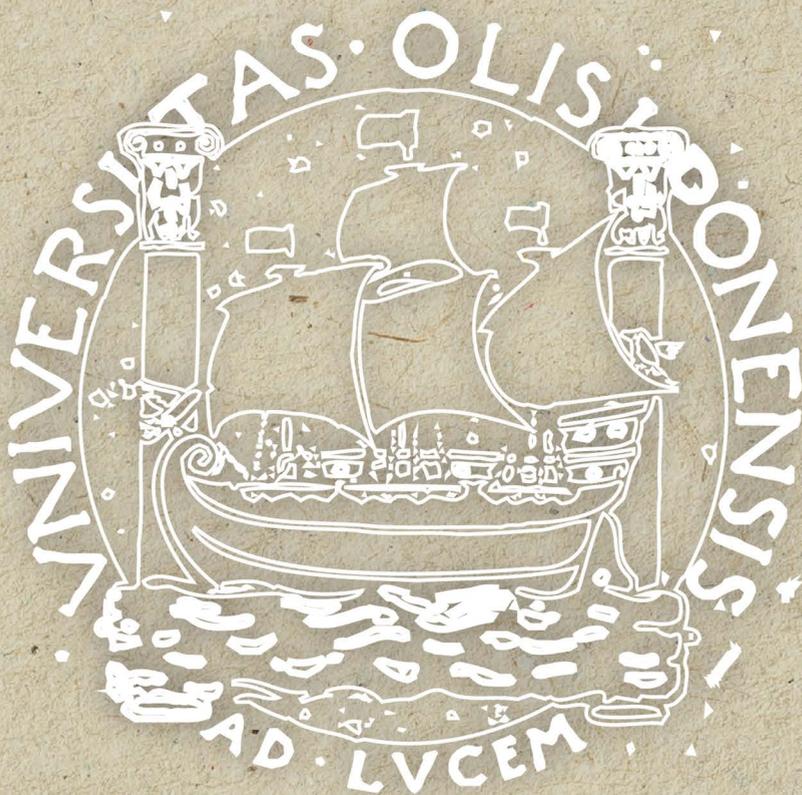


REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

LISBON LAW REVIEW



Número Temático: Vulnerabilidade(s) e Direito

ANO LXII

2021

NÚMERO 1 | TOMO 2

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade Semestral
Vol. LXII (2021) 1

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)
Dinah Shelton (Professora da Universidade de Georgetown)
Ingo Wolfgang Sarlet (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)
José Luis Díez Ripollés (Professor da Universidade de Málaga)
José Luís García-Pita y Lastres (Professor da Universidade da Corunha)
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)
Ken Pennington (Professor da Universidade Católica da América)
Marc Bungenberg (Professor da Universidade do Sarre)
Marco Antonio Marques da Silva (Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)
Pedro Ortego Gil (Professor da Universidade de Santiago de Compostela)
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

DIRETOR

M. Januário da Costa Gomes

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Pedro Infante Mota
Catarina Monteiro Pires
Rui Tavares Lanceiro
Francisco Rodrigues Rocha

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Agosto, 2021

TOMO 1

- **M. Januário da Costa Gomes**
11-17 Editorial

ESTUDOS DE ABERTURA

- **António Menezes Cordeiro**
21-58 Vulnerabilidades e Direito civil
Vulnerabilities and Civil Law
- **Christian Baldus**
59-69 Metáforas e procedimentos: Vulnerabilidade no direito romano?
Metaphern und Verfahren: Vulnerabilität im römischen Recht?
- **José Tolentino de Mendonça**
71-76 Sobre o Uso do Termo Vulnerabilidade
On the Use of the Word Vulnerability

ESTUDOS DOUTRINAIS

- **A. Dywyná Djabulá**
79-112 A Dinâmica do Direito Internacional do Mar em Resposta à Crescente Vulnerabilidade da Biodiversidade Marinha
The Dynamics of International Sea Law in Response to the Increasing Vulnerability of Marine Biodiversity
- **Alfredo Calderale**
113-143 Vulnerabilità e immigrazione nei sistemi giuridici italiano e brasiliano
Vulnerability and immigration in the Italian and Brazilian legal systems
- **Aquilino Paulo Antunes**
145-168 Covid-19 e medicamentos: Vulnerabilidade, escassez e desalinamento de incentivos
Covid-19 and drugs: Vulnerability, scarcity and misalignment of incentives
- **Cláudio Brandão**
169-183 O gènesis do conceito substancial de Direitos Humanos: a proteção do vulnerável na Escolástica Tardia Ibérica
Genesis of the substantial concept of Human Rights: protection of the vulnerable person in Late Iberian Scholastic
- **Eduardo Vera-Cruz Pinto**
185-208 Direito Vulnerável: o combate jurídico pelo Estado Republicano, Democrático e Social de Direito na Europa pós-pandémica
Vulnerable Law: The Legal Combat for the Republican, Democratic and Social State of Law in the post-pandemic Europe

-
- Elsa Dias Oliveira**
209-230 Algumas considerações sobre a proteção do consumidor no mercado digital no âmbito do Direito da União Europeia
Some considerations about the consumer protection in the digital market on the scope of the European Union Law
-
- Fernando Loureiro Bastos**
231-258 A subida do nível do mar e a vulnerabilidade do território terrestre dos Estados costeiros
Sea level rise and the vulnerability of the land territory of coastal states
-
- Filipa Lira de Almeida**
259-281 Do envelhecimento à vulnerabilidade
From ageing to vulnerability
-
- Francisco de Abreu Duarte | Rui Tavares Lanceiro**
283-304 Vulnerability and the Algorithmic Public Administration: administrative principles for a public administration of the future
Vulnerabilidade e Administração Pública Algorítmica: princípios administrativos para uma Administração Pública de futuro
-
- Hugo Ramos Alves**
305-339 Vulnerabilidade e assimetria contratual
Vulnerability and contractual asymmetry
-
- Isabel Graes**
341-374 Uma “solução” setecentista para a vulnerabilidade social: a Intendência Geral da Polícia
A “solution” to the social vulnerability in the 18th century: The General Police Intendency
-
- Jean-Louis Halpérin**
375-404 La protection du contractant vulnérable en droit français du Code Napoléon à aujourd’hui
A proteção do contraente vulnerável em Direito francês do Código Napoleão aos dias de hoje
-
- João de Oliveira Galdes**
405-489 Sobre a determinação da morte e a extração de órgãos: a reforma de 2013
On the Determination of Death and Organ Harvesting: the 2013 Reform
-
- Jones Figueirêdo Alves**
491-515 Os pobres como sujeitos de desigualdades sociais e sua proteção reconstrutiva no pós pandemia
The poor as subject to social inequalities and their reconstructive protection in the Post-Pandemic
-
- Jorge Cesa Ferreira da Silva**
517-552 A vulnerabilidade no Direito Contratual
Vulnerability in Contract Law
-
- José Luís Bonifácio Ramos**
553-564 Problemática Animal: Vulnerabilidades e Desafios
Animal Issues: Vulnerabilities and Challenges

-
- Júlio Manuel Vieira Gomes**
565-602 O trabalho temporário: um triângulo perigoso no Direito do Trabalho (ou a vulnerabilidade acrescida dos trabalhadores temporários)
The temporary agency work: a dangerous triangle in Labour Law (or the increased vulnerability of temporary agency workers)

TOMO 2

-
- Mafalda Carmona**
603-635 “Para o nosso próprio bem” – o caso do tabaco
“For our own good” – the tobacco matter
-
- Marco Antonio Marques da Silva**
637-654 Vulnerabilidade e Mulher Vítima de Violência: Aperfeiçoamento dos Mecanismos de Combate no Sistema Interamericano de Direitos Humanos e no Direito Brasileiro
Vulnerability and Woman Victim of Violence: The improvement of the Fighting Mechanisms in the Inter-American Human Rights System and Brazilian Law
-
- Margarida Paz**
655-679 A proteção das pessoas vulneráveis, em especial as pessoas idosas, nas relações de consumo
The protection of vulnerable people, especially the elderly, in consumer relations
-
- Margarida Seixas**
681-703 Intervenção do Estado em meados do século XIX: uma tutela para os trabalhadores por conta de outrem
State intervention in the mid-19th century: a protection for salaried workers
-
- Maria Clara Sottomayor**
705-732 Vulnerabilidade e discriminação
Vulnerability and discrimination
-
- Maria Margarida Silva Pereira**
733-769 O estigma do adultério no Livro das Sucessões e a conseqüente vulnerabilidade (quase sempre feminina) dos inocentes. A propósito do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de março de 2019
The adultery's stigma in the Book of Succession Law and the consequent vulnerability (nearly always feminine) of the innocents. With regard to the Portuguese Supreme Court of Justice Judgement of May 28, 2019
-
- Míriam Afonso Brigas**
771-791 A vulnerabilidade como pedra angular da formação cultural do Direito da Família – Primeiras reflexões
Vulnerability as the cornerstone of the cultural development of Family Law – First reflections

-
- Nuno Manuel Pinto Oliveira**
793-837 Em tema de renegociação – a vulnerabilidade dos equilíbrios contratuais no infinito jogo dos acasos
On renegotiation – the vulnerability of contractual balance against the background of an infinite game of chance
-
- Pedro Infante Mota**
839-870 De venerável a vulnerável: *trumping* o Órgão de Recurso da OMC
From venerable to vulnerable: trumping the WTO Appellate Body
-
- Sandra Passinhas**
871-898 A proteção do consumidor no mercado em linha
Consumers' protection in digital markets
-
- Sérgio Miguel José Correia**
899-941 Maus-tratos Parentais – Considerações sobre a Vitimação e a Vulnerabilização da Criança no Contexto Parental-Filial
Parental Maltreatment – Considerations on Child Victimization and Vulnerability within the Parental-Filial Context
-
- Silvio Romero Beltrão | Maria Carla Moutinho Nery**
943-962 O movimento de tutela dos vulneráveis na atual crise económica: a proteção dos interesses dos consumidores e o princípio da conservação da empresa diante da necessidade de proteção das empresas aéreas
The vulnerable protection movement in the current economic crisis: the protection of consumers interests and the principle of conservation of the company in face of the protection of airline companies
-
- Valentina Vincenza Cuocci**
963-990 Vulnerabilità, dati personali e *mitigation measures*. Oltre la protezione dei minori
Vulnerability, personal data and mitigation measures. Beyond the protection of children

JURISPRUDÊNCIA CRÍTICA

-
- Maria Fernanda Palma**
993-1002 O mito da liberdade das pessoas exploradas sexualmente na Jurisprudência do Tribunal Constitucional e a utilização concetualista e retórica do critério do bem jurídico
The myth of the freedom of sexually exploited people in the Constitutional Court's Jurisprudence and the conceptual and rhetorical use of the criterion of the legal good
-
- Pedro Caridade de Freitas**
1003-1022 Comentário à decisão da Câmara Grande do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – caso *Vavříčka e Outros versus República Checa* (Proc. 47621/13 e 5), 8 de Abril de 2021
Commentary on the decision of the Grand Chamber of the European Court of Human Rights – Vavříčka and Others v. Czech Republic case (Proc. 47621/13 and 5), 8th April 2021

-
- Rui Guerra da Fonseca**
1023-1045 Vacinação infantil compulsória – o Ac. TEDH *Vavříčka & Outros c. República Checa*,
queixas n.ºs 47621/13 e outros, 08/04/2021
Compulsory childhood vaccination – ECHR Case of Vavříčka and Others v. the Czech Republic, appl.
47621/13 and others, 08/04/2021

VIDA CIENTÍFICA DA FACULDADE

-
- António Pedro Barbas Homem**
1047-1052 Doutoramentos e centros de investigação
Doctoral degrees and research centers
-
- Christian Baldus**
1053-1065 Arguição da tese de doutoramento do Mestre Francisco Rodrigues Rocha sobre “Da
contribuição por sacrifício no mar na experiência jurídica romana. Século I a.C. ao
primeiro quartel do IV d.C.”
*Soutenance de la thèse de doctorat du Maître Francisco Rodrigues Rocha sur “Da contribuição por
sacrifício no mar na experiência jurídica romana. Século I a.C. ao primeiro quartel do IV d.C.”*
-
- José A. A. Duarte Nogueira**
1067-1078 *Da contribuição por sacrifício no mar na experiência jurídica romana. Do Século I a. C.*
ao primeiro quartel do IV d. C. (Francisco Barros Rodrigues Rocha). Arguição nas provas
de Doutoramento (Lisboa, 5 de Março de 2021)
The contribution by sacrifice on the sea in the Roman legal experience between the 1st century
BC. and the first quarter of 4th century AD, by *Francisco Barros Rodrigues Rocha. Argument in
the Doctoral exams (Lisbon, March 5, 2021)*

LIVROS & ARTIGOS

-
- Antonio do Passo Cabral**
1081-1083 Recensão à obra *A prova em processo civil: ensaio sobre o direito probatório*, de Miguel
Teixeira de Sousa
-
- Dário Moura Vicente**
1085-1090 Recensão à obra *Conflict of Laws and the Internet*, de Pedro de Miguel Asensio
-
- Maria Chiara Locchi**
1091-1101 Recensão à obra *Sistemas constitucionais comparados*, de Lucio Pegoraro e Angelo Rinella

Em tema de renegociação – a vulnerabilidade dos equilíbrios contratuais no infinito jogo dos acasos

On renegotiation – the vulnerability of contractual balance against the background of an infinite game of chance

Nuno Manuel Pinto Oliveira*

“Este funcionamento silencioso, comparável ao de Deus, provoca toda a espécie de conjecturas. Uma abominavelmente insinua que há já séculos que não existe a Companhia e que a sagrada desordem das nossas vidas é puramente hereditária, tradicional; outra julga-a eterna e que perdurará até à última noite, quando o último deus aniquilar o mundo. Outra ainda declara que a Companhia é onnipotente, mas que só tem influência sobre coisas minúsculas: o piar de uma ave, as cambiantes da ferrugem e da poeira, os meios sonhos da madrugada. Outra, pela boca de heresiarcas camuflados, *que nunca existiu nem existirá*. Outra, não menos ignominiosa, considera que é indiferente afirmar ou negar a realidade da tenebrosa corporação, porque Babilónia não é outra coisa senão um infinito jogo de acasos.”

Jorge Luis Borges¹

Resumo: A alteração das circunstâncias põe em causa o equilíbrio do contrato e expõe a parte prejudicada aos riscos do cumprimento de um contrato desequilibrado. O fim de proteger os interesses da parte prejudicada, logo vulnerável, pode ser prosseguido através de um dever ou de um ónus de renegociação.

Palavras-chave: alteração das circunstâncias – contratos de execução duradoura – vulnerabilidade da parte prejudicada – dever de renegociação – ónus de renegociação.

Abstract: Change of circumstances may cause a significant imbalance between performance and counterperformance and expose the disadvantaged party to the risks of an unfair contract. The purpose of protecting the interests of the disadvantaged, vulnerable, party may be pursued by means of either a burden or a duty to renegotiate.

Keywords: change of circumstances – long-term contracts – vulnerability of the disadvantaged party – duty to renegotiate.

* Juiz Conselheiro no Supremo Tribunal de Justiça. Professor catedrático da Escola de Direito da Universidade do Minho (com contrato na situação prevista no art. 73.º do ECDU).

¹ “A lotaria na Babilónia”, in: *Obras completas*, vol. I – 1923-1949, Editorial Teorema, Lisboa, 1998, págs. 473-478.

Sumário: 1. Introdução – vulnerabilidade, alteração das circunstâncias e renegociação do contrato afectado ou perturbado pela alteração. 1.1. A renegociação do contrato nos direitos alemão, italiano, francês e espanhol. 1.2. A renegociação do contrato na Convenção das Nações Unidas sobre a venda internacional de mercadorias, nos Princípios relativos aos contratos comerciais internacionais (Princípios UNIDROIT), no anteprojecto de um Código europeu dos contratos, nos Princípios de direito europeu dos contratos, no anteprojecto de um quadro comum de referência do direito privado europeu e no art. 89.º da proposta de direito comum da compra e venda. 2. O art. 437.º do Código Civil como expressão do princípio da autonomia privada e da boa fé. 2.1. O dever de renegociação do contrato como corolário do art. 762.º, n.º 2, do Código Civil. 2.1.1. Comparação entre os argumentos deduzidos do art. 762.º, n.º 2, do Código Civil português e os argumentos deduzidos dos arts. 1175.º, 1366.º, 1374.º e 1375.º do Código Civil italiano. 2.2.. O dever de renegociação do contrato como corolário das regras do art. 437.º do Código Civil. 2.2.1.-2.2.2. Comparação entre os argumentos deduzidos do art. 437.º, do Código Civil português e os argumentos deduzidos do § 313 do Código Civil alemão. 2.2.3. Comparação entre os argumentos deduzidos do art. 437.º do Código Civil português e os argumentos deduzidos do art. 1467, n.º 3, e 1477 do Código Civil italiano. 3. O procedimento de renegociação do contrato afectado ou perturbado pela alteração das circunstâncias. 3.1. O pedido de renegociação do contrato como *encargo* ou *ónus* da parte prejudicada. 3.2. A resposta ao pedido de renegociação como *dever* da parte não prejudicada. 4.3. Os limites do dever de renegociação da parte não prejudicada. 4. O conteúdo da *relação de renegociação* – comparação entre os deveres compreendidos no conteúdo da relação *pre-contratual* de negociação e os deveres compreendidos no conteúdo da relação *contratual* de renegociação. 5. Os efeitos da violação dos deveres compreendidos no conteúdo da relação contratual de renegociação. 6. Conclusão – os limites de um dever de renegociação em tempos de *crise total*.

1. A relação entre os conceitos de *vulnerabilidade*, de *alteração das circunstâncias* e de *renegociação* do contrato *afectado* ou *perturbado* pela alteração requer um esclarecimento.

O termo *vulnerabilidade* pode designar um daqueles factos, um daqueles *truísmos*, que fazem com que o direito, com que todo o direito, seja necessário² ou, tão-só, um daqueles factos que fazem com que determinados *princípios* ou com que determinadas *regras* de direito sejam necessárias. Excluído o primeiro, o

² Cf. HERBERT L. A. HART, *O conceito de direito* (título original: *The Concept of Law*), Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1986, págs. 210-211.

segundo sentido do termo *vulnerabilidade* está ligado ao sentido dos termos *autonomia*, *auto-determinação* e *auto-suficiência* – a pessoa vulnerável é aquela que não pode actuar ou exercer a sua autonomia; é aquela que não pode determinar-se a si própria, ou aquela que não pode agir de acordo com a sua auto-determinação ou auto-vinculação.

Em consequência, a *vulnerabilidade* releva sobretudo como um *argumento*, e como um argumento para explicar / para justificar uma *excepção à regra*. A pessoa vulnerável é aquela que deve estar sujeita a regras excepcionais, porque não deve atribuir-se-lhe competência para se determinar a si própria ou, ainda que deva atribuir-se-lhe competência, porque não deve exigir-se-lhe que cumpra aquilo a que se auto-determinou ou auto-vinculou. Em rigor, não há uma vulnerabilidade *absoluta*, ou uma vulnerabilidade *em si*; em certas circunstâncias, todos somos vulneráveis; há, tão-somente, uma vulnerabilidade *relativa*; cada um de nós é mais ou menos vulnerável.

As razões da vulnerabilidade podem ser definitivas, permanentes, ou só transitórias. Quando sejam definitivas, permanentes, poderá falar-se de uma vulnerabilidade estrutural – estar-se-á perante o resultado das características intrínsecas de uma determinada pessoa ou da relação entre as suas características intrínsecas e um contexto económico ou social –; quando sejam temporárias, transitórias, poderá falar-se de uma vulnerabilidade conjuntural. Em relação às pessoas mais vulneráveis, e aos aspectos em que cada pessoa é mais ou menos vulnerável, o argumento é deduzido para significar que devem ser tratadas de forma distinta das pessoas menos vulneráveis.

