, e, não obstante, o princípio acabado de enunciar – da autonomia privada – o certo é que não se pode esquecer que o direito privado, fruto da socialização que tem sofrido, tem visto acrescentar-se-lhe uma certa flexibilização, digamos assim, do princípio da autonomia das partes. Em favor daquela socialização e consequentemente do equilíbrio de posições, a rigidez da completa autonomia privada para além de certos limites, admite uma certa mitigação.

Se se entender que nos encontramos no âmbito de desequilíbrios tolerados pelo ordenamento jurídico, a parte assume a responsabilidade e responde pelas consequências, pelos prejuízos que assumiu no âmbito de determinado contrato, mas ultrapassando a barreira, ou seja quando se entende que o desequilíbrio de posições se mostra de tal maneira insuportável que não é exigível às partes, do ponto de vista da boa fé, o cumprimento do contrato com aquela base, então é evidente que o direito tem mecanismos e deve intervir.

Os contraentes, no âmbito da autonomia privada, podem antecipar a intervenção judicial colocando ou fazendo constar do contrato cláusulas de *hardship* ou de distribuição de risco, em que, não obstante determinadas circunstâncias, as partes assumem expressamente um risco, um determinado risco do contrato e, nessa medida, obviamente, não tem aplicação, como iremos ver, o que se encontra estipulado ao nível da alteração das circunstâncias, no artigo 437.º do Código Civil. São todas estas questões que precisamos equacionar para que possamos fazer uma abordagem daquilo que é o instituto da alteração das circunstâncias que, como sabemos, é supletivo, uma vez que as partes podem

estabelecer mecanismos de defesa, de definição ou de solução para uma eventual alteração das circunstâncias.

Acresce a tudo o que se vem dizendo, o facto de, em situações de crise, como na presente crise pandémica, o legislador poder optar por uma solução legislativa não anteriormente prevista (como sucedeu, por exemplo, mas não só, com os contratos de arrendamento, de mútuo bancário...), surgindo a este propósito a questão de saber se, ainda que haja uma solução legal específica, criada por norma excepcional para aquela situação anormal ou atípica e para aquele tipo de contratos em particular, se, ainda assim, entendendo-se que a lei excepcional introduz um desequilíbrio prestacional, se pode (ou não) lançar mão do mecanismo inscrito no artigo 437.º do Código Civil ou se, ao contrário, o artigo 437.º do Código Civil é inaplicável quando a lei, em sobreposição à actividade dos Tribunais, fixa os termos da modificação contratual.

II. Análise do artigo 437.º do Código Civil – elementos

Aqui chegados, passaria à análise deste preceito. No que respeita à interpretação dos pressupostos que podem desencadear o mecanismo não encontramos divergências doutrinárias ou jurisprudências, o mesmo já não valendo para a sua aplicação ao caso concreto e ao entendimento sobre a verificação ou não verificação dos mesmos.

O artigo 437.º estabelece as condições de admissibilidade de modificação ou resolução do contrato por alteração anormal das circunstâncias, os quais podemos dividir em elementos de cariz positivo e negativo: na primeira classificação inserem-se três, a saber, as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar, o facto de terem sofrido uma alteração anormal (excepcional/imprevisível) e a exigência de que sejam afectados de forma grave os princípios da boa fé; na segunda categoria exige-se, para a aplicação do preceito,

que a alteração não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato⁴ (como sucede, por exemplo, nos contratos de *swap*⁵). Estes elementos acabados de enunciar resultam directamente da leitura do preceito, mas há um quinto, também de natureza negativa, que se inscreve no artigo 438.º e que impede a parte que se encontre em mora no momento da alteração das circunstâncias de recorrer ao instituto (em relação às prestações que se encontrem em incumprimento moratório).

Estes requisitos são, naturalmente, de aplicação cumulativa.

Da análise dos elementos e da formulação do preceito conclui-se que o legislador lhe imprimiu uma formulação genérica ou aberta, deixando ao julgador a concretização, a integração casuística dos seus elementos. A sua aplicação dependerá sempre da análise que, em concreto, o Tribunal faça do contrato, do conteúdo do contrato, fazendo-se a sua interpretação ao abrigo do disposto no artigo 236.º do Código Civil.

As circunstâncias que sofreram a alteração anormal ou imprevisível são, necessariamente, aquelas que serviram de base à decisão de contratar, i.e., que constituam a base do negócio, que sejam objectivas e comuns a todos os contraentes (não respeitam a situações subjectivas da vida do devedor: como, por exemplo, uma alteração da sua situação económica) e em relação às quais as partes não detenham qualquer controlo. O acontecimento em si mesmo considerado pode assumir alguma previsibilidade, mas é necessário que a alteração do contrato seja imprevisível (se se recordarem, no presente século já assistimos a outras crises epidémicas, mas que ficaram geograficamente circunscritas, não foram tão graves como a presente, pense-se na gripe das aves ou na gripe suína, o que nos poderia levar a equacionar, num primeiro momento, como aliás foi equacionado pela Sra. Directora Geral de Saúde, que a epidemia não se viria a transformar numa pandemia, ou seja que esta epidemia se manteria geograficamente

⁴ V. entre outros, LIMA, Pires, VARELA, Antunes, Código Civil anotado, Vol. I, 4ª ed. Revista e actualizada, 413, Coimbra; MARTINEZ, Pedro Romano, Da Cessação do Contrato, 154/155, Almedina.

