



WENG IAN WONG

Confronto entre a alteração superveniente das circunstâncias e o regime da impossibilidade: o tratamento da impossibilidade prática e da impossibilidade moral no direito civil português

Confrontation between the change of circumstances and the regime of impossibility: the treatment of practical impossibility and moral impossibility in Portuguese civil law

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas/Menção em Direito Civil

Sob orientação da

Doutora Professora Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda Barbosa

Coimbra, 2016

Agradecimentos

Aos meus pais, por estarem sempre ao meu lado e me darem o carinho que não se pode desejar por mais.

Ao meu irmão, por ser sempre o meu primeiro socorro a resolver todos os problemas diários por mim.

Aos meus amigos, por todas as palavras de apoio e encorajamento e por sempre terem confiança em mim.

Àqueles que me apoiaram desde o início e nunca me deixaram perder fé nem desistiram de mim.

À Sra. Dra. Susana Chou e à Associação Beneficência de Tong Chai de Macau, por me possibilitarem estudar em Portugal e realizar o mestrado de direito na Universidade de Coimbra.

À Doutora Professora Mafalda Miranda Barbosa, orientadora da minha dissertação, por todos os ensinamentos e incentivos e toda a disponibilidade ao longo da elaboração do trabalho.

Resumo

Confrontados com a sociedade em constante mudança, é cada vez mais difícil para os contraentes preverem os riscos que possam incidir sobre eles após a constituição do negócio. Por vezes, certas ocorrências inesperáveis são capazes de perturbar a base do negócio ou até conduzir uma parte à ruína com a vinculação contratual rígida. O regime da alteração superveniente das circunstâncias foi, assim, desenvolvido no sentido de atenuar o princípio *pacta sunt servanda*. Por outro lado, a fronteira entre a impossibilidade absoluta e a impossibilidade relativa tem-se esbatido devido aos avanços científicos e tecnológicos, registou-se, portanto, uma tentativa de alargar o conceito de impossibilidade por forma a acolher os casos em que a prestação é teoricamente ainda realizável, mas a sua exigência não deve ser esperada à luz da consciência jurídica. Este estudo pretende abordar a tendência jurídica moderna respeitante a possibilitar a modificação ou a resolução do contrato em virtude da alteração do ambiente circunstancial e viabilizar a exoneração do cumprimento pelo alargamento da impossibilidade, através da análise das respetivas revisões legislativas, sobretudo, no direito civil alemão, visando versar a eventual introdução da impossibilidade prática e da impossibilidade moral no ordenamento jurídico português e a relação entre elas com a alteração superveniente das circunstâncias, ousando encontrar uma via de solução adequada.

Palavras-chave: alteração superveniente das circunstâncias, impossibilidade prática, impossibilidade moral, boa-fé, inexigibilidade

Abstract

Confronted with the ever-changing society, it is each time more difficult for the contracting parties to preview the risks that can happen to them after the establishment of the transaction. Frequently, certain unexpected occurrences are able to disturb the foundation of the contract or even drive a party to a ruinous situation with the rigid contractual bond. The regime of the change of circumstances has been consequently developed to mitigate the principle *pacta sunt servanda*. On the other hand, the border between the absolute impossibility and the relative impossibility has dimmed due to the scientific and technological advances, therefore there has been attempt to extend the concept of impossibility in order to accommodate the cases where the performance is still theoretically achievable, but whose requirement should not be expected according to the legal consciousness. This study aims to discuss the modern legal trends in allowing the modification or termination of the contract due to the change of circumstances and enabling the exoneration of performance with the enlargement of the impossibility, by analyzing the respective legislative revisions, mainly in German civil law, with the objective to explore the possible introduction of the practical impossibility and moral impossibility in the Portuguese legal system and the relationship between them and the change of circumstances, attempting to find an adequate solution for the problem.

Keywords: change of circumstances, practical impossibility, moral impossibility, good faith, unenforceability

Siglas e Abreviaturas

- Ac. – acórdão
- art. – Artigo
- auml. – auflage
- BFD – Boletim da Faculdade de Direito
- BGB – Bürgerliches Gesetzbuch
- BGHZ – Bundesgerichtshof
- BMJ – Boletim do Ministério da Justiça
- BT-Drs. – Bundestagsdrucksache
- cap. – capítulo
- CC – Código Civil
- cfr. – confrontar
- CJ – Coletânea de Jurisprudência
- CP – Código Penal
- CRP – Constituição da República Portuguesa
- DL – Decreto-lei
- ed. – edição
- EJCL – Electronic Journal of Comparative Law
- etc. – et cetera
- FDUC – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
- FDUL – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
- GG – Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
- JURA – Juristische Ausbildung
- JZ – Juristenzeitung
- liv. – livro
- n.º – número
- ob. cit. – obra citada
- p. – página
- p. ex. – por exemplo
- reimp. – reimpressão
- RLJ – Revista de Legislação e de Jurisprudência

ROA – Revista da Ordem dos Advogados

ss. – seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

UC – Universidade de Coimbra

vol. – volume

Índice

Introdução	7
Capítulo I – Um esboço histórico sintético da evolução do instituto de alteração superveniente das circunstâncias e as doutrinas principais	10
1.1. Direito Romano.....	10
1.2. O surgimento da cláusula <i>rebus sic stantibus</i> no século XII.....	10
1.3. Teoria da pressuposição (<i>Voraussetzung</i>), de WINDSCHEID.....	13
1.4. Teoria da vontade marginal, de OSTI.....	15
1.5. Teoria da base do negócio (<i>geschäftsgrundlage</i>), de OERTMANN.....	16
1.6. Teoria da reserva virtual (<i>der virtueller Vorbehalt</i>), de KRÜCKMANN.....	18
1.7. Teoria do fim negocial (<i>Geschäftszweck</i>), de LOCHER.....	19
1.8. Teoria da base do negócio em duplo sentido: subjetiva e objetiva, de LARENZ.....	21
1.9. Teoria de LEHMANN.....	22
Capítulo II – A alteração superveniente das circunstâncias e a sua evolução em ordenamentos jurídicos estrangeiros	24
2.1. Direito francês.....	24
2.2. Direito italiano.....	26
2.3. Direito alemão.....	28
2.4. Direito inglês.....	28
Capítulo III – A alteração superveniente das circunstâncias no direito português	30
3.1. Abordagem histórica da figura.....	30
3.2. O regime da alteração superveniente das circunstâncias nos arts. 437.º a 439.º.....	32
3.2.1. Requisitos positivos e negativos.....	33
3.2.2. Meios de reação.....	36
3.2.3. Âmbito de aplicação.....	37
3.2.3.1. Contratos de execução continuada ou diferida.....	37
3.2.3.2. Contratos aleatórios.....	38
3.2.3.3. Contratos unilaterais e gratuitos.....	39
3.3. Alteração superveniente das circunstâncias e algumas figuras afins (a redução dogmática do instituto).....	40
3.3.1. Erro sobre a base do negócio.....	41
3.3.2. Risco.....	42
3.3.3. Enriquecimento sem causa.....	44
3.3.4. Impossibilidade absoluta.....	44

Capítulo IV – O regime da impossibilidade no direito português	46
4.1. As modalidades de impossibilidade no CC português	46
4.1.1. Impossibilidade originária e impossibilidade superveniente; impossibilidade objetiva e impossibilidade subjetiva	46
4.1.2. Impossibilidade total e impossibilidade parcial; impossibilidade definitiva e impossibilidade temporária	48
4.1.3. Impossibilidade absoluta e impossibilidade relativa	49
Capítulo V – A reforma de 2001/2002 do BGB acerca da impossibilidade relativa	53
5.1. A discussão e o tratamento da impossibilidade relativa antes da reforma do BGB	53
5.2. O § 275 do BGB vigente	56
5.2.1. O novo regime da impossibilidade	57
5.2.2. Impossibilidade prática ou física	60
5.2.3. Impossibilidade moral ou pessoal	64
5.3. Perturbação da base do negócio do BGB vigente	67
5.4. A relação entre a impossibilidade relativa do § 275 e a perturbação da base do negócio do § 313 no BGB	71
5.4.1. A construção bipolar da atenuação à força obrigatória dos contratos	71
5.4.2. A relação entre os §§ 275 II e 313	72
5.4.3. A relação entre os §§ 275 III e 313	76
Capítulo VI – Impossibilidade prática e impossibilidade moral no direito civil português e a sua relação com a alteração superveniente das circunstâncias	78
6.1. Impossibilidade prática e impossibilidade moral no direito civil português	78
6.2. O possível e adequado tratamento dos casos de impossibilidade relativa no ordenamento jurídico português	82
6.2.1. A atenuação ao conceito rigoroso de impossibilidade	83
6.2.2. As vias de solução possíveis	85
6.2.2.1. Alteração superveniente das circunstâncias	85
6.2.2.2. Alargamento do alcance da impossibilidade absoluta prevista no art. 790.º ou a adição de um art. 790.º-A	89
6.2.2.3. Abuso do direito e colisão de deveres	96
6.2.2.4. Princípio da boa-fé	112
Conclusão	118
Bibliografia	123
Jurisprudência	131

Introdução

A obrigação nasce para ser cumprida. À luz do princípio do *pacta sunt servanda*, o devedor, ao celebrar o negócio jurídico, vincula-se à realização da prestação pela força obrigatória dos contratos. Os impedimentos supervenientes que tornam mais onerosa a prestação não servem, por via de regra, de justificação no sentido de exonerar o devedor, pois o contrato é utilizado pelas partes como instrumento de repartição de riscos e a celebração de um contrato equivale, respetivamente, à assunção de um ganho ou uma perda do ponto de vista subjetivista, a qual não interessa a outrem. Contudo, o absolutismo do princípio *pacta sunt servanda* pode conduzir a consequências injustas ou até poder levar o devedor a grandes sacrifícios. Exigem-se, portanto, algumas atenuações à força vinculativa dos contratos quando a prestação do devedor é considerada inexigível em certas circunstâncias. O presente trabalho tem como objetivo estudar esses casos: por um lado, a alteração superveniente das circunstâncias, um mecanismo já consagrado no CC português desde 1966, que autoriza a modificação ou a resolução do contrato caso a base do negócio em que as partes alicerçaram a decisão de contratar tenha sofrido de uma alteração anormal e o cumprimento rigoroso do contrato seja incompatível com o sentido inicial, afetando gravemente os ditames de boa-fé; por outro lado, a impossibilidade prática e a impossibilidade moral, duas figuras que configuram um alargamento do alcance da impossibilidade, não se encontrando consagradas no direito positivo português, mas tendo sido consagradas expressamente no BGB pela reforma de 2001/2002.

