

ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS E JUSTIÇA CONTRATUAL NO NOVO CÓDIGO CIVIL

Sumário: 1. *Rebus sic stantibus*, base do negócio, onerosidade excessiva; 2. O voluntarismo e os esforços de uma superação por via subjectivante dos resultados; 3. A preocupação com a justiça do conteúdo no séc. XX; 4. Onerosidade excessiva e facto superveniente; 5. Qualificação do facto superveniente; 6. A imprevisibilidade; 7. Resolução e modificação do contrato; 8. “Manifestamente”; 9. Alteração das circunstâncias e boa fé; 10. A equidade como critério; 11. A mora do lesado; 12. Actuação em juízo?

13. CONCLUSÃO.

1. *Rebus sic stantibus*, base do negócio, onerosidade excessiva

Partimos da observação de Flume, que a problemática do que se chama em geral a “base do negócio” concerne à relação entre o negócio jurídico e a realidade¹. Podemos até falar mais vastamente na relação entre o Direito e a realidade, pois aflora aqui o princípio geral, segundo o qual todo o Direito ancora na realidade. O Direito não é um ordenamento segregado; tem, como dizemos,

¹ Werner Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*, 4.^a ed. (inalterada), Springer, 1992, § 26.3. Não obstante, o autor chega depois a conclusões em que, como veremos, não o acompanhamos.

“pés de terra”. É uma realidade cultural, logo espiritual, mas baseia-se na ordem da sociedade.

Também o negócio jurídico tem pés de terra. Todo o negócio é uma entidade histórica, logo está necessariamente situado. O negócio celebra-se por ser aquela a realidade envolvente. Não se faria assim se se vivesse entre esquimós, ou numa economia da direcção central, ou no espaço interestelar.

A realidade histórica que explica o negócio é deste modo constitutiva da vinculatividade do negócio. Não é conteúdo do negócio – não pertence ao seu clausulado. Mas é um pressuposto de se negociar.

Falava-se tradicionalmente em vincular-se *rebus sic stantibus*. Contratamos porque as circunstâncias são assim, e a variação destas, nos termos que exporemos, repercute-se sobre o vínculo assumido.

Na Idade Média isto estava estreitamente associado à preocupação pela justiça do conteúdo. Seria injusto manter a vinculação se as circunstâncias se alterassem radicalmente.

Na doutrina e jurisprudência actuais fala-se mais na **base do negócio**. A própria expressão é usada no Código Civil português de 1966, no art. 252/2, que trata do erro sobre a base do negócio como modalidade de erro sobre os motivos. Remete porém para o art. 437 o regime a aplicar. Aí se que regula a **alteração das circunstâncias em que as partes fundaram a sua decisão de contratar**.

Apesar da diferença de formulação, “base do negócio” e “circunstâncias em que as partes fundaram a sua decisão de contratar” (ou de negociar) são exactamente o mesmo. Ambas correspondem à expressão alemã *Geschäftsgrundlage*. São aquelas circunstâncias que comumente levaram as partes a contratar, e a contratar assim. Fazem com que o contrato seja o que é, de

modo que seria injusto manter as partes vinculadas se essas circunstâncias sofressem uma modificação essencial ².

A discrepância com a realidade pode ser originária e subsequente. Se já existe no momento da celebração do negócio temos a problemática do *erro*, que nos não ocupará ³. Só nos interessa o que resultar de alteração subsequente das circunstâncias.

A alteração das circunstâncias provoca uma *onerosidade excessiva*. Mas os temas não se confundem. A onerosidade excessiva pode ser superveniente, mas pode ser também originária; e pode resultar de muitas outras causas, em que não esteja implicada a base do negócio. Deste modo, neste estudo da alteração das circunstâncias e seus efeitos sobre o negócio, só nos interessará a onerosidade excessiva com o um dos elementos a ponderar para determinar o efeito jurídico da alteração de circunstâncias que atinja a base do negócio.

2. O voluntarismo e os esforços de uma superação por via subjectivante dos resultados

Por mais persuasiva que se nos apresente a fundamentação do negócio na realidade, ela não podia ser aceite no século da viragem, que é o séc. XVIII.

² Isto já bastaria para rejeitar a afirmação de Menezes Cordeiro (*Da alteração das circunstâncias*, in Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha, Faculdade de Direito de Lisboa, 1989, 293 e segs., n.º 4), que *base do negócio* é uma fórmula vazia.

³ Particularmente ao relacionamento do erro e alteração das circunstâncias é dedicado o estudo de A. Pinto Monteiro, *Erro e teoria da imprevisão*, in “Il Nuovo Codice Civile Brasiliano”, coordenação de Alfredo Calderale, Giuffrè, 2003, 65 e segs. O autor acentua, a nosso ver correctamente, que o erro sobre a base do negócio seria um mero erro sobre os motivos, se não houvesse disciplina particular, e que se a parte se enganar na previsão de uma evolução subsequente não está em erro, porque não há erro sobre o futuro.

No seguimento duma evolução secular que parte do voluntarismo, entra-se numa época caracterizada pela ahistoricidade. O indivíduo, por sua razão, constrói em pura abstracção uma ordem universal. O fundamento do negócio só pode ser encontrado na vontade, na modalidade de “autonomia da vontade”. E se o fundamento é a vontade, a variação dos pressupostos torna-se irrelevante. Só os vícios da vontade podem pôr em causa aquilo que a soberania da vontade, justamente, determinou.

Dá-se assim a perda da fundamentação na realidade. E isto é acompanhado pela afirmação da inatingibilidade da justiça. A injustiça do conteúdo não releva, pelo que a lesão é afastada como instituto jurídico. A posição é reforçada pelo subjectivismo kantiano, que conflui afinal com o enciclopedismo, não obstante pontos de partida gnoseológicos muito diferentes.

O fundamento da vinculatividade jurídica será encontrado em critérios voluntarísticos, portanto individualistas e subjectivos. *Pacta sunt servanda* passa a ser a chave da validade e eficácia dos contratos. Os negócios, tal como as leis ou os tratados, produzem efeitos porque foram queridos. Não interessa o conteúdo dos contratos, ou o objecto da vontade, ou a matéria regulada, salvo específicas proibições legais. Não interessa o que se escolheu, interessa apenas que tenha havido liberdade de escolha⁴. Por isso, naqueles limites muito amplos, os vícios só poderiam ser referidos à própria vontade.

Este entendimento favoreceu a expansão da sociedade industrial nascente. Mas as suas consequências nocivas tornaram-se patentes logo a partir do início do séc. XIX. Em todos os planos, desde o internacional ao político, até ao negocial, que é o que nos interessa, o mais forte pôde impor o seu arbítrio.

⁴ Ainda hoje Flume, *Das Rechtsgeschäft* cit., § 1.6 a, considera que é contraditório afirmar que o negócio é justo ou injusto.

Perante a evidência dos excessos, procuraram-se formas de os conter. Mas os instrumentos oferecidos pela ordem normativa, como o erro, eram claramente insuficientes. Por isso se tentaram ao tempo outras construções, quer para obstar ao desequilíbrio originário, quer ao superveniente (que é o que nos interessa).