⁵ Não estando, em todo o caso, totalmente excluída a aplicação do instituto a este tipo de contratos.

circunscrita, sublinhado o carácter anormal desta crise, a reforçar a possibilidade de aplicação do artigo 437.º).

O princípio da boa fé, no que respeita à alteração das circunstâncias apresenta-se não só como uma baliza, mas também como um elemento intrínseco, necessário à sua aplicação. Ao contrário de outros ordenamentos jurídicos, como por exemplo, o brasileiro, no direito português a alteração das circunstâncias não se autonomizou do conceito de boa fé. A boa fé introduz uma exigência de efectivo desequilíbrio nas prestações, ou seja, não basta que as situações sejam anormais ou imprevisíveis, é necessário que assumam um impacto real no equilíbrio das prestações, para além dos desequilíbrios tolerados pelo ordenamento jurídico a que, acima, me referia, ou seja, é necessário que ultrapasse o risco normal do contrato e que desequilibre a estabilidade contratual.

Na alteração das circunstâncias há sempre uma ponderação entre, por um lado, a estabilidade e segurança jurídica e a justiça comutativa por outro, ou seja há sempre um tempero entre a autonomia privada e a boa fé.

No que respeita ao elemento negativo: desde que as alterações anormais se encontrem cobertas pelos riscos inerentes de determinados contratos ou assumidos contratualmente pelas partes, está excluída a aplicação do artigo 437.º do Código Civil.

III. As cláusulas de *hardship*

A este respeito, gostaria de abrir um pequeno parêntesis, para fazer referência às cláusulas de *hardship*, que assumem especial relevo em matéria contratual. Estas cláusulas servem o propósito da renegociação do contrato, sempre que haja um acontecimento fundamental que cause um desequilíbrio contratual, que prejudique, mas não impossibilite o cumprimento contratual.

As cláusulas de *hardship*, tal como a aplicação do artigo 437.º do Código Civil flexibilizam o princípio *pacta sunt servanda* e apresentam-se como cláusulas que “estabelecem um dever de renegociar o contrato em determinadas circunstâncias” ou como “aquelas que estabelecem um dever de renegociar um contrato quando

ocorrer uma modificação substancial das circunstâncias, modificação essa susceptível de afectar o equilíbrio do contrato”⁶.

O objectivo da introdução destas cláusulas é o equilíbrio do contrato, através da renegociação, da modificação, com vista à sua manutenção em detrimento da sua extinção.

Estas cláusulas têm de estar inseridas no contrato, funcionando o princípio da autonomia privada, introduzem um dever de renegociar, exigem a ocorrência de um acontecimento fundamental, o qual não se encontre coberto pelos riscos próprios do contrato. Na sua existência as partes são obrigadas a renegociar e a fazê-lo de boa fé. O contraente alegadamente lesado deve comunicar à contraparte que pretende a renegociação do contrato, a) de forma concreta e discriminando a ocorrência e a identificação do acontecimento que caracteriza o desequilíbrio contratual, b) a intenção de aplicar a cláusula de *hardship*, c) as consequências provocadas pelo desequilíbrio.

Uma última nota para reforçar a ideia de que as cláusulas desta natureza impõem um dever de renegociar de boa fé, que a má fé na renegociação pode, se provada (e não será fácil a sua prova, mas não é impossível), ser considerada violação do contrato e que, afastam, em princípio, a aplicação do regime da alteração das circunstâncias (só quando se mostrem esgotados, dentro de um quadro de razoabilidade, todas as possibilidades de renegociação, pode o Tribunal adaptá-lo ou resolvê-lo).

IV. Da extinção das relações jurídicas duradouras e de execução continuada – breve nota

Antes de entrar na análise de algumas questões que se têm levantado e na respectiva legislação a elas respeitante, deixaria uma breve nota sobre as particularidades existentes no regime de extinção de relações duradouras, pois é

⁶ GOMES, Júlio, “Cláusula de Hardship”, in *Contratos: Actualidade e Evolução: Actas do Congresso Internacional Organizado pelo Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa de 28 a 30 de Novembro de 1991*, MONTEIRO, António Pinto, Porto, Universidade Católica Portuguesa, “Cláusula de Hardship”, 1997.

em relação a estas, em oposição a relações instantâneas, que se coloca, com acuidade, a verificação de alterações das circunstâncias (não significa que não se possa colocar em relação a contratos instantâneos, mas cuja execução ainda não ocorreu, como por exemplo, viagens ou bilhetes para espectáculos).