A alteração superveniente das circunstâncias tem sido uma *vexata quaestio* de relevância jurídica bastante discutida desde há muito tempo. No seu estudo envolvem-se vários valores jurídicos fundamentais, tais como o princípio da autonomia privada e o princípio da estabilidade contratual. A complexidade do instituto e a sua importância prática para o ordenamento jurídico originaram a formação de inúmeras doutrinas acompanhadas de soluções e fundamentações divergentes. Em palavras simples, a alteração superveniente das circunstâncias é uma questão de conciliação entre duas posições antagónicas, o princípio da segurança jurídica e o princípio da justiça comutativa. A intangibilidade contratual afasta qualquer modificação aos termos do contrato sem o consentimento das partes durante a constância do mesmo. A tutela das expectativas e a proteção da confiança exigem que se assegure o cumprimento das estipulações acordadas e esse cumprimento implica não apenas

uma perspectiva utilitarista, mas reporta-se igualmente à manifestação da assunção de um risco correspondente à sua autonomia privada, isto é, cada indivíduo é auto-responsável pela sua decisão e pela sua própria vida. Todavia, no caso de o equilíbrio estabelecido no começo vir a ser quebrado em virtude das mudanças extraordinárias às circunstâncias em que os contraentes fundaram a decisão de contratar, o que pode resultar no locupletamento injusto de uma parte, em detrimento da outra, a boa-fé insta ao restabelecimento do equilíbrio contratual. Assim sendo, os dois princípios basilares no pensamento jurídico entram em conflito e exigem-se fundamentos e soluções de forma a resolvê-lo, e é esta realidade em que se concebeu a noção embrionária da alteração superveniente das circunstâncias, conhecida também pela “teoria da imprevisão” no ordenamento jurídico português¹².

No ordenamento jurídico português, além do instituto de alteração superveniente das circunstâncias que concede um escape ao princípio da força obrigatória dos contratos, ainda foi discutido, já durante a elaboração do CC vigente, se se deve conferir efeito liberatório aos casos de impossibilidade relativa. A impossibilidade relativa traduz-se numa inexigibilidade da obrigação, ou melhor, numa mera *difficultas praestandi* para o devedor, na sequência de um acontecimento superveniente e anormal. Não sendo a prestação realmente impossível, entende-se tradicionalmente na doutrina e na jurisprudência portuguesas que ela não acarreta a extinção da obrigação, tendo em conta o perigo que poderia causar na segurança jurídica. Contudo, no CC alemão vigente e nos princípios europeus e internacionais, tais como os PECL e os PICC, a par da consagração da alteração superveniente das circunstâncias que amacia o cumprimento rigoroso das obrigações, apresentam-se ainda duas modalidades de impossibilidade, nomeadamente, impossibilidade prática e impossibilidade moral, que facultam ao devedor recusar a prestação, embora o cumprimento do devedor ainda se encontre realizável.

É esta tendência moderna do alargamento do alcance de impossibilidade que chamou a nossa atenção e despertou o nosso interesse de investigação, sobretudo, a sua ligação à alteração superveniente das circunstâncias. Assim sendo, o presente trabalho começará, desde logo, pela abordagem histórica da alteração superveniente das circunstâncias,

¹ A diversidade linguística que domina o tema contribui igualmente para a complexidade do problema. A alteração das circunstâncias, a pressuposição, as bases do negócio, entre outras etiquetas, têm como objetivo igual o tratamento da mesma realidade com a partida do conteúdo da cláusula *rebus sic stantibus*, MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé no direito civil*, Coimbra, Almedina, 2015, p. 968.

² A teoria da imprevisão é também a designação usada para denominar uma das doutrinas relacionadas com a alteração superveniente das circunstâncias, *infra* 2.1.

sintetizando o desenvolvimento desta figura ao longo do tempo e algumas das teorias principais. Na segunda parte, analisaremos a posição respeitante à alteração superveniente das circunstâncias no direito civil estrangeiro e os respetivos tratamentos, designadamente no direito francês, direito italiano, direito alemão e direito inglês. Concentrar-nos-emos, na terceira parte, no desenvolvimento da alteração superveniente das circunstâncias na ordem jurídica portuguesa, na apresentação do instituto previsto no CC português vigente assim como na redução dogmática perante as figuras afins. Entre essas figuras, a impossibilidade absoluta distingue-se, sem muitas dificuldades, da alteração superveniente das circunstâncias; a impossibilidade relativa, todavia, é suscetível de gerar algumas confusões em virtude das proximidades entre elas. Deste modo, proceder-nos-emos, na quarta parte, ao estudo do regime da impossibilidade do direito civil português, expondo as várias modalidades de impossibilidade e o seu tratamento fragmentário com consequências divergentes, o qual se assemelha ao regime da impossibilidade do BGB antigo. Em seguida, debruçar-nos-emos sobre a reforma de 2001/2002 no direito civil alemão, prestando a nossa atenção particularmente às alterações introduzidas ao regime de impossibilidade e à consagração da perturbação da base do negócio, analisando as disputas oriundas da autonomização da impossibilidade prática e da impossibilidade moral nos § 275 II e III, sobretudo aquelas que dizem respeito à sua relação com a perturbação da base do negócio do § 313 e ao problema da concorrência na aplicação. Assim sendo, ocupar-nos-emos, na última parte, de estudar a possibilidade de admitir o alargamento do alcance da impossibilidade no direito civil português; isto é, perante os termos absolutos da impossibilidade, discutir-se-á se deve dar uma saída para os casos de impossibilidade prática e impossibilidade moral, para além dos casos de alteração superveniente das circunstâncias. Caso a resposta seja afirmativa, encontrar-se-á uma melhor via de solução para chegar a esta saída, analisando as possíveis propostas: a alteração superveniente das circunstâncias, o alargamento da impossibilidade do art. 790.º do Código Civil, o abuso do direito e a colisão de deveres bem como o princípio da boa-fé no cumprimento das obrigações e concluindo com a nossa posição.

Capítulo I – Um esboço histórico sintético da evolução do instituto de alteração superveniente das circunstâncias e as doutrinas principais

1.1. Direito Romano

O direito romano era formalista, individualista e absoluta. Celebrado o contrato, as partes encontram-se vinculadas ao cumprimento integral e pontual das obrigações, o que se traduz no princípio *pacta sunt servanda* (literalmente significa que “os pactos devem ser cumpridos” ou “as partes devem ser submetida rigorosamente às cláusulas do contrato” ou “o contrato faz lei entre as partes”), e a estabilidade do contrato era sempre a regra reinante na época³. Todavia, se o condicionalismo em que as partes basearam a decisão de contratar se alterar de forma grave e profunda, a vinculação ao cumprimento afigura-se, deste modo, injusta à parte afetada pela alteração. No direito romano, esta problemática não se desconhecia completamente; no entanto, os juristas, mesmo tendo consciência da imprevisão que podia arruinar a economia contratual na constância do contrato, não formulavam uma ideia clara, sistemática e geral no que diz respeito à eficácia jurídica da alteração superveniente das circunstâncias. Os moralistas e filósofos, tais como CÍCERO⁴ e SÉNECA⁵, por sua vez, apresentaram a “necessidade de manutenção do estado de facto como condição de subsistência dos vínculos jurídicos” e delinearam a ideia preliminar de *rebus sic stantibus*⁶.

1.2. O surgimento da cláusula *rebus sic stantibus* no século XII

Posteriormente, foram os canonistas que receberam, e mais tarde, os pós-glosadores que consolidaram as ideias da permanência do estado de coisas presente no momento do acordo

³ NELSON BORGE, *Da cláusula “rebus sic stantibus” à teoria da imprevisão: um estudo de direito comparado*, Coimbra, Livraria Minerva, 1988, p. 88.

⁴ CÍCERO entendia que o dever podia modificar-se com o decorrer do tempo: as promessas que se tornem inúteis para o que delas beneficiar, bem como as que mais prejudiquem o promitente do que representem de benefício para aquele, não devem ser respeitadas, in *De Officiis*, Liv. I, cap. 1º, e Liv. III, cap. 25, *apud* CARVALHO FERNANDES, *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil Português*, reimp. com nota de atualização, Lisboa, Quid Juris?, 2001, p. 18; NELSON BORGE, *ob. cit.*, p. 11.

⁵ SÉNECA entendia que a parte podia exonerar-se da promessa, mudando as coisas no estado do momento da promessa: *omnia esse debent eadem quae fuerunt cum promitterem ut promittentis fidem teneas*, in *De Beneficiis*, Liv. IV, cap. 25, *apud* CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, p. 18; NELSON BORGE, *ob. cit.*, p. 11.

⁶ CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, p. 18-19.

formuladas pelos moralistas e filósofos no direito romano⁷. Esta doutrina entende que é inserida necessariamente de forma tácita em todos os contratos de execução periódica ou diferida uma cláusula que se designa por cláusula *rebus sic stantibus*, conforme a qual os outorgantes apenas se vinculam ao contrato enquanto as condições verificadas no momento da celebração do contrato por virtude das quais se edificou a vontade das partes se mantêm⁸. Essa orientação resulta da exigência de prossecução da justiça, que veio a ser prejudicada devido ao desequilíbrio contratual acentuado resultante das modificações das condições contratuais iniciais⁹. Até ao século XVI, a cláusula *rebus sic stantibus* foi defendida e utilizada geralmente pelos juristas. Todavia, a falta de mais outros requisitos rigorosos ou de uma estrutura jurídica conduziram necessariamente os juristas ao seu profundo estudo. Nos séculos XVII e XVIII, muitos juristas, principalmente alemães e italianos, vieram a colocar algumas restrições tanto aos requisitos e efeitos, como ao seu campo de aplicação de forma a restringir a sua operação, evitando a estabilidade dos contratos e a segurança jurídica de serem postas em causa facilmente. Em termos de requisitos, vários autores introduziram certos elementos para a cláusula poder desencadear o seu efeito, nomeadamente a imprevisibilidade, a essencialidade, a onerosidade excessiva e a inimputabilidade¹⁰. Quanto aos efeitos da cláusula, o direito de rescisão só podia ocorrer se as partes não pudessem resolver o problema suscitado pela modificação das circunstâncias através da redutibilidade da prestação que se tornara excessivamente onerosa¹¹. No que respeita ao âmbito de

⁷ Entre os canonistas, S. TOMÁS, na *Summa Theológica*, tratou o problema em confronto com a mentira: alguém fez uma promessa e não chegou a cumpri-la posteriormente podia não ser culpado, tal como nos casos em que a promessa era ilícita ou as condições da promessa sofreriam mudanças após a assunção do promitente. No século XIII, BARTOLO e os seus seguidores, conhecidos por pós-glosadores, elaboraram a essência da cláusula *rebus sic stantibus* e entendiam que a concordância das partes se limitava à subsistência das circunstâncias presentes no nascimento do acordo. A cláusula *rebus sic stantibus* foi divulgada genericamente e muitos juristas vieram a defender a sua aplicação sem preocuparem com o seu perfil jurídico, *ibid.*, p. 20-21

⁸ ANTUNES VARELA, *Ineficácia do testamento e vontade conjetural do testador*, Coimbra, Coimbra editora, 1950, p. 264-265.