Ora a alteração das circunstâncias designa uma razão para a vulnerabilidade, ainda que para uma vulnerabilidade conjuntural – aquele que alega a alteração das circunstâncias está a alegar que se explica ou que se justifica uma *excepção* e que a excepção que se explica ou que se justifica consiste em que *não deve exigir-se-lhe que cumpra aquilo a que se auto-determinou ou auto-vinculou*³. Estabelecida a *vulnerabilidade* da parte prejudicada, põe-se o problema de um *dever* ou de um *ónus* de renegociação – a parte prejudicada por uma *alteração das circunstâncias* pode exigir ou pretender que o contrato *afectado* ou *perturbado* pela alteração seja *renegociado*?

³ Em termos semelhantes, vide SILVIO PIETRO CERRI, “Adeguamento del contratto e status di contraente debole”, in: *Diritto e processo*, 2017, págs. 165-238; LUCIA RUGGERI / MANUELA GOBBI, “Vulnerabilità economica tra diritto emergenziale e contrattuale”, in: *Attualidad Juridica Iberoamericana*, n.º 12bis – 2020, págs. 340-351.

1.1. O § 313 do Código Civil alemão⁴ e os arts. 1467 e 1468 do Código Civil italiano⁵ deixaram de alguma forma em aberto a questão da adstrição ou vinculação

⁴ Sobre o § 313 do Código Civil alemão, *vide*, p. ex., OTTO VON PALANDT / HELMUT HEINRICHS, anotação ao § 313, in: *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts. Ergänzungsband zu Palandt, BGB, 61. Auflage*, C. H. Beck, München, 2002, págs. 196-205; BARBARA DAUNER-LIEB, “Kodifikation von Richterrecht”, in: REINER SCHULZE / HANS SCHULTE-NÖLKE (org.), *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, págs. 305-328 (321-323); PETER SCHLECHTRIEM, “Entwicklung des deutschen Schuldrechts und europäische Rechtsangleichung”, in: *Jahrbuch der Jünger Zivilrechtswissenschaftler*, 2001, págs. 9-28 (26-27); GUNDULA MARIA PEER, “Die Rechtsfolgen von Störungen der Geschäftsgrundlage. Ein Vergleich zwischen § 313 RegE eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes und dem geltendem deutschen und österreichischen Recht sowie modernen Regelwerken”, in: *Jahrbuch der Jünger Zivilrechtswissenschaftler*, 2001, págs. 61-83; RUDOLF MEYER-PRITZL, “§ 313. Störung der Geschäftsgrundlage. Kündigung von Dauerschuldverhältnisse aus wichtigem Grund”, in: MATHIAS SCHMOEKEL / JOACHIM RÜCKERT / REINHARD ZIMMERMANN (coord.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, vol. II – *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, tomo II – §§ 305-432, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, págs. 1708-1579; HANS BROX / WOLF-DIETRICH WALKER, *Allgemeines Schuldrecht*, 29.^a ed., C. H. Beck, München, 2002, págs. 283-291; PETER SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 5.^a ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, págs. 207-210 e 212-213; DIRK LOOSCHELDERS, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 6.^a ed., Carl Heymanns, Köln / Berlin / Bonn / München, 2008, págs. 247-254; JAN DIRK HARKE, *Allgemeines Schuldrecht*, Springer, Heidelberg / Dordrecht / London / New York, 2010, págs. 91-102, 206-209 e 209-210; HEIN KÖTZ, *Vertragsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009, págs. 412-418; e VOLKER EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, 5.^a ed., C. H. Beck, München, 2003, págs. 401-462.

⁵ Sobre os arts. 1467 e 1468 do Código Civil italiano, *vide*, p. ex., FRANCESCO MACARIO, “Le sopravvenienze”, in: VINCENZO ROPPO (coord.), *Trattato del contratto*, vol. V – *Rimedi-2*, Giuffrè, Milano, 2006, págs. 495-749; PAOLO GALLO, *Trattato del contratto*, vol. 3 – *I rimedi. La fiducia, l'apparenza*, UTET, 2010, págs. 2245-2238; PAOLO GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1992; FRANCESCO MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Jovene, Napoli, 1996; EMANUELE TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, CEDAM / Wolters Kluwer, Milano, 2018; PAOLO GALLO, “Eccessiva onerosità sopravvenuta e presupposizione”, in: *Digesto. Discipline Privatistiche. Sezione civile – Aggiornamento VII*, UTET, Torino, 2012, págs. 439-470; PAOLO GALLO, “Revisione del contratto ed equilibrio sinalagmatico”, in: *Digesto. Discipline Privatistiche. Sezione civile – Aggiornamento XII*, UTET, Torino, 2019, págs. 365-381; ENRICO GABRIELLI, “La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità”, in: *Contratto e impresa*, n.º 3 – 1995, págs. 921-959; ENRICO GABRIELLI, “Rimedi giudiziali e adeguamento del contenuto del contratto alle mutate circostanze di fatto”, in: *Studi Urbinati, A – Scienze giuridiche, politiche ed economiche*, vol. 54, n.º 2 (2003), págs. 169-213; FRANCESCO MACARIO, “Revisione e rinegoziazione del contratto”, in: *Enciclopedia del diritto – Annali dal 2007*, Giuffrè, Milano, 2008, págs. 1026-1085; EMANUELE TUCCARI, “Contratti di durata (eccessiva onerosità sopravvenuta nei)”, in: *Digesto. Discipline Privatistiche. Sezione civile – Aggiornamento XII*, UTET, Torino, 2019, págs. 97-112; ou EMANUELE TUCCARI, “La (s)consolante vaghezza delle clausole generiche per disciplinare l'eccessiva onerosità sopravvenuta”, in: *Contratto e impresa*, n.º 2 – 2018, págs. 843-885.

das partes a um dever ou a um ónus de renegociação do contrato afectado ou perturbado pela alteração das circunstâncias.

Em todo o caso, na Alemanha, a Exposição de motivos da Lei de modernização do direito das obrigações dizia que a parte prejudicada tinha um *diritto subjectivo propriamente dito* ou uma *pretensão* à adaptação ou à modificação do contrato – e, sem o dizer, sugeria que as partes tivessem o dever de renegociação do contrato afectado ou perturbado⁶ – e, na Itália, o tema do *dever de renegociação* tem sido discutido com entusiasmo, seja para argumentar em seu favor⁷ seja para contra-argumentar em seu desfavor^{8/9/10}. O recente relatório da *Corte di Cassazione* entra na controvérsia em sentido decididamente favorável ao *dever de renegociação*:

⁶ “Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts – Begründung”, in: *Deutscher Bundestag – Drucksache 14/60*, de 14 de Maio de 2001, págs. 79-286 (176): “Foi rejeitada a possibilidade de deixar em aberto a conformação jurídica da adaptação ou da modificação, através, p. ex., de uma fórmula como ‘deve adaptar-se o contrato’ ou ‘deve o contrato ser adaptado’. As razões relacionadas com a segurança jurídica depõem no sentido de se fixar, como consequência da alteração das circunstâncias, uma pretensão no sentido da adaptação ou da modificação do contrato. Em particular, as partes devem negociar, por si próprias, sobre a adaptação ou sobre a modificação. [O facto de as partes não negociarem ou de, negociando, não chegarem a acordo, faz com que seja necessário um processo e com que, no processo,] a parte prejudicada possa deduzir um pedido directa e imediatamente dirigido à prestação adaptada ou modificada”.

⁷ Como fazem, p. ex., FRANCESCO MACARIO, *Adeguamento e rinegoziatione nei contratti a lungo termine*, cit., *passim* – cujos argumentos são retomados, p. ex., em “Le sopravvenienze”, cit., págs. 495-749; em “Adeguamento del contratto e obbligo di rinegoziare. Contributo di diritto comparato alla luce del diritto europeo dei contratti” (2006), in: [www: < http://www.lex.unict.it/congresso_italotedesco/macario_it.pdf >](http://www.lex.unict.it/congresso_italotedesco/macario_it.pdf); ou em “Revisione e rinegoziatione del contratto”, cit., págs. 1026-1085; ou MATTEO DE PAMPILIS, *Rinegoziatione e default rule. Il mantenimento dei contratti esposti a sopravvenienze nella prospettiva de jure condendo*, Bononia University Press, Bologna, 2020.

⁸ Como faz, p. ex., EMANUELE TUCCARI, em *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit., *passim* – e. em termos mais sintéticos, em “Contratti di durata (eccessiva onerosità sopravvenuta nei)”, cit., págs. 97-112; em “La (s)consolante vaghezza delle clausole generiche per disciplinare l’eccessiva onerosità sopravvenuta”, cit., *passim* ou em “Riforma del Codice civile e diritto privato europeo: verso un’armonizzazione ‘in senso debole’”, in: PIETRO SIRENA (coord.), *Dal ‘fitness check’ alla riforma del Codice civile. Profili metodologici della ricodificazione*, Jovene, Napoli, 2019, págs. 291-319.

⁹ Entre argumentos e contra-argumentos entusiásticos, encontra-se de quando em quando algum cepticismo [cf. designadamente FRANCESCO GAMBINO, em *Problemi del rinegoziare*, Giuffrè, Milano, 2004; FRANCESCO GAMBINO, “Rischio e parità di posizioni nei rimedi correttivi degli scambi di mercato”, in: *Rivista di diritto civile*, ano 56 (2010), págs. 41-67; ENRICO GABRIELLI, “Dottrine e rimedi nella sopravvenienza contrattuale”, cit., pág. 80; ou PAOLO GALLO, “Revisione del contratto ed equilibrio sinalagmatico”, cit., págs. 365-381 (380)] – como o daqueles que, admitindo que o dever de renegociação tende a encontrar um apoio cada vez maior, cada vez mais intenso, nos direitos contemporâneo, dizem que só o encontra porque “não custa nada” e “nos faz sentir melhor” [cf. MARIO BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2006, pág. 225].

“Os contratos só devem ser rigidamente respeitados na sua formulação primigénia na medida em que permaneçam inalteradas as condições e os pressupostos que as partes tiveram em contra aquando da sua conclusão. Correlativamente [*per converso*], sempre que uma superveniência subverta a base factual ou o complexo dos elementos económicos e jurídicos sobre o qual se erigiu o contrato, a parte lesada *in executivis* deve dispor da faculdade de renegociar o conteúdo das prestações”¹¹.

O regime geral e os regimes especiais de cada tipo de contrato deveriam re-construir-se a partir de uma *releitura* das disposições legais, a partir de uma articulação entre os princípios de direito civil, como o dever de boa fé, e os princípios de direito constitucional, como o dever de solidariedade¹².

Em França, o art. 1195 do Código Civil, na redacção da *Ordonnance n.º 2016-131*, de 10 de Fevereiro de 2016¹³, determina que “[a parte prejudicada pela

¹⁰ Para uma síntese da controvérsia, *vide* por todos VALENTINA DI GREGORIO, “Rinegoziazione”, in: *Diritto on-line* (2019), in: https://www.treccani.it/enciclopedia/rinegoziazione_%28Diritto-on-line%29/ >.

¹¹ Corte di Cassazione, *Relazione tematica n.º 56 – Novità normative sostanziali del diritto “emergenziale” anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*, pág. 21.

¹² Cf. Corte di Cassazione, *Relazione tematica n.º 56 – Novità normative sostanziali del diritto “emergenziale” anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*, cit., pág. 21 – falando de uma “releitura do actual direito dos contratos à luz de um princípio da solidariedade reactivado ou revitalizado, numa perspectiva civilística orientada pela boa fé”.

¹³ O texto do art. 1195 do Código Civil francês, na redacção da *Ordonnance n.º 2016-131*, corresponde ao art. 1196.º do *projet d’ordonnance* – sobre o art. 1196 do *projet d’ordonnance portant réforme du droit des contrats*, NICOLAS DISSAUX / CHRISTOPHE JAMIN, *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations [rendu public le 25 de février 2015]*, Dalloz, Paris, 2015, págs. 94-97; MATHIAS LATINA, “L’imprévision”, in: Gaël Chantepie / Mathias Latina, *Blog Réforme du droit des obligations*, in: <http://reforme-obligations.dalloz.fr/2015/03/23/limprevision/> >; OLIVIER DESHAYES, “Les effets du contrat entre parties”, in: *La semaine juridique. Edition générale – Supplément au N° 21, 25 mai 2015*, págs. 43-47; RÉMY CABRILLAC, “L’article 1196: la porte entrouverte à l’admission de l’imprévision”, in: *Revue des contrats*, n.º 3 – Septembre 2015, págs. 771-772; NICOLAS MOLFESSIS, “Le rôle du juge en cas d’imprévision dans la réforme du droit des contrats”, in: *La semaine juridique – édition générale*, 21 de Dezembro de 2015, págs. 2390-2393; NICOLAS FERRIER, “Le renforcement du rôle du juge dans la détermination et la révision du contenu du contrat”, in: REINER SCHULZE / GUILLAUME WICKER / GERALD MÄSCH / DENIS MAZEAUD (coord.), *La réforme du droit des obligations en France. 5.e journées franco-allemandes*, Société de législation comparée, Paris, 2015, págs. 73-93; GERALD MÄSCH, “La détermination et la révision du contenu du contrat et le renforcement du rôle du juge: commentaire allemand”, in: REINER SCHULZE / GUILLAUME WICKER / GERALD MÄSCH / DENIS MAZEAUD (coord.), *La réforme du droit des obligations en France. 5.e journées franco-allemandes*, Société de législation comparée, Paris, 2015, págs. 95-103; MICHELE GRAZIADEI, “Le contrat au tournant de la réforme: les choix du juriste français et le précédent italien”, in: *Revue des contrats*, 2015, págs. 720-727 (726-727); sobre o art. 1195 da

alteração das circunstâncias] poderá solicitar a seu co-contratante uma renegociação do contrato”. O resultado da renegociação pode ser um de três: Em primeiro lugar, as partes podem chegar a acordo para a modificação ou para a resolução do contrato¹⁴; em segundo lugar, ainda que não cheguem a acordo para a modificação ou para a resolução do contrato, podem chegar a acordo para pedirem ao juiz a modificação¹⁵; em terceiro lugar, as partes podem não chegar a acordo para nada (nem para a modificação ou para resolução, nem para o pedido comum de modificação do contrato).

Quando a parte não prejudicada não aceite a renegociação ou, ainda que a parte não prejudicada aceite a renegociação, quando as partes não cheguem a acordo para a modificação ou para a resolução do contrato dentro de um prazo razoável, entra-se na segunda fase (na fase dissensual) – cada uma das partes pode pedir *unilateralmente* ao juiz a modificação ou a resolução.

Ordonnance n.º 2016-131, de 10 de Fevereiro de 2016, *vide* por todos GAËL CHANTEPIE / MATHIAS LATINA, anotação ao art. 1195, in: *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, Paris, 2016, n.ºs 522-530; DANIEL MAINGUY, anotação ao art. 1195, in: DANIEL MAINGUY (coord.), *Le nouveau droit français des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (après l'ordonnance du 10 février 2016)*, Faculté de droit et science politique de l'Université de Montpellier, 2016, págs. 150-155 (n.ºs 180-185); CLÉMENT FRANÇOIS, “Présentation des articles 1193 à 1195 de la nouvelle sous-section 1 ‘Force obligatoire’”, in: *La réforme du droit des contrats présentée par l'IEJ de Paris*, in: [www. < https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap4/sect1/ssect1-force-obligatoire/ >](http://www.iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap4/sect1/ssect1-force-obligatoire/); ALAIN PIETRANCOSTA, “Introduction of the Hardship Doctrine (“théorie de l'imprévision”) into French Contract Law: A Mere Revolution on the Books?”, in: *Revue trimestrielle de droit financier*, n.º 3 – 2016, págs. 1-8; BÉNÉDICTE FAUVARQUE-COSSON, “Does Review on the Ground of Imprévision Breach the Principle of the Binding Force of Contracts”, in: JOHN CARTWRIGHT / SIMON WHITTAKER (coord.), *The Code Napoléon Rewritten. French Contract Law after the 2016 Reforms*, Hart Publishing, Oxford / Portland (Oregon), 2017, págs. 187-206; TOBIAS LUTZI, “Introducing Imprévision into French Contract Law – A Paradigm Shift in Comparative Perspective”, in: SOPHIE STIJNS / SANNE JANSEN (coord.), *The French Contract Law Reform – A Source of Inspiration?*, Intersentia, Antwerp, 2016, págs. 89-112; JANWILLEM OOSTERHUIS, “Commercial Impracticability and the Missed Opportunity of the French Contract Law Reform: Doctrinal, Historical and Law and Economics Arguments – Comment on Lutzzi’s Introducing Imprévision into French Contract Law”, in: SOPHIE STIJNS / SANNE JANSEN (coord.), *The French Contract Law Reform – A Source of Inspiration?*, cit., págs. 113-130; ALVISE SCHIAVON, “Regulation ‘imprévision’ in the New French Contract Law Reform and Life Time Contracts”, in: Luca Ratti (coord.), *Embedding the Principles of Life Time Contracts*, Eleven International Publishing, The Hague, 2018, págs. 97-115; ou EMANUELE TUCCARI, “Prime considerazioni sulla ‘révision pour imprévision’”, in *Persona e mercato*, 2018, págs. 130-134.

¹⁴ Cf. art. 1195, primeiro parágrafo, primeira alternativa: “*En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent...*”.

¹⁵ Cf. art. 1195, primeiro parágrafo, segunda alternativa: “*En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent... demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation*”.

“Na falta de um acordo dentro de um prazo razoável, o juiz pode, a pedido de uma das partes, modificar o contrato ou pôr-lhe termo, na data e nas condições que fixe”¹⁶.

Em contraste com o direito italiano, ou com os direitos alemão e francês, o sistema de direito civil espanhol só permite que a parte prejudicada se desvincule, total ou parcialmente, do contrato *afectado* ou *perturbado* através de uma *norma jurisprudencial*¹⁷ – em rigor, de uma *norma jurisprudencial de conteúdo variável*¹⁸.

¹⁶ Cf. art. 1195, segundo parágrafo, segundo período: “*A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe*”.

¹⁷ Vide, por todos, FREDERICO DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, págs. 314-326, LUÍS DíEZ-PICAZO, *Sistema de derecho civil*, vol. II, 6.ª ed., Tecnos, Madrid, 1989, págs. 272-275 ; CARLOS LASARTE, *Principios de derecho civil III – Contratos*, 13.ª ed., Marcial Pons, Madrid / Barcelona / Buenos Aires, 2010, págs. 156-159; FRANCISCO CANDIL Y CALVO, *La cláusula rebus sic stantibus*, Madrid, 1946 – com recensão de E. VERDERA Y TUELLS no *Anuario de derecho civil*, ano 1.º (1948), págs. 166-169 –; JOSÉ TERRAZA MARTORELL, *Modificación y resolución de los contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución. Teoría de la cláusula rebus sic stantibus*, Bosch, Barcelona, 1951 – com recensão de SALVADOR RAVELLO no *Anuario de derecho civil*, ano 4.º (1951), págs. 244-247 –; JULIO VICENTE GAVIDIA SÁNCHEZ, “Presuposición y riesgo contractual (Introducción al estudio del riesgo contractual)”, in: *Anuario de derecho civil*, vol. 40 (1987), págs. 525-600; CRISTINA AMUNÁTEGUI RODRIGUEZ, *La cláusula rebus sic stantibus*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003 – com recensão de LIS PAULA SAN MIGUEL PRADERA no *Anuario de derecho civil*, ano 57.º (2004), págs. 1613-1617; FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO / LUZ M. MARTÍNEZ VELENCOSO, *La moderna configuración de la cláusula rebus sic stantibus. Tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la figura*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2013 – com recensão de ALVARO NUÑES IGLESIAS no *Anuario de derecho civil*, vol. 67.º (2014), págs. 1059-1061 –; MANUEL GARCIA CARACUEL, *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales* (dissertação de doutoramento), Universidade de Málaga, 2013 = *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*, Dykinson, Madrid, 2014 – com recensão de SIXTO SÁNCHEZ LORENZO no *Anuario de derecho civil*, ano 68.º (2015), págs. 553-554 –; JORGE CASTIÑEIRA JEREZ, *La inexigibilidad de la prestación contractual ante la alteración sobrevenida de las circunstancias* (dissertação de doutoramento), Universidad Ramon Lull (Barcelona), 2015; ou ISABEL ESPIN ALBA, *Cláusula rebus sic stantibus e interpretación de los contratos*, Reus, Madrid, 2020 – com recensão de SUSANA NAVAS NAVARRO na *Revista de derecho civil*, ano 8.º (2020), págs. 231-236.