Desde logo, vincar que, mesmo em situações em que não se verificam os pressupostos para a aplicação do regime da alteração das circunstâncias, é possível resolver os contratos com prestações permanentes, na medida em que não se pode impor às partes a perpetuidade do vínculo contratual⁷, admitindo-se mecanismos de flexibilização com a já referida obrigatoriedade de renegociação, com o propósito de evitar a extinção do vínculo. A denúncia pode ser imotivada ou *ad nutum* e pode aplicar-se em situações relacionadas com a perpetuidade do vínculo, mas também à duração excessiva num determinado contexto, justificando-se que a parte se desvincule no exercício da sua autonomia privada. A denúncia deve respeitar o equilíbrio das posições e pode ser motivada pela indeterminabilidade da duração contratual, mas também pode relacionar-se com a ponderação da ocorrência de determinadas circunstâncias.

Aquilo que mais nos interessará para a análise do artigo 437.º é a resolução contratual.

Podem, ainda, as partes resolver o contrato nas situações tradicionais de incumprimento.

Nos casos de resolução – e esta regra vale, igualmente, para a resolução por alteração das circunstâncias – não há, em princípio, retroactividade do efeito extinto, situação que encontra previsão no artigo 434.º do Código Civil.

Faz-se esta breve incursão, uma vez que, não obstante os requisitos para aplicação do instituto da alteração das circunstâncias sejam específicos daquele regime, optando-se pela resolução do contrato por alteração das circunstâncias, aplicam-se as regras gerais da resolução dos contratos, previstas nos artigos 432.º a 436.º do Código Civil, a qual opera mediante declaração à contraparte.

⁷ MARTINEZ, Pedro Romano, “Da cessação do contrato”, 226, Almedina.

V. Alteração das circunstâncias

No que respeita à modificação do contrato por alteração das circunstâncias, esta pode ocorrer judicialmente ou extrajudicialmente e encontra-se sempre balizada por critérios de equidade, em sentido estrito, isto é, o que se busca é recuperar, na medida do possível, o equilíbrio inicial da relação negocial (não se procura uma solução extrajurídica).

Não conseguindo as partes, proceder extrajudicialmente à modificação do contrato, havendo recurso aos Tribunais o ónus da prova compete à parte alegadamente lesada ou prejudicada, nos termos gerais definidos no artigo 342.º do Código Civil.

À parte activa, no âmbito do processo judicial, compete definir o pedido, se de modificação ou resolução, sendo lícito à parte passiva, no caso de ser peticionada a resolução, opor-se, declarando aceitar a modificação segundo juízos de equidade (esta modificação não pode, contudo, acontecer por iniciativa do Tribunal, sob pena de se proferir uma sentença nula, por desrespeito ao pedido formulado – artigo 609.º do Código de Processo Civil).

VI. Alguns contratos em particular

O tema de que se trata é vastíssimo, na mesma proporção da vastidão de contratos e tipos contratuais existentes, por isso, procederei a breve análise de alguns contratos em particular, mas, obviamente, não tenho a pretensão de, com este texto, os abranger a todos.

Não há dúvidas de que as pandemias são, em abstracto, susceptíveis de integrar o instituto da alteração das circunstâncias. Alguma doutrina faz uma divisão entre grandes e pequenas alterações das circunstâncias, integrando as pandemias no grupo das grandes alterações das circunstâncias, no entanto, esta distinção não assume qualquer relevo legal e também não tem merecido relevo jurisprudencial. Onde o legislador não distingue não caberá ao interprete distinguir.

Não obstante a existência de outros contratos a merecerem análise, destacarei alguns casos que, em particular, têm levantado mais celeuma social e jurídica, em consequência de todos os transtornos que a situação pandémica tem causado, sublinhando que é necessário distinguir as situações de impossibilidade criadas directamente pela pandemia e as situações de impossibilidade de cumprimento em função da legislação excepcional aprovada (e são mais de 100 os diplomas legais produzidos nestes últimos três meses).

a. Contratos de ensino com colégios privados

Nestes contratos surgiu, a dada altura, uma impossibilidade de prestar imposta por legislação excepcional, com a determinação de encerramento dos colégios, a qual não foi acompanhada – com sucedeu, por exemplo com os contratos de arrendamento em centro comercial ou para habitação ou com os contratos de mútuo bancário – de outras previsões legislativas, designadamente no que respeita ao cumprimento da contraprestação.

Estes contratos impõem aos colégios prestações principais de ensino e de guarda e outras prestações acessórias. Com o encerramento, os colégios ficaram numa situação de impossibilidade não culposa de cumprir as prestações a que se haviam contratualmente obrigado.