⁹ *Rebus sic stantibus* provém da fórmula latina “*Contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur*”. A sua origem é discutida, mas pode remontar a fragmentos do Digesto, a maioria dos autores, contudo, entende que a sua formulação se deve ao contributo dos canonistas e bartolistas da Idade Média, RODRIGUES JÚNIOR, *Revisão judicial dos contratos: Autonomia da vontade e teoria da imprevisão*, 2.^a ed, São Paulo, Atlas, 2006, p.35-37.

¹⁰ ALCIATUS restringe a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* aos casos em que as partes não poderiam ter previsto as mudanças às circunstâncias; KOPP acrescenta o elemento de essencialidade da alteração, afirmando que a cláusula só se aplica aos casos em que o contraente não teria celebrado o contrato se tivesse conhecimento da alteração; MANTICA, por seu turno, defende que a aplicação da cláusula pressupõe uma injustiça na exigência da execução do contrato por causar um prejuízo excessivo a uma das partes e LAYSER, por sua vez, destaca que a parte que pretende prevalecer-se da cláusula não podia ter culpa na verificação da alteração das circunstâncias, CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, p. 22-23.

¹¹ LAYSER e MANTICA partilhavam a mesma opinião, *ibid.*, p. 24.

aplicação, excluem-se os contratos que sejam de execução imediata e os contratos aleatórios¹². De facto, a cláusula *rebus sic stantibus* conquistou ainda a sua consagração no direito constituído. O seu alcance encontra-se no Código Bavárico de Maximiliano de 1736, na sua parte IV, cap. 15, que admitia a cláusula inserida em todas as obrigações com os requisitos de imprevisibilidade e essencialidade e inimputabilidade; no *Landrecht* prussiano de 1794 e, de um modo limitado e também no Código austríaco de 1812¹³.

A partir do fim do século XVIII e do início do século XIX, a cláusula *rebus sic stantibus* entrou em decadência na sequência do surgimento do liberalismo. A regra *pacta sunt servanda* revitalizou-se e voltou a dominar em sede do Direito das Obrigações, principalmente sob a influência do artigo 1134.º do Código Napoleónico de 1804 onde passou a ser clara a ideia de que o contrato constitui lei entre as partes (*lex privata*)¹⁴. Daí esta cláusula cair no esquecimento e apenas no princípio do século XX, altura em que se enfrentaram muitas consequências injustas que adviriam na sequência das perturbações económicas e financeiras imprevisas devido à ocorrência da Primeira Guerra Mundial, se ter assistido ao seu renascimento, com a formação de uma corrente de opinião no sentido de consagrá-la no direito positivo moderno.

Entre todas as dificuldades surgidas no caminho de enraizamento da alteração superveniente das circunstâncias no direito positivo, a mais complicada prende-se, indubitavelmente, com a sua fundamentação. Ao longo da história, os doutrinadores tentaram procurar fundamentos, quer com orientação subjetivista, quer com orientação objetivista, respeitantes ao ajustamento do contrato às condições diferentes daquelas que envolveram o seu nascimento. A complexidade do problema levou à formação de numerosas teorias visando prestar justificação à modificação do contrato com base na imprevisão. Apresentam-se a seguir as principais orientações, designadamente as teorias alemãs e italianas, onde a cláusula *rebus sic stantibus* tem sido foco de estudos pormenorizados e se recebeu o instituto com mais permissão, e as quais procuram fundamentar a teoria na vontade

¹² MANTICA entendia que a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* devia ser limitada aos contratos de trato sucessivo, enquanto KOPP defendia a exclusão dos contratos aleatórios da aplicação da mesma, uma vez que a onerosidade superveniente em tais contratos é vista como um resultado ordinário do seu risco inerente, *ibid.*, p. 21-22.

¹³ *Ibid.*, p. 27; PAIVA BRANDÃO, “Considerações sobre o problema da imprevisão”, in *BFD da UC*, suplemento ao vol. 17, 1944, p. 191.

¹⁴ Em relação à atitude do ordenamento francês sobre o instituto de alteração superveniente das circunstâncias, *infra* 2.1.

dos contraentes e que têm obtido maior difusão, com a demonstração de um caso clássico da doutrina.

1.3. Teoria da pressuposição (*Voraussetzung*), de WINDSCHEID

À luz do entendimento windscheidiano, o contrato encontrar-se-ia sujeito à pressuposição de um determinado estado de coisas presente na declaração de vontade das partes, desde que a pressuposição fosse reconhecível pela contraparte à data do negócio. A pressuposição é uma condição não desenvolvida (*ein unentwickelte Bedingung*) no contrato, devendo colocar-se a par da condição, do termo e do modo. A pressuposição reporta-se apenas a uma condição não desenvolvida, pois uma verdadeira condição refere-se a um acontecimento não só futuro, como também incerto. Ela difere da condição, uma vez que o pressuponente tem a convicção da verificação das circunstâncias de tal maneira que não as eleva a uma condição de subsistência do efeito do contrato ou até nem as declara expressamente, mas se ele tivesse previsto ou pudesse ter previsto a possibilidade de falharem as circunstâncias pressupostas, teria condicionado a produção do efeito da declaração por considerar ser este estado de coisas essencial na sua declaração negocial¹⁵. Como interpretada pelas palavras de ANTUNES VARELA, a pressuposição da teoria de WINDSCHEID consiste numa “conexão psicológica existente entre a declaração emitida e as circunstâncias tidas como certas pelo declarante, e sem as quais a sua vontade negocial não se teria formado”¹⁶. Aliás, a eficácia do negócio jurídico restringe-se à verificação das circunstâncias pressupostas, já que se o estado de coisas não se verificar, a produção do efeito da declaração não corresponderá à vontade efetiva da parte.

Por outro lado, de acordo com esta teoria, a pressuposição trata-se de uma auto-limitação (*Selbstbeschränkungen*) à vontade do declarante respeitante a circunstâncias que se verificam no passado, no presente ou no futuro (no presente estudo é apenas a pressuposição dos factos futuros que nos interessa, os outros pertencem à relevância do erro-vício da vontade¹⁷), referindo-se às realidades quer positivas quer negativas, ao acontecimento momentâneo ou à relação duradoura. A pressuposição não é somente um motivo do declarante, mas ao invés uma causa que determina a realização do ato. Ademais,

¹⁵ CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, p. 60.

¹⁶ ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p. 273-274.

¹⁷ Quanto à distinção entre a alteração superveniente das circunstâncias e o erro-vício, *infra* 3.3.1.

WINDSCHEID entende que existem sempre certos fins que são essenciais em cada tipo de contratos a que a vontade das partes se dirige diretamente. Estes primeiros intentos são, assim, implicitamente pressupostos na declaração da vontade do declarante e constituem igualmente uma pressuposição¹⁸.

Sendo mais nítido, ilustra-se o problema com o caso de escola, que é o caso da coroação: algumas pessoas tinham arrendado algumas janelas com o objetivo de assistir a um cortejo da coroação. Porém, o cortejo acabou por não se realizar por súbita doença do rei ou a rota do cortejo acabou por ter sido alterada para outra rua¹⁹. Neste caso, segundo a teoria da pressuposição de WINDSCHEID, os locatários das janelas tinham a convicção da realização do cortejo no referido dia e essa representação devia ser conhecida pela contraparte por causa do evento especial, já que, se eles tivessem previsto o cancelamento do cortejo ou a alteração da rota, não teriam cedido as janelas em causa. As circunstâncias pressupostas, todavia, acabaram por não se verificar e, portanto, eles podem ser exonerados do cumprimento.

Embora houvesse discrepância quanto à sua aceitação na doutrina e na jurisprudência, a teoria de WINDSCHEID encontrava-se no primeiro projeto do BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*), no § 742. “Aquele que realizar uma prestação sob a pressuposição, expressa ou tacitamente declarada, da verificação ou não verificação de um acontecimento futuro ou de um efeito de direito, pode exigir a restituição ao destinatário, caso a pressuposição não se realize”²⁰.

Contudo, a sua consagração foi suprimida ulteriormente em virtude da grande ameaça à estabilidade dos negócios jurídicos que implicava. As principais críticas de LENEL dirigidas a esta teoria são decisivas. À partida, o conceito da pressuposição de WINDSCHEID abrange

¹⁸ CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, p. 60-61; MENEZES CORDEIRO, *ob. cit.*, p. 970.

¹⁹ O caso real que provocou uma grande discussão teve lugar em Inglaterra em 1902, os locatários realizaram os arrendamentos para assistir ao cortejo real da coroação de Eduardo VII e o tribunal decidiu que eles ficaram dispensados do pagamento por causa do cancelamento do evento (*Krell v. Henry* 1903). Curiosamente, noutro caso, uma pessoa alugou uma embarcação com o objetivo de assistir à frota da Marinha Real, que também fazia parte das atividades da comemoração do novo rei, e realizar uma excursão pela baía. Com a suspensão das atividades, a companhia proprietária da embarcação reclamou o pagamento da renda restante, o tribunal entendeu que este caso era diverso daquele de locações dos apartamentos próximos ao cortejo, já que neste arrendamento a finalidade prática específica era assistir ao cortejo, a qual era entendida e reconhecida por ambas as partes. Todavia, no caso da embarcação, alugar um barco para se realizar um passeio ou um cruzeiro era a finalidade normal de um contrato de locação dessa natureza, pouco importando o fim específico e determinado do locatário, pelo que a suspensão das atividades não era relevante para os fins do contrato e, por isso, o locatário teve de pagar a renda restante (*Herne Bay Steamboat Company v. Hutton* 1903), FELIPE ROCHA DEIAB, “O alargamento do conceito de impossibilidade no direito das obrigações: a inexigibilidade e a frustração do fim do contrato”, in *Revista Quaestio Iuris*, vol. 5, n.º 1 (2012), p. 159-161.

²⁰ MENEZES CORDEIRO, *ob. cit.*, p. 971.

o instituto de erro, o qual trata inclusivamente as circunstâncias que se ligam aos factos passados ou presentes; por outro lado, a pressuposição pode causar confusão com os motivos meramente subjetivos dos sujeitos e aos quais não se deve conferir importância excessiva. Considera-se ainda que, para quem queira garantir a subsistência do contrato com a verificação das bases em que assente o negócio que outorgue, basta inserir uma condição no contrato. A aceitação da contraparte constitui um pressuposto da validade da condição e nunca se deve sujeitar a eficácia de um contrato a uma condição não expressamente declarada pelo declarante nem aceite pelo destinatário. Todavia, a pressuposição de WINDSCHEID implicaria submeter a contraparte a uma condição que ela não aceitara; ou a mesma até não tomou conhecimento da pressuposição do declarante, pois a teoria de WINDSCHEID não exige, para a eficácia da pressuposição, o acordo entre as partes, mas antes a mera cognoscibilidade da contraparte. Ademais, mesmo com conhecimento da pressuposição, a contraparte poderia não ter reagido por tomá-la como um mero assunto particular da outra parte²¹. O ilustre autor afirma que não existe meio-termo entre os motivos e a condição: a pressuposição atribuiria relevância demasiada aos motivos em detrimento das justas expectativas do declaratório e segurança no Direito²².