¹⁸ Sobre a evolução da jurisprudência do Tribunal Supremo, vide por todos LUZ M. MARTÍNEZ VELENCOSO, “Riesgo negocial v. cláusula *rebus sic stantibus*. Comentario a las SSTs, 1a, 1.6.2010 y 21.7.2010”, in: *Indret n.º 1–2011*, in: [www: < https://indret.com/riesgo-negocial-v-clausula-rebus-sic-stantibus/ >](http://www.indret.com/riesgo-negocial-v-clausula-rebus-sic-stantibus/); ÁNGEL CARRASCO PERERA, “Reivindicación y defensa de la vieja doctrina ‘rebus sic stantibus’. Sentencia de 15 de Octubre de 2014”, in: *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, vol. 98 (Maio-Agosto de 2015), págs. 175-206 ; LUCÍA VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, “El ‘vaivén’ de la moderna jurisprudencia sobre la cláusula ‘rebus sic stantibus’”, in: *Revista de derecho civil*, ano 2.º (2015), págs. 65-94; MARÍA ANGELES PARRA LUCÁN, “Riesgo imprevisible y modificación de

Em 2009, a *Sección de Derecho Civil* da *Comisión General de Codificación* apresentou uma *Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos*¹⁹.

Inspirando-se no (novo) § 313 do Código Civil alemão²⁰, o art. 1213 da *Propuesta de modernización del Código Civil* e pretende substituir a *norma jurisprudencial* por uma *norma legal*:

[1.–] Se as circunstâncias que serviram de base ao contrato se tiverem alterado de forma extraordinária e imprevisível durante o seu cumprimento, de tal forma que se tenha tornado excessivamente oneroso para uma das partes ou se tenha frustrado o fim do contrato, o contratante a quem, consideradas as circunstâncias do caso e especialmente a distribuição contratual ou legal dos riscos, não seja razoavelmente exigível que continue vinculado ao contrato, poderá pretender a sua revisão ou, se tal não for possível ou não possa impor-se a uma das partes, pedir a sua resolução.

[2.–] A pretensão de resolução só poderá ser atendida quando não se possa obter da proposta ou das propostas de modificação oferecidas por cada uma das partes uma solução que reconstitua a reciprocidade de interesses do contrato”²¹.

los contratos”, in: *InDret*, n.º 4–2015, in: [www: < https://indret.com/riesgo-imprevisible-y-modificacion-de-los-contratos/ >](http://www.indret.com/riesgo-imprevisible-y-modificacion-de-los-contratos/); ENCARNACIÓN FERNÁNDEZ-RUIZ GÁLVEZ, “La reciente evolución de la jurisprudencia sobre alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales. Una cuestión de fundamentación y de técnica jurídica”, in: *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, n.º 21 – 2017, págs. 186-212; MARIA ISABEL REVILLA GIMÉNEZ, “La normalización de la cláusula *rebus sic stantibus*. Estudio jurisprudencial”, in: *Revista jurídica de Castilla y León*, n.º 41 – Janeiro de 2017, págs. 1-59; ou ENCARNACIÓN FERNÁNDEZ-RUIZ GÁLVEZ, “‘Rebus sic stantibus’ y crisis económica. Orden público económico versus especulación”, in: *Anuario de filosofía del derecho*, ano 33.º (2017), págs. 63-98.

¹⁹ Sobre a *Propuesta de modernización del Código Civil* em geral, *vide* por todos LUIS DÍEZ-PICAZO, “La propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos (una presentación)”, in: *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 2130 – 2011, págs. 1-9, ou CARMEN JEREZ DELGADO / MÁXIMO JUAN PÉREZ GARCIA, “La Comisión General de Codificación y su labor en la modernización del derecho de obligaciones”, in: *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 19 – 2009, págs. 155-179.

²⁰ Cf. ANTÓNIO MANUEL MORALES MORENO, “Error y alteración sobrevenida de las circunstancias”, comunicação apresentada no *Ier. Colloque franco-espagnol de droit des obligations*, realizado em Santiago de Compostela em 16 de Fevereiro de 2011, pág. 6.

²¹ Sobre as disposições da *Propuesta de modernización del Código Civil* relativas à modificação e à resolução dos contratos por alteração das circunstâncias *vide* por todos ANTÓNIO MANUEL MORALES MORENO, “Error y alteración sobrevenida de las circunstancias”, cit., *passim*; , PABLO SALVADOR CODERCH, “Alteración de las circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos”, in: *InDret*, n.º 4/2009, in: [www: < http://www.indret.com >](http://www.indret.com) = in: *Boletín del Ministerio de Justicia*, vol. 65 (2011), págs. 1-49; NIEVES

Em 2013, a *Sección de Derecho Mercantil da Comisión General de Codificación* contrapôs à *Propuesta de Modernización del Código Civil* uma *Propuesta de Código Mercantil*²², de que consta um conjunto de disposições gerais, aplicáveis a todos os contratos comerciais²³, e de cujo conjunto de disposições gerais consta o art. 416-2, sobre a alteração das circunstâncias:

1. – *En caso de excesiva onerosidad sobrevenida, la parte perjudicada no podrá suspender el cumplimiento de las obligaciones asumidas, pero tendrá derecho a solicitar sin demora la renegociación del contrato, expresando las razones en que se funde.*

Si no se alcanzara un acuerdo entre las partes dentro de un plazo razonable, cualquiera de ellas podrá exigir la adaptación del contrato para restablecer el equilibrio de las prestaciones o la extinción del mismo en una fecha determinada en los términos que al efecto señale.

2. – *Se considera que existe onerosidad sobrevenida cuando, con posterioridad a la perfección del contrato, ocurran o sean conocidos sucesos que alteren fundamentalmente el equilibrio de las prestaciones, siempre que esos sucesos no hubieran podido preverse por la parte a la que perjudiquen, escapen al control de la misma y ésta no hubiera asumido el riesgo de tales sucesos*²⁴.

FENYO PICÓN, “La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión general de codificación. Parte segunda: los remedios del incumplimiento”, in: *Anuario de derecho civil*, vol. 64 (2011), págs. 1481-1684 (1513-1527); LIS PAULA SAN MIGUEL PRADERA, “Hardship in Spanish Law: Past, Present and Future. Reflections on a Belgian Supreme Court Decision”, *European Review of Private Law*, n.º 1–2011, págs. 144-154; MANUEL GARCIA CARACUEL, *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*, cit., págs. 578 ss.; ou JORGE CASTIÑEIRA JEREZ, *La inexigibilidad de la prestación contractual ante la alteración sobrevenida de las circunstancias*, cit., págs. 442 ss.

²² Sobre a *Propuesta de Código Mercantil*, vide por todos ALBERTO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Presentación del anteproyecto de Código Mercantil”, in: ALBERTO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Hacia un nuevo Código Mercantil*, Thompson Reuters / Aránzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 37-54; FERNANDO GÓMEZ POMAR, “Un nuevo código”, in: *Indret. Revista para el análisis del derecho*, n.º 3-2013, in: [www: < https://indret.com/un-nuevo-codigo/ >](https://indret.com/un-nuevo-codigo/).

²³ Sobre as disposições da *Propuesta de Código Mercantil* relativas aos contratos, vide por todos MARÍA PAZ GARCÍA RUBÍO, “Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la propuesta de Código Mercantil”, in: *Revista de derecho civil*, vol. 1 (2014), n.º 1 – Janeiro / Março de 2014, págs. 7-27; FRANCISCO OLIVA BLÁSQUEZ, “El anteproyecto de Código Mercantil en el contexto del proceso internacional de unificación del derecho privado de los contratos”, in: *Revista de derecho civil*, vol. 1 (2014), págs. 37-66; ou MARIA PAZ GARCÍA RUBIO, “La mercantilización del derecho civil. A propósito del Anteproyecto de Código Mercantil en material de obligaciones y contratos”, in: *Boletín del Ministerio de Justicia*, ano 69.º (2015), n.º 2178 – Maio de 2015, págs. 5-30.

²⁴ Sobre as disposições da *Propuesta de Código Mercantil* relativas à modificação ou à resolução dos contratos por alteração anormal das circunstâncias, vide por todos NIEVES FENYO PICÓN, “La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión general de codificación. Parte segunda: los remedios del incumplimiento”, cit., págs. 1524-1530; MANUEL

1.2. O n.º 1 do art. 79.º da Convenção das Nações Unidas sobre a venda internacional de mercadorias²⁸ consagra o princípio geral sobre a exoneração do devedor:

“[u]ma parte não é responsável pela inexecução de qualquer das suas obrigações se provar que tal inexecução se ficou a dever a um impedimento alheio à sua vontade e que não era razoável esperar que ela o tomasse em consideração no momento da conclusão do contrato, o prevenisse ou ultrapassasse, ou que prevenisse ou ultrapassasse as suas consequências”²⁹.

O n.º 4 esclarece que, desde que estejam preenchidos os pressupostos do n.º 1, “[a] parte que não cumpre as suas obrigações deve comunicar à outra parte o impedimento e os efeitos deste sobre a sua capacidade de cumprir o contrato”³⁰ – e, em face do teor dos n.ºs 1 e 4, pergunta-se duas coisas: 1.º – se a alteração das circunstâncias relevante para efeitos, p. ex., do § 313 do Código Civil alemão, do art. 1467 do Código Civil italiano ou do art. 1195 do art. 1195 do Código Civil francês é um *impedimento* no sentido do art. 79.º, n.º 1, da Convenção das Nações Unidas sobre a venda internacional de mercadorias; 2.º – se as partes estão adstritas a um dever de renegociação do contrato cujo *cumprimento* seja *afectado* ou *perturbado* pela alteração das circunstâncias.

Os *pareceres* do Conselho Consultivo da Convenção com os n.ºs 7 e 20, aprovados em 12 de Outubro de 2007 e em 5 de Fevereiro de 2020, respectivamente, deram à primeira questão uma resposta *afirmativa*. O art. 79.º, n.º 1, da Convenção

²⁷ A Exposição de motivos da *Propuesta de Código Civil* reconhece a semelhança, ao sugerir que a diferença ou dissemelhança entre as duas propostas é sobretudo uma dissemelhança sistemática: – na *Propuesta de modernización del Código Civil*, a disposição relativa à alteração das circunstâncias consta do título relativo às *obrigações*; – na *Propuesta de Código Civil*, consta do título relativo aos *contratos*.

²⁸ Aprovada, para adesão, pelo Decreto n.º 5/2020, de 7 de Agosto de 2020.

²⁹ O texto segue a tradução de MARIA ÂNGELA BENTO SOARES / RUI MANUEL MOURA RAMOS, *Contratos internacionais*, Livraria Almedina, Coimbra 1986, pág. 79 – mais clara e elegante que a tradução oficial, publicada em anexo ao Decreto n.º 5/2020, de 7 de Agosto de 2020: “Uma parte não é responsável pelo não cumprimento de qualquer uma das suas obrigações se provar que o mesmo se ficou a dever a um impedimento alheio à sua vontade e que não seria razoável esperar que o considerasse no momento da conclusão do contrato, ou que o evitasse ou ultrapassasse, bem como as respectivas consequências”.

³⁰ Com a consequência de que, “[s]e a outra parte não receber a comunicação num prazo razoável contanto a partir do momento em que a parte faltosa conheceu ou devia ter conhecido o impedimento, esta fica responsável pelas perdas e danos decorrentes da falta de recepção da comunicação”.

não exigiria que o *impedimento* fosse uma circunstância que tornasse o cumprimento absolutamente impossível – logo, não excluiria os casos em que a prestação se tornasse demasiado difícil ou onerosa³¹. Face à resposta *afirmativa* dada à primeira questão, devia apreciar-se a segunda. O *parecer* n.º 7 pronunciou-se no sentido de que o dever de interpretar a Convenção de acordo com a boa fé implicava um dever de renegociar o conteúdo do contrato para reconstituir o equilíbrio entre as prestações (*a duty imposed upon the parties to renegotiate the terms of the contract with a view to restore a balance of the performances*). O tema continuou contudo a suscitar alguma controvérsia³² – e o *parecer* n.º 20 pronunciou-se no sentido de que, “de acordo com a Convenção das Nações Unidas sobre a venda internacional, as partes não têm o dever de renegociar o contrato em caso de excessiva dificuldade ou onerosidade” e de que, de acordo com a Convenção, um tribunal não pode modificar ou resolver um contrato em caso de excessiva dificuldade ou onerosidade (*hardship*).

Em contraste com o *silêncio* do art. 79.º da Convenção das Nações Unidas sobre a venda internacional de mercadorias sobre a dificuldade ou onerosidade

³¹ CISG Advisory Council, *Opinion No. 7 – Exemption of Liability for Damages Under Article 79 of the CISG* (12 de Outubro de 2007) e *Opinion No. 20 – Hardship under the CISG* (2-5 de Fevereiro de 2020).

³² Em favor de um dever de renegociação pronunciaram-se, na jurisprudência, o acórdão da *Cour de cassation* belga de 19 de Junho de 2009; e, na doutrina, JULIE DEWEZ, “La théorie de l'imprévision à l'égard de l'article 79 de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises”, in: *European Review of Private Law*, n.º 1–2011, págs. 101-116; CHRISTINA RAMBERG, “The Duty to Renegotiate an International Sales Contract under CISG in Case of Hardship and the Use of the UNIDROIT Principles. Swedish Case Note”, in: *European Review of Private Law*, n.º 1–2011, págs. 116-119; RODRIGO ANDRÉS MOMBERG URIBE, *The Effect of a Change of Circumstances on the Binding Force of the Contract*, Intersentia, Antwerp, 2011, págs. 187-197; RODRIGO ANDRÉS MOMBERG URIBE, “The Duty to Renegotiate an International Sales Contract under CISG in Case of Hardship and the Use of the UNIDROIT Principles. International Case Note”, in: *European Review of Private Law*, n.º 1–2011, págs. 119-135; ou RODRIGO ANDRÉS MOMBERG URIBE, “Change of Circumstances in International Instruments of Contract Law. The Approach of the CISG, PICC, PECL and DCFR”, in: *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, n.º 2–2011, págs. 233-266; em desfavor de um dever de renegociação pronunciou-se, p. ex., INGEBORG SCHWENZER, em “Die clausula und das CISG”, in: WOLFGANG WIEGAND / THOMAS KOLLER / HANS PETER WALTER (coord.), *Tradition mit Weitsicht. Festschrift für Engen Bucher zum 80. Geburtstag*, Stämpfli, Bern, 2009, págs. 723-741 (736-738); “Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts”, in: *Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 39 (2008), págs. 709-725; ou em “Exemption in Case of Force Majeure and Hardship – CISG, PICC, PECL and DCFR”, in: PAULO NALIN / RENATA C. STEINER / LUCIANA PEDROSO XAVIER (coord.), *Compra e venda internacional de mercadorias*, Juruá, Curitiba, 2014, págs. 365-383.

excessiva, os arts. 6.2.1. a 6.2.3. dos Princípios relativos aos contratos comerciais internacionais, elaborados pelo Instituto internacional para a unificação do direito privado (UNIDROIT)³³, os arts. 157-158 do anteprojecto de um código europeu dos contratos³⁴, o art. 6:111 dos Princípios de direito europeu dos contratos³⁵, o art. III.-1:110 do anteprojecto de um quadro comum de referência do direito privado europeu^{36/37} e o art. 89.º do direito comum da compra e venda, como decorreria da proposta de regulamento de 11 de Outubro de 2011³⁸, pronunciavam-se ora no sentido de que a renegociação fosse um *dever* ora no sentido de que a renegociação fosse um *ónus* da parte prejudicada³⁹.

2. O *ponto de partida* para a resolução dos problemas relacionados com o *dever* ou com o *ónus* de renegociação do contrato *afectado* ou *perturbado* pela alteração das circunstâncias há-de procurar-se na fundamentação / justificação do regime dos arts. 437-438.º do Código Civil português.

³³ Instituto internacional para a unificação do direito privado (UNIDROIT), *Principles on International Commercial Contracts*, Roma, 2016 – www: < < <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016> > e < <https://www.unidroit.org/unidroit-principles-2016/other-languages/portuguese-black-letter> >.

³⁴ GIUSEPPE GANDOLFI (coord.), *Code européen des contrats. Avant projet*, Giuffrè, Milano, 2004.

³⁵ OLE LANDO / HUGH BEALE / ERIC CLIVE / ANDRÉ PRÜM / REINHARD ZIMMERMANN (coord), *Principles of European Contract Law. Parts I, II & III*, Kluwer Law International, The Hague, 2002.

³⁶ CHRISTIAN VON BAR / ERIC CLIVE / HANS SCHULTE-NÖLKE (coord.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*, Sellier. European Law Publishers, München, 2008.

³⁷ Para uma apresentação do art. III.-1:110 do anteprojecto de um quadro comum de referência do direito privado europeu, *vide* PAULO MOTA PINTO, “O contrato como instrumento de gestão do risco de ‘alteração das circunstâncias’”, in: ANTÓNIO PINTO MONTEIRO (coord.), *O contrato na gestão do risco e na garantia da equidade*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015, págs. 69-110 (87-88).

³⁸ Proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um direito europeu comum da compra e venda – in: www: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011PC0635&from=EN> >.

³⁹ Para uma comparação entre os projectos de harmonização do direito privado europeu relativos à alteração das circunstâncias, *vide* por todos MUSTAPHA MEKKI / MARTINE KLOEPFER-PELÈSE, “Hardship and Modification (or ‘Revision’) of the Contract”, in: ARTHUR S. HARTKAMP / MARTIJN W. HESSELINK / EWOUT HONDIUS / CHANTAL MAK / EDGAR DU PERRON (coord.), *Towards an European Civil Code*, 4.ª ed., Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn / 2011, págs. 651-680; RODRIGO ANDRÉS MOMBERG URIBE, *The Effect of a Change of Circumstances on the Binding Force of the Contract*, Intersentia, Antwerp, 2011, págs. 198-215; ou HENRIQUE SOUSA ANTUNES, “A alteração das circunstâncias no direito europeu dos contratos”, in: *Cadernos de direito privado*, n.º 47 – Julho / Setembro de 2014, págs. 3-21 (esp. nas págs. 17-19).