No contexto desta relação obrigacional duradoura ou de execução continuada assumida entre os encarregados de educação, os pais e os colégios, houve um hiato de tempo em que o devedor ficou impossibilitado de cumprir na totalidade, ou seja, houve uma situação de impossibilidade definitiva e parcial. Neste caso concreto, não pode deixar de se aplicar a solução prevista no artigo 790.º, n.º 1, do Código Civil, por via da qual os credores (encarregados de educação/pais) ficam desonerados de contraprestar, i.e., de realizar o pagamento da mensalidade. Não parece, salvo melhor opinião, ser de imputar o risco à esfera jurídica do credor. A situação impeditiva tem reflexos em ambas as esferas, tanto a do credor, como a do devedor, mas mais acentuadamente na esfera do devedor, uma vez que as actividades lectivas foram impedidas por lei.

A regra inscrita no artigo 790.º, n.º 1 “(...) equivale a fazer correr o risco do “pericimento” do crédito pelo credor, enquanto a obrigação não for cumprida. Com o cumprimento, a relação obrigacional extingue-se: quaisquer danos ficam, então, na esfera onde se verificarem. Nos denominados contratos bilaterais, o risco, de algum modo, distribui-se pelas partes: o credor vê desaparecer o seu direito pela impossibilitação da prestação, mas exonera-se da contraprestação, tendo a faculdade, se já a houver realizado, de a reaver nos termos do enriquecimento sem causa – artigo 795.º, n.º 1”⁸.

Neste contexto, em particular, não terá aplicação o instituto da alteração das circunstâncias, uma vez que a questão é directamente resolvida por norma legal geral.

Entretanto, em alguns níveis de ensino foram colocadas à disposição dos alunos aulas à distância. Neste contexto, uma das prestações principais – a do ensino – voltou a ser disponibilizada pelo devedor. No entanto, a prestação principal de guarda continuou impossibilitada, bem assim como as prestações acessórias (como alimentação, transporte ou actividades extracurriculares fornecidas pelo estabelecimento de ensino). É legítimo perguntar-se, neste quadro, se o credor volta a estar vinculado à prestação global contratada ou se a mesma deve sofrer um ajuste, uma diminuição em prol do equilíbrio das prestações. Mais uma vez, a solução encontra-se no regime geral, desta feita, do artigo 793.º, n.º 1 do Código Civil, que prevê uma redução proporcional da contraprestação. Há quem entenda⁹ que pode ser convocado o regime da alteração das circunstâncias, mas representado este uma solução de *ultima ratio*, e estando a questão resolvida por norma legal de cariz geral, em princípio, não se tornará necessário recorrer ao regime especial previsto no artigo 437.º do Código Civil. E, portanto, parece-me que este regime supletivo não terá aplicação, mas a questão não é unânime, há outras formas de encarar a solução para a questão, pelo que não fecho uma solução

⁸ CORDEIRO, António Menezes, RDS VI (2014), 2, 343-389 Direito bancário e alteração de circunstâncias, 361.

⁹ ATAÍDE, Rui Mascarenhas, O Direito dos Contratos privados face à crise pandémica, 2º videocast novo coronavírus, 22 de Abril de 2020, www.cidp.pt.

sobre a matéria. Parece-me, no entanto, que é mais favorável à parte a invocação desta redução do que se onerar a mesma com a alegação e prova de todos os elementos de que depende a aplicação do artigo 437.º.

E pergunta-se: pode o devedor resolver o contrato nas situações em que o ensino é prestado à distância? O n.º 2 do artigo 793.º dá-nos a solução: o credor pode resolver o negócio se, justificadamente, perder o interesse na prestação. Ora, nos contratos celebrados para actividade lectiva, sobretudo em níveis ou graus de escolaridade obrigatória (mas que também se aplica ao ensino superior), muito embora não seja impossível, dificilmente conseguirá o credor justificar a perda de interesse, na medida em que a resolução do contrato redundará no incumprimento de um dever geral de matrícula de todas as crianças em escolaridade obrigatória, que impende sobre os encarregados de educação/pais, regulado no D.L. 176/2012 (chamando-se particular atenção para o artigo 6.º, n.º 1).

b. Contratos de mútuo

Estes contratos, como sabemos, têm um risco específico associado. Para que tenha aplicação o disposto no artigo 437.º do Código Civil, a alteração das circunstâncias não pode ser subjectiva, na medida em que, neste caso, respeita à esfera de risco do devedor, como já se afirmou, é necessário que haja uma situação, como a presente, de saúde pública, que atinja a sociedade e a economia em geral. A pandemia diz respeito a todos, transcende a esfera de risco do contrato e a esfera de risco de um dos contraentes. Por esta razão, a aplicação do instituto não se encontra vedado aos contratos de mútuo, desde que verificados todos os elementos positivos e negativos intrínsecos à sua aplicação.