1.4. Teoria da vontade marginal, de OSTI

OSTI dividiu a vontade contratual em ato de vontade e determinação de vontade. Nos contratos de execução diferida que dependem do futuro, as partes representam tanto os efeitos atuais como os efeitos futuros, os quais também são pretendidos no momento atual. Porém, em relação aos efeitos futuros, não existe um ato de vontade da parte, que é uma vontade efetiva e perfeita, mas antes apenas uma determinação de vontade, que ainda não se concretizou para o ato de vontade. A determinação de vontade é uma vontade marginal, consistindo no conteúdo da vontade que não é imediatamente atuado no momento de constituição do negócio. De modo mais elucidativo, “no conteúdo voluntário de uma promessa, temos, por um lado, ato de vontade, perfeito e que consiste na declaração de que

²¹ O autor ilustra o argumento com um exemplo: uma pessoa comprou um enxoval por a filha ir se casar e o vendedor sabia bem o objetivo do comprador, mas isso não implica que a eficácia do negócio se sujeite à celebração do matrimónio se o comprador não tiver elevado este casamento a uma condição do contrato de compra e venda, cfr. *ibid.*, p. 974, nota 271.

²² *Ibid.*, p. 973-974.

a vontade consta, de ficar vinculado à promessa feita; determinação de vontade, que tem como substrato psicológico a representação dos efeitos futuros que se traduzem no ato concreto da prestação”²³. A vontade marginal, segundo OSTI, deve manter-se intacto até ao momento de cumprimento e deve ser considerada parte integrante do acordo contratual somente quando tenha como fundamento a representação de um efeito concreto, estreitamente ligado ao aspeto objetivo da prestação, devidamente percebido pela contraparte²⁴.

No caso da coroação, a determinação da vontade, ou seja, a vontade marginal refere-se à representação da realização do cortejo dos locatários que se traduz no ato de contratação e prestação e que é conhecido pelos locadores. Porém, esta vontade marginal não se mantém até ao cumprimento do contrato por não poder assistir ao cortejo, pelo que o contrato pode ser resolvido.

A teoria da vontade marginal apresenta alguma parecença com a teoria de pressuposição de WINDSCHEID, no sentido de ambas darem ênfase ao conteúdo da vontade não expressa na declaração da vontade. Assim, pela mesma justificação, o direito só estabelece o vínculo jurídico consubstanciado na declaração de vontade das partes no momento de contratação, pelo que se entende, de resto, que as pressuposições e condições não explícitas não podem integrar o conteúdo obrigacional e a não manutenção da vontade marginal não deve ser tida relevante juridicamente²⁵.

1.5. Teoria da base do negócio (*geschäftsgrundlage*), de OERTMANN

A base do negócio fundada por OERTMANN serve de base para muitas outras teorias. Conforme a definição do ilustre jurista, a base do negócio consiste na “representação psicológica dum das partes, reconhecida e não contestada pela contraparte, ou na representação comum aos vários interessados no negócio, acerca da existência ou do advento de determinadas circunstâncias, sobre a base das quais se constrói a vontade do agente”²⁶.

A base do negócio é, deste modo, uma simples componente psicológica da contratação que leva uma parte a contratar e que deve ser do pleno conhecimento da contraparte através

²³ CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, p. 72.

²⁴ NELSON BERGE, *ob. cit.*, p. 36.

²⁵ Quanto à crítica de PUGLIESI dirigida a esta teoria, cfr. *ibid.*, p. 36-37.

²⁶ ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p. 286.

da notificação ou ser evidente no contexto de contratação. Estas representações psicológicas são estranhas ao conteúdo do negócio, dentro do qual cabem apenas a vontade e as declarações, quer expressas, quer tácitas, dos contraentes. Caso as representações psicológicas pressupostas não se configurem, a nova situação será considerada não correspondente à vontade subsistente das partes, ou de uma delas, desvirtuando a primitiva base negocial e justificando, assim, a desoneração contratual por via da modificação ou da resolução²⁷. OERTMANN entende que a sua solução proposta tem base legal no § 242 do BGB, o qual regula que o devedor apenas se obriga dentro dos limites da boa-fé, seria contrário aos ditames da boa-fé se as partes continuassem a cumprir o contrato sabendo que a base tinha sofrido uma grave alteração.

Se for demonstrada com o caso da coroação, segundo a teoria oertmanniana, a realização do cortejo na data confirmada afigura-se obviamente a base do negócio do contrato, uma vez que esta circunstância foi representada pelos locatários, foi sobre ela que se formou a vontade contratual e esta representação psicológica basilar do contrato é conhecida e não contestada pelas contrapartes, sendo um pressuposto comum. A não realização do desfile não corresponde à vontade contratual das partes, daí os locatários não deverem ser obrigados ao pagamento.

Importa ainda distinguir-se a base do negócio oertmanniana de alguns conceitos próximos. Primeiro, os fundamentos do negócio diferem dos motivos, pois eles não conduzem a parte à decisão de contratar, mas sem eles não teria a parte concluído o contrato. Por outro lado, normalmente o motivo é algo de unilateral, enquanto os fundamentos do negócio são comuns a ambas as partes. Ademais, os motivos representam uma realidade meramente psicológica, que se prende somente com uma declaração negocial e não com o contrato no seu todo²⁸.

Ademais, em confronto com a pressuposição de WINDSCHEID, a pressuposição traduz numa limitação da vontade e relaciona-se com o aspeto psicológico do negócio, a base do negócio refere-se a uma representação sobre a qual se forma a vontade; além disso, a pressuposição tem natureza unilateral, exige-se apenas a cognoscibilidade da contraparte, ao passo que a base do negócio é bilateral, sendo comum a ambas as partes²⁹.

²⁷ NELSON BORGE, *ob. cit.*, p. 41.

²⁸ MENEZES CORDEIRO, *ob. cit.*, p. 1033.

²⁹ *Ibid.*, p. 1039-1040.

A base do negócio distingue-se ainda da cláusula *rebus sic stantibus*. Enquanto a cláusula *rebus sic stantibus* integra o próprio contrato, a base do negócio é somente uma representação sobre a qual se constitui a vontade de contratar; ademais, a cláusula *rebus sic stantibus* tem em vista apenas as alterações do futuro, ao passo que a base do negócio alcança igualmente a não conformidade do negócio com as circunstâncias presentes e passadas³⁰.

Conquanto a base do negócio oertmanniana tenha apresentado algumas ideias novas para a problemática da alteração superveniente das circunstâncias, a sua teoria não escapou a críticas. Igualmente à teoria da pressuposição, as principais críticas dirigem-se à sua índole subjetivista, isto é, não se deve sujeitar a eficácia de um comércio às representações psicológicas, sendo elementos interiores a que tem sido atribuída pouca relevância jurídica. Dado que a base do negócio de OERTMANN assenta no juízo psicológico das partes, esta teoria não serviria, deste modo, para os casos em que as partes não tenham representado as circunstâncias basilares do contrato que vieram a ser atingidas por alteração nem naqueles em que a contraparte tenha recusado a base. Além disso, o silêncio do declaratário não implica necessariamente a aceitação de revisão ou rescisão do negócio, mesmo tendo ele conhecimento das razões justificativas da declaração do declarante. Se assim não se entendesse, a teoria de OERTMANN exigiria que o declaratário ficasse alerta a todas as representações psicológicas do declarante que podiam ter influenciado a formação da sua vontade, sob pena de não se produzir o efeito do negócio³¹. Essa exigência elevaria a posição do declarante em detrimento dos interesses do declaratário e da segurança jurídica.

1.6. Teoria da reserva virtual (*der virtueller Vorbehalt*), de KRÜCKMANN

A teoria de KRÜCKMANN é, de facto, uma reabilitação da teoria da pressuposição de WINDSCHEID com certos ajustamentos. Na mesma linha da teoria da pressuposição, o contraente não teria realizado o negócio se tivesse ou pudesse ter previsto que a realidade não se conformava com as circunstâncias pressupostas; no pensar de KRÜCKMANN, porém, a pressuposição trata-se de uma vontade meramente virtual ou potencial do declarante que se encontraria implicitamente contida em todas as declarações de vontade emitidas sob determinada pressuposição; ou seja, não se pode considerar que a limitação de vontade à

³⁰ *Ibid.*, p. 1040.

³¹ ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p. 292.

verificação de certas circunstâncias constitua uma vontade real (*der eigentliche Wille*) do declarante. A ineficácia do negócio não se baseia na vontade verdadeira do declarante como dito no exposto da teoria da pressuposição de WINDSCHEID, mas antes na vontade virtual, que igualmente faz parte do conteúdo da declaração³².

Perante as vulnerabilidades e críticas enfrentadas pela teoria windscheidiana e por outras teorias precedentes, KRÜCKMANN considera que a mera cognoscibilidade da pressuposição não é suficiente e que o único critério seguro é o da exigibilidade ou não exigibilidade (*Zumutbarkeit oder Nichtzumutbarkeit*). Aliás, a reserva virtual só releva “na hipótese de os princípios da boa-fé não imporem que o erro do pressuponente corra por sua exclusiva conta e risco”. Assim sendo, uma reserva virtual eficaz vale como uma simples *condictio* ou pretensão por enriquecimento sem causa, com eficácia *ex nunc*, uma vez que não seria justo que o declarante desfrutasse de uma mesma proteção que teria se tivesse estipulado uma condição expressa ou uma cláusula de garantia³³.

Assim, no caso da coroação, a pressuposição de o cortejo ter lugar no dia marcado não consiste numa vontade real, mas antes uma vontade virtual. Em conformidade com o critério da exigibilidade ou não exigibilidade, o cancelamento da atividade não deve correr pela exclusiva conta dos locatários de acordo com a boa-fé, porque não seria justo que se vinculassem ao cumprimento.

Em comparação com as teorias anteriores, o grande mérito da teoria da reserva virtual prende-se com a exigência das condições mais objetivas, pese embora continue a submeter a alteração superveniente das circunstâncias à vontade do declarante.

1.7. Teoria do fim negocial (*Geschäftszweck*), de LOCHER

Ao analisar a teoria da base do negócio de OERTMANN, LOCHER formulou as ideias fundamentais da sua teoria do fim negocial, com vista a fazer algumas correções a alguns dos aspetos daquela. De acordo com a teoria de OERTMANN, a base do negócio refere-se aos elementos voluntaristas das circunstâncias sobre as quais se constrói a vontade negocial do declarante. LOCHER, porém, exclui da base do negócio as circunstâncias estranhas à finalidade visada pelo declarante, considerando que é indispensável haver um juízo lógico

³² *Ibid.*, p. 312-314.