Essas tentativas tinham porém um limite, dentro dos pressupostos da época: só podiam ser de índole subjectiva, porque só poderiam assentar em defeitos do consentimento. Assim surgem, como teses explicativas, no nosso domínio específico, a:

- pressuposição
- imprevisão
- base do negócio

Todas elas procuram uma justificação subjectiva para ocorrer à alteração anormal das circunstâncias. Incluindo a teoria da base do negócio que, embora susceptível de uma formulação objectiva, foi apresentada por Oertmann com cariz subjectivista, para conseguir passaporte perante os dogmas dominantes.

Além disso, face às insuficiências destas tentativas, ensaiaram-se explicações que assentavam no desenvolvimento de cláusulas gerais, como a boa fé e a confiança. Eram toleráveis ao tempo porque despertavam uma impressão subjectivante: boa fé e confiança são originariamente estados pessoais. Mas permitiam um trânsito encapotado para apreciações objectivas. Simplesmente, a exagerada extensão que deste modo se lhes atribui tira-lhes afinal explicatividade, como se verá melhor adiante.

3. O interesse pela justiça do conteúdo no séc. XX

No séc. XX detectaram-se em numerosos sectores da ordem jurídica distorções que se traduziam em injustiça das situações. Procurou-se encontrar-lhes remédio e multiplicaram-se as propostas de solução. Porém, ainda eram quanto possível apresentadas com roupagem subjectiva.

Assim se passou, entre outros, nos seguintes institutos:

- contrato de adesão
- abuso do direito
- cláusulas negociais gerais ⁵
- cláusulas abusivas
- lesão (ou usura)
- redução da cláusula penal (ou pena convencional)

É dentro deste panorama que se insere a revisão ou resolução do contrato por alteração anormal das circunstâncias.

Na parte final do século tornou-se particularmente importante o contributo do Direito do Consumidor. Assim, o Código de Protecção e Defesa do Consumidor brasileiro, no art. 6 V, integra entre os direitos do consumidor:

- a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais
- a revisão dessas em razão de factos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

No segundo caso, temos uma previsão legal da alteração das circunstâncias.

⁵ Que foram declaradas proibidas e nulas por razões emergentes do conteúdo.

Também tem importância o art. 51 IV, que considera nulas as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de bens ou serviços que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa fé ou a equidade”.

Há aqui uma amálgama de critérios, objectivos e subjectivos, que se sobrepõem, o que é sempre mau. A análise que fizemos levou-nos à conclusão que tudo se reconduz afinal à cominação de que as cláusulas sejam aferidas por referência à justiça. Esta engloba em si a desproporção e o desequilíbrio e manifesta-se como equidade, porque a equidade é a justiça do caso concreto ⁶.

Ainda no Código do Consumidor temos o art. 54, que disciplina o contrato de adesão.

O âmbito destas previsões não é porém idêntico.

Os arts. 51 e 54 são generalizáveis, por força do art. 29 do Código do Consumidor. Este estende as disposições dos capítulos V e VI (em que aqueles se integram) a todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas neles

⁶ Cfr. o nosso *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa fé*, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 60, II, Abr/00, 573-595, e in separata à Revista Forense, vol. 352, 103-114, n.º 8. Com efeito, podemos reduzir a complexidade, porque:

- a) *iníquo* é o que não é equo, o que se reconduz ao que contraria a justiça;
- b) *abusivo* não define: é justamente o que se pretende definir;
- c) *a desvantagem exagerada* é o que caracteriza a injustiça;
- d) *a boa fé* é um pseudo-critério, que não tem afinal aplicação, como veremos;
- e) *a equidade* é o critério verdadeiro e único. Foi superbamente definida como a justiça do caso concreto. Engloba portanto em si a justiça, mas a valoração só se pode fazer à luz das circunstâncias do caso: se a causa é a alteração das circunstâncias, essas circunstâncias só podem ser avaliadas à luz da equidade. O critério decisivo é assim singelamente a equidade, como justiça do caso concreto, o que implica a análise das circunstâncias do caso e não uma apreciação generalizada.

previstas. Ganham assim um alcance que os faz extrapolar do Direito do Consumidor.

Não permitem porém, só por si, que as previsões sejam tomadas como princípios gerais do Direito. Não são aplicáveis a todas as pessoas, mas somente às que estiverem “expostas às práticas” nelas previstas. Supõem por isso pessoas em situação de vulnerabilidade análoga à do consumidor.

Como supõem uma inferioridade relativa, não se aplicam à negociação entre duas grandes empresas que contratam em identidade de condições. Se houver vício será por força de outras considerações, que extrapolam da previsão do Código do Consumidor.

Esta generalização, relativa embora, não se verifica já no que respeita ao art. 6 V. Este estabelece direitos básicos apenas do consumidor, e nada permite transpô-lo para outras situações ⁷.

Isto significa que, antes do actual Código Civil, a admissibilidade da revisão dos contratos em virtude de factos supervenientes era no plano legislado meramente sectorial.

Não obstante o silêncio legal, desenvolvera-se no Brasil, por pressão do fenómeno inflacionário, no plano doutrinário e jurisprudencial, uma corrente favorável à admissão da relevância da onerosidade excessiva superveniente por implicação de factos imprevisíveis. As fundamentações que se apresentavam eram muito variadas. Tendencialmente apelava-se à teoria da imprevisão. Outros retomavam a cláusulas *rebus sic stantibus* ⁸. João Baptista Villela desenvolveu a

⁷ Sobre esta matéria cfr. Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 4.^a ed., Revista dos Tribunais, 2002, 227 e 245 a 250: mas a autora não refere a situação de Direito Comum.

⁸ Temos no prelo no Brasil um verbete sobre o princípio *rebus sic stantibus*.

teoria da base negocial⁹. Há ainda um curioso hibridismo com o enriquecimento sem causa: o objectivo mínimo a atingir seria afastar o enriquecimento sem causa da contraparte¹⁰.

4. Onerosidade excessiva e facto superveniente

O Código Civil de 2002 traz um sistema renovado de meios de defesa perante a onerosidade excessiva para a contraparte. Está já muito longe do que poderia resultar apenas da aplicação de institutos gerais, como o erro.

Retoma-se a figura do contrato de adesão, embora em termos estreitos, generalizando deste modo a disciplina destes (arts. 423 e 424). É ponto que nos não cabe examinar.

Regula-se no art. 156 o estado de perigo, que respeita à assunção de obrigação excessivamente onerosa.

Introduz-se a figura da lesão no art. 157, referente a “prestação manifestamente desproporcional”.

Comina-se a redução equitativa da cláusula penal, se for “manifestamente excessiva” (art. 413).

Surge a previsão correspondente ao “abuso do direito” (art. 187).

Generaliza-se a atribuição da função social, aplicando-a também ao contrato (art. 421).

⁹ Em *O Plano Collor e a teoria da base negocial*, in Repertório IOB Jurisprudência, RJ 3, n.º 19/90.

¹⁰ Cfr. neste sentido Othon Sidou, *A Revisão Judicial dos Contratos*, Forense, 1978, 106, aderindo a Arnoldo Medeiros da Fonseca; cita Abgar Soriano de Oliveira, *Da cláusula rebus sic stantibus*, 1940 e Nehemias Gueiros, *Justiça Comutativa no Direito das Obrigações*, 1940. Divanir José Costa, *Inovações principais do novo Código Civil*, na Rev. Fac. Dir. UFMG, 41, 129 e segs., n.º 24, aponta igualmente que o fundamento foi o princípio geral de direito do não enriquecimento injusto em prejuízo do contratante. Orlando Gomes não dá nenhuma fundamentação positiva, limita-se a afirmar: cfr. por exemplo *Contratos*, 5.ª ed., Forense, 1975, n.ºs 139 e 140.