Na verdade, é o legislador que reconhece que a pandemia tem carácter excepcional e atinge a generalidade das pessoas, ao estabelecer uma moratória legal. O regime da moratória estabelecido no D.L. 10-J/2020, alterado D.L.26/2020, de 16.06 (reflexos na sua aplicação temporal, objectiva e subjectiva)¹⁰ não afasta,

¹⁰ “(...) que alarga a moratória dos créditos bancários de famílias, empresas, instituições particulares de solidariedade social e demais entidades de economia social, até 31 de Março de 2021, amplia a

necessariamente, o regime geral da alteração das circunstâncias, nomeadamente, mas não só, em relação às situações, objectiva e subjectivamente não incluídas no regime legal.

c. Contratos de arrendamento, em particular, os contratos de arrendamento de lojas em centro comercial

No que respeita aos contratos de arrendamentos chamo a atenção para a Lei 1-A/2020, de 19.03, a Lei 4-A/2020, de 06.04, a Lei 4-C/2020, de 06.04 e a Portaria 91/2020, de 19.04, que regulamentou a Lei 4-C/2020.

Em particular para a questão que vou tratar, brevemente, chamo a atenção para os artigos 7.º e 8.º da Lei 4-C/2020, de 06.04 e para o artigo 1040.º, n.º 1 e 2, do Código Civil.

O primeiro dos diplomas criou uma disciplina excepcional para vigorar durante o Estado de Emergência e no primeiro mês subsequente, tendo diferido o pagamento das rendas para os 12 meses posteriores ao termo do Estado de Emergência e estabelecendo um dever de pagamento das rendas mensais em prestações não inferiores a um duodécimo do montante legal pagas com a renda do mês em causa.

Ou seja, ao mesmo tempo que estabelece uma obrigação de encerramento e uma proibição de invocação desse fundamento para denúncia, resolução ou outra forma de extinção dos arrendamentos não habitacionais – Decreto 2-C/2020, de 17.04 – estabelece uma obrigatoriedade de realizar uma contraprestação, sem que se proporcione ao arrendatário exercer o seu comércio na loja instalada em centro comercial, cujas portas se encontram encerradas.

O que equivale a dizer que os lojistas, não obstante se encontrarem privados do uso e fruição do espaço na sua totalidade, estão obrigados ao pagamento da renda, ainda que diferida.

moratória aos cidadãos emigrantes, passa a considerar a quebra de rendimento quanto a qualquer elemento do agregado familiar e não apenas ao mutuário e a abranger todos os contratos de crédito hipotecário, bem como os contratos de crédito ao consumo para finalidade de educação”.

Numa primeira análise poderíamos ser levados a pensar que esta legislação extraordinária quebra, por completo, o sinalagma típico do contrato. Ou seja, não obstante, se estabelecer uma moratória no pagamento, esta poderia não parecer suficiente para justificar o equilíbrio das prestações.

À primeira vista, os pratos da balança da justiça pareciam ficar altamente desequilibrados com esta medida legislativa, afastando, inclusivamente, a solução prevista no artigo 1040.º, n.º 2, do Código Civil, que conduziria à redução do preço e que seria mais consentânea com a justiça intrínseca aos contratos sinalagmáticos. E o facto é que esta alteração legislativa era imprevisível.

Em todo o caso, e sem prejuízo de se entender que a redução da renda significaria uma solução mais equitativa, a verdade é que os contratos de arrendamento em centro comercial apresentam especificidades: o dono ou gestor do centro comercial não se limita a proporcionar o gozo daquele espaço delimitado onde se encontra a loja com as portas abertas ao público, proporciona outros serviços, como de limpeza, de segurança, de armazenamento dos bens, os quais não deixou de prestar. Os lojistas não foram obrigados a retirar os bens que detinham nas lojas ou armazéns anexos, o locador não passou a usar ou gozar esses espaços, os quais juridicamente se mantiveram na esfera do locatário.

Acresce que nestes contratos é habitual que a contraprestação pelo uso e fruição do espaço se divida em duas partes: uma parte de montante fixo e uma parte de valor variável, de acordo com o volume de vendas de cada mês, a significar que as partes fixam um clausula de risco, que será, ela própria, equilibradora das prestações. Neste contexto, a própria paralisação da actividade já introduz a “redução” da contraprestação, gerando um tendencial equilíbrio contratual.

Pelas razões apontadas – e embora admitisse como mais razoável uma solução de redução das rendas – não me parece que se possa falar em quebra total de sinalagma, introduzida pelo legislador.

Em termos práticos, porém, se pensarmos a médio e longo prazo, sendo esta uma solução que visou, sobretudo, proteger a posição jurídica e financeira dos centros comerciais, se os lojistas, porque deixaram de levar a efeito o seu comércio,

enfrentarem situações económicas difíceis, que podem, inclusivamente, conduzir à insolvência ou ao encerramento do negócio, num futuro próximo, esta solução comprometerá igualmente os centros comerciais, na medida em que os espaços que disponibilizam não ficarão preenchidos e deixarão de ter procura. Se grupos, como a *Inditex*, segundo o noticiado, se encontra em processo de reestruturação interna, atentos os prejuízos sofridos, pretendendo fechar algumas lojas e manter apenas as mais pequenas, imagine-se o que não será do pequeno lojista, por exemplo de uma florista, que durante três meses, não pôde exercer o seu comércio.