³³ *Ibid.*, p. 315-316.

relativamente à essencialidade objetiva entre determinadas circunstâncias e a prossecução do fim pretendido com a celebração do negócio. A vontade negocial, deste modo, constitui-se sobre determinadas circunstâncias quando estas tenham sido ponderadas pelo declarante como essenciais à obtenção do fim pretendido. Resumindo, a base do negócio, no entender de LOCHER, é “o complexo de circunstâncias, sem cuja existência, perduração ou advento, o efeito visado com o negócio, segundo o seu conteúdo, não pode ser atingido, apesar da conclusão regular do negócio e do cumprimento das prestações exigíveis dos contraentes”. Afirma-se ainda que o fim relevante não é qualquer fim particular, mas antes aquele que pode ser considerado como o fim do negócio, sendo desejado pela parte e tendo integrado o conteúdo do negócio jurídico e não rejeitado pela contraparte; isto é, a existência de uma convenção do fim³⁴. No que toca aos fins típicos da declaração, LOCHER considera-os diretamente como fins negociais, independentemente de qualquer menção nas declarações conclusivas do negócio³⁵.

Consoante a teoria do fim negocial, é claro que no caso da coroação a vontade negocial de alugar as janelas foi constituída sobre as circunstâncias respeitantes ao desfile do pessoal, as quais são essenciais para a concretização do fim do contrato. Deste modo, o fim da locação frustrou-se quando o cortejo acabou por não ser realizado e, assim, o contrato deve ser resolvido.

A teoria locheriana pode ser injusta em alguns casos. P. ex., na hipótese de o fim negocial do contrato ter sido satisfeito e não ter sido afetado pela alteração superveniente das circunstâncias, pode acontecer que a contraparte se enriqueça injustamente, como no exemplo de arrendamento de um quarto num hotel ilustrado por HEINRICH RHODE³⁶. Por outro lado, também pode acontecer que a frustração do fim visado pelo declarante, com conhecimento e sem contestação do declaratório, não deva ter efeito na impugnação do negócio, ou pelo menos a resolução do contrato não constitui a melhor solução, como se demonstra no exemplo da compra da urna de KRÜCKMANN³⁷.

³⁴ *Ibid.*, p. 297-299.

³⁵ *Ibid.*, p. 305.

³⁶ Com o fim de assistir a uma reunião da família, A arrendou um quarto de um hotel, onde situado perto da residência de parente. Além do preço normal, ele pagou um suplemento bastante elevado, pois no mesmo dia terá lugar um congresso no hotel, o que não lhe interessa. O congresso acabou por não se realizar e o dono do hotel teve de restituir o suplemento aos hóspedes; neste caso, embora o fim visado por A de participar na reunião da família tivesse sido atingido, seria injusta a não devolução do suplemento a A, *ibid.*, p. 301, nota 1.

³⁷ A compra uma urna para o marido, julgando-o falecido, mas o marido acabou por não ter morrido, cfr. *ibid.*, p. 305.

1.8. Teoria da base do negócio em duplo sentido: subjetiva e objetiva, de LARENZ

LARENZ reformulou a teoria de OERTMANN de orientações subjetivistas, distinguindo os dois aspetos da base do negócio: a base subjetiva da determinação da vontade e a base objetiva do contrato. A base negocial subjetiva (*subjektive Geschäftsgrundlage*) consiste na representação psicológica comum a ambas as partes no momento da conclusão do contrato que tem grande influência na formulação dos motivos e na determinação da vontade; a base negocial objetiva (*objektive Geschäftsgrundlage*), por seu turno, constitui-se pelo conjunto de circunstâncias cuja existência ou persistência, independentemente da consciência das partes, é indispensável para a manutenção do sentido ou fim do negócio. Nesta linha de pensamento, LARENZ entende que, quanto à base subjetiva, no caso de as circunstâncias supostas terem sido aceites por ambas as partes no fecho do contrato, a exigência da execução do negócio com condições alteradas se oporia à boa-fé, já que se qualquer uma delas não se conformasse com a sua determinação, a parte não teria celebrado o negócio. No que respeita à base objetiva, LARENZ considera que a turbação na equivalência das prestações (*Äquivalenzstörung*)³⁸ e a frustração definitiva do escopo objetivo do contrato (*Zweckvereitelung*) são os dois grupos de hipóteses da falta de base objetiva³⁹. Em qualquer um dos dois sentidos, a base do negócio é constituída por circunstâncias essenciais sem as quais o contrato não pode desenvolver com regularidade nem permite às partes terem os objetivos que tinham em vista atingidos. Em alguns casos, LARENZ exige a representação mental das partes como pressuposto da subsistência do negócio, enquanto noutros exige apenas a modificação das circunstâncias ambientais⁴⁰.

Assim, ilustrando-se a teoria com o caso da coroação, a realização do cortejo no dia específico é uma representação psicológica comum a ambas as partes ao tempo da conclusão do contrato que se afigura relevante para a formulação dos motivos e a constituição da vontade, constituindo a base do negócio subjetiva; por outro lado, a persistência desta circunstância é de modo inequívoco ser essencial para a manutenção do fim do arrendamento

³⁸ Quando a relação entre as prestações se torne numa “grosseira não relação” em consequência das imprevisões, de tal modo que o contrato já não tem o sentido de um contrato de troca, isto é, uma não relação “tão grave que um julgador razoável não pode já considerar a prestação de um, como o contra-valor da do outro”, cfr. MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, 4.ª ed., por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 611.

³⁹ MENEZES CORDEIRO, *ob. cit.*, p. 1046-1047; ANTUNES VARELA/M. HENRIQUE MESQUITA, “Resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias”, in *CJ*, ano VII, tomo II, 1982, p. 9.

⁴⁰ CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, p. 65-67.

das janelas, ou seja, constitui igualmente a base do negócio objetiva. Desta maneira, a não realização do cortejo e a frustração do fim por causa de não ter lugar o cortejo conduzem à exoneração dos devedores.

A distinção entre a base subjetiva e a base objetiva não parece efetivamente muito realística, uma vez que na realidade, a apreciação de um grupo de fatores não se deve nem pode separar um do outro. Para se determinar a base objetiva, isto é, se existe uma perturbação na equivalência das prestações ou frustração do escopo contratual, é indispensável a interpretação da vontade das partes para saber as suas intenções. A base subjetiva, por sua vez, também pode ser apurada apenas em conjunto com o critério objetivo⁴¹.

1.9. Teoria de LEHMANN

Defendendo a teoria da base do negócio, LEHMANN, por seu lado, conjugou os fatores subjetivos e objetivos e colocou três requisitos para a subordinação da eficácia de um contrato à base do negócio, isto é, é necessário “1.º Que a outra parte contratante tenha podido conhecer a importância basilar da circunstância para a conclusão do contrato. 2.º Que fosse unicamente a certeza a respeito da existência, subsistência ou superveniência da circunstância em questão que levasse a parte, que lhe atribuía valor, a prescindir de pedir à outra parte o seu reconhecimento, como condição. 3.º E, finalmente que no caso de ter sido tomada a sério a insegurança da circunstância, a outra parte contratante tivesse acedido a essa pretensão tendo em conta a finalidade do contrato, ou tivesse tido que aceder procedendo de boa-fé”⁴². Nesta conformidade, para a base do negócio ser relevante, não basta a cognoscibilidade ou o conhecimento da contraparte sobre as circunstâncias que constituem a base do negócio, mas é necessário, ainda, atender à finalidade do contrato; por outro lado, se a contraparte tivesse proposto o condicionamento do negócio à verificação das circunstâncias propostas, a contraparte teria aceitado ou deveria aceitar a subordinação da eficácia do contrato se teria de admitir a importância da base do negócio à luz do princípio da boa-fé. O recurso à boa-fé e a análise das circunstâncias no caso concreto em conjunto

⁴¹ *Ibid.*, p. 69; MENEZES CORDEIRO, *ob. cit.*, p. 1048-1050; idem, *Tratado de direito civil português*, vol. II, tomo IV, Coimbra, Almedina, 2010, p. 282-283.

⁴² VAZ SERRA, “Resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias”, in *BMJ*, n.º 68, 1957, p. 314-215.

com a consideração do escopo do contrato são determinantes para averiguar se o contrato que sofreu a alteração superveniente das circunstâncias continua a ser vinculativo⁴³.

Nos termos da teoria de LEHMANN, no caso da coroação, os locadores devem ter conhecido a importância da realização do cortejo para a contratação do arrendamento para os locatários e, se estes tivessem tido qualquer dúvida sobre a efetivação do evento, deveriam ter pedido aos locadores para que os contratos ficassem condicionados. De resto, se os locatários tivessem proposto a condição da realização da atividade, os locadores deveriam tê-la aceitado ou deveriam ter reconhecido a essência da finalidade da locação na conclusão do contrato em harmonia com a boa-fé. Assim sendo, os devedores ficam liberados do pagamento quando a atividade foi cancelada.

Apresentadas algumas teorias respeitantes à alteração superveniente das circunstâncias⁴⁴, repara-se que as diversas construções técnicas procuram fundamentações, visando encontrar uma conciliação entre a exigência de justiça e a segurança do negócio e que, mesmo por caminhos diversos, conduzem a resultados aproximados. Ao longo da evolução do instituto, constata-se uma mudança, isto é, foi-se prestando mais valor aos fatores objetivos para a sua fundamentação. Esta escolha parece-nos inevitável, na medida em que as orientações subjetivistas e voluntaristas conduziram à instabilidade contratual e, conseqüentemente, a segurança jurídica ficaria exposta a grande risco por sujeitarem simplesmente a eficácia do negócio aos pensamentos psicológicos do contraente, sendo um elemento invisível, muito pessoal e não determinado.

⁴³ No direito português, MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da relação jurídica*, vol. 2, 7.^a reimp., Coimbra, Almedina, 1992, p. 407, inclina-se para a teoria de LEHMANN e foi até mais longe, considerando que a modificação ou a resolução terá igualmente lugar desde que a boa-fé requeira posteriormente aquele resultado, embora não se exigisse a aceitação da cláusula de condicionamento à data da celebração do negócio, com a ressalva da existência da estipulação das partes em contrário ou de ter sido proposta e recusada uma cláusula de resolução do contrato.

⁴⁴ De facto, além das posições apresentadas, existem ainda uma abundância das teorias em torno do problema da imprevisão. Entre elas, algumas doutrinas procuram a fundamentação partindo das noções de moral da equivalência das prestações (VORIN e RIPERT), de direito (BONECASSE), da equidade (RUGGIERO) e da boa-fé (WENDT e NAQUET); outras reconduziram o problema a outros institutos no direito positivo, tais como a unificação com o instituto de impossibilidade absoluta (a teoria do dever de esforço médio (HARTMANN), a doutrina da impossibilidade económica (SZLADITS, VOLKMAR, THILO, SIMONIUS, TITZE), o estado de necessidade (LEHMANN e GIORGI), a lesão superveniente (MANTICA) e o enriquecimento sem causa (POPESCU). Há ainda outras que têm como base na vontade das partes, tais como as teorias acima referidas, a teoria do erro (GIOVENE), a cessação do mútuo consenso (COGLIOLO) e a distinção entre as situações contratuais e extracontratuais (BRUZIN). Não cabe neste estudo, dentro dos estreitos limites, expor todas as teorias. Quanto à análise dessas doutrinas, cfr. CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, p. 30 e ss; NELSON BORGE, *ob. cit.*, p. 28 e ss.

