

Modificação ou resolução dos contratos por alteração das circunstâncias, no contexto da pandemia COVID-19 (breve anotação ao regime da lei civil)

ALBERTO DE SÁ E MELLO *

1. Coexistem, no Direito civil português, um princípio e uma regra que podem resultar em soluções distintas, mesmo opostas, aquando da execução dos contratos. O princípio *pacta sunt servanda* (“os pactos são para ser observados / os pactos devem ser cumpridos”), com origem no Direito canónico. A regra (ou cláusula) *rebus sic stantibus* (à letra, “estão assim as coisas”¹), segundo a qual as partes celebram um acordo tendo em conta a situação de facto existente no momento da sua celebração, podendo assim invocar a alteração dessa situação de facto como razão da alteração ou rompimento do pacto, quando ocorram mudanças substanciais extraordinárias e imprevisíveis que rompam o equilíbrio do acordo, trazendo vantagem a uma das partes e causando grande prejuízo / lesão enorme à outra parte.

Será que a superveniência da pandemia COVID-19, em 2019-2020, tida como imprevisível até pouco tempo antes da sua eclosão, justifica que se modifiquem ou resolvam os contratos negociados e celebrados quando o contexto era outro?

JURISMAT, Portimão, 2020, n.º 12, pp. 247-255.

* Doutor em Direito. Professor catedrático convidado da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias (ULHT – Lisboa) e do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes (ISMAT – Portimão). albsamello@netcabo.pt

¹ *Contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur* (os contratos com execução continuada devem ser entendidos à luz das circunstâncias do momento da sua negociação e celebração), fórmula do Digesto.

2. O Código Civil português (C.Civil) contém normas que, aparentemente, acolhem a cláusula *rebus sic stantibus*. Referem-se à *base do negócio* como enformadora e determinante da vontade negocial:

- a) o art. 252º/1: o erro que recaia nos “motivos determinantes da vontade” só é causa de anulação se as partes houverem reconhecido, por acordo, a essencialidade do motivo – aqui *não* se alude às circunstâncias envolventes, ao contexto da celebração do negócio, mas à motivação pessoal das partes, aos pressupostos subjectivos da celebração; neste caso, se estes estiverem frustrados, a vontade considera-se viciada e o negócio é anulável;
- b) o art. 252º/2: se o erro recair sobre as “circunstâncias que constituem a base do negócio”, aplica-se ao erro do declarante o regime da resolução ou modificação por alteração das circunstâncias vigentes à data da conclusão do negócio – aqui alude-se às circunstâncias, à envolvente da celebração do contrato, que supostamente condicionou os termos do estipulado e mesmo a sua celebração;
- c) o art. 437º/1: esta outra norma apela a um fôlego diferente, já que tem nada menos do que seis pressupostos cumulativos de aplicação:
 - i) se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar
 - ii) tiverem sofrido uma alteração anormal,
 - iii) a parte lesada tem direito à resolução do contrato
 - iv) ou à modificação dele segundo juízos de equidade,
 - v) desde que a exigência do cumprimento das obrigações por ela (parte lesada) assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé
 - vi) e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato.

O Código Civil, por outro lado, faz questão de acolher o princípio de pontualidade no cumprimento das obrigações, que decorre do *pacta sunt servanda*. O art. 406º consagra: os contratos devem ser *pontualmente cumpridos* e só por mútuo consentimento dos contraentes podem modificar-se ou extinguir-se.

Como conciliar estas regras? Vamos dissecar os elementos de uma e outra no Direito português.

3. Quando se refere à *base do negócio*, mencionam-se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar, a “Geschäftsgrundlage”.

Mas só é aqui relevante a alteração *superveniente* dessas circunstâncias. Se a discrepância entre os que as partes queriam / consideravam e a realidade for anterior ou contemporânea da celebração do contrato, se for originária, há *erro*.

Interessam à nossa exposição os casos em que tal discrepância se verifica *após* a celebração do negócio, já durante a sua execução / cumprimento.