As próprias partes, designadamente os credores das rendas, parecem entender que esta não é uma solução totalmente equilibrada: tem sido objecto noticioso, quer o desagrado da Associação de Marcas de Retalho e Restauração, no que respeita à repartição dos sacrifícios¹¹, quer a renegociação dos contratos, por exemplo pelo *Almada Forum*, que estará em processo de negociação com os lojistas, reduzindo ou perdendo rendas, mediante o prolongamento dos contratos¹².

Por fim, alerta-se, ainda que sumariamente, para os seguintes tipos contratuais.

d. Contratos de empreitada

Além da previsão genérica do artigo 437.º, alerta-se para a previsão específica, em caso de alteração das circunstâncias, a que alude o artigo 1115.º do Código Civil. Anota-se, ainda, que, apesar da legislação de emergência não proibir a realização ou execução de empreitadas, não significa que estes contratos não sofram perturbações, designadamente causadas por falta de meios para cumprir (matérias primas), por aumento excessivo do custo das matérias primas ou da mão-de-obra, por impossibilidade de acesso ao local onde a obra deveria ser realizada, etc., podendo, nestes casos as partes recorrer ao instituto da alteração anormal das circunstâncias para a solução do problema.

¹¹ Jornal “Expresso”, de 22 de Junho de 2020.

¹² “Jornal de Negócios”, de 23 de Junho de 2020.

e. Contratos de seguro

Anota-se a possibilidade de desvinculação em situações de agravamento excessivo do risco – artigo 446.º do Código Comercial.

f. Contratos de viagem organizada

Estes contratos caracterizam-se, sumariamente, pela situação de combinação de dois tipos diferentes de serviços para efeitos de uma mesma viagem ou férias.

Sem proceder ao aprofundamento que este tipo contratual merecia, não podemos deixar de alertar para a violação da Directiva Comunitária EU/2015/2302 (CE), 25.11.2015 (artigo 12.º, n.º 2), transposta para o nosso ordenamento jurídico pelo D.L. 17/2018, que consagra (artigo 25.º) um direito ao arrependimento, exercido antes do início da viagem, pelo D.L.17/2020, de 23.04 (artigo 3.º), no que respeita à emissão e aceitação de vales ou reagendamento das viagens. Por outro lado, gostaria de anotar a circunstância de, nos termos do artigo 27.º, n. 1, alínea b), do D.L. n.º 17/2018, a agência de viagens poder fazer extinguir o contrato se for impedida de o executar por causa de circunstâncias imprevistas ou excepcionais, havendo, pois, previsão específica neste regime especial para circunstâncias respeitantes a situações excepcionais, imprevistas e inevitáveis. As circunstâncias anormais ou supervenientes podem ocorrer no decurso da viagem, sendo certo que, para tais situações, o legislador também consagrou solução no primeiro Decreto-Lei citado.

VII. A jurisprudência dos nossos Tribunais Superiores (breve nota)

Na jurisprudência que consultei¹³, na esmagadora maioria dos casos, o instituto da alteração das circunstâncias não é aplicado por falta de verificação de todos os requisitos ou elementos, que são de aplicação cumulativa.

¹³ Todos os Acórdãos estão disponíveis em www.dgsi.pt.

Por outro lado, há Acórdãos que afastam o regime da alteração das circunstâncias, atenta a confusão que se faz com as situações de erro da base do negócio. Estas são situações que se referem a uma fase congénita do negócio (ao passado ou presente) e tem uma base subjectiva, unilateral, enquanto que a alteração superveniente das circunstâncias (futura) tem uma base objectiva. A alteração das circunstâncias serve para resolver ou modificar contratos válidos, o que não sucede quando há erro sobre a base do negócio, cuja previsão se encontra no artigo 252.º, n.º 1, do Código Civil. O erro não é uma circunstância superveniente. Além de que, não podemos esquecer que a aplicação do instituto da alteração das circunstâncias é residual, de *ultima ratio*, não existindo, neste particular, divergência jurisprudencial ou doutrinária.

O Prof. Menezes Cordeiro, a este respeito, refere-se à necessidade de depurar do artigo 437.º o erro, as esferas de risco, o instituto do enriquecimento sem causa, precisamente devido ao carácter supletivo deste instituto.

Este instituto, como referi ao longo do texto, vive em tensão permanente entre o princípio da autonomia privada e o da boa fé.