Enfim, além de várias outras disposições, regula-se a alteração resultante de factos supervenientes (arts. 317 e 478 a 480).

Só esta nos interessa: por isso o tema do nosso estudo é a alteração das circunstâncias, e não a onerosidade excessiva em geral. Apenas observamos que a relevância da alteração das circunstâncias não representa uma manifestação ímpar, mas um aspecto de um movimento de renovado interesse pela justiça do conteúdo ¹¹.

A alteração de circunstâncias é referida à base do negócio. Mas o Código Civil não recorre a esta categoria. Fala apenas na onerosidade excessiva resultante de circunstâncias extraordinárias e imprevisíveis.

Como dissemos, a discrepância entre o negócio e as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar pode ser:

- originária
- superveniente

Se logo na celebração do negócio as partes se baseiam numa situação que não é real, temos um erro, na subespécie de um erro sobre a base do negócio.

Tecnicamente, o erro sobre a base do negócio é ainda um erro sobre os motivos, porque essas circunstâncias se reflectem no espírito do agente como motivos, mesmo que implícitos.

¹¹ Por isso as referências à justiça do conteúdo se multiplicam, deixando de ser asserções encaradas com suspeita. O fenómeno é impressionante no Brasil após o novo código, ou em vista dele, acompanhando a consagração da função social do contrato pelo art. 421. Cfr. entre muitos exemplos Roberto Wider, *O Direito dos contratos e a autonomia da vontade. A protecção especial dos consumidores*, in “Rev. de Direito” (TJ-RJ), n.º 54, Jan-Mar/03, 13 e segs., n.º 4; Paulo Nalin, *Do Contrato – Conceito Pós-Moderno*, Juruá, 2001, n.ºs 5.1.4 e 5.2.; Teresa Negreiros, *Teoria do Contrato – Novos Paradigmas*, Renovar, 2002, nomeadamente págs. 154 e segs., onde desenvolve o “princípio do equilíbrio económico do contrato” caracterizado por António Junqueira de Azevedo; Carlos Alberto Goulart Ferreira, *Equilíbrio contratual*, in “Direito Civil Constitucional”, coord. Renan Lotufo, Max Limonad, 1999, 55 e segs., particularmente n.º 8.1. Observe-se que o equilíbrio contratual, mesmo substantivo, não é o mesmo que a justiça do conteúdo, pois esta valora directamente as estipulações por si.

Coloca-se por isso a problemática do regime deste erro. Até porque o erro sobre a base do negócio está na origem da discussão sobre a possibilidade da revisão do contrato.

Aplicar o regime geral do erro sobre os motivos não corresponde à importância deste erro, pois o erro sobre os motivos tem escasso espaço de relevância (art. 140).

O Código Civil português regula a matéria a propósito do erro sobre os motivos no art. 252/2, mas para remeter neste caso o regime para o disposto a propósito da modificação ou resolução do contrato por alteração das circunstâncias ¹².

Como o Código Civil brasileiro não contém previsão semelhante, abre-se um problema, que pode ser grave, de determinação do regime a aplicar.

Mas não é este o nosso tema. Devemos apenas indagar o que respeita à onerosidade excessiva resultante de factos supervenientes.

Na base está necessariamente uma alteração das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar.

O art. 478/1 NCC respeita aos contratos de execução continuada ou diferida. Baseia-se essencialmente em três factores:

- a prestação tornar-se excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra parte
- em virtude de factos supervenientes
- extraordinários e imprevisíveis

Consideremos o primeiro factor.

¹² Abrange por isso a nosso ver, não só os pressupostos, mas os próprios efeitos jurídicos estatuídos. Cfr. o nosso *Direito Civil – Teoria Geral III – Relações e Situações Jurídicas*, Coimbra Editora, 2002, n.º 96 II.

A onerosidade excessiva superveniente, que é a que nos interessa, pode resultar de numerosas causas.

Confrontando o art. 478/1 NCC e o art. 6 V do Código do Consumidor, verificamos que este último se baseia em dois factores apenas:

- onerosidade excessiva
- em virtude de factos supervenientes

Falta a previsão que esses factos consistam em acontecimentos extraordinários e imprevisíveis.

O regime geral do Código Civil é intencionalmente mais exigente que o do Código do Consumidor. Este basta-se com aqueles factores porque pressupõe um outro: a fraqueza relativa do consumidor perante o fornecedor. Por isso permite a revisão do contrato logo que a prestação se torne excessivamente onerosa ¹³.

Não assim na lei geral. Esta exige ainda que a alteração resulte de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis. Não o sendo, a parte mantém a sua vinculação, porque não pode fazer cair sobre a outra o peso de acontecimentos normais e que se poderiam prever. Só é pois relevante no regime comum a onerosidade excessiva que tiver origem em acontecimentos extraordinários e imprevisíveis.

¹³ Não é assim de acolher a sugestão de Flávio Tartuce, *A revisão do contrato pelo novo Código Civil. Crítica e proposta de alteração do art. 317 da Lei 10 406/02*, in “Novo Código Civil. Questões Controvertidas”, coord. Mário Luiz Delgado / Jones Figueirêdo Alves, Método (São Paulo), 2003, 137 e segs., que propõe que se elimine do art. 317 NCC a referência a factos imprevisíveis, exigindo-se apenas a excessiva onerosidade. Idêntica sugestão é feita por Álvaro Villaça Azevedo, *Anotações sobre o novo Código Civil*, na Rev. do Advogado, n.º 68 (Dez/02), por referência aos arts. 478 e 479.

A qualificação dos acontecimentos como extraordinários e imprevisíveis é assim nuclear e deverá ser seguidamente objecto de cuidadosa análise.

5. Qualificação do facto superveniente

O material disponível para este efeito (deixando de lado o art. 6 V do Código do Consumidor, que como vimos assenta em razões particulares) é constituído:

- pelo art. 317 do Código Civil, que se funda em “motivos imprevisíveis”
- pelo art. 478/1, que fala em “acontecimentos extraordinários e imprevisíveis”.

Há ainda que contar com o Projecto Fiuza n.º 6 960, de 12 de Junho de 2002, segundo o qual esta matéria passaria a ser versada nos arts. 472/1 a 475. No art. 472, correspondente ao art. 478/1 actual, passaria a dizer-se “acontecimento extraordinário e estranho aos contratantes à época da celebração contratual” e acrescentar-se-ia: “desde que a desproporção ou a onerosidade exceda os riscos normais do contrato”¹⁴.

Começemos por este último aspecto. Há de facto que relacionar esta matéria com a do **risco**. A verificação dos riscos próprios do contrato não pode justificar a resolução ou revisão por onerosidade excessiva¹⁵.

¹⁴ Cfr. Ricardo Fiuza, *O novo Código Civil e as Propostas de Aperfeiçoamento*, Saraiva, 2004, 320-321. Veja-se ainda a “Justificativa” da pág. 85.

¹⁵ O art. 437/1 do Código Civil português exige que a alteração não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato. Veja-se também o art. 1198 do Código Civil argentino.

Seria bom que o Código mencionasse esta conexão. Mas ainda não a mencionando, não pode deixar de se considerar implícita. Resulta da qualificação dos acontecimentos como extraordinários e imprevisíveis, particularmente como extraordinários. Não é extraordinário o que está dentro dos riscos normais do contrato.