Capítulo II – A alteração superveniente das circunstâncias e a sua evolução em ordenamentos jurídicos estrangeiros

2.1. Direito francês

Em França, ao contrário do que se passou na Alemanha e na Itália, o princípio da força obrigatória dos contratos tem dominado o direito privado. A cláusula *rebus sic stantibus* nunca conquistou grande domínio no espaço francófono, já que o art. 1134.º do CC napoleónico liberal e individual de 1804 consagrou a regra *pacta sunt servanda*, reforçando a ideia fundamental de que os contratos fazem lei entre as partes em todas as contratações, com a vista a garantir a proteção da estabilidade das convenções⁴⁵. Os arts. 1147.º e 1148.º, por seu turno, dispõem expressamente que a responsabilidade civil pelo incumprimento é apenas excluída no caso de força maior e caso fortuito⁴⁶. Paralelamente, a jurisprudência francesa recusava geralmente, com raras exceções⁴⁷, a eficácia da alteração superveniente das circunstâncias, recorrendo às justificações da distribuição do risco, da segurança no tráfego ou da *pacta sunt servanda* consagrada no art. 1134.º, entre outras⁴⁸; esta também é a posição a que a doutrina maioritária aderiu.

Esta ausência de introdução de um regime geral não tremeu face aos acontecimentos imprevistos ocorridos no período de convulsões⁴⁹. A rigidez do conceitualismo apenas ofereceu algumas vias de saída por força de legislação e pela teoria da imprevisão no direito

⁴⁵ Art. 1134.º do *Code Civil* de 1804

1. *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux que les ont faites.* 2. *Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.* 3. *Elles doivent être exécutées de bonne foi.*

⁴⁶ Art. 1147.º do *Code Civil* de 1804

Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part.

Art. 1148.º do *Code Civil* de 1804

Il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit.

⁴⁷ P. ex., o caso no tribunal de Rouen de 1844, a decisão do canal de Craponne no tribunal de Aix de 1873 (mas posteriormente foi anulada pela *Cour de Cassation*, que tinha sempre uma posição firme e inequívoca face à aplicação do art. 1134.º), cfr. NELSON BORGE, *ob. cit.*, p. 72.

⁴⁸ MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé...*, cit., p. 955 e ss.

⁴⁹ MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, cit., p.270, entende que esta posição de recusa não deve ser justificada com uma pretensa estabilidade da vida francesa, assim contraposta a convulsões mais marcadas, ocorridas na Alemanha, mas antes outras justificações devem ser apontadas, isto é, “os tribunais temeram que, ao introduzir-se uma possibilidade generalizada de revisão dos contratos, se fosse premiar a má fé e dificultar, em períodos delicados, a vida económica do país”.

administrativo no ordenamento jurídico francês⁵⁰. Durante a época de guerra, houve algumas leis de exceção que atenuaram bastante o rigor da chamada intangibilidade das convenções⁵¹. Contudo, as ditas leis visavam simplesmente tratar as situações específicas, e a sua implementação não representava que a posição tradicional francesa em torno da alteração superveniente das circunstâncias sofresse grande oscilação⁵². Dada a necessidade de assegurar o interesse geral que apela à não interrupção do funcionamento de um serviço público ou à regularidade do seu fornecimento, o rigorismo não se manteve nos contratos administrativos, os tribunais franceses adotaram a teoria da imprevisão, modificando os pactos do género cujo equilíbrio económico foi prejudicado pelos sucedidos anormais⁵³. Segundo esta doutrina, é necessário que a alteração das circunstâncias vigentes no momento da celebração do contrato seja imprevisível e atinja radicalmente as condições contratuais acordadas. A aplicação desta teoria, todavia, era praticamente circunscrita aos contratos de natureza administrativa.

Todavia, nos últimos tempos, o conceito de *économie du contrat* começou a chamar a atenção à ordem jurídica francesa. Em palavras simples, a economia do contrato é considerada como o padrão contratual segundo a qual os contratos úteis podem ser mantidos, enquanto outros contaminados serão terminados ou adaptados para restaurar o seu sentido económico e social⁵⁴. Apesar das discussões surgidas acerca da dificuldade no cumprimento e da alteração superveniente das circunstâncias, os tribunais franceses têm recusado a adaptação de contratos no direito privado. Contudo, uma maior alteração de posição constata-se na *Ordonnance* n.º 2016-131, aprovada na data de 10 de fevereiro de 2016 e com a entrada em vigor em outubro de 2016, que alterou o *Code Napoléon* e que encaminhou uma ampla reforma às matérias do Direito dos Contratos. Entre as revisões, o princípio da força obrigatória dos contratos é consideravelmente atenuado pelas novas disposições do CC

⁵⁰ A doutrina da imprevisão no ordenamento francês apenas tinha aplicação a nível material no direito administrativo; porém, o termo “imprevisão” usava-se frequentemente na doutrina portuguesa em termos gerais referindo-se à projeção jurídica da alteração superveniente das circunstâncias.

⁵¹ P. ex., foi promulgada a *Lei Failliot* em 1918 pelo governo francês para certa categoria de contratos; quanto a mais leis de circunstâncias, cfr. NELSON BERGE, *ob. cit.*, p. 73; PAIVA BRANDÃO, *ob. cit.*, p. 198-200.

⁵² Há apenas uma parte minoritária da doutrina francesa aceitou a teoria da imprevisão com diferentes fundamentações, p. ex. BRUZIN entende que a força obrigatória dos contratos se restringe às circunstâncias extracontratuais, que são imprevisíveis na formação do contrato, ao passo que BONECASSE recorre à noção de direito, cfr. CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, p. 32 e ss. e 71 e ss.

⁵³ O caso paradigmático que diz respeito à aplicação da teoria da imprevisão no direito administrativo francês é o célebre *affaire* do gás de Bordeus, em 1916, foi este caminho aberto pelo Conselho de Estado que influenciou as jurisdições administrativas posteriores, cfr. PAIVA BRANDÃO, *ob. cit.*, p. 245-247.

⁵⁴ HANNES RÖSLER, “Hardship in German Codified Private Law – In Comparative Perspective to English, French and International contract law”, in *European Review of Private Law*, vol. 15, n.º 4 (2007), p. 501.

francês⁵⁵. No entanto, o que chamou a maior atenção é a introdução de um novo terreno neste código no sentido de uma parte poder ser exonerada de responsabilidade contratual em virtude da imprevisibilidade, além do caso fortuito e o de força maior⁵⁶. Nesta conformidade, o direito dos contratos admitiu a maior flexibilidade de sempre desde a elaboração do *Code Civil*.

2.2. Direito italiano

A cláusula *rebus sic stantibus* desenvolveu-se pela escola dos pós-glosadores e mostrou-se favorável à teoria da alteração superveniente das circunstâncias na doutrina italiana durante séculos. Todavia, sob a influência do liberalismo e do princípio imperial da *pacta sunt servanda* do CC francês, o CC italiano de 1865, seguindo o caminho do código napoleônico, consagrou a força de lei dos contratos no seu art. 1123.º e o regime da imprevisão não foi aceite. Durante a vigência deste código, contudo, realizaram-se várias tentativas na doutrina com o objetivo de implementar a teoria, por via do recurso às disposições presentes no código, mormente o art. 1124.º que dispunha que “os contratos devem ser executados de boa-fé e obrigam não só a quanto está neles expresso, mas ainda a todas as consequências que, segundo a equidade, o uso ou a lei deles derivam”⁵⁷. Após o início da guerra, na Itália foram emitidos alguns decretos em que se permitiu, em casos específicos, a modificação ou a resolução da alteração superveniente das circunstâncias oriundas dos conflitos bélicos. Por outro lado, as crises económicas e os avultados casos de desequilíbrio contratual resultantes dos conflitos mundiais chamaram novamente a atenção

⁵⁵ O novo art 1103.º do Code Civil reproduz, praticamente sem alteração, a redação do art 1134.º, n.º 1. No entanto, o art. 1134.º, n.º 2, segundo o qual “o contrato só pode ser revogado por mútuo consentimento, ou por causas autorizadas por lei”, foi eliminado. Por outro lado, o novo art.º 1104 do CC francês estabelece que “Os contratos devem ser negociados, formados e executados de boa-fé” e especifica que esta disposição é uma “disposição de ordem pública”, enquanto o antigo art.º 1134, n.º 3 meramente dispõe que os acordos devem ser executados de boa-fé.

⁵⁶ Art. 1195.º do novo *Code Civil*

Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

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, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. 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.

<https://www.legifrance.gouv.fr/>

⁵⁷ NELSON BORGE, *ob. cit.*, p. 74.

sobre o tema na Itália no sentido de encontrar soluções adequadas, levando a numerosos e profundos estudos acerca da questão. A ponderação levantada em torno do cumprimento com base no princípio da boa-fé, por sua vez, contribuiu igualmente para a aceitação do mecanismo na Itália⁵⁸. Finalmente, o novo CC italiano de 1942 consagrou o regime da superveniência contratual nos arts. 1467.º a 1469.º⁵⁹, o qual era certamente inovador no panorama europeu da época⁶⁰. O conceito fundamental do regime refere-se à onerosidade excessiva (*eccessiva onerosità*), isto é, quando a alteração superveniente das circunstâncias faz com que o cumprimento de uma parte se torne demasiado oneroso e a execução do contrato lhe causasse um prejuízo excessivo⁶¹. A onerosidade excessiva é uma via de índole objetiva diferente da tradicional cláusula *rebus sic stantibus*, da imprevisão administrativa da França e das outras teorias voluntaristas construídas então na Alemanha, a qual serve de modelo para a legislação brasileira em torno deste tema⁶². Por outro lado, os requisitos da superveniência contratual destacam-se ainda pela sua disposição expressa de não se aplicar o regime aos contratos de execução imediata e aos contratos aleatórios⁶³.

⁵⁸ PAIVA BRANDÃO, *ob. cit.*, p. 202; MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé...*, cit., p. 980-982.

⁵⁹ Art. 1467.º Contratto con prestazioni corrispettive

Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art.

La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto.

La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto.

Art. 1468.º Contratto con obbligazioni di una sola parte

Nell'ipotesi prevista dall'articolo precedente, se si tratta di un contratto nel quale una sola delle parti ha assunto obbligazioni, questa può chiedere una riduzione della sua prestazione ovvero una modificazione nelle modalità di esecuzione, sufficienti per ricondurla ad equità.

Art. 1469.º Contratto aleatorio

Le norme degli articoli precedenti non si applicano ai contratti aleatori per loro natura (1879) o per volontà delle parti.

⁶⁰ PAOLO GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 105.