a. Aplicação do instituto da alteração das circunstâncias

- Assento 4/92, de 17.12 – decidiu-se que, por via das alterações no quadro económico, financeiro e cambiário, as taxas de juro subiram, o que fundamentou a extinção do cumprimento por parte do Estado português quanto à manutenção da taxa de juro de 6%, a que se referia a Lei Uniforme.
- Acórdão do STJ, de 16.04.2002 – quebra de confiança: “Quando, numa relação duradoura, o comportamento de uma das partes é susceptível de minar a confiança que esteve na base do negócio, pode a outra parte resolvê-lo por alteração das circunstâncias.”
- Acórdão do STJ, de 19.12.2007 – alteração grave da base do negócio, aplicação do instituto: “Verificam-se os pressupostos da resolução do contrato por alteração das circunstâncias, nos termos previstos no

artigo 437.º do Código Civil, no circunstancialismo em que se apura que a ré instituiu em Regulamento, em 1979, um “regime facultativo de concessão de pensões complementares de reforma por invalidez ou velhice e de sobrevivência”, que podia ser suspenso por razões económico-financeiras ponderosas, e desde 1994 a mesma ré se debate com dificuldades económicas, vem entabulando negociações com vista a consolidar o passivo, está a regularizar os pagamentos em dívida à Segurança Social e, num esforço de recuperação económica, vem mantendo desde tal data uma política de contenção de despesas, tendo, nessa sequência, revogado o Regulamento sobremencionado.”

- Acórdão do STJ, de 10.01.2013 – crise financeira, contratos de *swap*: “Nos contratos, como os referidos em I em que as partes visam justamente negociar sobre a incerteza, o risco fornece o próprio objecto contratual pelo que a alteração das circunstâncias tem de ser de apreciável vulto ou proporções extraordinárias: o prejuízo só justifica a resolução ou modificação do contrato quando se verifique um profundo desequilíbrio do contrato, sendo intolerável com a boa-fé que o lesado o suporte.” O Acórdão da Relação de Guimarães, confirmou a decisão da primeira instância: “(...) veio a ser proferida sentença que, com fundamento na alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar, julgou a acção procedente e, em consequência, declarou a resolução do contrato de *swap* de taxa de juro com barreira celebrado pelas partes, condenando o réu a restituir à autora a quantia de € 44.709,38 acrescida dos juros de mora que se vencerem desde a citação até efectivo cumprimento.”
- Acórdão do TRC, de 13.05.2014 – crise financeira: “Nas actuais circunstâncias, assim imprevisível, anormal e relevantemente alteradas pela crise económico-financeira, a previsão da A., de

encetar e concluir a construção dos apartamentos – e, sobretudo, de vendê-los – até cerca de um ano e meio após a realização da prometida escritura pública, deixou de ter fundamento. Sendo certo que a situação não se alterará a curto e médio prazo, a celebração da prometida escritura pública de compra e venda implicaria a disposição imediata, por parte da A., de uma quantia monetária muito elevada (€ 1.349.800,00) que, face às actuais expectativas económicas, dificilmente lhe estaria acessível e, sobretudo, dificilmente recuperaria. Não há quaisquer indícios de que a não realização da escritura pública de compra e venda nos prazos previstos no contrato promessa, bem como o protelamento da situação por tão grande período de tempo, seja da responsabilidade da A. que, inclusivamente, em Fevereiro de 2009, porventura ainda na ignorância da dimensão da crise, promoveu a notificação judicial avulsa do R. para ser dado cumprimento ao contrato promessa. Exigir, nestas circunstâncias e nesta data, que a A. cumpra o contrato promessa, com as obrigações que tal cumprimento comporta, parece-nos afectar gravemente os princípios da boa fé, sendo certo que não estamos perante um contrato aleatório, não podendo considerar-se coberta pelos riscos próprios do contrato a exigência de cumprimento. Mostram-se, pois, reunidos os requisitos da resolução do contrato promessa de compra e venda celebrado entre a A. e o R., referido no ponto 1. do elenco da factualidade assente, por alteração anormal das circunstâncias que estiveram na base do negócio.”

b. A não aplicação aos casos concretos do regime legal estabelecido no artigo 437.º do Código Civil

- Acórdão do STJ, de 10.01.2013 – Erro e falta de verificação dos requisitos: “É necessário que haja uma correlação directa e

demonstrada factualmente entre a crise económica geral e a actividade económica concreta de determinado agente para que se possa falar de uma alteração anormal das circunstâncias”.

- Acórdão do STJ, de 02.10.2014 – Erro e modificação: “(...) a referida remissão para a disciplina constante do artigo 437.º tem de ser vista com as necessárias adaptações, que tenham na devida conta a estrutural diferenciação entre um negócio inválido por vício congénito da vontade de algum dos contraentes e um negócio juridicamente válido, mas cujo equilíbrio patrimonial e funcionalidade própria foram supervenientemente afectados por drástica alteração das circunstâncias envolventes”.
- Acórdão do STJ, de 10.07.2012 – Contratos integralmente cumpridos: “A invocação do direito de resolução ou de modificação do contrato por alteração das circunstâncias nos termos do artigo 437.º do Código Civil, é insusceptível de abarcar contratos cujas obrigações já tenham sido integralmente cumpridas, como acontece com um contrato de compra e venda de um prédio em que a transferência do direito de propriedade se operou simultaneamente com o pagamento do respectivo preço.”
- Acórdão do TRE, de 18.10.2018 – quanto ao título executivo: “Analisando este circunstancialismo só podemos chegar à conclusão de que se não mostram verificados os requisitos para que o título executivo seja modificado, quanto à quantia que foi objecto da execução, por alteração das circunstâncias em que as partes decidiram contratar. Com efeito, o facto de um dos contraentes não ter cumprido o que estipulava a cláusula 5ª de um contrato que não foi dado à execução, sendo mesmo prévio ao título executivo, significa que poderá, eventualmente, ser fonte de uma obrigação de indemnizar por violação desse contrato. Mas não tem a virtualidade de operar a modificação do título