Por outro lado, não se deve confundir esta matéria com a temática comum do risco, que repercute outros pontos de vista ¹⁶. Uma coisa é a repartição do risco, outra a problemática da relevância dos acontecimentos extraordinários.

É verdade que se o contrato é aleatório a parte aceitou o risco. Mas a alteração das circunstâncias pode ser relevante mesmo no domínio dos contratos aleatórios, porque o que estiver para lá do risco tipicamente implicado no contrato pode ser atingido.

Assim, quem joga na Bolsa está sujeito aos riscos da oscilação das cotações. Mas o encerramento das Bolsas é uma ocorrência extraordinária, que deve levar à revisão ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias ¹⁷.

Há em todo o caso a alteração anormal das circunstâncias que é o fundamento deste instituto.

E, na sequência desta ideia, também os contratos **gratuitos**, ou mistos com liberalidade, podem ser atingidos.

O que interessa é que a equação económica do negócio, tal como foi querida pelas partes, seja quebrada.

¹⁶ Para Flume, *Das Rechtsgeschäft* cit., § 26.3, a questão reconduzir-se-ia a determinar quem suporta o risco da realidade.

¹⁷ Da mesma forma, uma aposta sobre o resultado dum jogo de futebol sofre o impacto do acontecimento extraordinário da queda do avião em que eram transportados os jogadores e da morte de toda a equipa, sendo substituída por jogadores de segunda linha.

Parte-se do princípio que a desproporção entre vantagens e sacrifícios foi livremente querida, dentro do exercício normal da autonomia privada. Mas é esse equilíbrio voluntário que pode ser posto em causa por alteração anormal; é nesse caso que a base do negócio é rompida.

Assim, uma permissão gratuita de uso de um imóvel pode ser revista ou resolvida se circunstâncias extraordinárias tornaram excessivamente onerosa para o concedente a manutenção da situação.

A equação económica deve ser posta a salvo. Se circunstâncias extraordinárias a desfigurarem, o instituto funciona, quer o contrato seja oneroso quer seja gratuito.

Notemos enfim que não pertence à essência da figura que a alteração atinja apenas uma das partes, em benefício da outra. Podem ser ambas atingidas, se a base em que comumente assentaram o negócio for alterada.

Pactua-se a prestação de um transporte. Afinal a estrada a que as partes implicitamente associaram a vinculação vem a ficar bloqueada por desabamento de terras. O serviço só pode fazer-se por estradas secundárias, com grandes desvios e maiores despesas.

Ambas as partes são atingidas nos seus cálculos. O transportador, porque teve em vista um percurso directo e curto. O cliente, porque teve em vista um preço e um tempo, e não os acréscimos a que o desvio obrigaria.

Isto mostra que não há necessariamente um prejudicado e outro beneficiado. Há uma alteração anormal da base do negócio, base que é comum; portanto ambos são atingidos. Qual a consequência, só pode resultar da solução que a ordem jurídica trazer para o caso, e portanto das regras de cálculo da nova equação económica que estabelecer.

6. A imprevisibilidade

Quer o art. 317 quer o art. 478 qualificam o facto superveniente como *imprevisível*¹⁸.

Aparentemente, o Código estaria assim acolhendo a teoria da imprevisão. E com isso prolongaria uma orientação subjectiva. O decisivo seria o facto de as partes terem previsto ou não o evento. Assim tem sido efectivamente entendido¹⁹.

Mas, não obstante o vigor desta aparência, cremos que uma simples reflexão basta para a afastar.

A lei fala em imprevisível e não em imprevisto: motivo imprevisível, acontecimento imprevisível... Imprevisível qualifica o facto, enquanto *imprevisto* descreve o estado de espírito do agente.

Seria de facto absurdo fazer depender a sorte do negócio jurídico, e portanto também da outra parte, do poder de previsão do agente concreto ou da circunstância casual de ter ou não havido previsão.

Se a ordem jurídica não der relevância ao erro indesculpável (como é entendimento dominante no Brasil²⁰) acresce ainda uma contradição valorativa, pois o erro afastaria a mera relevância do estado de espírito, enquanto na

¹⁸ O Projecto Fiuza referido, art. 472/1, fala agora em “acontecimento extraordinário e estranho aos contratantes”, e não mais em imprevisível.

¹⁹ Cfr. por exemplo Sílvio Neves Baptista, *A força obrigatória dos contratos e a imprevisibilidade extraordinária*, in Rev. da ESMape, vols. 7/8, n.ºs 16/17, Jul 02/ Jun 03, 571 segs. (581), que fala sempre em imprevisibilidade subjectiva. De resto, o autor afasta correctamente (591) esta matéria da disciplinada do Código do Consumidor, por aí se tratar só de onerosidade excessiva e não de imprevisibilidade, e reclama (596) o nexó de causalidade entre o facto imprevisível e a onerosidade excessiva. Também. Luciana de Oliveira Leal, *A onerosidade excessiva no ordenamento civil brasileiro*, Rev. da EMERJ 6/21 (2003), 155-165 (163-164), fala na “adopção expressa da teoria da imprevisão” em detrimento da teoria da base do negócio.

²⁰ Cfr. Francisco Amaral, *Direito Civil. Introdução*, 4.ª ed., Renovar, 2002, 485-486. É também a posição que tomamos perante o Direito português, mas aí em divergência com a doutrina dominante: cfr. o nosso *Direito Civil – Teoria Geral – II – Acções e Factos Jurídicos*, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2003, n.º 72.

alteração das circunstâncias bastaria um estado de espírito para provocar um efeito de tanta gravidade.

Mas a imprevisibilidade só pode ser objectiva. É independente da análise da situação psíquica das partes. Resulta de uma observação feita de fora. Dizer que é imprevisível equivale a dizer que é anómalo ou anormal.

Por outro lado, sendo a base do negócio o fundamento comum (no sentido de participado por ambas as partes) que as levou a contratar, só um entendimento objectivo permite encontrar o padrão objectivo que delimite o palco sobre o qual se situam. Nenhuma delas é sacrificada à outra.

A maioria das circunstâncias que são a base do negócio nem sequer aflora ao espírito. Economia de mercado, situação de paz, normalidade dos transportes... E todavia, constituem a base objectiva do negócio.

Inversamente, a situação pode vir ao espírito e não deixar de ser uma circunstância anormal (nesse sentido imprevisível). Quem negocie na Califórnia pode-se lembrar que todo o território está sujeito a outro terramoto arrasador, dada a magnitude da falha sísmica aí existente. E nem com isso o terramoto deixa de ser um acontecimento objectivamente imprevisível.

É neste sentido que o art. 478/1 fala em “acontecimentos extraordinários e imprevisíveis”. O **extraordinário**, que qualifica sem dúvida o acontecimento, confirma o entendimento objectivo. Há inteira harmonia entre os dois qualificativos, porque é por ser extraordinário que o acontecimento é imprevisível; e como traduz uma marcha dos factos que se não pode prever, o acontecimento é extraordinário.

Como se conjugam então os arts. 317 e 478/1? O primeiro fala em motivos imprevisíveis, e o segundo em acontecimentos extraordinários e imprevisíveis.

Antes de mais, situemo-los. Recorde-se que comparativamente os autores têm divergido na colocação dada a esta matéria.

Alguns contemplam-na no *Direito das Obrigações*, porque se estaria a regular a prestação (o que é, quanto a nós, um entendimento demasiado restrito).