Os termos da alternativa são dois, e só dois – ou a *autonomia* ou a *heteronomia*, concretizada em alguma *justiça contratual*. Estamos convencido de que os arts. 437.º-438.º exprimem a *autonomia (privada)* e, dentro da autonomia (privada), a *vinculatividade contratual*. O princípio de que *os contratos devem ser cumpridos*, e de que devem ser cumpridos *pontualmente*, tem um duplo significado. Em primeira linha, significa que as partes estão vinculadas às palavras, ou ao sentido das palavras. Menezes Cordeiro fala de uma “adstrição formal à palavra dada, no sentido de respeito pelo teor expresso do contrato”⁴⁰. Em segunda linha, o princípio de que *os contratos devem ser cumpridos* significa (deve significar) que as partes estão vinculadas ao pensamento, à valoração, subjacente às palavras, ou ao sentido das palavras proferidas. O contrato vincula como palavra, como pensamento e como valoração – como palavra, como consequência da “necessidade moral de cumprir [formalmente] a palavra dada”; como pensamento e como valoração, como consequência da necessidade moral de cumprir materialmente o conjunto de apreciações e de valorações das partes, “mais ou menos conscientes e próprias de cada uma”⁴¹.

Em lugar de uma *adstrição*, só está agora em causa uma *vinculação*⁴² – Marc-Phillipe Weller chama-lhe, impressivamente, *fidelidade à prestação*⁴³ – e, em lugar de uma *adstrição formal*, só está agora em causa uma *vinculação material* ou *substancial* – só está em causa uma *vinculação* a um certo pensamento, ou a um certo projecto, ou a uma certa valoração, “correspondente ao projecto inicial das partes e que perduraria como ‘justiça contratual imanente’”⁴⁴.

O fenómeno da alteração das circunstâncias determina que a *adstrição formal à palavra dada* deva abandonar-se – e, desde que a *adstrição formal à palavra dada* deva abandonar-se, ou bem que as partes continuam a estar vinculadas ao pensamento ou à valoração subjacente à palavra dada, ou bem que deixam de lhe estar vinculadas. Entre os dois termos da alternativa, estamos convencido de que deve dar-se preferência ao segundo – *vinculação material ao pensamento ou à valoração*

⁴⁰ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, Livraria Almedina, Coimbra, 1997 (reimpressão), pág. 1074.

⁴¹ Expressões de SCHMIDT-RIMPLER, na tradução de MENEZES CORDEIRO – *Da boa fé no direito civil*, cit., pág. 1064.

⁴² Cf. SUSANNE HÄNNCHEN, *Obliegenheiten und Nebenpflichten. Eine Untersuchung dieser besonderen Verhaltensanforderungen im Privatversicherungsrecht und im allgemeinen Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung der Dogmengeschichte*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010 – advogando uma aproximação dos conceitos de deveres acessórios e de encargos, incumbências ou ónus (*Obliegenheiten*).

⁴³ MARC-PHILIPPE WELLER, *Die Vertragstreue. Vertragsbindung – Naturalerfüllungsgrundsatz – Vertragstreue*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009, págs. 8 e 315.

⁴⁴ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, cit., pág. 1075.

subjacente à palavra dada. O princípio da boa fé, concretizado, p. ex., no princípio da fidelidade à prestação, constitui as partes no dever de cooperação para a realização do fim do contrato – ou seja, para a *consecução* ou *satisfação dos interesses* prosseguidos por cada uma das partes⁴⁵ –, desde que a cooperação seja, simultaneamente, *necessária e exigível (zumutbar)*^{46/47}.

Diogo Costa Gonçalves chega a uma conclusão em tudo ou em quase tudo semelhante: O contrato seria um micro-sistema normativo, “que rege a composição de um conjunto de interesses juridicamente relevantes”, e o equilíbrio contratual, entre a prestação e a contraprestação, seria, “no fundo, [a] teleologia desse micro-sistema”⁴⁸. O cumprimento do dever de renegociação do contrato *afectado*

⁴⁵ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, Livraria Almedina, Coimbra, 1982 (reimpressão), pág. 342.

⁴⁶ Cf. MARC-PHILIPPE WELLER, *Die Vertragstreue*, cit., pág. 315.

⁴⁷ MENEZES CORDEIRO contesta que as consequências da alteração das circunstâncias devam coordenar-se ao princípio da autonomia (privada), concretizada no princípio da *vinculatividade contratual*. O contrato exprimiria um conflito, ou uma confrontação de interesses (*Da boa fé no direito civil*, cit., pág. 1075) – daí que a procura de uma ideia de equilíbrio ou de justiça comum, como a procura de um projecto comum ou de uma valoração comum às partes, fosse sempre ou quase sempre a procura de algo que não existe: – “As afirmações tendentes a descobrir sentidos mais profundos na contratação em si e, em especial, aquelas que nela pretendem descobrir um equilíbrio especial, reportado a valores transcentes, e tudo isto ancorado no contrato, como instituto dimanado da autonomia privada, relevam de um jusromantismo ou de uma utopia social. Elas podem ter um certo interesse cultural, no sentido de uma potencialidade educativa. Mas são inaptas para o assentar de construções científicas” (*Da boa fé no direito civil*, cit., pág. 1075). O facto de o contrato exprimir um conflito ou uma confrontação de interesses é incontestável. Em todo o caso, MENEZES CORDEIRO admite que não há contradição alguma entre o *facto* de que o *contrato* exprime um conflito ou uma confrontação e a *norma* de que as partes têm um dever de cooperação para a realização do *fim do contrato* em termos que transcendem o conflito ou a confrontação. O problema está só em averiguar se o pensamento ou a valoração subjacente às palavras do contrato proporciona o resultado do acordo a que as partes devem chegar *através da renegociação* ou o resultado a que o juiz deve chegar, ainda que as partes *não renegociem* ou *não cheguem a acordo nenhum através da renegociação*. MENEZES CORDEIRO alega que não. O pensamento ou a valoração das partes não poderia proporcionar o resultado *certo* ou *exacto*. Entre *um resultado* certo ou seguro e um *quadro* de resultados compatíveis com o pensamento ou com a valoração das partes, há contudo uma diferença. O dever *procedimental* de cooperação terá ou deverá ter como correlato um dever *substantivo* de chegar a algum dos resultados compatíveis com o pensamento ou com a valoração das partes. Embora não possa proporcionar um resultado *certo* ou *exacto*, o pensamento ou a valoração das partes poderá proporcionar um *quadro*, mais ou menos amplo, de *resultados* compatíveis.

⁴⁸ DIOGO COSTA GONÇALVES, “Crise e renegociação dos contratos no direito português e brasileiro – algumas reflexões”, in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa / Lisbon Law Review*, ano 61 (2020), págs. 149-194 (154) – em desenvolvimento da afirmação de que “[a] quando da conclusão do contrato, cristalizou-se um concreto equilíbrio contratual, que as partes entenderam

ou *perturbado* implicaria “três momentos metodológicos – inseparáveis e simultâneos”⁴⁹ –: a *interpretação* do contrato, ou seja, a *determinação* do equilíbrio entre as prestações pretendido pelas partes; a *determinação* da *factualidade disruptiva* da economia contratual e a *formulação de propostas* (ou de *contra-propostas*), “cujo conteúdo se destina à revisão dos elementos normativos identificados como carecidos de reforma, em ordem à recuperação do equilíbrio contratual ferido pela factualidade superveniente”⁵⁰.

Esclarecido o fundamento, deve esclarecer-se o *fim* do direito à modificação do contrato afectado ou perturbado pela alteração das circunstâncias: – ou bem que se pretende que o resultado da modificação seja a reconstituição do equilíbrio inicial ou originário; – ou bem que se pretende que o resultado da modificação seja só a supressão do desequilíbrio superveniente.

Quando se pretende que o resultado da modificação seja a reconstituição do equilíbrio inicial ou originário, trata-se de reconstituir a situação que existiria, como se a perturbação não se tivesse verificado⁵¹. Quando se pretende que o resultado da modificação seja só a supressão do desequilíbrio superveniente, trata-se de reconstituir a situação que existiria, se a perturbação se tivesse verificado – e se, tendo-se verificado, se tivesse contido dentro da álea ou do risco normal, próprio, do contrato⁵². Ora, o art. 437.º, n.º 1, refere-se à *álea normal* ou aos *riscos normais*,

suficiente para a formação da sua vontade. Tal equilíbrio não está expresso na cláusula a) ou b): resulta de uma teia complexa de vinculações – muitas delas, tituladas por negócios jurídicos autónomos (como sucede nas uniões de contratos, por exemplo) – que, ponderadas em conjunto, permitem ao intérprete identificar a *ratio* económica do contrato: a utilidade jurídico-económica daquela contratação” (pág. 153).

⁴⁹ DIOGO COSTA GONÇALVES, “Crise e renegociação dos contratos no direito português e brasileiro – algumas reflexões”, cit., pág. 154.

⁵⁰ Cf. DIOGO COSTA GONÇALVES, anotação ao art. 762.º, in: Catarina Monteiro Pires (coord.), *Novo coronavírus e crise contratual. Anotação ao Código Civil*, AAFDL / Centro de investigação em direito privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2020, págs. 69-78 (75-76); ou DIOGO COSTA GONÇALVES, “Crise e renegociação dos contratos no direito português e brasileiro – algumas reflexões”, cit., pág. 155.

⁵¹ Cf. designadamente DIOGO COSTA GONÇALVES, “Crise e renegociação dos contratos no direito português e brasileiro – algumas reflexões”, cit., pág. 154: “... a obrigação de renegociação tem por conteúdo a reposição desse equilíbrio genético. Não se trata de criar *outro* equilíbrio, mas sim de recriar o *mesmo* equilíbrio, nas novas circunstâncias que se apresentam”.

⁵² Cf. designadamente FRANCESCO MACARIO, “Razionalità limitata e tecniche normative nella gestione del rischio contrattuale: Nuove prospettive per la correzione dello squilibrio”, in: *Rivista della scuola superiore dell'economia e delle finanze*, 2005, pág. 6; ou FRANCESCO MACARIO, “Revisione e rinegoziazione del contratto”, cit., págs. 1026-1085 – com a concordância de PAOLO GALLO,

próprios do contrato, e o critério da *álea normal*, própria do contrato, corresponde ao critério da *onerosidade aceitável* ou *tolerável*. Em lugar de um equilíbrio, tornado impossível ou quase impossível, deverá procurar-se um desequilíbrio *aceitável* ou *tolerável*, e nada mais⁵³.

Encontrada a fundamentação / justificação do regime dos arts. 437-438.º do Código Civil na *autonomia (privada)* e, dentro da autonomia (privada), na *vinculatividade contratual*, o dever ou o ónus de *renegociação* poderá resultar do art. 762.º, n.º 2, ou do art. 437.º do Código Civil.

2.1. Em primeiro lugar, poderá resultar do art. 762.º, n.º 2⁵⁴. Entre a *negociação livre*, para a conclusão de um contrato, e a *negociação vinculada*, para a adaptação

Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto, cit., e sobretudo “Eccessiva onerosità sopravvenuta e presupposizione”, cit, pág. 463.

⁵³ FRANCESCO MACARIO, “Razionalità limitata e tecniche normative nella gestione del rischio contrattuale: Nuove prospettive per la correzione dello squilibrio”, cit., pág. 6.

⁵⁴ Cf. designadamente ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (com a colaboração de A. BARRETO MENEZES CORDEIRO), *Tratado de direito civil*, vol. II – Parte geral. Negócio jurídico – Formação. Conteúdo e interpretação. Vícios da vontade. Ineficácia e invalidades, 4.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2014, págs. 777-778 e 871; ANTÓNIO PINTO MONTEIRO / JÚLIO GOMES, “A hardship clause e o problema da alteração das circunstâncias (breve apontamento)”, in: *Juris et de jure – Nos vinte anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Porto*, Universidade Católica, Porto, 1998, págs. 17-40 (38-40); ANTÓNIO PINTO MONTEIRO / JÚLIO GOMES, “Rebus sic stantibus – Hardship Clauses in Portuguese Law”, in: *European Review of Private Law*, n.º 3 – 1998, págs. 319-333 (331-332); ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “O princípio da boa-fé e o dever de renegociação em contextos de ‘situação económica difícil’”, in: CATARINA SERRA (coord.), *II Congresso de direito da insolvência*, Livraria Almedina, Coimbra, 2014, págs. 11-68; NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de direito dos contratos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, págs. 582-583; CATARINA MONTEIRO PIRES, “Efeitos da alteração das circunstâncias”, in: *O Direito*, vol. 145.º (2013), págs. 181-206 (esp. nas págs. 198-206); HENRIQUE SOUSA ANTUNES, “A alteração das circunstâncias no direito europeu dos contratos”, cit., págs. 17-19; MARIANA FONTES DA COSTA, *Da alteração superveniente das circunstâncias – em especial, à luz dos contratos bilateralmente comerciais*, Livraria Almedina, Coimbra, 2019, págs. 473-487; HENRIQUE SOUSA ANTUNES, anotação ao art. 437.º, in: LUÍS CARVALHO FERNANDES / JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA (coord.), *Código Civil anotado*, vol. II – *Direito das obrigações. Das obrigações em geral*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2018, págs. 151-169 (158-159); CATARINA MONTEIRO PIRES, *Contratos*, vol. I – *Perturbações na execução*, Livraria Almedina, Coimbra, 2019, págs. 194-196; ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA / MADALENA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Incumprimento resolutorio: uma introdução*, Livraria Almedina, Coimbra, 2019, págs. 128-133; DIOGO COSTA GONÇALVES, anotação ao art. 762.º, in: CATARINA MONTEIRO PIRES (coord.), *Novo coronavírus e crise contratual. Anotação ao Código Civil*, cit., págs. 74-78; DIOGO COSTA GONÇALVES, “Crise e renegociação dos contratos no direito português e brasileiro – algumas reflexões”, cit., esp. nas págs. 172-177; ou CATARINA SERRA, *Lições de direito da insolvência*, 2.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2021, págs. 342-343.

ou para a modificação de um contrato *afectado* ou *perturbado* por uma alteração das circunstâncias, há uma diferença fundamental: concluído o contrato, cada uma das partes está adstrita a um dever de conduta conforme a um padrão ou *standard* de razoabilidade⁵⁵ – daí que a *negociação* ou *renegociação*, desde que *livre*, não corresponda ao cumprimento de um *dever* e a *renegociação vinculada*, sim⁵⁶.

O caso da *liberdade de conclusão ou não conclusão* de um contrato e o caso da *liberdade de cooperação ou de não cooperação* para a *adaptação* ou para a *modificação* de um contrato *perturbado* pela alteração anormal das circunstâncias são casos distintos:

Confrontando-se com a alternativa de contratar ou de não contratar, “de vincular-se juridicamente ou não”, pode sustentar-se que a liberdade do sujeito está ainda *fora do direito*⁵⁷. O sujeito é ainda “arbitrariamente livre”⁵⁸. Baptista Machado fala, impressivamente, de uma “liberdade de arbítrio”⁵⁹, de uma “liberdade de exercício arbitrário”⁶⁰, de um “arbítrio contingente”⁶¹, de um “arbítrio subjectivo”⁶² e de uma “liberdade da vontade empírica”⁶³. Confrontando-se com a alternativa de cooperar ou de não cooperar para a adaptação de um contrato *afectado* ou *perturbado* pela alteração, não pode, porém, sustentar-se que a liberdade do sujeito esteja *fora do direito*. O sujeito não é já arbitrariamente livre – o contrato significa o trânsito da subjectividade para a inter-subjectividade⁶⁴; do a-normativo para o normativo⁶⁵; do *arbítrio* para a *liberdade*; do padrão de conduta de um *homem empírico* para o padrão de conduta de um *homem racional e razoável*⁶⁶.

Em consonância com a sua liberdade de arbítrio, com a sua *subjectividade*, só está adstrito ao dever *genérico* de negociar ou de renegociar *de boa fé*⁶⁷, e o dever

⁵⁵ Cf. JOÃO BAPTISTA MACHADO, “A cláusula do razoável”, in: *Obra dispersa*, vol. I, Scientia Juridica, Braga, 1991, págs. 457-621.

⁵⁶ Cf. designadamente DIOGO COSTA GONÇALVES, “Crise e renegociação dos contratos no direito português e brasileiro – algumas reflexões”, cit., pág. 151: “A obrigação de renegociação há-de ter um conteúdo material tangível, sob pena de corresponder a uma mera formalidade, na antecâmara do litígio”.

⁵⁷ JOÃO BAPTISTA MACHADO, “A cláusula do razoável”, cit., pág. 464.

⁵⁸ JOÃO BAPTISTA MACHADO, “A cláusula do razoável”, cit., pág. 464.

⁵⁹ JOÃO BAPTISTA MACHADO, “A cláusula do razoável”, cit., pág. 463.

⁶⁰ JOÃO BAPTISTA MACHADO, “A cláusula do razoável”, cit., pág. 468 (nota n.º 24).

⁶¹ JOÃO BAPTISTA MACHADO, “A cláusula do razoável”, cit., págs. 463 e 465.

⁶² JOÃO BAPTISTA MACHADO, “A cláusula do razoável”, cit., pág. 463.

⁶³ JOÃO BAPTISTA MACHADO, “A cláusula do razoável”, cit., pág. 463.

⁶⁴ JOÃO BAPTISTA MACHADO, “A cláusula do razoável”, cit., págs. 466 e 469.

⁶⁵ JOÃO BAPTISTA MACHADO, “A cláusula do razoável”, cit., pág. 466.

⁶⁶ JOÃO BAPTISTA MACHADO, “A cláusula do razoável”, cit., pág. 469.

⁶⁷ Cf. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Livraria Almedina, Coimbra, 2004, págs. 537-541 (nota n.º 566) – em especial, na pág. 539.

genérico de renegociar *de boa fé* é expressão de *juízos objectivos* da ordem jurídica que se impõem aos sujeitos *de fora*, heteronomamente⁶⁸. Em consonância com a sua *liberdade racional e razoável*, o sujeito está adstrito a *deveres específicos* de renegociar (de boa fé), e os *deveres específicos* de renegociar são expressão de juízos que se impõem aos sujeitos *de dentro*, autonomamente – “a vontade decide soberana e directamente da existência e configuração das condutas exigíveis”⁶⁹.

Enquanto na actuação ou no exercício da *liberdade de conclusão ou não conclusão de um contrato* deve convocar-se a *boa fé* relevante em tema de *conclusão* do contrato – logo, a *boa fé* do art. 227.º do Código Civil –, na *cooperação* para a adaptação de um contrato afectado ou perturbado deve convocar-se a *boa fé* relevante em tema de *cumprimento* ou de *execução* – logo, a *boa fé* do art. 762.º, n.º 2, do Código Civil:

“Estamos, portanto, mais próximos da *boa fé* na *execução* dos contratos do que na sua *conclusão*, o que permite tirar consequências diversas para a modelação do comportamento das partes e em sede de inadimplemento”⁷⁰.

2.1.1. Os argumentos deduzidos do art. 762.º, n.º 2, do Código Civil português são de alguma forma semelhantes aos argumentos deduzidos, p. ex., dos arts. 1175.º, 1366.º, 1374.º e 1375.º do Código Civil italiano. O n.º 1 do art. 1467 diz que, “[n]os contratos [bilaterais] de execução continuada ou periódica, ou ainda de execução diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa pelo verificar de ocorrências extraordinárias e imprevisíveis (*avvenimenti straordinari e imprevedibili*), pode a parte que [seja devedora de] tal prestação pedir a resolução do contrato” e o n.º 3 que a parte que seja credora, “contra a qual seja pedida a resolução, pode evitá-la oferecendo-se a modificar equitativamente as condições do contrato”⁷¹. Em consequência, a parte desfavorecida tem um direito – o direito de resolução – e a parte favorecida, não prejudicada, tem aparentemente um contra-direito, e só um contra-direito – o direito de modificação.

⁶⁸ MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, cit., pág. 539 (nota n.º 566) – seguido por DIOGO COSTA GONÇALVES, “Crise e renegociação dos contratos no direito português e brasileiro – algumas reflexões”, cit., pág. 153.

⁶⁹ MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, cit., pág. 539 (nota n.º 566) – seguido por DIOGO COSTA GONÇALVES, “Crise e renegociação dos contratos no direito português e brasileiro – algumas reflexões”, cit., pág. 153.