⁶¹ Na falta de um critério concreto para definir a onerosidade excessiva, entende-se geralmente na Itália que ela se baseia na quebra da relação bilateral da equivalência definida pelas prestações, *ibid.*, p. 183 e ss.

⁶² Todavia, foi entendida pela jurisprudência, apesar dos protestos de alguma doutrina, que a onerosidade excessiva é uma consagração do conceito da pressuposição de WINDSCHEID, pelo que não consiste numa manifestação especial da alteração superveniente das circunstâncias. MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé...*, cit., p.982 e ss. e 1100 e ss.; *idem*, *Tratado...*, cit., p. 271-272.

O regime da alteração superveniente das circunstâncias está previsto nos arts. 478.º a 480.º do CC brasileiro.

⁶³ *Infra* 3.2.3.

2.3.Direito alemão

Embora a *cláusula rebus sic stantibus* não tenha sido adotada de modo geral no antigo BGB, o regime de alteração superveniente das circunstâncias recebeu bastante apoio no ordenamento jurídico alemão, quer na doutrina, quer na jurisprudência, sobretudo a partir do fim do século XIX. Este relevo devia-se em grande medida às perturbações ocorridas no país. Aliás, o BGB aprovado em 1896 não continha qualquer disposição que se dirigisse diretamente à resolução do problema, mas a jurisprudência recorreu frequentemente a algumas disposições presentes no BGB para resolvê-lo, tal como um amplo conceito da impossibilidade de prestação (§ 275) ou através da interpretação integradora do contrato (§157) realizadas à luz da boa-fé (§ 242) que dispõe que o devedor está obrigado a efetuar a prestação conforme o princípio da boa-fé, tendo em conta os usos do negócio. Por outro lado, muitos doutrinadores tentaram procurar fundamentações, e desenvolveram-se diversas teorias acerca desta problemática. Após as guerras mundiais, muitos pontos de vista foram aceites pela jurisprudência e foi o então Supremo Tribunal (*Reichsgericht*) que deu o principal impulso à aplicação da teoria⁶⁴. No entanto, no ordenamento jurídico alemão, apenas quando se reformou o direito das obrigações em 2001/2002, foi introduzido o § 313 que dispõe expressamente o tratamento da perturbação da base do negócio. No que concerne à relação entre a alteração superveniente das circunstâncias e a impossibilidade do direito civil alemão, tratar-se-á adiante com pormenores.

2.4.Direito inglês

No direito inglês, o princípio *pacta sunt servanda* era sempre uma regra geralmente aceite e não se admitia a exoneração da responsabilidade contratual com base em qualquer acontecimento extraordinário e imprevisível que alterasse as circunstâncias iniciais que rodearam o contrato à data da celebração, rejeitando até a noção de caso fortuito ou de força maior provocada pela ação de homem, tal como se verificou no caso de *Paradine v. Jane*

⁶⁴ Cfr. PAIVA BRANDÃO, *ob. cit.*, p. 202-207; MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, cit., p. 272-275; LORENZ/RIEHM, *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, München, Beck, 2002, p. 197.

(1647)⁶⁵, ressalvado apenas o chamado “Act of God” que se refere aos eventos de natureza, tais como tufões, furacões, maremotos, etc. Esta doutrina foi posteriormente atenuada pelo caso *Taylor v. Caldwell* (1863)⁶⁶, o qual abriu o caminho para encontrar uma solução de forma a liberar o devedor da obrigação em casos de imprevisão e começou o desenvolvimento da doutrina da frustração do contrato, destacando-se nomeadamente no referido caso paradigmático de “coronation case”. A doutrina da frustração foi desenvolvida de maneira a remeter o efeito da exoneração para casos-limite em que o contrato deixou de ser o pacto inicialmente acordado devido a uma alteração superveniente radical. De acordo com a ideia clássica da doutrina: “(F)rustration occurs whenever the law recognizes that without default of either party a contractual obligation has become incapable of being performed because the circumstances in which performance is called for would render it a thing radically different from that which was undertaken by the contract”⁶⁷. Tal como aconteceu no direito continental, a fundamentação jurídica da doutrina da frustração é controversa, e os doutrinadores recorrem, principalmente às ideias de “implied term”, “just solution”, “foundation of contract”, “construction” e “failure of consideration” para justificar esta solução⁶⁸.

⁶⁵ Neste caso, Jane foi condenada a pagar a Paradine a renda de uma terra da propriedade deste, apesar de ter sido expulsa da mesma durante alguns anos devido à uma invasão militar do inimigo do Rei da Inglaterra, FELIPE ROCHA DEIAB, *ob. cit.*, p. 158.

⁶⁶ Neste caso, Caldwell e Taylor celebraram um contrato de locação, nos termos do qual Caldwell alugou o seu estabelecimento de teatro a Taylor, com o objetivo de realizarem-se quatro grandes concertos. Todavia, um incêndio destruiu a instalação antes dos espetáculos. O tribunal entendeu que Caldwell não precisava de responder pelos danos causados a Taylor, pois o contrato estava sujeito a uma condição implícita de exoneração, no caso de o cumprimento se tornar impossível sem culpa de nenhuma das partes. FELIPE ROCHA DEIAB, *ob. cit.*, p. 159.

⁶⁷ RICHARD BACKHAUS, “The limits of the duty to perform in the Principles of European Contract Law”, in *EJCL*, vol. 8.1 (2004), p. 7.

⁶⁸ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria geral do direito civil*, 8.^a ed., Coimbra, Almedina, 2015, p. 324-325.

Capítulo III – A alteração superveniente das circunstâncias no direito português

3.1. Abordagem histórica da figura

Era natural que fosse a regra *pacta sunt servanda* que dominasse nas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas em Portugal, tendo em conta a sua influência global nos diversos ordenamentos jurídicos. Na altura, o contrato constituía lei entre as partes e as Ordenações consideravam apenas relevante a lesão inicial dos contratos, afastando a lesão superveniente. Mesmo assim, vislumbravam-se algumas soluções constantes das Ordenações que refletiam a essência da cláusula *rebus sic stantibus*, as quais eram exigidas pela necessidade nas práticas da vida⁶⁹.

Em relação à doutrina e à jurisprudência anteriores à elaboração do CC, o problema da imprevisão já era conhecido pelos tratadistas portugueses, que citavam as obras estrangeiras na discussão e no estudo. A título exemplar, MANUEL GONÇALVES DA SILVA, no seu comentário às Ordenações, afirmou a possibilidade de atender à lesão superveniente, que é justificada por MANTICA, nos contratos de trato sucessivo ou naqueles que se referem ao futuro⁷⁰. A discussão envolvida, com efeito, inseriu-se já no tema da teoria da imprevisão. Na jurisprudência, por sua vez, também não se encontraram raramente os casos em que se abordava o problema da superveniência contratual. Apesar da consciência e da tentativa de procurar soluções para a alteração do ambiente objetivo, o CC português não veio a conhecer a respetiva consagração devido à influência do conceito de intangibilidade contratual exercida pelo *Code Civil* de França. Nesta conformidade, o CC de Seabra era dominado inequivocamente pelos princípios da autonomia da vontade e do cumprimento pontual e integral dos contratos (arts. 702.º e 705.º) e neste diploma não existia qualquer regra geral que se referisse ao tratamento da alteração superveniente das circunstâncias⁷¹. Somente na revisão de 1930 foi introduzido o art. 1401.º, parágrafo único, que veio consagrar um regime que a doutrina unanimemente considerava como uma aplicação excecional da

⁶⁹ CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, p. 148-151.

⁷⁰ Outros autores, tais como DIDACO DE BRITO, ARIO PINHEL, MELCHIOR FEBO, aceitaram esta orientação, discutindo os requisitos para a invocação da esterilidade superveniente reconduzindo à ideia de lesão, cfr. *ibid.*, p. 152 e ss.

⁷¹ O art. 702.º consagra a regra *pacta sunt servanda*, dispondo que os contratos devem ser fielmente cumpridos, só podendo ser revogados ou alterados por mútuo consentimento dos contraentes, ressalva as exceções específicas na lei, ao passo que o art. 705.º regula que a obrigação apenas pode ser liberada por via de ocorrência do caso fortuito ou de força maior, para o qual o interessado não tivesse concorrido.

alteração superveniente das circunstâncias em sede de empreitada⁷². Na verdade, na vigência do CC anterior, houve uma divergência na doutrina portuguesa em relação à aplicação geral da teoria da imprevisão no direito positivo. Uma boa parte dos doutrinadores afirmava a sua inadmissibilidade no direito positivo devido à consagração das ditas disposições e ao silêncio em relação à possibilidade de se modificar ou resolver os contratos pela alteração superveniente das circunstâncias⁷³; porém, não faltava a opinião de que o problema da alteração superveniente das circunstâncias podia ser resolvido pelo regime de caso fortuito e caso de força maior⁷⁴, ou outros dispositivos legais já constantes do então CC em vigor⁷⁵.

Independentemente da posição adotada sobre a admissibilidade da alteração superveniente das circunstâncias no direito privado português nessa altura, o interesse coletivo de se manter o funcionamento regular e contínuo exigia ao legislador português que a admitisse no âmbito do direito administrativo, face ao condicionalismo especial provocado durante as guerras mundiais. Assim, durante e após a guerra de 1914-1918 foram publicados em Portugal vários decretos inspirados pela teoria da imprevisão para o direito

⁷² CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, p. 249.

Segundo o art. 1401.º, se o aumento do preço dos materiais exceder 20 por cento por causa da desvalorização da moeda, o empreiteiro terá o direito de rescindir o contrato, desde que o dono da obra se não queria sujeitar a indemnizá-lo por esse excesso; no caso inverso o mesmo direito assiste ao dono da obra, cfr. AMÍLCAR FREIRE DOS SANTOS, “A teoria da imprevisão no direito privado”, in *ROA*, Ano 10, n.º 3 e 4 (1950), p. 272.

⁷³ VAZ SERRA, “Caso fortuito ou de força maior e teoria da imprevisão”, in *BFD da UC*, Ano 10, 1926-1928, p. 200; AMÍLCAR FREIRE DOS SANTOS, *ob. cit.*, p. 266 e ss.; DIAS MARQUES, *Teoria geral do direito civil*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1959, p. 180-181. Ainda, JOSÉ TAVARES, CARVALHO DE ABREU, cfr. PAIVA BRANDÃO, *ob. cit.*, p. 212-215.