Outros regulam-na nos *Contratos*, porque respeitaria ao equilíbrio contratual, logo ao conteúdo dos contratos.

O Código Civil brasileiro disciplinou-a em ambos os lugares. Como conjugar as previsões?

O art. 478/1 respeita aos contratos de execução continuada ou diferida. Atende a um vínculo que se estende no tempo e é assim sensível a variações entretanto ocorridas, quando a manutenção do vínculo sem variação se tornasse excessivamente onerosa.

O art. 317 regula a prestação. Observe-se que surge na continuidade do art. 315, relativo às dívidas pecuniárias.

Isto abre-nos a outro aspecto. A preocupação principal deste preceito está na posição do credor. Prevê a desproporção manifesta entre o valor da prestação no momento inicial e no momento da sua execução. É a inflação que está em causa. Por isso se permite que o juiz a corrija, “de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação”²¹.

Há neste caso, uma especificação no objecto, mas não há contradição entre os preceitos. Os “motivos imprevisíveis” são os “acontecimentos extraordinários e imprevisíveis” do art. 478/1. O art. 317 não os qualifica como extraordinários, mas dissemos já que esta qualificação está implícita na da

²¹ O preceito poderia ser estendido à posição do devedor, em caso de deflação. Mas é inútil fazê-lo, porque tudo o que não couber nele cai nos arts. 478 e segs., que são mais compreensivos, regulando o equilíbrio contratual.

imprevisibilidade, porque é por serem extraordinários que os acontecimentos são imprevisíveis.

Onde há diferença, efectivamente, é na consequência a retirar. O art. 317 só prevê a revisão, no sentido da correcção do valor da prestação. O art. 478 prevê a revisão ou resolução do contrato, como veremos.

Parece-nos porém claro que, se a equição contratual for gravemente desequilibrada, a parte lesada pode recorrer ao art. 478 e pedir a resolução do contrato. A regulação regionalizada do art. 317 não afasta para quem dela não beneficia o recurso ao regime geral do art. 478.

7. Resolução e modificação do contrato

O efeito ou consequência jurídica está fixado nos arts. 478 e seguintes, que dão a disciplina geral e ultrapassam a previsão sectorial do art. 317. Consiste na resolução ou modificação do contrato.

O art. 6 V do Código do Consumidor, pelo contrário, só refere a revisão das cláusulas contratuais. Terá em vista apenas desproporções quantitativas, sanáveis pela revisão, e não alterações qualitativas que imponham a resolução do contrato.

Isso não impede todavia que também o consumidor recorra ao sistema geral, e peça a resolução do contrato. Terá de satisfazer então os pressupostos desta, antes de mais, o de que a onerosidade excessiva se funde numa verdadeira alteração anormal das circunstâncias.

Voltando ao Código Civil, temos que a epígrafe da secção em que aqueles preceitos se integram é: “Da resolução por onerosidade excessiva”. É assim unicamente a resolução que vem prevista em geral. Também é só a resolução que o art. 478 prevê: a modificação só surge nos arts. 479 e 480 como

dependente de iniciativa da outra parte. Pareceria que o efeito geral seria a resolução²², e a modificação do contrato só poderia fazer-se a pedido da contraparte (arts. 479 e 480).

Há porém que contar com o *princípio da conservação ou aproveitamento do negócio jurídico*, que devemos considerar um princípio geral, embora só se manifeste na lei em casos singulares. É dele afloramento o art. 184, sobre a *redução* de negócios jurídicos inválidos; e mais incisivamente, o art. 170, inovação do código actual, que permite a *conversão* do negócio nulo noutro de que contenha os requisitos, quando o fim que as partes visavam permita supor que o teriam querido, em caso de nulidade.

Há que proceder à sistematização das várias hipóteses, pois isso permite chegar a resultados diversificados.

As consequências podem ser:

- a modificação quantitativa
- a modificação qualitativa
- a resolução

1) Modificação quantitativa

A onerosidade excessiva pode satisfazer-se com uma modificação quantitativa: é o caso mais simples. Seja a redução do preço, por exemplo, ou a hipótese do art. 317.

A modificação quantitativa pode ainda realizar-se através da supressão de cláusulas. É hipótese compreendida na redução do negócio inválido (art. 184) e aplicável também no caso da onerosidade excessiva.

²² O art. 480 regula o contrato em que as obrigações cabem apenas a uma das partes, e permite a esta a requerer a redução ou a alteração do modo de execução. Mas isto não significa que não possa pedir directamente a resolução.

2) Modificação qualitativa

Esta consiste na mudança de cláusulas, além da mera alteração dos valores.

A lei prevê esta modificação, mas sempre a requerimento da parte: arts. 479 e 480. Poderá o juiz decretá-la, ou a parte lesada impô-la?

Não cremos que isso seja possível, no estado actual. Uma cláusula tem sempre fundamento na autonomia privada. Pode ser suprimida ou modificada quantitativamente, sem o consenso da parte, mas não pode ser introduzida sem a vontade dela uma cláusula nova.

Somos assim de parecer que a modificação qualitativa duma cláusula só é possível nos casos previstos por lei ou com o consentimento da outra parte. Não pode ser imposta.

3) Resolução

É a hipótese normal, por força do art. 478. Em certos casos é mesmo a única hipótese possível.

Recordemos o *caso da coroação*, que acompanhou sempre a reflexão sobre esta matéria. Se se alugam janelas para assistir à passagem de um cortejo real e afinal o cortejo segue outro trajecto, *quid iuris?*

A prestação é possível, mas a base do negócio foi comumente a passagem do cortejo. Se o trajecto for modificado, há óbvia alteração anormal das circunstâncias. A solução só pode ser a resolução do contrato. Não adiantam modificações, como a consistente na redução do preço: o negócio perdeu a sua base, pelo que apenas resta a resolução.

Criam-se problemas na conjugação da resolução com a modificação ²³.

Pode a parte, em vez da resolução, pedir a modificação? Já dissemos que sim, por força do princípio da conservação dos negócios jurídicos.

Pode a contraparte, uma vez pedida a modificação, reconvir com o pedido de resolução? Entendemos que sim, quando o desequilíbrio contratual não puder ser sanado com a modificação (quantitativa). O Projecto Fiuza referido, no art. 475, propõe tornar esta solução expressa, ao estabelecer que, requerida a revisão do contrato, a outra parte pode opor-se ao pedido, pleiteando a resolução em face dos graves prejuízos que lhe possa acarretar a modificação das prestações contratuais (art. 475).

Ainda no domínio das consequências jurídicas, há que referir o Ac. do Superior Tribunal de Justiça de 12 de Fevereiro de 2003, num caso em que se discutia a repercussão sobre um contrato de arrendamento mercantil (*leasing*) da desvalorização do real face ao dólar, por em Janeiro de 1999 ter cessado a intervenção permanente do Banco Central em sustentação do real ²⁴. A hipótese era regida pelo art. 6 V do Código do Consumidor que, como avisadamente se notou, não exige o carácter imprevisível do acontecimento. Mas é importante observar a consequência a que se chegou. Foi entendido, na sequência da posição assumida pelo Ministro Ari Pargendler em voto de vencido em processo anterior ²⁵, que ambas as partes contribuíram para a onerosidade e ambas foram

²³ João Baptista Villela, *O Plano Collor* cit., reconhecendo o fundamento do princípio *rebus sic stantibus*, rejeita-o afinal, em benefício da teoria da base do negócio, por ser só um instrumento de liberação e não permitir a modificação do negócio. Em termos de Direito actual, o novo código afasta esta limitação. Nada impede que falemos hoje em *rebus sic stantibus* caracterizando o instituto tal como legalmente regulado.