Esta discordância entre realidade e vontade contratual deve ser *objectiva*, não pode ter em conta as previsões ou pressuposições individuais dos contraentes: o futuro é, por definição, imprevisível, não há erro sobre o futuro.

Recorreu, então, Oertmann à *teoria da base do negócio*. Clarifiquemo-la.

Se as partes, logo no momento da celebração do negócio, se baseiam numa situação que não é real, haverá erro sobre a base do negócio (art. 252º/2 C.Civil). Por exemplo, A, julgando ter sido contemplado com um prémio de lotaria, compra a B uma casa cujo custo está muito para além dos seus recursos normais; A enganara-se e não é premiado: o contrato de compra e venda é anulável? Parece que não. As motivações pessoais de A, desde que não partilhadas por B e por ambos assumidas como pressuposto essencial daquela compra e venda, são irrelevantes para a subsistência do negócio. Mas não é a isto que a lei refere como “base do negócio”.

Segundo o próprio Oertmann, por base do negócio deve entender-se as circunstâncias em que se baseia a vontade negocial. Estas circunstâncias devem ser reconhecidas por ambas as partes e estar patentemente reflectidas no negócio concluído (por exemplo, mediante *considerandos* antepostos ao clausulado). Como diz Menezes Cordeiro,² as circunstâncias devem ser objectivas, não aspirações subjectivas. É irrelevante, para este efeito, o que as partes sonham ao celebrar o contrato, antevendo o futuro.

Assim, as circunstâncias em que as partes fazem assentar a celebração do negócio devem estar expressas no contrato ou ser avaliáveis objectivamente pelo senso comum.

Ora, a “base do negócio” é uma abstracção. As circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar devem ser:

- a) densificadas, mediante estipulação expressa, reflectida, por exemplo e como dissemos, nos *considerandos* contratuais; ou
- b) ser objectivamente avaliáveis, nomeadamente por serem evidentes (por exemplo, se a pandemia COVID-19 implicar uma quebra in comportável de receitas a uma empresa – irrecuperável em tempo de o contrato ser pontualmente cumprido –, deve afirmar-se que há uma alteração da base do negócio se se demonstrar que, mediante uma comparação objectiva, não era essa a situação da empresa no período, mais ou menos longo de acordo com o que exigir a análise fria dos números, imediatamente anterior.

4. A alteração das circunstâncias deve ser *anormal*.

² *Tratado de Direito Civil IX*, 3ª ed., Coimbra, 2017, n.º 270, p. 660.

A lei exige que se trate de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, não pela parte lesada, mas objectivamente imprevisíveis.

Oliveira Ascensão³ dá dois exemplos: a) quem investe na Bolsa está sujeito aos riscos da oscilação das cotações, mas o encerramento das Bolsas é uma ocorrência extraordinária; b) se se aposta na vitória de uma equipa de futebol num jogo, arrisca-se perder, mas se a derrota for devida à morte de toda a equipa principal num desastre de avião, que força o clube a jogar com as segundas linhas, há uma alteração anormal das circunstâncias. Assim, a base do negócio deve ser rompida por eventos objectivamente imponderáveis.

5. A base do negócio deve ser *bilateral*. Isto não se confunde com o facto de a alteração das circunstâncias poder beneficiar uma das partes e prejudicar só a outra, já que isto voltaria a ser ponderar a *motivação* das partes. Vejamos.

A pandemia COVID-19 atinge objectivamente todas as partes nos seus cálculos e previsões na avaliação dos riscos do negócio, muito embora possa, em concreto, prejudicar apenas uma delas. Por exemplo, o *lay-off*, com redução do encargo salarial a 30% de 2/3 da retribuição, pode até ter favorecido objectivamente a tesouraria de empregadores em dificuldades, mas afecta todas as partes envolvidas, já que as “regras do jogo” mudaram.