⁷⁰ DIOGO COSTA GONÇALVES, “Crise e renegociação dos contratos no direito português e brasileiro – algumas reflexões”, cit., pág. 153.

⁷¹ O texto segue a tradução de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, cit., págs. 1100-1101.

Ora o regime do art. 1467 é em geral considerado como um regime insatisfatório. O direito civil italiano parte do princípio da conservação do contrato – logo, de um princípio de precedência ou de prioridade dos remédios de tipo conservativo⁷² ou correctivo⁷³ sobre os remédios de tipo ablativo⁷⁴ ou de tipo extintivo^{75/76}. Em consonância com o princípio da conservação do contrato, deveria dar prioridade à modificação sobre a resolução: a modificação do contrato é um remédio de tipo conservativo ou correctivo (conservativo-correctivo⁷⁷) – com a modificação, a relação contratual conserva-se ou mantém-se. Entre os sujeitos da relação contratual continua a haver algum vínculo. A resolução do contrato, essa, é um remédio de tipo ablativo ou extintivo – com a resolução, a relação extingue-se. Entre os sujeitos deixa de haver vínculo algum.

O art. 1467 do Código Civil italiano, ao dar à parte prejudicada o direito de resolução, e só o direito de resolução do contrato, realizaria o princípio da conservação do contrato de forma imperfeita, e só de forma imperfeita. A parte prejudicada, que quisesse que entre os sujeitos da relação contratual continuasse a haver algum vínculo, só poderia pedir um remédio para a superveniência diferente daquele que queria pedir; só poderia pedir um remédio de tipo ablativo – a resolução do contrato –, e não um remédio de tipo conservativo ou conservativo-correctivo; a parte não prejudicada, essa, poderia aceitar o remédio de tipo ablativo pedido pela parte prejudicada ou, não o aceitando, poderia pedir um remédio de tipo conservativo-correctivo. – Em relatório recente da *Corte di Cassazione*, intitulado *Novità normative sostanziali del diritto “emergenziale” anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*, diz-se, de forma impressiva, que

“... no contexto dos contratos comerciais, que são pressupostos pelo exercício da actividade empresarial e sustentam a sua continuidade [...], o fim precípua do contraente desfavorecido não é o de dispor da relação, desfazendo-a (*lo smantellamento del rapporto*), e sim o de a pôr em segurança, através de um reequilíbrio das prestações reciprocamente satisfatório”⁷⁸.

⁷² FRANCESCO MACARIO, “Le sopravvenienze”, cit., pág. 650.

⁷³ FRANCESCO MACARIO, “Le sopravvenienze”, cit., págs. 689 ss.

⁷⁴ MATTEO DE PAMPILIS, *Rinegoziazione e default rule. Il mantenimento dei contratti esposti a sopravvenienze nella prospettiva de jure condendo*, cit., págs. 41-52.

⁷⁵ FRANCESCO MACARIO, “Le sopravvenienze”, cit., p. ex., na pág. 507.

⁷⁶ Sobre a prioridade dos remédios de tipo conservativo ou correctivo sobre os remédios de tipo ablativo ou extintivo, *vide*, p. ex., PAOLO GALLO, “Dei rimedi ablativi a quelli conservativi in materia contrattuale”, in: *Studi in onore di Antonio Pallazzo*, vol. 3 – *Proprietà e rapporti obbligatori*, UTET, Torino, 2009, págs. 289-314.

⁷⁷ Expressão de FRANCESCO MACARIO, “Le sopravvenienze”, cit., págs. 689 ss.

⁷⁸ Corte di Cassazione, *Relazione tematica n.º 56 – Novità normative sostanziali del diritto “emergenziale” anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*, cit., pág. 6. – O caso da emergência económica e

Esforçando-se por evitar os resultados insatisfatórios da aplicação do art. 1467 do Código Civil italiano, a doutrina e a jurisprudência propugnam por uma *valorização* da boa fé aplicativa dos arts. 1175.º e 1375.º e por uma *revalorização* da boa fé interpretativa e da equidade integrativa – da boa fé interpretativa do art. 1366.º e da equidade integrativa do art. 1374.º.

Os arts. 1175.º e 1375.º do Código Civil italiano referem-se ao dever de boa fé. O art. 1175.º refere-se-lhe indirectamente, ainda que lhe atribua um alcance mais amplo; diz que o devedor e o credor devem comportar-se segundo as regras da correcção; o art. 1375.º refere-se-lhe directamente, ainda que lhe atribua um alcance mais restrito – diz que o contrato deve ser cumprido ou executado segundo as regras da boa fé ou segundo a boa fé (*secondo buona fede*)⁷⁹.

Ora o dever de boa fé dos arts. 1175.º e 1375.º prevaleceria sobre o art. 1467:

“O art. 1467”, diz o relatório da *Corte di Cassazione*, “contém uma norma de direito dispositivo, derogável pela vontade das partes e, a montante da vontade das partes, pelas normas de direito cogente, não dispositivo, em cujo núcleo se inscreve precisamente o preceito que impõe às partes um comportamento segundo a boa fé (arts. 1175.º e 1375.º)”⁸⁰.

Os direitos e os deveres compreendidos na cláusula geral da boa fé, abrangendo o *dever de renegociação* de um contrato desequilibrado, não poderiam ser *afastados* pelos direitos ou pelos deveres formalizados do art. 1467. Os princípios gerais dos arts. 1175.º e 1375.º seriam princípios de ordem pública – corresponderiam a uma ética ou a uma moral social activa e solidária⁸¹, que deveria harmonizar-se com as regras específicas do art. 1467.

social causada pela chamada crise Covid-19 seria um caso exemplar, paradigmático, de como “a emergência não se resolve... demolindo o contrato”: “Mais que a libertação do empresário devedor da sua obrigação, aparecem-nos como cruciais a atenuação, ou a reconformação do seu conteúdo, aí onde o cumprimento encontra obstáculos e aí onde, encontrando-os, se torna excessivamente difícil [...]”.

⁷⁹ Em rigor, o art. 1175.º compreende o art. 1375.º – a cláusula geral da boa fé destinar-se-ia, essencial ou exclusivamente, a garantir que o comportamento das partes da relação obrigacional fosse um comportamento correcto, designadamente na fase da actuação, do cumprimento ou da execução das cláusulas contratuais (cf. Corte di Cassazione, *Relazione tematica n.º 56 – Novità normative sostanziali del diritto “emergenziale” anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*, cit., pág. 21).

⁸⁰ Corte di Cassazione, *Relazione tematica n.º 56 – Novità normative sostanziali del diritto “emergenziale” anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*, cit., pág. 21.

⁸¹ Corte di Cassazione, *Relazione tematica n.º 56 – Novità normative sostanziali del diritto “emergenziale” anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*, cit., pág. 21.

“Em virtude da valoração económica e jurídica do critério da *bona fides*, concretizada designadamente em deveres de cooperação entre o devedor e o credor na fase do cumprimento ou da execução do contrato, a adaptação ou modificação do conteúdo relacionado com o dever de renegociação conciliar-se-ia com a autonomia privada, sem a contradizer, desempenhando a função de fazer realizar o resultado negocial prefigurado, *ab initio*, pelas partes, (re)alinhando a regulação ou o regulamento contratual com as circunstâncias, entretanto alteradas ou perturbadas”⁸².

Os resultados da aplicação dos arts. 1175.º e 1375.º seriam reforçados pelo art. 1366.º – sobre a interpretação – e pelo art. 1374.º – sobre a integração do contrato.

O art. 1366.º do Código Civil italiano diz que o contrato deve ser interpretado de acordo com a boa fé (*secondo buona fede*) e o art. 1374.º diz que o contrato obriga as partes: àquilo que consta das suas cláusulas (*a quanto è nel medesimo espresso*); àquilo que, ainda não conste das suas cláusulas, sejam consequências que do contrato derivam de acordo com a lei (*a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge*) ou, na falta da lei, que do contrato derivam de acordo com os usos e com a equidade (*secondo gli usi e l'equità*). A boa fé *interpretativa* do art. 1366.º permitiria formular a hipótese de uma comum intenção das partes de adaptar ou de modificar o conteúdo do contrato⁸³; caso a boa fé *interpretativa* do art. 1366.º não fosse adequada ou não fosse suficiente, seria substituída pela equidade *integrativa* do art. 1374.º – “seria a equidade a obrigar as partes a reescrever o contrato, renegociando-o”⁸⁴. Entre as consequências de uma interpretação do contrato de acordo com a boa fé ou de uma integração do contrato de acordo com a equidade estaria uma reinterpretação do art. 1467 em termos de reconhecer um direito à e um dever de renegociação do contrato *afectado* ou *perturbado*: os contratos e, em especial, os contratos de execução duradoura deveriam interpretar-se ou integrar-se como se contivessem uma cláusula de adaptação ou adequação – as partes teriam o dever de renegociar para adaptarem o contrato a uma alteração da situação de

⁸² Corte di Cassazione, *Relazione tematica n.º 56 – Novità normative sostanziali del diritto “emergenziale” anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*, cit., pág. 21 – continuando com a explicação de que “os deveres de cooperação permitem superar a aparente antinomia entre o *dever* de renegociação e a *liberdade* dos partes do contrato que pode ou que deve ser renegociado, porque a renegociação tende, não a comprimir ou a suprimir, e sim a realizar a vontade das partes”.

⁸³ Corte di Cassazione, *Relazione tematica n.º 56 – Novità normative sostanziali del diritto “emergenziale” anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*, cit., pág. 21.

⁸⁴ Corte di Cassazione, *Relazione tematica n.º 56 – Novità normative sostanziali del diritto “emergenziale” anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*, cit., pág. 21.

facto, em termos de as cláusulas convencionadas ou estipuladas não corresponderem à *lógica económica* implícita na conclusão do contrato⁸⁵. Em consequência da *renegociação*, as cláusulas *desactualizadas, obsoletas*, que já não correspondem à *lógica económica* implícita na conclusão do contrato, deveriam ser substituídas por cláusulas *actualizadas e oportunas*⁸⁶.

2.2. Em segundo lugar, o dever ou o ónus de *renegociação* poderá resultar do art. 437.º do Código Civil:

“... a adaptação ou modificação é uma tarefa muito complexa (*sehr komplexe Aufgabe*), por causa dos detalhes da regulamentação contratual, da diversidade dos interesses das partes dignos de protecção e da diversidade das circunstâncias relevantes [para os interesses das partes e] para o contrato, que devem ser ponderados”⁸⁷.

A modificação judicial imediata adequar-se-ia porventura a casos simples, como, p. ex., os casos de perturbação de equivalência relacionados com a desvalorização da moeda⁸⁸ – não se adequaria, de forma nenhuma, a casos complexos, em que há mais que uma possibilidade de modificação.

“Frequentemente, não é sequer possível determinar-se um fim claro, unívoco, para a adaptação ou para a modificação [do contrato]”⁸⁹ – e, em consequência, não é possível escolher-se, de entre todas as possibilidades de modificação, a mais adequada para a realização de um tal fim⁹⁰.

Em lugar do direito a uma modificação judicial *imediata*, impraticável ou quase impraticável, a parte prejudicada teria direito a uma modificação judicial *mediata*, precedida por uma *renegociação* do contrato afectado ou perturbado. O art. 437.º, n.º 1, do Código Civil refere-se ao direito da parte lesada, prejudicada, à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade – e ao

⁸⁵ FRANCESCO MACARIO, “Razionalità limitata e tecniche normative nella gestione del rischio contrattuale: Nuove prospettive per la correzione dello squilibrio”, cit., *passim*.

⁸⁶ Corte di Cassazione, *Relazione tematica n.º 56 – Novità normative sostanziali del diritto “emergenziale” anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*, cit., pág. 21.

⁸⁷ NORBERT HORN, “Neuverhandlungspflicht”, in: *Archiv für die zivilistische Praxis*, vol. 181 (1981), págs. 256-288 (278).

⁸⁸ Cf. KARL RIESENHUBER, “Vertragsanpassung wegen Geschäftsgrundlagenstörungen: Dogmatik, Gestaltung und Vergleich”, in: *Betriebs-Berater*, 2004, págs. 2697-2702 (2698).

⁸⁹ NORBERT HORN, “Neuverhandlungspflicht”, cit., pág. 278.

⁹⁰ KARL RIESENHUBER, “Vertragsanpassung wegen Geschäftsgrundlagenstörungen: Dogmatik, Gestaltung und Vergleich”, cit., pág. 2698.

referir-se ao direito à modificação do contrato está a referir-se a um *direito estruturalmente complexo*⁹¹, que deve analisar-se ou que deve decompor-se em dois direitos distintos.

Em primeira linha, o art. 437.º, n.º 1, do Código Civil português permite que o direito à modificação se construa como um direito a um comportamento da parte não prejudicada. Entre os corolários do trânsito do a-normativo para o normativo, do arbítrio para a liberdade, do padrão de conduta de um *homem empírico* para o padrão de conduta de um *homem racional e razoável* encontra-se *deveres de cooperação*. Em segunda linha, desde que a parte não prejudicada não adopte o comportamento devido ou, ainda que o adopte, caso as duas partes, caso a parte prejudicada e a parte não prejudicada não cheguem a um consenso, o *direito à modificação* converte-se em *direito de modificação* – a parte prejudicada disporá de um *direito potestativo*, de *exercício judicial*, de adaptar ou de modificar o contrato perturbado pela alteração das circunstâncias⁹².

O *pedido* de modificação⁹³ deverá ser precedido de uma *proposta* de modificação e só deverá ser julgado procedente desde que a parte a quem a proposta seja dirigida devesse aceitá-la, para corrigir o desequilíbrio entre a prestação e a contraprestação: quando o pedido de modificação seja deduzido pela parte prejudicada, como prevê o art. 437.º, n.º 1, do Código Civil, só deverá ser julgado procedente desde que a parte não prejudicada devesse aceitar, de acordo com a boa fé, que o contrato fosse adaptado ou modificado nos termos que a decisão judicial determine; quando o pedido de modificação seja deduzido pela parte favorecida, não prejudicada,

⁹¹ Cf. designadamente NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, “Em tema de alteração das circunstâncias: a prioridade da adaptação / modificação sobre a resolução do contrato”, in: Elsa Vaz Sequeira / Fernando Oliveira e Sá (coord.), *Edição comemorativa do cinquentenário do Código Civil*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017, págs. 255-311 (265-266).

⁹² Cf. designadamente MARTIN SCHMIDT-KESSEL / CHRISTIAN BALDUS, “Prozessuale Behandlung des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nach neuem Recht”, in: *Neue Juristische Wochenschrift*, 2002, págs. 2076-2078; BARBARA DAUNER-LIEB / WOLFGANG DÖTSCH, “Prozessuale Frage rund um § 313 BGB”, in: *Neue Juristische Wochenschrift*, 2003, págs. 921-927; ou EBERHARD WIESER, “Der Anspruch auf Vertragsanpassung wegen Störung der Geschäftsgrundlage”, in: *Juristenzeitung*, 2004, págs. 654-656.

⁹³ Em rigor, o pedido de modificação do contrato poderá qualificar-se em si como uma proposta, “formalmente inserida num acto processual, destinada ao mesmo tempo ao juiz [e à contraparte]” [cf. ENRICO REDENTI, “L’offerta di riduzione ad equità”, in: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, ano 1.º (1947), págs. 576-583 – cujo contributo é apreciado, com desenvolvimento, por ENRICO GABRIELLI, designadamente em “La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità”, cit., págs. 921-959, ou em “Rimedi giudiziali e adeguamento del contenuto del contratto alle mutate circostanze di fatto”, cit., págs. 169-213].

como prevê o art. 437.º, n.º 2, do Código Civil, só deverá ser julgado procedente desde que a parte prejudicada devesse aceitar, de acordo com a boa fé, que o contrato fosse adaptado ou modificado⁹⁴.

O problema mais sério põe-se nas situações em que a contraparte esteja de *acordo* em que o contrato deve ser adaptado ou modificado e em *desacordo* com os *termos* em que a proposta determinaria a sua adaptação ou modificação. O art. 437.º, n.ºs 1 e 2, do Código Civil sugere que deve distinguir-se duas coisas: a parte a quem a proposta seja dirigida deverá aceitar que o contrato seja modificado^{95/96} e, desde que a parte a quem a proposta seja dirigida a aceite ou, ainda que não a aceite, deva aceitá-la, cada uma das partes do contrato *afectado* ou *perturbado* pela alteração superveniente poderá pedir ao tribunal a determinação dos termos da modificação⁹⁷.

2.2.1. Os argumentos deduzidos do art. 437.º são de alguma forma semelhantes aos argumentos deduzidos do § 313 do Código Civil alemão ou dos art. 1467, n.º 3, e 1468 do Código Civil italiano.

O acórdão do Supremo Tribunal Federal de 30 de Setembro de 2011⁹⁸ diz expressamente que

a) O direito da parte prejudicada pela perturbação da base do negócio a uma adaptação ou a uma modificação do contrato constitui a outra parte no dever de cooperar na adaptação (... *an der Anpassung mitzuwirken*). Caso a cooperação seja recusada, a parte prejudicada pode exigir judicialmente a aceitação da adaptação ou da modificação que a considere adequada ou a prestação em si, como resultaria da adaptação ou da modificação (*auf Zustimmung zu der als angemessen erachteten Anpassung oder unmittelbar auf die Leistung klagen, die sich aus dieser Anpassung ergibt*).

b) A violação do dever de cooperar na adaptação do contrato pode dar lugar a pretensões indemnizatórias, de acordo com o § 280, n.º 1, do Código Civil. [Em

⁹⁴ Cf. ENRICO REDENTI, “L’offerta di riduzione ad equità”, cit., pág. 579: “O contraente, ao qual seja extrajudicialmente dirigida a *ameaça* de um pedido judicial de rescisão ou de resolução, pode evitá-la, prevenindo-a com uma oferta de redução à equidade e, se a oferta de redução for aceite, extingue a acção, fazendo desaparecer a *causa de pedir*, ainda antes de que seja apresentada ao juiz”.

⁹⁵ O pedido de modificação será, *nessa medida*, semelhante à acção de execução específica do dever de conclusão de um contrato prevista no art. 830.º do Código Civil.

⁹⁶ Com a consequência de que a resolução do contrato ficará definitivamente excluída – cf. ENRICO REDENTI, “L’offerta di riduzione ad equità”, cit., pág. 580.

⁹⁷ O pedido de modificação será, *nessa medida*, semelhante à acção de determinação da prestação prevista no art. 400.º, n.ºs 1 e 2, do Código Civil.

⁹⁸ BGH V ZR 17/11 – in: [www: < http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=58240&pos=0&anz=1 >](http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=58240&pos=0&anz=1).

todo o caso,] a parte prejudicada só terá o direito de resolução do contrato desde que estejam preenchidos os requisitos do § 313, n.º 3, do Código Civil (*Zu einem Rücktritt vom Vertrag berechtigt sie die benachteiligte Partei nur unter den Voraussetzungen des § 313 Abs. 3 BGB*).