²⁴ Recurso Especial n.º 472 594.

²⁵ Recurso Especial n.º 268 661, Acórdão de 16 de Agosto de 2001.

lesadas por esta, pelo que o desequilíbrio deveria ser suportado por ambas. Atribui-se por isso a cada parte 50% da desvalorização sobrevinda.

Para o que nos ocupa, interessa salientar que a solução não necessita ser de ou tudo ou nada. A repercussão sobre cada parte pode ser diversamente estabelecida. É o que resulta do critério de equidade, que como se confirma é decisivo neste domínio.

8. “Manifestamente”

Não é qualquer acréscimo de onerosidade, provocado por factos supervenientes extraordinários, que implica a intervenção deste instituto. É incorrecta uma leitura literal da “cláusula” *rebus sic stantibus* que leve a sustentar que qualquer modificação da base do negócio ou qualquer onerosidade daí derivada confere a faculdade de resolver ou modificar o negócio.

Nenhum princípio jurídico é um absoluto. Não o é mesmo um princípio com uma justificação material tão sólida como o princípio *rebus sic stantibus*. Terá pelo menos de sofrer a concorrência de outros princípios, igualmente indispensáveis para a ordem social, que exigem uma conciliação.

Neste caso há que contar com o princípio da certeza ou segurança jurídica.

Seria impossível a vida jurídica se todos os negócios pudessem ser revistos, ao sabor das alterações da realidade subjacente, que incessantemente evolui. Mesmo que essas alterações sejam alterações extraordinárias. A vida jurídica exige estabilidade.

Na progressão, nenhum sistema judiciário poderia suportar a avalanche de processos que surgiriam. Não é desejável a judicialização da vida corrente: só casos patológicos devem ser trazidos a juízo. A segurança jurídica

impede que sobre todas as relações da vida paira a ameaça de apreciação judicial, por invocação de alteração de circunstâncias.

A ordem jurídica traduz exuberantemente esta constrição: só admite intervenções fundadas na desproporção ou injustiça do conteúdo em casos em que o desequilíbrio seja manifesto. Embora as fórmulas sejam diversas, consoante os institutos em causa, o núcleo está claramente definido:

- art. 157 (lesão): manifestamente excessiva
- art. 187 (“abuso do direito”): excede manifestamente
- art. 317 (prestação reduzida pela inflação): desproporção manifesta
- art. 413 (cláusula penal): manifestamente excessiva²⁶

E que dizer perante o art. 478, que é aquele que nos interessa?

A lei fala em prestação “excessivamente onerosa, com extrema vantagem” para a outra parte.

Directamente, não se diz que a desproporção deve ser manifesta. A onerosidade excessiva não equivale necessariamente a onerosidade manifesta.

Mas não pode ser outra coisa o que a lei comanda, porque este caso exige maiores cautelas que a generalidade dos anteriormente referidos, e não menos. Por outro lado, a exigência do carácter manifesto consta do art. 317, que é como vimos de alteração extraordinária das circunstâncias, e nenhum motivo haveria para lhe corresponder uma disciplina diferenciada.

Há um elemento no art. 478/1 que deve ser realçado. Fala-se em **extrema** vantagem para a outra parte, em contrapartida da onerosidade excessiva para a outra. Isto significa que não é qualquer vantagem que releva. Só releva

²⁶ Já mais duvidosamente o estará no art. 156 (estado de perigo): excessivamente onerosa.

uma vantagem extrema. O que do mesmo modo conduz no sentido da necessidade de uma desproporção que não seja normal ou pouco significativa.

Temos assim que o instituto só funciona em casos clamorosos. É uma concessão à segurança, que se apresenta igualmente como princípio geral.

Aliás, era o que se passava já com a clássica “lesão enorme”. Exigia-se uma desproporção superior a 50% do valor. É um antecedente de bom senso, que deve ser tido em conta.

Confrontando agora com o art. 6 V do Código do Consumidor, vemos que este exige apenas a onerosidade excessiva superveniente: não exige que esta seja manifesta.

Dissemos já que aí “onerosidade excessiva” não significa manifestamente desproporcionado – até porque é compatível com um entendimento subjectivo, centrado na situação concreta do consumidor. Mas é natural que o preceito traduza a lógica peculiar do Direito do Consumidor. Aqui, pretende-se proteger o consumidor na sua vulnerabilidade, pondo-o ao abrigo de variações subseqüentes que ele não esteja em condições de suportar. Não é o caso do Código Civil, que parte do paradigma de relações entre iguais e que reclama razões graves para excluir a vinculatividade das estipulações das partes.

9. Alteração das circunstâncias e boa fé

Os intérpretes alemães que desenvolveram este instituto procuraram fundamentá-lo no princípio geral da boa fé²⁷, dada a falta de apoio legal.

O art. 437/1 do Código Civil português de 1966, consagrando a relevância da alteração anormal superveniente das circunstâncias, condiciona-a a

²⁷ Cfr. sobre este ponto Judith Martins-Costa / Gerson Luiz Castro Branco, que versam a boa fé e o equilíbrio contratual, in *Directrizes teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*, Saraiva, 2002, 210 e segs..

que a exigência das obrigações assumidas pela parte lesada afecte gravemente os princípios da boa fé.

Ainda hoje, em ordens jurídicas que elevaram a alteração das circunstâncias a instituto legal, se continua a referir como fundamento a boa fé.

Não o faz o Código Civil brasileiro, e procede melhor.

O recurso à boa fé foi um expediente dos intérpretes germânicos, na ausência de base legal. Mas em rigor o expediente não era fundado. Como nota Flume, não se ganha nada com o recurso à boa fé²⁸.

Pelo art. 437/1 CC português citado, o vício estaria em **exigir** o cumprimento. É desfocar a questão. Se se tem direito, exigir é um acto correcto. A questão é prévia, reside no próprio conteúdo da vinculação, que ficou abalada pela superveniência da alteração anormal.

A boa fé foi trazida para fora do seu âmbito próprio. No plano objectivo, a boa fé traduz-se em regras de conduta. Mas aqui não se traçam regras de conduta, faz-se uma valoração do conteúdo, tomado por si²⁹.

A nosso ver, continuar a recorrer à boa fé havendo preceito legal, é anacrónico. Mantém como explicação actual o que foi um mero expediente. Não se regula a conduta, valora-se directamente o conteúdo, e é em decorrência da valoração negativa deste que se cria a impugnabilidade da relação, no sentido da resolução ou modificação desta.

²⁸ *Das Rechtsgeschäft* cit., § 26.3: sendo óbvio que se deve sempre proceder segundo a boa fé, a questão consiste antes em saber qual a solução que a esta corresponde.

²⁹ Cfr. sobre esta matéria o nosso *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa fé* cit., n.º 9. Veja-se a posição análoga de Perlingieri, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in Rev. Trimestral de Dir. Civil, 3/12, Out-Dez/02, 131-151 (146), embora o A. não verse especificamente a alteração de circunstâncias. O princípio normativo, diz, é o da proporcionalidade (que pensamos poder fazer equivaler ao equilíbrio contratual): a boa fé valeria quando muito como um correctivo na aplicação da proporcionalidade.