6. Como dissemos, a alteração (das circunstâncias) deve ser *anormal*. Isto não significa subjectivamente imprevisível (a lei brasileira fala de “acontecimentos extraordinários e imprevisíveis”). Significa apenas que as circunstâncias em que as partes se basearam, em que fizeram assentar a celebração do negócio, sofreram uma modificação que o curso anterior da realidade não deixava prever: os terramotos e as doenças pandémicas fazem parte da História da Humanidade, mas a sua ocorrência, quando devastadora, não deixa de ser anormal; os terramotos são acontecimentos anormais, ainda que se viva numa zona com uma falha sísmica; as doenças pandémicas são imponderáveis numa sociedade em que a maior parte das doenças é controlável e está controlada.

7. O contrato pode ser *resolvido ou modificado*.

Deve ter-se presente o princípio geral de direito contratual: o da conservação ou aproveitamento do negócio jurídico. Este justifica a redução dos negócios quando

³ *Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil*, <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-Oliveira-ALTERACAO-DAS-CIRCUNSTANCIAS-E-JUSTICA-CONTRATUAL-NO-NOVO-CODIGO-CIVIL.pdf>, acedido em Maio de 2020, n.º 5, p. 14.

estejam só parcialmente viciados, com aproveitamento da parte não viciada (art. 292º C.Civil). Aquele também é razão da conversão dos negócios viciados em outros de cujo tipo reúnam, sem vícios, os elementos suficientes (art. 293º C.Civil). Assim, se o negócio puder ser aproveitado sem a parte que provoca a “lesão enorme”, sem a parte que o desequilibra para além do risco aceitável, deve ser apenas modificado.

A modificação pode ser quantitativa (por exemplo pela redução do preço ou supressão de cláusulas). Já é questionável se também pode ser qualitativa, com modificação de cláusulas. Estamos com Oliveira Ascensão,⁴ quando afirma que a modificação de cláusulas só pode ocorrer por acordo das partes ou quando a lei a imponha, como entendemos ser o caso da redução *ope legis* dos juros usurários (art. 1146º/3 C.Civil).

Pode haver resolução do contrato: é o exemplo clássico do que ocorre quando se resolve o contrato de arrendamento de uma varanda locada para ver passar um cortejo cancelado.

A lei civil portuguesa é expressa na imposição da conservação do contrato afectado pela alteração anormal das circunstâncias, mediante a aceitação da sua modificação (art. 437º/2 C.Civil), nos termos que a seguir veremos.

8. A lei refere que a resolução ou modificação pode ocorrer a requerimento da “parte lesada”.

Oliveira Ascensão e Menezes Cordeiro⁵ remetem para o conceito de “*lesão enorme*” para uma das partes. A lei consagra-o ao referir que a alteração deve ser desproporcionada, atendendo aos “riscos próprios do contrato”. De facto, se a lesão for bilateral, não há desequilíbrio contratual inexpectável e injusto.

9. A lei refere que a exigência do cumprimento das obrigações emergentes do negócio “vitimado” pela alteração anormal das circunstâncias deve “afectar gravemente os princípios da *boa fé*”.

Oliveira Ascensão⁶ refere que o recurso ao conceito de boa fé foi um expediente dos intérpretes germânicos na ausência de base legal: desaconselha-o. Entendemos que a modificação ou resolução dos contratos por alteração das circunstâncias visa corrigir um desequilíbrio no plano contratual, derivado de acontecimentos imprevisíveis dado o quadro habitual expectável de evolução da realidade.

⁴ Ob. cit., n.º 7, p. 20.

⁵ Menezes Cordeiro, ob. cit., n.º 277, p. 687; Oliveira Ascensão, ob. cit., n.º 8, p. 23.

⁶ Oliveira Ascensão, ob. cit., n.º 9, p. 25.

Não pode a correcção de desequilíbrio provocar um novo desequilíbrio de sinal contrário. O parâmetro deve ser análogo ao que determina a restituição por enriquecimento sem causa (art. 479º C.Civil): a medida do empobrecimento de um, até ao limite do enriquecimento do outro.