Enquanto a Exposição de motivos da Lei de modernização do direito das obrigações aproximava o novo § 313 do Código Civil alemão da antiga *teoria da autoria, da reconstituição ou da reparação*, o Supremo Tribunal Federal aproxima de alguma forma da antiga *teoria do acto de conformação judicial*⁹⁹. O § 313, ao atribuir à parte prejudicada um direito subjectivo propriamente dito ou uma pretensão, constituiria a parte não prejudicada no dever de cooperar na adaptação ou na modificação do contrato. O dever de cooperar teria um aspecto, uma dimensão ou uma vertente *procedimental* e uma dimensão ou uma vertente substantiva – seria, em substância, o dever de alcançar, em conjunto com a contraparte, uma adaptação ou uma modificação adequada do contrato (*im Zusammenwirken mit der anderen Partei eine Anpassung des Vertrages herbeizuführen* – n. m. 33). Entre o direito da parte prejudicada à adaptação ou à modificação do contrato afectado ou perturbado e o dever da parte não prejudicada de o cooperar na modificação haveria uma relação de correspondência: O direito subjectivo corresponderia ao dever jurídico; o direito subjectivo propriamente dito da parte prejudicada corresponde ao dever jurídico, à adstrição ou à vinculação (*Verpflichtung*) da parte não prejudicada de cooperar na adaptação ou na modificação do contrato (*an dieser Anpassung mitzuwirken*). O direito e o dever, a pretensão da parte prejudicada e a adstrição ou vinculação da parte não prejudicada, seriam dois lados de um único, e do mesmo, direito – *Anspruch und Verpflichtung sind zwei Seiten desselben Rechts* (n. m. 34).

⁹⁹ Sobre a controvérsia em torno da interpretação do antigo § 462 do Código Civil alemão – entre a teoria do contrato (*Vertragstheorie*), a teoria da autoria, reconstituição ou da reparação (*Herstellungstheorie*) e a teoria do acto de conformação judicial (*Theorie der richterliche Gestaltungsakt*) ou teoria do contrato modificada (*modifizierte Vertragstheorie*) –, vide, por todos, LUDWIG ENNECERUS / HEINRICH LEHMANN, *Derecho de obligaciones*, vol. II – *Doctrina especial*, tomo I – *Primera parte*, Bosch, Barcelona, 1966, págs. 106-110; KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. II – *Besonderer Teil*, tomo I – *Veräußerungsverträge, insbesondere Kauf. Verträge über Gebrauchsüberlassung oder volle Nutzung auf Zeit (Miete, Pacht, Leihe, Darlehen). Tätigkeit in Dienste oder Interesse eines anderen (Dienstvertrag, Werkvertrag, Auftrag, Geschäftsführung ohne Auftrag, Verwahrung)*, 13.^a ed., C. H. Beck, München, 1986, págs. 53-56; ou GERHARD WALTER, *Kaufrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1986, págs. 179-182.

2.2.2. Entre aqueles que se pronunciaram a favor do acórdão de 30 de Setembro de 2011, alegou-se que a doutrina dos deveres de renegociação estava de acordo com a Exposição de motivos da Lei de modernização do direito das obrigações¹⁰⁰; entre aqueles que se pronunciaram em seu desfavor¹⁰¹, alegou-se que a doutrina dos deveres de renegociação estava ultrapassada – que tinha sido ultrapassada, p. ex., pela Lei de modernização do direito das obrigações¹⁰². Entre aqueles que se pronunciaram a favor do acórdão de 30 de Setembro de 2011, alegou-se que a sua fundamentação contribuía para a construção dos deveres de renegociação como deveres acessórios de promoção do fim do contrato¹⁰³; entre aqueles que se pronunciaram em seu desfavor, alegou-se que a sua fundamentação não contribuía para nada. Era uma fundamentação em tudo ou em quase tudo surpreendente¹⁰⁴ – e o resultado de uma fundamentação tão surpreendente não conseguia convencer¹⁰⁵. Thole chega a escrever que era um resultado de todo em todo absurdo¹⁰⁶.

O centro da discussão estava em duas coisas: – em qualificar a renegociação como um dever ou como um ónus e, desde que se qualificasse a renegociação como um dever, em relacionar a dimensão ou vertente procedimental com a dimensão ou vertente substantiva.

O acórdão do Supremo Tribunal Federal de 30 de Setembro de 2011 alegava que a renegociação devia qualificar-se como um dever e que a dimensão ou vertente procedimental do dever de renegociação tinha como correlato uma dimensão ou uma vertente substantiva; contestando-o, alegava-se que a renegociação devia qua-

¹⁰⁰ Como, p. ex., LORENZ KÄHLER, anotação ao acórdão do Supremo Tribunal Federal alemão de 30 de Setembro de 2011, in: *Juristische Rundschau*, 2012, págs. 454-460; ou JAN D. LÜTTRINGHAUS, “Verhandlungspflichten bei Störung der Geschäftsgrundlage”, in: *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 213 (2013), págs. 266-298.

¹⁰¹ Como, p. ex., ARNDT TEICHMANN, anotação ao acórdão do Supremo Tribunal Federal alemão de 30 de Setembro de 2011, in: *Juristenzeitung*, ano 67 (2012), págs. 418-424; CHRISTOPH THOLE, “Renaissance der Lehre von der Neuverhandlungspflicht bei § 313 BGB?”, in: *Juristenzeitung*, ano 69 (2014), págs. 443-450; ou FLORIAN LOYAL, “Ansprüche auf Vertragsanpassung – eine Dekonstruktion” in: *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 214 (2014), págs. 746-791.

¹⁰² CHRISTOPH THOLE, “Renaissance der Lehre von der Neuverhandlungspflicht bei § 313 BGB?”, cit., pág. 443.

¹⁰³ JAN D. LÜTTRINGHAUS, “Verhandlungspflichten bei Störung der Geschäftsgrundlage”, cit., pág. 274.

¹⁰⁴ ARNDT TEICHMANN, anotação ao acórdão do Supremo Tribunal Federal alemão de 30 de Setembro de 2011, cit., pág. 421.

¹⁰⁵ ARNDT TEICHMANN, anotação ao acórdão do Supremo Tribunal Federal alemão de 30 de Setembro de 2011, cit., pág. 421.

¹⁰⁶ CHRISTOPH THOLE, “Renaissance der Lehre von der Neuverhandlungspflicht bei § 313 BGB?”, cit., pág. 444.

lificar-se como um ónus¹⁰⁷ e que o dever ou ónus de renegociação devia ter só uma dimensão ou uma vertente procedimental. O resultado da renegociação seria um resultado aberto (mais ou menos indeterminado) – em toda a renegociação haveria o risco de ruptura, justificada ou injustificada e, ainda que não houvesse ruptura, haveria sempre o risco de os critérios encontrados pelas partes não serem racionais ou razoáveis¹⁰⁸.

Evitando controvérsias artificiais – logo, desnecessárias –, deverá distinguir-se duas questões – a adequação de um dever ou de um ónus de renegociação e a suficiência de um dever ou de um ónus para a adaptação ou modificação de um contrato afectado ou perturbado pela alteração.

Os argumentos de que o resultado da renegociação é sempre um resultado aberto, mais ou menos indeterminado, de que em toda a renegociação há o risco de uma ruptura ou de que, ainda que não houvesse uma ruptura, haveria sempre o risco de os critérios encontrados pelas partes não serem racionais ou de não serem razoáveis são argumentos contra a *suficiência* da renegociação – e, para resolver o problema da sua *insuficiência*, será só necessário reconhecer ao juiz a competência (subsidiária) para uma modificação ou para uma resolução do contrato.

2.2.3. O art. 1467, n.º 3, do Código Civil italiano aplica-se aos contratos bilaterais – e, dentro dos contratos bilaterais, aos contratos sinalagmáticos –; determina que a parte não prejudicada pode opor-se à resolução, “oferecendo-se a modificar equitativamente as condições do contrato”; o art. 1468.º aplica-se aos contratos unilaterais – determina que a parte prejudicada pode pedir a modificação:

“... pode pedir uma redução da sua prestação ou uma modificação dos termos em que deva realizar-se, suficientes para a reconduzir à equidade (*sufficiènti per ricondurla ad equità*)”.

O argumento em favor do dever de renegociação corresponde de alguma forma a uma *radicalização* da concepção *material* ou *substantiva* da oferta de modificação equitativa das condições do contrato¹⁰⁹. Em primeiro lugar, os arts.

¹⁰⁷ ARNDT TEICHMANN, anotação ao acórdão do Supremo Tribunal Federal alemão de 30 de Setembro de 2011, cit., pág. 423.

¹⁰⁸ CHRISTOPH THOLE, “Renaissance der Lehre von der Neuverhandlungspflicht bei § 313 BGB?”, cit., pág. 444.

¹⁰⁹ Em tema de oferta de modificação equitativa das condições do contrato (*reductio ad aequitatem*) defrontavam-se e defrontam-se duas concepções – a (chamada) concepção material ou substancial e a (chamada) concepção processual: a primeira, a (chamada) concepção material ou substancial,

1467, n.º 3, e 1468 atribuiriam à parte não prejudicada de um contrato bilateral ou à parte prejudicada de um contrato unilateral um direito ou uma faculdade – o direito ou a faculdade de emitirem uma *proposta* de modificação equitativa. O direito à *modificação* teria um aspecto, uma dimensão ou uma valência *final*. Em segundo lugar, como consequência da atribuição de um direito ou de uma faculdade, constituiriam a contraparte no dever de cooperar na conformação de uma proposta adequada – logo, de cooperar na modificação das condições do contrato. Em diferentes palavras, ainda que exprimindo igual pensamento: constituiriam a contraparte no dever de *renegociar* o contrato *afectado* ou *perturbado* pela alteração. O direito à *modificação* teria uma dimensão ou uma valência *instrumental* ou *procedimental*¹¹⁰.

Entre o dever de renegociação que se pretende deduzir do § 313 do Código Civil alemão e o dever de renegociação que se pretende deduzir do art. 1467, n.º 3, do Código Civil italiano haveria uma relação de simetria. O § 313 do Código Civil alemão dá à parte *prejudicada* o direito à modificação do contrato – e, em consequência, constitui a parte *não prejudicada* no dever de cooperação construtiva para o exercício do direito à modificação. O direito subjectivo da parte *desfavorecida*, *prejudicada*, corresponderia a um dever da parte *favorecida*, *não prejudicada*, de renegociar de boa fé. O art. 1467, n.º 3, do Código Civil italiano dá à parte *não prejudicada* o direito à modificação – e, em consequência, constitui a parte *prejudicada* no dever de cooperação construtiva. O direito subjectivo da parte *favorecida*, *não prejudicada*, corresponderia a um dever da parte *desfavorecida*, da parte *prejudicada*, de renegociar de boa fé as condições da modificação¹¹¹.

3. O procedimento de renegociação do contrato afectado ou perturbado começa sempre ou quase sempre pela *iniciativa da parte prejudicada*. O art. 1195, primeiro

parte do princípio de que a oferta de modificação equitativa, de *reductio ad aequitatem*, é uma proposta contratual, que pode ser deduzido *antes do provesso* ou *durante o processo*; a segunda tese, a (chamada) concepção processual, parte do princípio de que a oferta de modificação equitativa, de *reductio ad aequitatem*, é um pedido, ainda que subordinado, que só pode ser deduzido *durante o processo* (*vide* desenvolvidamente ENRICO GABRIELLI, “La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità”, cit., págs. 921-959; ENRICO GABRIELLI, “Offerta di riduzione ad equità del contratto”, cit., págs. 972-982; ou PAOLO GALLO, “Eccessiva onerosità sopravvenuta e presupposizione”, cit., págs. 461-463).

¹¹⁰ MARIO BARCELLONA fala a propósito de uma *valência negocial* (cf. *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., pág. 217).

¹¹¹ EMANUELE TUCCARI, “Contratti di durata (eccessiva onerosità sopravvenuta nei)”, cit., págs. 97-98.

parágrafo, do Código Civil francês diz que “[a parte prejudicada] poderá solicitar a seu co-contratante uma renegociação do contrato”¹¹² – e, ainda que o art. 1195 não o diga, o *acto* por que a parte prejudicada toma a iniciativa da renegociação do contrato deverá preencher três requisitos:

Em primeiro lugar, o pedido de renegociação do contrato *afectado* ou *perturbado* pela alteração deverá ser *fundamentado, justificado* ou *motivado*¹¹³. A parte desfavorecida, prejudicada, deverá comunicar à parte favorecida, à parte não prejudicada, as razões por que considera estarem preenchidos os requisitos de relevância de uma alteração das circunstâncias^{114/115}. Em segundo lugar, a parte prejudicada deverá comunicar a *vontade* de submeter o contrato afectado ou perturbado a uma renegociação e, em terceiro lugar, a parte prejudicada deverá dar uma prova de que a sua vontade de submeter o contrato afectado ou perturbado a uma *renegociação* é uma *vontade séria*, formulando uma *proposta razoável* de adaptação ou modificação¹¹⁶.

O requisito de que formule uma *proposta* concretiza-se no requisito de que especifique quais as modificações que seria adequado e necessário introduzir nas cláusulas inicial ou originariamente estipuladas¹¹⁷, e o requisito de que a proposta seja *razoável* concretiza-se em que as modificações sejam adequadas para a reconstituição do equilíbrio inicial ou originário – ou, em alternativa, em que sejam necessárias para a supressão do desequilíbrio superveniente.

“A mera existência de uma proposta modificativa”, explica Diogo Costa Gonçalves, “não garante por si o cumprimento da obrigação de negociar. É necessário

¹¹² Em termos em tudo semelhantes, *vide* o art. 416-2 da *Propuesta de Código Mercantil* e o art. 526-5 da *Propuesta de Código Civil*.

¹¹³ Como diz, explicitamente, o art. 416-2 da *Propuesta de Código Mercantil*: “*expresando las razones en que se funde*”.

¹¹⁴ Entre os elementos necessários de uma adequada *motivação* encontra-se os dois primeiros *momentos metodológicos* descritos em DIOGO COSTA GONÇALVES – a *determinação* da economia contratual, do equilíbrio entre as prestações pretendido pelas partes, e a *determinação* da *factualidade disruptiva* da economia contratual [cf. DIOGO COSTA GONÇALVES, anotação ao art. 762.º, in: CATARINA MONTEIRO PIRES (coord.), *Novo coronavírus e crise contratual. Anotação ao Código Civil*, cit., págs. 75-76; ou DIOGO COSTA GONÇALVES, “Crise e renegociação dos contratos no direito português e brasileiro – algumas reflexões”, cit., pág. 155].

¹¹⁵ Em termos em tudo semelhantes, DANIEL MAINGUY, anotação ao art. 1195, in: DANIEL MAINGUY (coord.), *Le nouveau droit français des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (après l’ordonnance du 10 février 2016)*, cit., pág. 153 (n.º 183).

¹¹⁶ Cf. ANTÓNIO MANUEL MORALES MORENO, “Error y alteración sobrevenida de las circunstancias”, cit., pág. 8.

¹¹⁷ Corte di Cassazione, *Relazione tematica n.º 56 – Novità normative sostanziali del diritto “emergenziale” anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*, cit., pág. 24.

que a proposta em causa proceda a uma reposição objectiva do equilíbrio genético”¹¹⁸ – ou, em alternativa a uma reconstituição ou reposição do equilíbrio, a uma supressão objectiva do desequilíbrio funcional¹¹⁹.

Entre os pontos consensuais ou quase consensuais está o princípio de que a parte prejudicada deve continuar a cumprir as suas obrigações durante a renegociação¹²⁰: a alteração das circunstâncias dá ao devedor um *direito à modificação* ou um *direito à resolução* – não lhe dá um *contra-direito* ou uma *excepção material*.

O princípio de que a parte prejudicada deve continuar a cumprir há-de conciliar-se, de qualquer forma, com o regime geral do *cumprimento* e da *impossibilidade de cumprimento* – em particular, com o regime da *impossibilidade prática*¹²¹ e da *impossibilidade ética* ou *moral*^{122/123}.

Estando preenchidos os pressupostos da impossibilidade prática ou da impossibilidade ética ou moral, a parte prejudicada disporá da *excepção da prestação não-exigível* – *Einrede der nichtzumutbaren Leistung*¹²⁴ –: deduzindo-a, poderá recusar-se a realizar a prestação, alegando que a dificuldades da prestação excedia aquilo que era exigível, dentro da relação obrigacional¹²⁵.

¹¹⁸ DIOGO COSTA GONÇALVES, “Crise e renegociação dos contratos no direito português e brasileiro – algumas reflexões”, cit., pág. 157.

¹¹⁹ Enquanto a *fundamentação* ou *justificação* corresponde aos dois primeiros *momentos metodológicos*, a comunicação da *vontade* de submeter o contrato a uma renegociação, e a *prova* de que a vontade de submeter o contrato a uma renegociação é uma vontade *séria*, corresponderá ao terceiro momento – à *formulação de propostas* [cf. DIOGO COSTA GONÇALVES, anotação ao art. 762.º, in: CATARINA MONTEIRO PIRES (coord.), *Novo coronavírus e crise contratual. Anotação ao Código Civil*, cit., págs. 75-76; ou DIOGO COSTA GONÇALVES, “Crise e renegociação dos contratos no direito português e brasileiro – algumas reflexões”, cit., pág. 155].

¹²⁰ Cf. art. 1195 do Código Civil francês – e, em termos em tudo semelhantes, art. 416-2 da *Propuesta de Código Mercantil*.

¹²¹ Expressamente prevista no n.º 2 do § 275 do Código Civil alemão, em que se diz que “[o] devedor pode recusar a prestação sempre que esta requeira um esforço que esteja em grave desproporção perante o interesse do credor na prestação, sob a consideração do conteúdo da relação obrigacional e da regra da boa fé”.

¹²² Expressamente prevista no n.º 3 do § 275 do Código Civil alemão, em que se diz que “[o] devedor pode ainda recusar a prestação quando deva realizar pessoalmente a prestação e esta, ponderados os impedimentos do devedor perante o interesse do credor na prestação, não possa ser exigível”.

¹²³ A tradução dos n.ºs 2 e 3 do § 275 do Código Civil alemão deve-se a António Menezes Cordeiro – vide designadamente *Da modernização do direito civil*, vol. I – *Aspectos gerais*, Livraria Almedina, Coimbra, 2004, pág. 109.

¹²⁴ Expressão de PHILIP HECK, em *Grundriss des Schuldrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1929, págs. 85-89 e 94-96; ou em “Das Urteil des Reichsgerichts vom 28. November 1923 über die Aufwertung von Hypotheken und die Grenzen der Richtermacht”, in: *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 122 (1924), págs. 203-226.

3.1. O pedido extrajudicial de uma renegociação do contrato é em geral apresentado como um *encargo* ou como um *onus* – a parte desfavorecida, prejudicada só terá direito a uma modificação ou a uma resolução *judicial* desde que tenha pedido *extrajudicialmente* uma renegociação do contrato. Chantepie e Latina falam a propósito de um *préalable nécessaire*¹²⁶.

Em contraste, p. ex., com o art. 1195 do Código Civil francês, com a *Propuesta de Código Civil* ou com a *Propuesta de Código Mercantil*, o § 313 do Código Civil alemão ou o art. 437.º do Código Civil português dizem só que a parte prejudicada tem direito à modificação ou à resolução.

O art. 437.º do Código Civil português deve contudo interpretar-se de acordo com o princípio da autonomia privada, concretizado, designadamente, através do princípio da *vinculatividade contratual*, e com o princípio da boa fé, concretizado, designadamente, através dos princípios da *fidelidade ao contrato* e da *fidelidade à prestação*¹²⁷; ora, convencemo-nos de que seria contrário ao princípio da autonomia privada, concretizado através do princípio da *vinculatividade contratual*, que se resolvesse um contrato que podia ser modificado e de que seria contrário ao princípio da boa fé, concretizando através do princípio da *fidelidade à prestação*, que se pedisse que o tribunal modificasse um contrato que as partes podiam e deviam ter modificado, *renegociando-o*¹²⁸.