Perante a fórmula mais correcta do Código Civil brasileiro, seria bom que os intérpretes não caíssem na tentação fácil de manter uma construção que nada hoje sustenta. O que está em causa é, directamente, o gravame ao equilíbrio ou justiça do conteúdo.

10. A equidade como critério

O Código Civil brasileiro não aponta directamente o critério a usar para a decisão sobre a resolução ou modificação do contrato.

Já o art. 437/1 do Código Civil português prevê a resolução do contrato, ou a modificação *segundo juízos de equidade*.

Será aceitável o critério da equidade também no Direito brasileiro?

Sabe-se que a equidade não é critério de aplicabilidade universal, só podendo ser usada quando a lei, directa ou implicitamente, para ela apelar ³⁰.

Há uma previsão que aponta nesse sentido: a do art. 479, relativa à hipótese de a contraparte se prontificar à modificação **equitativa** das condições (cláusulas) do contrato.

Pensamos que o recurso à equidade é efectivamente forçoso. Se o que desencadeia o processo é uma alteração anormal das circunstâncias, há que examinar o circunstancialismo como condicionante de qualquer solução.

Ora a decisão baseada na consideração das circunstâncias do caso, mais que em padrões genéricos de conduta, é a solução pela equidade. A equidade é, na definição clássica nunca superada, a justiça do caso concreto. Só a análise das circunstâncias do caso concreto permite chegar à solução justa ³¹.

³⁰ Flume considera mesmo como defeito do instituto da alteração das circunstâncias fazer-nos cair na equidade.

³¹ Lembre-se o que dissemos *supra*, n.º 3, a propósito do art. 51 IV do Código do Consumidor.

O art. 479 é assim apenas manifestação de um princípio geral³². Não se pode chegar a uma revisão de um contrato por critérios generalizadores, que não existem. As circunstâncias do caso são determinantes. O mesmo acontece na hipótese do art. 317: a correcção do valor da prestação não é bitolada, é a correcção “quanto possível”, à luz das circunstâncias do caso concreto³³.

Vemos que desta sorte se não infirma, antes se confirma, que a questão respeita à justiça do conteúdo. É de justiça que se trata; mas de justiça do caso concreto, portanto de equidade.

11. A mora do lesado

Tem-se suscitado a questão da incidência da mora do lesado sobre a faculdade de impugnação do contrato.

É frequente neste domínio a afirmação que a parte que está em mora não pode invocar a alteração das circunstâncias³⁴.

Mas, entendida assim, a disposição pode ser profundamente injusta. Alguém que porventura se atrase numa prestação passa, só por isso, a arcar com a alteração radical das circunstâncias.

Sílvio Baptista baseia-se no estatuído no art. 399, sobre a responsabilidade do devedor em mora pela impossibilidade superveniente da prestação, ainda que esta derive de caso fortuito ou de força maior³⁵.

³² O preceito é mantido no referido Projecto Fiuza, art. 474. No art. 472 § 1.º prevê-se também o “exame judicial do que venha a ser mais justo para o caso concreto”. O justo no caso concreto é o equitativo.

³³ Pensamos mesmo que não é só a modificação ou revisão do contrato que está dependente da avaliação das circunstâncias, mas também a própria resolução. São as circunstâncias que determinam se deverá a alteração ser relevante e, caso seja esse o caminho legal, se deve haver resolução ou modificação.

³⁴ A regra consta do art. 472 § 2.º do referido Projecto Fiuza: não pode requerer a revisão quem se encontrar em mora no momento da alteração das circunstâncias. Consta também do art. 438 do Código Civil português.

³⁵ Ob. cit.,

É porém o próprio art. 399 que foi invocado que nos mostra que o caminho correcto a seguir passa por uma distinção de hipóteses. O preceito termina com a frase: “salvo se se provar... que o dano sobreviria ainda que a obrigação fosse oportunamente desempenhada”.

Concentrando-nos na alteração das circunstâncias há que distinguir as hipóteses em que a mora é causal para que a relação fique desequilibrada em consequência da alteração das circunstâncias, e as restantes.

Decerto que a parte não pode invocar em seu benefício a alteração das circunstâncias se a sua mora foi causal para que aquela relação fosse atingida por essa alteração; quando portanto, se tivesse cumprido, a relação estaria já extinta.

Pelo contrário, a parte pode prevalecer-se da alteração das circunstâncias que teria sobrevivido de qualquer modo e actuado sobre o contrato, houvesse ou não mora.

Doutra maneira, a exclusão do efeito da alteração das circunstâncias só por haver mora seria injusta, por ser desproporcionada. A lei estabelece sanções próprias para a mora, que não abrangem a exclusão da invocação da alteração das circunstâncias.

Imaginemos que uma empresa se obriga à reparação dum navio. Atrasa-se seis meses em relação ao prazo a que se comprometera. Já no período de mora, desencadeia-se uma guerra que atinge o país de origem das matérias primas necessárias, o que leva estas a cotações exorbitantes. É nestes casos que a parte em falta não poderá prevalecer-se da alteração das circunstâncias³⁶. Não porém no caso de, numa dívida a ser paga em prestações, se atrasar numa delas,

³⁶ E mesmo isto não é seguro perante o Direito brasileiro, que não contém aquela regra. Pode dizer-se que a alteração das circunstâncias é comandada por princípios materiais de justiça e não por princípios formais, e seria rígido tirar toda a relevância à alteração das circunstâncias por ter havido um incumprimento, embora causal para a incidência daquela alteração anormal.

quando ainda faltam outras, pelo que de toda a maneira o contrato seria atingido por aquela alteração das circunstâncias.

A questão que pode restar é a de saber se a própria prestação em mora está sujeita às consequências da revisão ou resolução do contrato, ou só o estão as prestações futuras. Em princípio, essa prestação não pode beneficiar da alteração. Mas a questão complica-se se a relacionarmos com outra, em que não vamos entrar: a do possível carácter retroactivo das consequências da alteração das circunstâncias.

Apenas observamos que a prestação ou mora deve estar sujeita ao mesmo regime das prestações anteriormente satisfeitas; e que talvez esse deva ser mais um aspecto que fica dependente da apreciação equitativa das circunstâncias contratuais.

12. Actuação em juízo?

Quer o art. 317³⁷ quer os arts. 478 a 480³⁸ prevêm uma actuação em juízo. Daqui se poderia inferir que os efeitos jurídicos do instituto da alteração das circunstâncias só poderão resultar de processo judicial.

Há que ponderar se isto poderá ser aceite. Passa por uma determinação dos limites da intervenção do juiz na fixação dos efeitos, que seria aparentemente constitutiva.

³⁷ “...poderá o juiz...”.

³⁸ “...os efeitos da sentença...” (art. 478); “...oferecendo-se o réu...” (art. 479).

O Código Civil brasileiro refere vastamente o juiz como o agente da implantação de efeitos jurídicos resultantes da desproporção do conteúdo ³⁹.

O significado destes preceitos é porém muito diferente. Em certos casos deixa-se mesmo a solução ao critério (equitativo) do juiz. Noutros à parte caberão poderes potestativos, mas esses poderes deverão ser judicialmente exercidos: seja o caso do art. 464. Mas em vários casos a referência ao juiz deve considerar-se meramente semântica. O juiz é invocado por antonomásia, por ser aquele que determina a solução em última análise. Mas a previsão é aplicável independentemente do recurso a juízo ⁴⁰.