10. O critério a usar para a modificação do contrato é, segundo a lei civil, o da *equidade*.

A equidade é, na acepção tradicional, a justiça do caso concreto. Aplicada a este instituto, a decisão segundo a equidade significa que só a análise das circunstâncias de cada caso concreto, nunca uma valoração genérica, pode resolver os diferendos sobre resolução ou modificação de contratos por modificação das circunstâncias.

Aplicado ao nosso problema, isto significa que a resolução ou modificação de cada contrato deve ser decidida caso a caso. Não serve formular-se um juízo genérico sobre se a pandemia COVID-19 mudou globalmente a circunstância de *todos* os contratos negociados e concluídos antes da pandemia: este juízo é imprestável à solução do nosso problema.

11. Nos termos do art. 438º C.Civil, “a parte lesada não goza do direito de resolver ou modificar o contrato se estava *em mora* no momento da verificação da alteração das circunstâncias.

Esta norma não pode ser de aplicação generalizada e cega: só perderá o direito à resolução ou modificação do contrato a parte lesada em mora que, com a sua mora, tenha colocado o contrato sujeito a uma alteração das circunstâncias que, de outro modo, se teria verificado com a obrigação já cumprida. Aplicado ao nosso problema, se A se atrasar culposa e injustificadamente a entregar mercadoria e, por causa da proibição de voos para um determinado país no âmbito das restrições devidas ao COVID-19, tal entrega se tornar impossível, já não pode prevalecer-se da faculdade de resolver ou modificar o contrato por alteração das circunstâncias; se, pelo contrário, se tratar de uma entrega fraccionada e prologada no tempo e as prestações vincendas se impossibilitarem por causa da pandemia, o atraso na realização de uma delas não implica que “o remanescente” do contrato seja alterado, pois não é a mora do devedor que o coloca exposto à alteração superveniente das circunstâncias.

A regra sobre *risco* em caso de mora (art. 807º C.Civil) parece dar apoio a esta posição: só se a mora do devedor for causa da perda ou deterioração daquilo que deveria entregar é que o risco desse perecimento o responsabiliza, ainda que esta perda não lhe seja imputável (n.º 1). Já se se verificar que, com ou sem mora, o credor teria sempre sofrido os danos, este só responde pela perda ou deterioração do objecto da prestação se esta lhe for directamente imputável (n.º 2) – é um caso de relevância negativa da causa virtual. Aplicado ao nosso problema, só não poderá

resolver ou modificar o contrato a parte lesada que se encontre em mora se não conseguir provar que, com ou sem mora, a alteração das circunstâncias devida à pandemia sempre atingiria o plano de cumprimento da obrigação contratual.

12. Diz-se que “um Homem é ele mesmo e a sua circunstância”.

Como realidade viva, os contratos também se subordinam à vontade autónoma e livre manifestada no convencionado. Mas não uma autonomia da vontade abstracta e puramente formal: a vontade das partes, expressa nos contratos, deve ser integrada pelas circunstâncias em que se manifestou; se o enquadramento circunstancial da manifestação da vontade contratual sofre uma alteração anormal e imprevisível naquele contexto, o contrato pode ser revisto, recompondo-se o equilíbrio contratual pré-existente que se perdeu com a modificação das circunstâncias.

Pode um comprador de um automóvel, que já o tenha recebido, resolver o contrato porque, por hipótese, o preço da gasolina sobe, entretanto, estratosféricamente? Não, como esclarece Menezes Cordeiro:⁷ a alteração das circunstâncias dá-se na esfera do risco exclusivo do comprador-proprietário (*res domino suo perit*: o risco da perda de coisas corpóreas corre por conta do proprietário).

O regime do art. 437º C.Civil só se aplica a contratos de execução continuada e, acrescentamos nós, apenas em relação à parte do contrato que falte executar à data da alteração das circunstâncias. Não faz sentido alterar a parte já executada do contrato, salvo se a alteração de circunstâncias afectar *todo* o plano do cumprimento da obrigação.