¹²⁵ Sobre a impossibilidade prática, a impossibilidade ética e a impossibilidade moral, *vide* por todos FERNANDO ANDRADE PIRES DE LIMA / JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, anotação ao art. 790.º, in: *Código civil anotado*, vol. II, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1986, págs. 42-44 (esp. págs. 43-44); JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. II, 7.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 1997, págs. 68-71; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das obrigações*, 7.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1997, págs. 365-372; MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 10.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2006, págs. 1074-1076; JORGE RIBEIRO DE FARIA, *Direito das obrigações*, vol. II, Livraria Almedina, Coimbra, 2001 (reimpressão), págs. 346-354; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, cit., págs. 1007-1031; NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, “Contributo para a ‘modernização’ das disposições do Código Civil português sobre a impossibilidade da prestação”, in: *Estudos sobre o não cumprimento das obrigações*, 2.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2009, págs. 11-32 (esp. págs. 12-18); NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, “The German Act to Modernize the German Law of Obligations as a Model for the Europeanization of Contract Law? The New Rules Regarding Impossibility of Performance from the Perspective of a Portuguese Lawyer”, in: *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11.4 (2007), in: [www: <http://www.ejcl.org>](http://www.ejcl.org), esp. págs. 3-5; e, sobretudo, CATARINA MONTEIRO PIRES, *Impossibilidade da prestação*, Livraria Almedina, Coimbra, 2017, págs. 438-573.

¹²⁶ GAËL CHANTEPIE / MATHIAS LATINA, anotação ao art. 1195, in: *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, cit., n.º 528.

¹²⁷ Expressões de MARC-PHILIPPE WELLER, *Die Vertragstreue. Vertragsbindung – Naturalerfüllungsgrundsatz – Vertragstreue*, cit., *passim*.

¹²⁸ Cf. NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de direito dos contratos*, cit., págs. 582-583; HENRIQUE SOUSA ANTUNES, “A alteração das circunstâncias no direito europeu dos contratos”, cit., págs. 17-19 e 21; ou HENRIQUE SOUSA ANTUNES, anotação ao art. 437.º, in: LUIÍS CARVALHO FERNANDES / JOSÉ

Catarina Monteiro Pires chama a atenção para que a parte desfavorecida pode ser impedida de actuar o direito à modificação ou à resolução seja por razões materiais, seja por razões processuais.

Em primeiro lugar, por razões materiais ou substantivas. A parte que pedisse ao tribunal uma modificação ou uma resolução sem pedir à contraparte uma renegociação poderia incorrer em *abuso do direito*, na modalidade de exercício disfuncional de posições jurídicas¹²⁹:

“... haverá que ponderar as consequências [do seu] comportamento à luz do art. 334.º [...]. Verificando-se um ‘exercício disfuncional de uma posição jurídica’ pode o mesmo ser bloqueado, por força do citado art. 334.º [...]”¹³⁰.

O raciocínio seria reforçado pela relação de semelhança entre os casos em que a parte prejudicada se encontrava em mora no momento da alteração das circunstâncias e os casos em que a parte prejudicada, não estando em mora, não tenha pedido à contraparte a renegociação no contrato afectado ou perturbado: – caso a parte prejudicada estivesse em mora no momento da alteração das circunstâncias, a lesão seria de alguma forma imputável à inobservância de um dever principal de prestação; caso a parte prejudicada, não estando em mora, não tivesse pedido à contraparte a renegociação do contrato afectado ou perturbado, a lesão seria de alguma forma imputável à inobservância de um dever acessório de conduta, de um encargo ou de um ónus¹³¹.

Em segundo lugar, a parte prejudicada pode ser impedida de actuar ou de exercer o direito à modificação ou à resolução por razões processuais:

A parte que pedisse ao tribunal uma modificação ou uma resolução sem pedir à contraparte uma renegociação incorreria, em certo sentido, em *abuso do processo* – não teria, ou poderia não ter, “uma *necessidade razoável, justificada, fundada*, de lançar mão do processo ou de fazer prosseguir a acção”¹³² – em consequência,

CARLOS BRANDÃO PROENÇA (coord.), *Código Civil anotado*, vol. II – *Direito das obrigações. Das obrigações em geral*, cit., págs. 158-159.

¹²⁹ Sobre a *disfuncionalidade intra-subjectiva*, vide por todos ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, cit., págs. 879-885.

¹³⁰ Cf. CATARINA MONTEIRO PIRES, “Efeitos da alteração das circunstâncias”, cit., pág. 205.

¹³¹ Cf. CATARINA MONTEIRO PIRES, “Efeitos da alteração das circunstâncias”, cit., pág. 205: “... enquadramento este que, de resto, se harmoniza com a sanção prevista no art. 438.º para os casos em que a parte afectada com a alteração das circunstâncias se encontra em mora”.

¹³² JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA / JOSÉ MIGUEL BEZERRA / SAMPAIO E NORA, *Manual de processo civil*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1985, pág. 181.

poderia não estar preenchido o pressuposto do interesse em agir¹³³, do interesse processual¹³⁴ ou da necessidade de protecção jurídica^{135/136}.

3.2. Estando preenchidos os pressupostos da modificação ou da resolução do contrato, discute-se se a parte não prejudicada terá um *dever* ou tão-só um *encargo* ou *ónus* de *aceitar a proposta* de modificação apresentada pela parte prejudicada ou, não a aceitando, de entrar na *relação de renegociação*¹³⁷.

O primeiro termo da alternativa – *dever* – terá como consequência, designadamente, que a parte prejudicada possa actuar ou exercer o direito à modificação ou à resolução decorrente do art. 437.º cumulativamente com o direito à indemnização decorrente do art. 762.º, n.º 2, em ligação com os arts. 798.º e 799.º do Código Civil; o segundo termo da alternativa – *encargo* ou *ónus* – terá como consequência, designadamente, que a parte prejudicada só possa exercer o direito à modificação ou à resolução decorrente do art. 437.º do Código Civil.

Em favor da tese do *encargo* ou *ónus*, alega-se que uma *ordem directa*, dirigida à parte não prejudicada, para que renegociasse o contrato, seria quase sempre inútil, sobretudo, se as posições das partes estivessem muito distanciadas, e, que, em lugar

¹³³ Expressão preferida por ARTUR ANSELMO DE CASTRO, *Lições de processo civil*, vol. II – *Pressupostos processuais*, Livraria Almedina, Coimbra, 1967, págs. 803-810.

¹³⁴ Expressão preferida por MANUEL DE ANDRADE (com a colaboração de JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA), *Noções elementares de processo civil (nova edição, revista e actualizada pelo Dr. Herculano Esteves)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1979, págs. 79-83; JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA / JOSÉ MIGUEL BEZERRA / SAMPAIO E NORA, *Manual de processo civil*, cit., págs. 179-189; ou MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *O interesse processual na acção declarativa*, AAFDL, Lisboa, 1989.

¹³⁵ Expressão corrente na doutrina e na jurisprudência alemãs – referida, p. ex., por MANUEL DE ANDRADE (com a colaboração de JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA), *Noções elementares de processo civil*, cit., pág. 79; ou por JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA / JOSÉ MIGUEL BEZERRA / SAMPAIO E NORA, *Manual de processo civil*, cit., págs. 179-180.

¹³⁶ Cf. CATARINA MONTEIRO PIRES, “Efeitos da alteração das circunstâncias”, cit., pág. 205 (nota n.º 146): “A parte afectada pela alteração das circunstâncias deverá procurar alcançar uma solução extrajudicial antes de recorrer a juízo, sob pena de ver precludido o seu próprio interesse em agir”.

¹³⁷ Em regra “[u]ma perturbação da base do negócio que permita a resolução ou a modificação do contrato nos termos do art. 437.º é *in abstracto* fundamento do dever de negociar” (cf. DIOGO COSTA GONÇALVES, “Crise e renegociação dos contratos no direito português e brasileiro – algumas reflexões”, cit., pág. 183) – conquanto se admita que “o dever de renegociar *ex bona fide* não pode ser afirmado universalmente quanto a todos os contratos” (pág. 182) e “exige sempre uma ponderação casuística” (pág. 183), com a consequência de que, excepcionalmente, seja possível uma perturbação da base de negócio que permita a resolução ou a modificação e, não obstante, não seja *in concreto* fundamento de um dever de negociar ou de renegociar.

de uma *ordem directa*, deveria dirigir-se à parte não prejudicada uma *ordem indirecta*, e só *indirecta* – um *incentivo*^{138/139}.

A parte não prejudicada teria interesse em entrar na *relação de negociação* para formular propostas de modificação, e para que o juiz determinasse os termos da modificação do contrato atendendo às propostas formuladas pelas duas partes – pela parte prejudicada e pela não prejudicada.

O art. 1213.º, n.º 2, da *Propuesta de modernización del Código Civil* e o art. 526-5, n.º 3, da *Propuesta de Código Civil* dizem de forma explícita que “a pretensão de resolução só poderá ser atendida quando não se possa obter da proposta ou das propostas de modificação oferecidas por cada uma das partes uma solução que reconstitua a reciprocidade de interesses do contrato”.

Se a parte não prejudicada respondesse, o juiz deveria reconstituir a reciprocidade de interesse do contrato a partir das *propostas apresentadas pelas duas partes*; se a não prejudicada não respondesse, o juiz deveria reconstituir a reciprocidade de interesses do contrato *a partir das propostas de modificação apresentadas pela parte prejudicada, e só pela parte prejudicada*¹⁴⁰.

Em favor da tese do *dever*, alega-se que uma *ordem directa* é (ainda) útil – embora a parte prejudicada não possa exigir judicialmente o cumprimento coercivo específico do dever de cooperação, considerado no seu *aspecto*, na sua *dimensão* ou na sua *vertente procedimental* e que, ainda que não possa exigir judicialmente o cumprimento coercivo específico do dever de cooperação, considerado *na sua vertente procedimental*, o direito da parte prejudicada à cooperação construtiva poderia ser garantido por duas acções. Em primeiro lugar, poderia ser garantido por uma acção constitutiva de modificação ou por uma acção de condenação ao cumprimento de um contrato adaptado ou modificado e, em segundo lugar, poderia ser garantido por uma acção de indemnização – a parte prejudicada teria o ónus de interpelar a parte não prejudicada para que cooperasse na adaptação ou na modificação do contrato e, desde que a parte interpelada não cooperasse, violando o dever de cooperar, constituir-se-ia no dever de indemnizar os danos decorrentes da violação¹⁴¹.

¹³⁸ ANTÓNIO MANUEL MORALES MORENO, “Error y alteración sobrevenida de las circunstancias”, cit., pág. 8.

¹³⁹ Em termos semelhantes, para o direito francês, GAËL CHANTEPIE / MATHIAS LATINA, anotação ao art. 1195, in: *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, cit., n.º 528 – com a concordância de ALAIN PIETRANCOSTA, “Introduction of the Hardship Doctrine (“théorie de l'imprévision”) into French Contract Law: A Mere Revolution on the Books?”, cit., pág. 6.

¹⁴⁰ ANTÓNIO MANUEL MORALES MORENO, “Error y alteración sobrevenida de las circunstancias”, cit., pág. 8.

¹⁴¹ Cf. acórdão do Supremo Tribunal Federal alemão de 30 de Novembro de 2011 – n. m. 33 e 34.

Entre o *dever* e o *encargo* ou *ónus*, entendemos que a parte favorecida, não prejudicada, tem um *dever* – e de que a indemnização pela violação do dever de renegociação deve ser uma indemnização do *interesse no cumprimento* ou do *interesse contratual positivo*^{142/143}.

3.3. O dever de aceitar a proposta formulada pela parte prejudicada ou de, não a aceitando, entrar na *relação de renegociação* deve limitar-se de acordo com os critérios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade. Em primeiro lugar, as partes só têm o dever de fazer, ou de deixar de fazer, aquilo que seja adequado e necessário para a consecução do fim do contrato e, em segundo lugar, ainda que seja adequado e necessário para a consecução do fim, as partes só têm o dever de fazer ou de deixar de fazer aquilo que não signifique uma renúncia absoluta à prossecução dos próprios interesses e aquilo que, não significando uma renúncia absoluta, lhes seja exigível – aquilo que não signifique uma renúncia desproporcionada ou excessiva^{144/145}. Weller explica que, no quadro do requisito da exigibilidade devem ponderar-se os interesses das duas partes – o facto de a acção ou de a omissão implicar uma compressão dos interesses da parte subordinada ao dever seria, só por si, insuficiente para que se rejeitasse, sem mais, o dever de cooperação¹⁴⁶.

Face à limitação geral do alcance dos deveres de cooperação, a parte não prejudicada pela alteração das circunstâncias só terá um dever de cooperação construtiva para a adaptação ou para a modificação de um contrato *afectado* ou

¹⁴² Cf. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, cit., págs. 510 (nota n.º 540), ou DIOGO COSTA GONÇALVES, “Crise e renegociação dos contratos no direito português e brasileiro – algumas reflexões”, cit., pág. 160 – com a advertência de que “o interesse no cumprimento da obrigação de negociar é distinto do interesse no cumprimento do contrato reequilibrado”.

¹⁴³ O art. 1213.º da *Propuesta de modernización del Código Civil* e o 526-5, n.º 3, da *Propuesta de Código Civil* permitem chegar a resultados em tudo semelhantes aos da tese do *dever de renegociação*. Explicando o art. 1213.º da *Propuesta de modernización*, diz-se que, “[s]e falta a proposta da contraparte, [o juiz procurará uma solução] a partir da proposta da parte prejudicada e da valoração, conforme a boa fé, da conduta da contraparte” [ANTÓNIO MANUEL MORALES MORENO, “Error y alteración sobrevenida de las circunstancias”, cit., pág. 8]. Os termos “valoração, conforme a boa fé, da conduta da contraparte” sugerem que a valoração pode ser positiva ou negativa, por *violação de um dever*, e que, no caso de a valoração da conduta da contraparte, ser negativa, a solução procurada pelo juiz poderá ser semelhante a uma *sanção*.

¹⁴⁴ Cf. MARC-PHILIPPE WELLER, *Die Vertragstreue*, cit., pág. 314.

¹⁴⁵ Entre os critérios relevantes para averiguar se a renúncia é desproporcionada ou excessiva estaria a circunstância de a acção ou omissão adequada e necessária recair na esfera de risco (*Risikobereich*) do interessado – cf. MARC-PHILIPPE WELLER, *Die Vertragstreue*, cit., pág. 315.

¹⁴⁶ Cf. MARC-PHILIPPE WELLER, *Die Vertragstreue*, cit., pág. 315.

perturbado desde que a renegociação seja adequada e necessária, desde que a renegociação não signifique uma renúncia absoluta da parte não prejudicada à prossecução dos próprios interesses e desde que, não significando uma renúncia absoluta, não signifique sequer uma renúncia desproporcionada ou excessiva. O dever de renegociação não chegará a constituir-se ou, chegando a constituir-se, extinguir-se-á, p. ex., quando se constate que o acordo de adaptação ou modificação do contrato é impossível ou demasiado difícil¹⁴⁷.

4. O conteúdo da *relação de renegociação* é complexo. – Tuccari fala de um *conteúdo composto*¹⁴⁸:

“... estar obrigado a negociar, ou a renegociar, significa estar obrigado a praticar todos aqueles actos que, de acordo com as circunstâncias, podem concretamente permitir que as partes cheguem a acordo sobre as condições da adaptação ou da modificação, determinada pela alteração superveniente”¹⁴⁹.

Em França, o *avant projet de réforme du droit des obligations* de 2005¹⁵⁰, comumente designado de *avant project Catala*¹⁵¹, continha uma remissão explícita para os deveres compreendidos na relação pré-contratual. Entre os corolários da remissão encontrava-se, p. ex., a aplicação do art. 1104-1 – “[a] iniciativa, o

¹⁴⁷ Cf. designadamente DIOGO COSTA GONÇALVES, “Crise e renegociação dos contratos no direito português e brasileiro – algumas reflexões”, cit., pág. 157 – dizendo que o dever de renegociação não chega a constituir-se ou, chegando a constituir-se, se extingue quando “o início das negociações permitiu constatar a impossibilidade de qualquer acordo modificativo. Não porque qualquer das partes se tenha recusado a negociar, mas porque ficou claro que as perspectivas de reforma contratual eram absolutamente inconciliáveis”.

¹⁴⁸ EMANUELE TUCCARI, “Contratti di durata (eccessiva onerosità sopravvenuta nei)”, cit., pág. 99.

¹⁴⁹ EMANUELE TUCCARI, “Contratti di durata (eccessiva onerosità sopravvenuta nei)”, cit., pág. 99.

¹⁵⁰ PIERRE CATALA (coord.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1286 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*, de 22 de Setembro de 2005, consultado em: [www: < http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALA SEPTEMBRE2005.pdf >](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALA SEPTEMBRE2005.pdf).

¹⁵¹ Sobre o *avant-projet Catala*, vide por todos BÉNÉDICTE FAUVARQUE-COSSON / DENIS MAZEAUD, “L’*avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*”, in: *Uniform Law Review / Revue de droit uniforme*, vol. 9 (2006), págs. 103-134; ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ, “El Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción (Estudio preliminar y traducción)”, in: *Anuario de derecho civil*, vol. 60 (2007), págs. 621-848; ou JOHN CARTWRIGHT / STEFAN VOGENAUER / SIMON WHITTAKER (coord.), *Reforming the French Law of Obligations. Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription (“the Avant-projet Catala”)*, Hart Publishing, Oxford / Portland (Oregon), 2009.

desenvolvimento e o termo (*rupture*) das negociações são livres, devendo tão-só satisfazer as exigências da boa fé¹⁵². Em consequência, “[o] insucesso (*échec*) de uma negociação só pode ser fonte de responsabilidade se é imputável à má fé ou à culpa de uma das partes”¹⁵³. Em todo o caso, a remissão explícita do *avant-projet Catala* é hoje só uma remissão implícita para os arts. arts. 1112 a 1112-2 do Código Civil francês¹⁵⁴. O princípio da liberdade contratual, concretizando-se em que “[a] iniciativa, o desenrolar e a ruptura das negociações pré-contratuais são livres”¹⁵⁵, só teria como limite o princípio da boa fé¹⁵⁶. Entre os corolários do princípio da boa fé estaria, p. ex., a regra de que a parte não prejudicada não pode atrasar a renegociação, para se prevalecer da regra de que a parte prejudicada deve continuar a executar o contrato¹⁵⁷; a regra de que cada uma das partes tem o dever de esclarecer ou de informar a outra sobre circunstâncias essenciais que a outra parte não conheça e não deva conhecer¹⁵⁸ e a regra de que cada uma das partes tem o dever de guardar segredo sobre informações confidenciais –

“[a]quele que utiliza[sse], sem autorização, uma informação confidencial obtida por ocasião das negociações constituir-se-[ia] em responsabilidade de acordo com o direito comum”¹⁵⁹.

Em Portugal, a relação pré-contratual de *negociação* – do art. 227.º, n.º 1, do Código Civil – é distinta da relação contratual de *renegociação* – do art. 437.º, n.ºs 1 e 2, e do art. 762.º, n.º 2, do Código Civil. A *boa fé* do art. 227, exige *menos*;

¹⁵² Cf. art. 1104-1, primeiro parágrafo: “*L’initiative, le déroulement et la rupture des pourparlers sont libres, mais ils doivent satisfaire aux exigences de la bonne foi*”.

¹⁵³ Cf. art. 1104-1, segundo parágrafo: “*L’échec d’une négociation ne peut être source de responsabilité que s’il est imputable à la mauvaise foi ou à la faute de l’une des parties*”.

¹⁵⁴ Cf. designadamente GAËL CHANTEPIE / MATHIAS LATINA, anotação ao art. 1195, in: *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l’ordre du Code civil*, cit., n.º 527.

¹⁵⁵ Cf. art. 1112, primeiro período, do Código Civil francês: “*L’initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres*”.

¹⁵⁶ Cf. art. 1112, segundo período, do Código Civil francês: “*Ils [scl. l’initiative, le déroulement et la rupture] doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi*”.