Quando assim acontece, a remissão para o juiz na norma substantiva é falaciosa. Cria a impressão duma indevida judicialização da vida corrente. Porém, essas regras substantivas são regras para o dia a dia, pelo que só em casos patológicos são trazidas à aplicação judicial. Sendo esta a situação normal, a remissão para o juiz só confunde, podendo levar em certos casos a crer que o dissídio não pode ser extrajudicialmente composto.

É o que se passa no caso presente. Apesar da roupagem judicial dos preceitos, nada impede que as partes acordem na solução a dar ao caso. Esse acordo pode ser inovador, baseado na autonomia da vontade, mas pode

³⁹ A título de mero exemplo, além dos preceitos acima referidos, temos o art. 404 § único (pode o juiz conceder indemnização suplementar), 413 (a penalidade pode ser reduzida equitativamente pelo juiz), 464 (pode o juiz suprir a vontade da parte inadimplente), 572 (será facultado ao juiz fixar a indemnização em bases razoáveis), 575 § único (pode o juiz reduzir o aluguel), 581 (necessidade imprevista do comodante reconhecida pelo juiz), 606 (o juiz atribuirá compensação razoável) e assim por diante.

⁴⁰ Seja o caso do art. 720 § único. No contrato por tempo indeterminado, qualquer das partes pode resolvê-lo com o aviso prévio de 30 dias, desde que decorrido prazo compatível com a natureza e o vulto do investimento. Divergindo as partes quanto a este prazo, o juiz decidirá da razoabilidade do prazo. A regra é simplesmente a de que a denúncia do contrato só se pode fazer após decorrido prazo razoável. Resulta já dos princípios gerais que, se as partes não se entenderem na determinação deste, o litígio terá de ser dirimido em juízo.

representar também a aplicação da lei, por valoração concorde das orientações legais.

Assim, só quando as partes não se entendam sobre o sentido da solução legal e se decidam a trazer o caso ao foro é que o juiz intervém efectivamente a dar a solução. Mas a aplicação dos preceitos não é necessariamente judicial.

A formulação legal traz porém já neste caso uma dificuldade particular.

O art. 478 dispõe que os efeitos da sentença que decretar a resolução retroagirão à data da citação. Compreende-se, pois a sentença verifica nesse caso que havia realmente fundamento para a resolução do contrato. Mas pode perguntar-se se será essa a única solução possível. Uma vez que a actuação também pode ser extra-judicial, os efeitos poderão retroagir à data da interpelação dirigida por uma parte à outra, uma vez verificado que havia realmente fundamento para a resolução do contrato.

Na realidade, aquele trecho do art. 478, que traduz antes de mais a realidade processual comum, só confunde. Se se não quisesse estabelecer uma solução especial para esta hipótese, mais valia o código ter omitido qualquer referência à retroacção. Mais uma vez, a roupagem processual em leis substantivas revela-se deslocada e nociva.

13. CONCLUSÕES

Chegados ao fim, retomemos a afirmação que nos deu o ponto de partida: o Direito tem pés de terra.

Toda a situação jurídica assenta sobre uma realidade histórica, que dela passa a ser constituinte. Assim acontece também com os negócios que se

celebram: estão historicamente situados. Por isso a alteração das situações fácticas que são o pressuposto deles não pode deixar de os atingir.

O mero apelo ao consentimento, fruto dos pressupostos ideológicos imperantes a partir do séc. XVIII, encerrava assim uma falsidade. O consentimento não basta, porque a realidade impõe-se. O negócio não pode prosseguir tal qual perante uma realidade que não é aquela que levou as partes comumente a contratar, ou porque qualitativamente perde justificação, ou porque quantitativamente ficou desequilibrado.

Perante este dado, até onde chegaremos?

Partindo da relevância indiscutível da Justiça do conteúdo, poderemos generalizar e afirmar o princípio geral que essa justiça intrínseca condiciona a vinculatividade jurídica?

Não nos precipitemos. A afirmação dum princípio de grande generalidade pressupõe muitas análises sectoriais. Não é o que se oferece ainda, perante um código que acaba de entrar em vigor. Há que examinar o “abuso do direito”, as cláusulas abusivas, a lesão e tantos outros institutos jurídicos em que a valoração do conteúdo está implicada. Só após isso temos base para nos abalancharmos a grandes sínteses. Para já, apresentam-se antes em primeiro plano muitos institutos novos, ao menos na sua posição perante a lei civil básica, a desbravar. É uma tarefa estimulante.

De todo o modo, olhando o instituto da alteração das circunstâncias, é surpreendente como estamos já longe do absolutismo do *pacta sunt servanda*.

Facilmente se reconhece aqui um aspecto dum movimento geral, visível em tantos institutos, no sentido de recolocar no centro das atenções a justiça do conteúdo.

No nosso domínio, tem como consequência levar à reabilitação do princípio tradicional *rebus sic stantibus*. A análise realizada permite reconhecê-lo como um princípio essencial, desde que também não pretendamos endeusá-lo em princípio absoluto. No seu verdadeiro âmbito, que é o da base do negócio, ele é um princípio que deve ser proclamado com generalidade e que implica a recuperação da justiça do conteúdo, ao menos nesse âmbito, como fundamento da vinculatividade.

Pode-se perguntar: mas onde fica então a autonomia privada?

A autonomia privada é também um princípio fundamental. É exigência da auto-determinação da pessoa. Por isso, a pessoa tem de ser artífice em larga medida do seu ordenamento e os efeitos jurídicos que se produzem são primariamente de imputar a essa autonomia.

A revisão a que se procede no âmbito da alteração das circunstâncias não é inimiga da autonomia privada e do poder auto-vinculativo da vontade. A autonomia não sai diminuída: sai pelo contrário dignificada.

A metamorfose em curso neste sector leva a que se consagre uma autonomia concreta e não uma autonomia vazia. Respeita-se o que as partes quiseram, nas circunstâncias em que se encontravam.

Havendo uma proporção ou equilíbrio que as partes estabeleceram entre si, é essa equação que deve ser determinante. É essa que é necessário antes de mais preservar.

Até mesmo onde houver um elemento de liberalidade, ou um desequilíbrio livre e conscientemente aceite, continua a ser essa proporção a base da vinculatividade do negócio. Em caso de alteração das circunstâncias a preservação do negócio consiste na preservação desse posicionamento recíproco

básico. Haverá que recompor o equilíbrio substancial que as partes pretenderam, e não insistir em poderes ou vinculações que deixaram de se justificar.

Servir a justiça consiste assim em preservar a manifestação concreta de autonomia que foi substancialmente consentida, e não em impor uma cega subordinação aos preceitos que a exprimiram em circunstâncias históricas diferentes.

Por isso, só nos casos em que esse realinhamento não for realizável é que nos teremos de resignar a admitir que a defesa da autonomia concreta das partes não permite atribuir efeitos àquele negócio. Quer dizer, tendencialmente, só perante impossibilidade fáctica ou legal de modificação teremos de aceitar a resolução do contrato.

O resultado é substancial e enriquecedor. Não matámos o *pacta sunt servanda*, conjugámo-lo com o *rebus sic stantibus*. Os factos deve ser observados (princípio fundamental da autonomia) *rebus sic stantibus* (princípio fundamental de justiça e de respeito da vinculação realmente assumida).