As regras sobre risco aplicam-se em detrimento das do art. 437º: aquelas decorrem do princípio *ubi commoda, ibi incommoda*. O art. 437º só se aplica quando a alteração de circunstâncias “não estiver coberta pelos riscos próprios do contrato”: a estipulação das partes quanto ao risco afasta a aplicação deste preceito; havendo mora, dá-se a inversão do risco (art. 438º).

13. Falando da jurisprudência sobre este tema, o Supremo Tribunal de Justiça português (STJ), em 1975,⁸ determinou que um contrato com o preço indexado ao valor do ouro deveria ser alterado por se ter verificado uma subida excepcionalmente exorbitante do valor daquele metal face aos preços em geral: as partes, ao recorrer àquele índice, teriam precisamente querido precaver-se contra subidas de preço inesperadas, procurando um valor estável; a indexação ao valor do ouro contrariava, nesta particular situação, o princípio da boa fé.

⁷ Menezes Cordeiro, ob. cit., n.º 279, p. 690.

⁸ *Apud*, Menezes Cordeiro, ob. cit., n.º 288, p. 707.

No caso dos contratos de seguro, a lei visa imputar apenas a uma das partes certos riscos, não todos – uma pandemia de COVID-19 não é apenas uma doença, é uma ocorrência não coberta pelos riscos próprios de um normal seguro de saúde.

14. A nosso ver, a *protecção da confiança*, como decorrência do princípio da boa fé, serve para “medir” as circunstâncias na base do contrato cuja alteração pode conduzir à resolução ou modificação deste.

A tutela da confiança, como é sabido, bloqueia o abuso do direito. A protecção da confiança pode bloquear, como abusivo, o direito de resolução ou modificação dos contratos, quando contrário aos ditames da boa fé.

Pode exigir-se a resolução ou modificação do contrato, quando o modelo contratual alcançado pelas partes entre em crise, desequilibrando-se face às novas circunstâncias vigentes no caso concreto, em colisão com o que seria exigível das partes vinculadas pelos ditames da boa fé, devendo repor-se o que é equitativo no caso concreto. Isto sintetiza a fórmula do art. 437º.

15. As “grandes alterações de circunstâncias”, do quadro geral do negócio, são pouco propícias a justificar a modificação de contratos pontuais.

O 25 de Abril de 1974, com a queda do regime, a descolonização, as nacionalizações ou expropriações de terras, não conduziu o STJ à aplicação do art. 437º. A crise económica de 2009-2014 já encontrou o STJ mais permeável à aplicação do regime consagrado neste preceito.

A decisão de uma situação de acordo com o art. 437º deve ter em conta, nas “grandes” alterações sócio-económicas, que a decisão da sua aplicação com esse fundamento num caso concreto determina a sua aplicação em *todos* os casos que tenham vivido / experienciado a mesma grande alteração sócio-económica. O STJ tem sido justificadamente parcimonioso na aplicação do art. 437º.

Nós restringiríamos a aplicação do art. 437º, perante a evidência de uma alteração de circunstâncias anormal (como a súbita eclosão da pandemia COVID-19), aos casos pontuais em que o equilíbrio contratual se tenha alterado ou rompido com prejuízo manifesto de uma das partes, para quem a exigência de cumprimento do contrato nessas condições comporte danos obviamente causados por esse desequilíbrio que não seja legítimo exigir-se-lhe que suporte em face da normal distribuição do risco naquele tipo de contrato e perante as circunstâncias concretas da sua celebração.

Os contratos civis são contratos entre iguais. As grandes alterações sócio-económicas, como as que podem decorrer da pandemia COVID-19, só justificam a modificação ou resolução de um contrato se, naquele caso concreto, se romper o

equilíbrio contratual com lesão enorme para uma das partes que torne inexigível, pela boa fé, o cumprimento da obrigação assumida, e – se e só se – quando a distribuição do risco contratual faça inadmissível que a outra parte, que também é atingida pelos efeitos da pandemia, suporte as consequências de tal resolução ou modificação contratual