executivo, uma vez que, para além de se não mostrarem reunidos os requisitos do artigo 437.º do C.C., a cláusula acima transcrita nem sequer consta da escritura pública dada à execução, sendo-lhe absolutamente exterior. Acresce que se entende como evidente que o eventual não cumprimento da cláusula 5ª do dito contrato, se inscreve na esfera do risco inerente à celebração de qualquer contrato, não sendo, por isso, imprevisível, como o exige o instituto da modificação do contrato por alteração das circunstâncias.”

- Acórdão do TRC, de 06.12.2016 – alegação apoiada no erro. Nada havia sido peticionado em relação à alteração das circunstâncias, razão pela qual não poderia o Tribunal sobrepor-se à vontade processualmente manifestada pela parte activa, através do pedido formulado: “A situação fáctica que logrou demonstrar-se poderia revelar, quanto muito, uma situação de alteração das circunstâncias integrantes daquela base negocial ocorrida depois de conclusão do negócio impugnado, alteração superveniente essa que não permite a convocação do referenciado instituto do erro sobre a base negocial que, como visto, pressupõe a contemporaneidade do erro com o momento daquela conclusão. Por outro lado, não deve este Tribunal da Relação sequer equacionar a possibilidade de convocar e aplicar à situação em apreço o regime dos artigos 437.º a 439.º do Código Civil, pois que: *i*) os autores jamais peticionaram a resolução ou modificação do contrato por alteração superveniente e anormal das circunstâncias integrantes da base negocial, com as limitações daí decorrentes do princípio do pedido (artigo 609.º, n.º 1 do Novo Código de Processo Civil); *ii*) não foi esse o fundamento com base no qual foi decretada pelo tribunal

recorrido a anulação do negócio impugnado, não sendo suscitada nas contra-alegações e respectivas conclusões, por exemplo ao abrigo do artigo 636.º, n.º 1, qualquer questão referente à aplicação, mesmo que subsidiária e para o caso de improcedência do pedido de anulação do negócio impugnado, do regime daqueles normativos, estando essa questão, por isso, fora do objecto do recurso; *iii*) nas contra-alegações os autores sustentam que o regime jurídico do erro sobre a base negocial é aquele que deve aplicar-se aos factos provados (*conclusões 32.ª a 34.ª*), sem nunca se invocar a resolução ou modificação contratual com fundamento em alteração superveniente e anormal da base negocial.”

- Acórdão do TRC, de 03.05.2016 – as partes apenas invocaram, em geral, a existência da crise imobiliária. Por outro lado, a parte alegadamente lesada encontrava-se em mora, o que afasta a aplicação do artigo 437.º, tal qual resulta expressamente do artigo 438.º.
- Acórdão do TRL, de 08.03.2018 – não se aplicou o instituto da alteração das circunstâncias, com o seguinte fundamento: A alteração das circunstâncias apenas se tinha por verificada no plano do contrato de permuta, em que não haviam participado os promitentes-vendedores. Pelo que se concluiu que não podia conduzir à resolução ou modificação do contrato-promessa de compra e venda, por ser estranha à base do negócio em que ambas as partes contraentes (promitentes-vendedores e promitentes-compradores) fundaram a decisão de contratar e por estar coberta pelos riscos próprios do contrato (promessa de venda de bem futuro alheio).
- Acórdão do TRL, de 19.02.2015 – Considerou-se que a última “(...) crise financeira pela sua dimensão, pela sua antecipabilidade

generalizada e pelo facto de ser global constituía uma alteração anormal e superveniente das circunstâncias em que as partes fundaram a vontade de contratar, previsto no artigo 437.º, n.º 1, do Código Civil, que, todavia, não aproveita à parte lesada que está em mora.”

VIII. Conclusão

No quadro da actual crise não há dúvidas que a pandemia representa uma alteração das circunstâncias e que integra, em abstracto, o quadro legal do artigo 437.º do Código Civil.

A maior ou menor aplicabilidade do instituto da alteração das circunstâncias à presente crise pandémica/de saúde pública e com reflexos económico-financeiros e contratuais fortíssimos, resultará sempre da alegação levada a efeito, que não deve descurar a enunciação concreta e precisa de nenhum dos elementos, dependerá do risco próprio dos contratos, do seu conteúdo concreto e da legislação existente (de emergência ou não) que regule a matéria. É necessário analisar contrato a contrato, conteúdo a conteúdo, de modo a integrar a formulação aberta do instituto da alteração das circunstâncias, a levar a efeito pelo julgador.