¹⁵⁷ Cf. designadamente GAËL CHANTEPIE / MATHIAS LATINA, anotação ao art. 1195, in: *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l’ordre du Code civil*, cit., n.º 527.

¹⁵⁸ Cf. art. 1112-1, primeiro parágrafo, do Código Civil francês: “*Celle des parties qui connaît une information dont l’importance est déterminante pour le consentement de l’autre doit l’en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant*”.

¹⁵⁹ Cf. art. 1112-2 do Código Civil francês: “*Celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l’occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun*”.

não exige, p. ex., que a contraparte apresente uma contra-proposta; a *boa-fé* dos arts. 437.º e 762.º, n.º 2, exige *mais* – p. ex., que a contraparte, não prejudicada, apresente uma contra-proposta¹⁶⁰, que as propostas e as contra-propostas sejam *razoáveis* e que as *interacções*, concretizadas ou não em propostas ou contra-propostas, sejam *fundamentadas e justificadas*

“Ao abrigo da boa fé”, diz Menezes Cordeiro, “as partes devem efectivamente negociar, procurando soluções [...] funcionam deveres de lealdade, que fixam obrigações de disponibilidade, de atenção e de resposta, perante sugestões que sejam feitas”¹⁶¹.

Em primeiro lugar, o dever de cooperação construtiva tem um aspecto ou dimensão substancial, concretizado num *dever de razoabilidade*¹⁶²: a parte que apresenta uma proposta ou uma contra-proposta de modificação só estará a cumprir o dever de renegociação do contrato desde que a proposta ou a contra-proposta seja adequada para reconstituir a situação que existiria se alteração anormal, imprevista e imprevisível, das circunstâncias fosse uma alteração coberta pela álea ou pelos riscos próprios do contrato. Em segundo lugar, o dever de cooperação construtiva tem uma dimensão formal, concretizado num *dever de fundamentação discursiva* ou de *justificação discursiva* das *interacções contratuais* em contexto de renegociação¹⁶³. O caso das relações de negociação ou de renegociação é um dos casos em que o controlo das interacções contratuais há-de ser um controlo dinâmico; ora o controlo dinâmico das (inter)acções contratuais há-de fazer-se através de uma *justificação discursiva*¹⁶⁴ – o facto de as partes estarem sujeitas a um *dever de razoabilidade*

¹⁶⁰ Cf. DIOGO COSTA GONÇALVES, “Crise e renegociação dos contratos no direito português e brasileiro – algumas reflexões”, cit., pág. 157.

¹⁶¹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “O princípio da boa-fé e o dever de renegociação em contextos de ‘situação económica difícil’”, cit., pág. 67.

¹⁶² JOÃO BAPTISTA MACHADO, “A cláusula do razoável”, cit., *passim*.

¹⁶³ Cf. designadamente GEORGES VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, LGDJ, Paris, 1986; JEAN PASCAL CHAZAL, *De la puissance économique en droit des obligations*, dissertação de doutoramento, Universidade de Grenoble, 1996, págs. 533-537 (n.ºs 437-440); MURIEL FABRE-MAGNAN, “L’obligation de motivation en droit des contrats”, in: *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXI. e siècle*, LGDJ, Paris, 2001, págs. 301-330; MURIEL FABRE-MAGNAN, “Pour la reconnaissance d’une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique”, in: *Revue des contrats*, 2004, págs. 573-579; MURIEL FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, Thémis, Paris, 2004, págs. 524-526.

¹⁶⁴ Cf. GHISLAIN TABI TABI, *Les nouveaux instruments de gestion du processus contractuel*, dissertação de doutoramento, Universidade de Laval (Canadá) em 2011, págs. 178-179 e págs. 261-322, esp. págs. 312-321, respectivamente.

significa que estão subordinadas a *critérios de fundamentação / de justificação discursiva objectiva ou intersubjectivamente vinculantes*¹⁶⁵:

“le moyen le plus efficace pour obtenir que la décision du partenaire privilégié ne soit pas le fruit de l’irréflexion ou de l’arbitraire, a consisté à lui imposer de la motiver, et cela de manière très sérieuse”^{166/167}.

O art. 1195 do Código Civil francês, o art. 6.2.3. dos Princípios relativos aos contratos comerciais internacionais (Princípios UNIDROIT), o art. 6:111 dos Princípios de direito europeu dos contratos, o art. III.–1:110 do anteprojecto de um quadro comum e o art. 89.º da proposta de um direito comum da compra e venda exigem que o acordo seja alcançado dentro de um prazo razoável¹⁶⁸.

O conceito de prazo razoável carece, como quer que seja, de alguma concretização.

O art. 157.º do anteprojecto de um Código Europeu dos Contratos consagrava dois prazos:

Em primeiro lugar, um prazo para a renegociação de (pelo menos¹⁶⁹) três meses, a contar da apresentação da proposta da parte prejudicada – as partes teriam três meses para chegar a um acordo quando à adaptação ou à modificação do contrato perturbado. Em segundo lugar, um prazo para a propositura da acção de dois meses, a contar do termo do prazo para a renegociação – caso as partes não chegassem a um acordo dentro do prazo de três meses, a parte prejudicada teria um prazo de dois meses para pedir ao tribunal a modificação ou a resolução do contrato perturbado.

O prazo de (pelo menos) três meses para uma renegociação é provavelmente um prazo excessivo. Em lugar de fixar, exclusivamente, um prazo global para a

¹⁶⁵ MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, cit., pág. 562.

¹⁶⁶ GEORGES VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, cit., n.º 278.

¹⁶⁷ Criticando o *avant-projet Catala* por não consagrar, pelo menos de forma expressa, um dever de motivação da recusa de uma proposta de adaptação ou de modificação apresentada pelo devedor, BÉNÉDICTE FAUVARQUE-COSSON interroga-se; “*could not at least an obligation be imposed to give reasons for a refusal to revise the renegotiated contract?*” [“Negotiation and Renegotiation : A French Perspective”, in: JOHN CARTWRIGHT / STEFAN VOGENAUER / SIMON WHITTAKER (coord.), *Reforming the French Law of Obligations. Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription (“the Avant-projet Catala”)*, Hart Publishing, Oxford / Portland (Oregon), 2009, págs. 33-49 (45)].

¹⁶⁸ Em termos em tudo semelhantes, *vide* o art. 416-2 da *Propuesta de Código Mercantil* e o art. 526-5, n.º 2, alínea c), da *Propuest de Código Civil*.

¹⁶⁹ O texto do art. 157.º, n.º 2, do anteprojecto deixava em aberto a questão de saber se o prazo deveria ser de três ou de seis meses.

renegociação, faria porventura sentido fixar-se dois prazos, um *prazo global* e um *prazo intercalar*, indicativo ou orientador, para que cada uma das partes respondesse às propostas ou às contra-propostas apresentadas pela outra – por analogia com o art. 416.º do Código Civil, o prazo intercalar poderia ser, p. ex., de oito dias.

5. Entre as consequências da violação do dever de renegociação do contrato *afectado* ou *perturbado* deve estar a deslocação da esfera da *autonomia* das partes para a esfera da *heteronomia*.

O § 313 do Código Civil alemão, o art. 437.º do Código Civil português e o art. 1195 do Código Civil francês atribuem à parte prejudicada o direito à modificação de um contrato desequilibrado, admitindo e reconhecendo uma intervenção *heterónoma* do juiz¹⁷⁰.

Enquanto o § 313 do Código Civil alemão, o art. 473.º do Código Civil português o art. 1195 do Código Civil francês atribuem à parte prejudicada o direito à modificação, o art. 1467, n.º 1, do Código Civil italiano atribui-lhe exclusivamente um direito à resolução do contrato – a intervenção *heterónoma* do juiz para a modificação do contrato só poderá resultar do art. 2932.º do Código Civil italiano, sobre a execução específica da obrigação de emitir a declaração de vontade negocial correspondente ao contrato devido¹⁷¹. Entre os argumentos

¹⁷⁰ Corte di Cassazione, *Relazione tematica n.º 56 – Novità normative sostanziali del diritto “emergenziale” anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*, cit., pág. 26.

¹⁷¹ O art. 2932.º, n.º 1, do Código Civil italiano determina que, “[s]e aquele que está obrigado a concluir um contrato não cumpre a sua obrigação, a outra parte, quando tal seja possível e não tenha sido excluído pelo título [constitutivo da obrigação], pode obter uma sentença que produza os efeitos do contrato não concluído” (*Se colui che è obbligato a concludere un contratto non adempie l’obbligazione, l’altra parte, qualora sia possibile e non sia escluso dal titolo, può ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso*). – O regime do art. 2932.º do Código Civil italiano está pensado para as hipóteses em que o conteúdo do contrato que se deve concluir seja um conteúdo determinado ou determinável através dos termos do contrato inicial ou originário – designadamente, através dos termos em que as partes distribuíram entre si o risco de uma superveniência, dando ao juiz os critérios cuja aplicação reconstituirá o equilíbrio entre a prestação e a contraprestação – e o problema está em que o conteúdo do contrato de adaptação ou de modificação, que as partes deveriam concluir, é em ampla medida indeterminado e indeterminável. O critério é um – a reconstituição do equilíbrio inicial ou originário, ou como quer que seja a superação do desequilíbrio superveniente –; ainda que o critério seja um, são várias as modalidades da adaptação ou da modificação decorrentes da aplicação do critério considerado [se, p. ex., as circunstâncias alteradas se relacionam com os custos da prestação, pode reconstituir-se o equilíbrio através do aumento da contraprestação a cargo do credor (do aumento do preço) ou da diminuição da prestação a cargo do devedor]. Ora “a decisão do juiz não pode ser uma medida arbitrária, casual, subjectiva” – deve orientar-se por critérios rigorosos, proporcionados pela própria regulação ou pelo próprio

em favor da aplicação do art. 2932.º ao dever de concluir o contrato de adaptação ou de modificação, convoca-se, designadamente, argumentos sistemáticos deduzidos do art. 1467, n.º 3, e do art. 1468¹⁷².

O problema estará sempre em encontrar critérios rigorosos para a adaptação ou para a modificação – e, em especial na França, na Itália e na Espanha, há algum consenso em que o juiz deve atender às propostas e às contra-propostas formuladas no processo de renegociação¹⁷³.

Entre o direito à modificação e o direito de resolução do contrato deve haver uma relação de subsidiaridade – a parte prejudicada só poderá actuar o exercer o direito de resolução “[quando uma adaptação do contrato não seja possível ou surja inexigível para uma das partes]”¹⁷⁴. Estabelecida a relação de subsidiaridade, a resolução do contrato deverá restringir-se aos casos em que estejam preenchidos os pressupostos de disposições específicas (p. ex., das disposições específicas do § 313 do código alemão ou do art. 437.º do código português¹⁷⁵).

6. Em 2019 e em 2020, foram apresentadas em Itália e em Espanha duas leis preparatórias de uma codificação ou de uma recodificação dos princípios e das regras sobre a alteração das circunstâncias – em Itália, foi apresentado o projecto de lei de autorização de reforma do Código Civil n.º 1151, de 2019^{176/177}, e em Espanha, foi publicada a Lei n.º 3/2020, de 19 de Setembro^{178/179}.

regulamento negocial [cf. Corte di Cassazione, *Relazione tematica n.º 56 – Novità normative sostanziali del diritto “emergenziale” anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*, cit., pág. 21].

¹⁷² Em consequência, o art. 2932.º do Código Civil italiano só seria necessário para que a parte prejudicada dispusesse de um direito correspondente àquele de que já dispõe nos contratos unilaterais ou àquele de que a parte não prejudicada já dispõe nos contratos bilaterais sinalagmáticos – em lugar de um direito *estranho ao sistema*, estaria em causa somente uma extensão de direitos *conhecidos, próprios do sistema*. Estaria em causa somente “uma re-modulação extensiva de um meio já previsto” (Corte di Cassazione, *Relazione tematica n.º 56 – Novità normative sostanziali del diritto “emergenziale” anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*, cit., pág. 27).

¹⁷³ Corte di Cassazione, *Relazione tematica n.º 56 – Novità normative sostanziali del diritto “emergenziale” anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*, cit., pág. 27.

¹⁷⁴ Cf. § 313, n.º 3, do Código Civil alemão – na tradução de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da modernização do direito civil*, vol. I – *Aspectos gerais*, cit., pág. 109.

¹⁷⁵ Em termos em tudo semelhantes, *vide* o acórdão do Supremo Tribunal Federal alemão de 30 de Setembro de 2011 – cuja construção é desenvolvida, p. ex., no acórdão de 3 de Dezembro de 2012 – XII ZB 181/13.

¹⁷⁶ Em que o Governo apresenta uma proposta de alteração do regime jurídico dos contratos, no sentido de se atribuir às partes de contratos que se tornaram demasiado ou excessivamente onerosos

Independentemente de considerações mais profundas, relacionadas com os princípios e com os valores do regime geral dos contratos¹⁸⁰, a possibilidade de

por causas excepcionais e imprevisíveis o direito de exigir a sua renegociação segundo a boa fé e, desde que as partes não chegasse a um acordo para a sua modificação ou resolução, o direito de pedir a adaptação das condições contratuais de modo a que seja reconstituído o equilíbrio, ou ripristinada a proporção entre as prestações originariamente convencionada.

¹⁷⁷ Sobre a hipótese de reforma do Código Civil italiano, *vide* por todos PIETRO SIRENA, “L'impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell'epidemia di COVID-19”, in: [www: < https://www.academia.edu/43434376/Limpossibilita_ed_eccessiva_onerosita_della_prestazione_debitoria_a_causa_dellepidemia_di_COVID_19 >](http://www.academia.edu/43434376/Limpossibilita_ed_eccessiva_onerosita_della_prestazione_debitoria_a_causa_dellepidemia_di_COVID_19); PIETRO SIRENA, “Eccessiva onerosità sopravvenuta e rinegoziazione del contratto: verso una riforma del codice civile?”, in: *Jus. Rivista di scienze giuridiche*, n.º 1 – 2020 = in: [www: < https://jus.vitaepensiero.it >](http://www.vitaepensiero.it); FRANCESCO MACARIO, “Coesistenza e complementarità tra fattispecie tipizzata dal legislatore e uso giurisprudenziale delle clausole generali: l'esempio della proposta di riforma della disciplina in tema di sopravvenienze”, in: *Questione giustizia*, n.º 1 – 2020, págs. 87-94 = in: [www: < https://www.questionegiustizia.it/rivista/fascicolo-1-2020-21004 >](http://www.questionegiustizia.it/rivista/fascicolo-1-2020-21004); FRANCESCO GAMBINO, “Il rinegociare delle parti e i poteri del giudice”, *cit., passim*; MAURO GRONDONA, “Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica: l'eccessiva onerosità sopravvenuta tra buona fede e obbligo di rinegoziazione”, in: [www: < https://idibe.org/tribunale-emergenza-sanitaria-allemergenza-economica-leccessiva-onerosita-sopravvenuta-tra-buona-fede-obbligo-di-rinegoziazione/ >](https://idibe.org/tribunale-emergenza-sanitaria-allemergenza-economica-leccessiva-onerosita-sopravvenuta-tra-buona-fede-obbligo-di-rinegoziazione/); EMANUELE TUCCARI, “Sopravvenienze e rimedi al tempo del Covid-19”, in: *Jus civile*, n.º 2 – 2020, págs. 465-514; ou ERMANNO CALZOLAIO, “Il Covid-19 quale ‘sopravvenienza contrattuale’ nella prospettiva comparatistica”, in: ERMANNO CALZOLAIO / MASSIMO MECCARELLI / STEFANO POLLASTRELLI (coord.), *Il diritto nella pandemia. Temi, problemi, domande*, Cum. Edizioni Università di Macerata, 2020, págs. 121-135; CARLO PILIA, “Le tutele dei diritti durante la pandemia Covid-19: Soluzioni emergenziali o riforme strutturali?”, in: *Persona e mercato*, n.º 2 – 2020, págs. 77-95.

¹⁷⁸ Em que se determina que o Governo apresente “uma análise e um estudo sobre as opções legais, incluindo as opções disponíveis no direito comparado”, de alteração do regime jurídico dos contratos no sentido de incorporar a regra *rebus sic stantibus*.

¹⁷⁹ Sobre a hipótese de reforma do Código Civil espanhol, *vide* por todos ANTONIO MANUEL MORALES MORENO, “El efecto de la pandemia en los contratos: ¿es el derecho ordinario de contratos la solución?”, in: *Anuario de derecho civil*, ano 73.º (2020), págs. 447-454; CARLOS GÓMEZ LIGÜERRE, “Fuerza mayor”, in: *InDret*, n.º 1–2021, págs. i-xi; ou FERNANDO GÓMEZ POMAR / JUAN ALTI SÁNCHEZ AGUILERA, “Cláusula *rebus sic stantibus*: viabilidad y oportunidad de su codificación en el derecho civil español”, in: *InDret*, n.º 1–2021, págs. 502-577.

¹⁸⁰ Como, p. ex., as considerações de ANTONIO MANUEL MORALES MORENO, “El efecto de la pandemia en los contratos: ¿es el derecho ordinario de contratos la solución?”, *cit., passim* – com a concordância, p. ex., de MARIA PAZ GARCÍA RUBIO, “Medidas regladas en materia de contratos con motivo del Covid-19 en España”, in: *Revista de derecho civil*, ano 7.º (2020), págs. 15-46; ou BEATRIZ GREGORACI, “El impacto del Covid-19 en el Derecho de contratos español”, in: *Anuario de derecho civil*, ano 73.º (2020), págs. 455-489 (463-470): Entre os princípios subjacentes ao regime geral dos contratos e os princípios subjacentes ao(s) regime(s) especial (especiais), adequado(s) à resolução dos problemas causados pela crise económica e social relacionada com a Covid-19 haveria uma contradição – os princípios subjacentes ao regime geral resultam de uma certa concepção da *justiça*

resolução da crise através do regime da alteração das circunstâncias deverá encarar-se com alguma *prudência* e, porventura, com alguma *reserva*: ainda que não haja contradição de princípios, o regime geral da alteração das circunstâncias exigirá sempre algum tempo para que as partes apresentem propostas e contra-propostas, no quadro de uma *renegociação*, ou para que os tribunais decidam a modificação ou a resolução do contrato; ainda que não exigisse tempo para que as partes apresentassem propostas e contra-propostas, ou para que os tribunais decidissem, sempre o resultado do regime geral seria um resultado *incerto*, mais ou menos imprevisível¹⁸¹:

“Em definitivo”, como concluem Juan José Ganuza e Fernando Gómez Pomar, “a cláusula *rebus sic stantibus* não é praticável, nem adequada ou conveniente para tratar de acontecimentos sistémicos ou de choques macro-económicos, que atingem de forma súbita uma economia – e é-o ainda menos para tratar dos fenómenos que atingem muitos (na realidade, quase todos os contratos), não de uma forma simétrica, uniforme e facilmente quantificável, e sim através de um impacto a médio prazo enormemente incerto”¹⁸².

comutativa e os princípios subjacentes ao(s) regime(s) especial (especiais), resultariam (deveriam resultar) de uma certa concepção da *justiça distributiva*.

¹⁸¹ Cf. designadamente JUAN JOSÉ GANUZA / FERNANDO GÓMEZ POMAR, “Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19: guía de uso”, in: *InDret*, n.º 2–2020, págs. 558-584; ou FERNANDO GÓMEZ POMAR / JUAN ALTI SÁNCHEZ AGUILERA, “Cláusula *rebus sic stantibus*: viabilidad y oportunidad de su codificación en el derecho civil español”, in: *InDret*, n.º 1–2021, págs. 502-577.

¹⁸² JUAN JOSÉ GANUZA / FERNANDO GÓMEZ POMAR, “Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19: guía de uso”, cit., pág. 561.