⁷⁴ Reparou-se primeiramente esta tentativa na teoria do esforço médio de HARTMANN, a ideia era semelhante: o devedor assume com a obrigação um dever de prestar, o que se traduz num dever de realizar certo esforço, de tal modo que, quando tenha realizado o esforço que a sua obrigação lhe impunha no caso concreto, ele fica exonerado de responsabilidade. Desde que o devedor exerça com diligência em harmonia com a natureza da obrigação e o princípio da boa-fé, não incorrerá em responsabilidade, ainda que a obrigação não tivesse sido cumprida. A doutrina da impossibilidade económica não se diverge muito, a boa-fé não permite que o devedor corra o risco de ruína no cumprimento, a impossibilidade atenta à particular situação económica do devedor. A primeira adota o critério objetivo, enquanto a segunda adota o critério subjetivo, mas as duas pretendiam extinguir a distinção entre a impossibilidade absoluta e a relativa, cfr. CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, p. 39 e ss. No direito português, BARBOSA DE MAGALHÃES, “A teoria da imprevisão e o conceito clássico do caso de força maior”, in *Gazeta da Relação de Lisboa*, Ano 37 (1923), p. 130-131, alinha-se com esta ideia, entendendo que pode, através de uma interpretação mais extensiva do art. 705.º do antigo CC, constituir-se-iam os casos da ameaça de ruína financeira, isto é, impossibilidade relativa, também tipo caso de força maior e, assim, exonerariam o devedor da obrigação. Na mesma linha de entendimento, JAIME DE GOUVEIA, REIA MAIA, RICARDO LOPES, cfr. NELSON BORGE, *ob. cit.*, p. 154 e ss; PAIVA BRANDÃO, *ob. cit.*, p. 212-216; RICARDO LOPES, “A imprevisão nas relações contratuais”, in *Scientia Jurídica*, Ano 1, (1951-1952) I, p. 43 e ss.

⁷⁵ P. ex., GUILHERME MOREIRA, PINTO COELHO, CABRAL DE MONCADA, MANUEL DE ANDRADE procuraram solução nos arts. 741.º, 806.º-4, 901.º, 1401.º, 1482.º, 1488.º, 1607.º, 1614.º, cfr. NELSON BORGE, *ob. cit.*, p. 156.

administrativo no sentido de tratar as matérias específicas⁷⁶. Preconizam vários autores que a teoria da imprevisão, embora seja introduzida em apenas alguns decretos, traduz-se num princípio geral para os contratos de natureza administrativa. A continuidade e a regularidade do serviço público devem impor, em regra, a modificação do contrato indemnizando ao particular os danos emergentes, dado que a resolução implicaria a interrupção do serviço⁷⁷.

Ainda que não tenha sido enquadrado o instituto no direito positivo português, não se podia negar que a necessidade prática reclamasse a intervenção do direito. Por outro lado, as doutrinas estrangeiras sobre esta matéria, principalmente as teorias da base do negócio desenvolvidas na Alemanha, ganharam grande apoio dos tratadistas portugueses. P. ex., MANUEL DE ANDRADE formulou as suas ideias baseando-se na teoria de LEHMANN com certos ajustamentos⁷⁸, enquanto, no anteprojeto do CC de 1966, VAZ SERRA veio a fundamentar a consagração da figura recorrendo igualmente à base do negócio, destacando ainda a essência da boa-fé no cumprimento dos contratos. Nesta conformidade, a alteração superveniente das circunstâncias veio a ser prevista como uma regra geral nos arts. 437.º a 439.º no CC vigente⁷⁹.

3.2. O regime da alteração superveniente das circunstâncias nos arts. 437.º a 439.º⁸⁰

Art. 437.º Condições de admissibilidade

1. Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afete gravemente os princípios da boa-fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato.
2. Requerida a resolução, a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato nos termos do número anterior.

⁷⁶ CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, p. 231 e ss.; PAIVA BRANDÃO, *ob. cit.*, p. 253 e ss.

⁷⁷ CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, p. 235-236. Opinião contrária, cfr. PAIVA BRANDÃO, *ob. cit.*, p. 256-257.

⁷⁸ *Supra* nota 43.

⁷⁹ VAZ SERRA, “Resolução...”, *cit.*, p. 308 e ss. e 380.

⁸⁰ A partir daqui os artigos sem indicação de fonte pertencem ao CC português de 1966.

Art. 438.º Mora da parte lesada

A parte lesada não goza do direito de resolução ou modificação do contrato, se estava em mora no momento em que a alteração superveniente das circunstâncias se verificou.

Art. 439.º Regime

Resolvido o contrato, são aplicáveis à resolução as disposições da subsecção anterior. (artigos 432.º a 436.º)

(Sublinhado nosso)

3.2.1. Requisitos positivos e negativos

A alteração superveniente das circunstâncias prevista nos arts. 437.º a 439.º é o fruto de conciliação entre o princípio da justiça comutativa e o princípio da segurança jurídica. Para que a parte se possa prevalecer deste regime e, assim, modificar ou resolver o contrato em detrimento da estabilidade contratual, é indispensável preencherem-se alguns requisitos. Em termos sucintos, apresentam-se, em seguida, os requisitos cumulativos exigidos pelo CC português para o efeito do mecanismo.

Antes de mais, exige-se que a alteração diz respeito à base do negócio (“as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar”). Assim sendo, trata-se das circunstâncias, que não pertencendo ao conteúdo do negócio, quer subjetiva quer objetiva⁸¹, são determinantes para ambas as partes, ou são relevantes para uma das partes, mas é conhecida e não contestada pela contraparte. Por outro lado, a alteração tem de ser excecional (“tiverem sofrido uma alteração anormal”). A anormalidade prende-se com a imprevisibilidade. Apesar de a lei não exigir expressamente que a alteração da base do negócio seja imprevisível, o requisito da anormalidade conduz praticamente aos mesmos resultados⁸².

⁸¹ A redação do n.º 1 do art. 437.º não distingue a base negocial subjetiva da objetiva, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p. 329. No ac. do STJ de 2002/4/16 (PINTO MONTEIRO) entende-se igualmente que a base do negócio perturbada pode ser subjetiva ou objetiva.

⁸² PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 413; MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, cit., p. 322; GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 351.

CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, p. 79-87, 101 e ss, de acordo com a sua teoria da imprevisão de carácter objetivo que se fundamenta na ideia de cooperação que se recorre à concreta cooperação definida no ato jurídico para determinar se deixou de existir a ideia de cooperação devido à alteração superveniente das circunstâncias no caso concreto, entende que a imprevisibilidade não deve ser considerado como um requisito

Portanto, para a parte se poder prevalecer do instituto, o acontecimento tem de ser aquele que normalmente não seja suscetível de previsão à data de conclusão do contrato. Assim sendo, se a alteração for previsível ou as partes a tiverem previsto, a não estipulação referente ao relativo risco pode afastar o recurso ao mecanismo, uma vez que para o funcionamento do instituto, é ainda necessário que a alteração da base do negócio do contrato vá além da álea do contrato (“não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato”), e esta indiferença pode ser considerada como um acordo de distribuição do risco⁸³. Em conformidade, os riscos inerentes ao contrato ou aqueles que foram concretamente contemplados pelas partes durante a formação do acordo não podem, em regra, desencadear o efeito do regime⁸⁴. Para além disso, é ainda necessária a alteração superveniente das circunstâncias envolver lesão para uma das partes (“a parte lesada”) e ser de maneira tal grave que a exigência da execução da prestação cometa uma injustiça flagrante e ponha em causa a boa-fé (“a exigência das obrigações por ela assumidas afete gravemente os princípios da boa-fé”). Neste sentido, a parte lesada sofreria uma onerosidade excessiva se continuasse a ser obrigada a cumprir o contrato depois da ocorrência da alteração do condicionalismo, independentemente de a contraparte ficar beneficiada⁸⁵. Esta lesão abrange tanta a onerosidade económica como os

autónomo por ser uma fator subjetivo, mas antes deve ser um dos elementos para a interpretação na determinação da essencialidade da alteração.

⁸³ Todavia, também há uma posição que considera que não se deve confundir a anormalidade com a imprevisibilidade, pois “se tudo o que é normal é previsível, já o contrário nem sempre é verdadeiro: o anormal pode ser imprevisível e mesmo imprevisível, mas também pode ser previsto e previsível”, pelo que é relevante apenas a normalidade ou anormalidade, a referência à imprevisibilidade é “uma importação inculta da doutrina francesa”, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p. 330. No sentido semelhante, ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.^a ed., Coimbra, Almedina, 2014, p. 338, entende que a intervenção do regime não se afasta necessariamente com a previsibilidade do risco. Por vezes, embora sendo previsível, o evento é de tal modo excepcional e anómalo que as partes não acreditaram que acontecesse e o mesmo afeta gravemente o equilíbrio do contrato; nestas hipóteses, a boa-fé permite igualmente a modificação ou resolução do contrato.

⁸⁴ O critério fundamental e decisivo para a determinação da relevância de alteração superveniente das circunstâncias reside na “repartição legal ou contratual do risco”. A repartição do risco é feita mediante as cláusulas acordadas entre as partes, a configuração do tipo contratual escolhido ou as regras legais de repartição do risco, o instituto, deste modo, é um regime supletivo, uma vez que é cedido perante a autonomia privada partes e todas as regras de riscos e imputação de danos. Deste modo, não se aplica o instituto quando as próprias partes estipulam no negócio sobre o regime da alteração das circunstâncias acordado, p. ex., na fase de contratação, mormente no comércio internacional, as partes podem ter estipulado uma cláusula *harship*, nos termos da qual elas se obrigam a renegociar quando as circunstâncias alterarem de tal maneira que afetam o equilíbrio contratual, conduzindo dificuldades à execução do contrato (PINTO MONTEIRO/JÚLIO GOMES, *A «hardship clause» e o problema da alteração das circunstâncias: breve apontamento*, Porto, 1998, p. 21-24), ou quando a interpretação ou a integração do conteúdo contratual dê uma solução ao problema, cfr. PAULO MOTA PINTO, “O contrato como instrumento de gestão do risco de “alteração das circunstâncias””, in *O Contrato*, 2015, p. 91 e ss; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p. 327-328.

⁸⁵ Ainda que esta figura da onerosidade excessiva não está referida expressamente nos arts. 437.º a 439.º, é conhecida pela ordem jurídica portuguesa, p. ex., nos arts. 566.º, n.º 1 e 1221.º, n.º 2 encontra-se esta ideia, OLIVEIRA ASCENSÃO, “Onerosidade excessiva por “alteração das circunstâncias””, in *ROA*, Ano 65, 3 (2005), p. 638.

sacrifícios de natureza pessoal ou não patrimonial⁸⁶. Ademais, o critério da boa-fé, sendo uma regra genérica e abstrata, deixa ao juiz avaliar as situações do caso concreto e determina se a alteração é relevante e se deve modificar ou resolver o contrato⁸⁷.

Em síntese, a ordem jurídica portuguesa adotou a teoria da base do negócio, introduzindo as restrições impostas por LEHMANN, isto é, os elementos objetivos como um controlo sobre a aplicação do instituto, em conformidade com o caminho da tendência doutrinal. Por outro lado, a referência à boa-fé deu uma margem larga da adaptação do preceito à doutrina e à jurisprudência para poderem compatibilizá-lo com realidades materiais e científicas muito distantes daquilo que jamais terá tido pensado pelos autores materiais do CC⁸⁸.

Mesmo que se reúnam os requisitos positivos acima referidos, a parte lesada não goza do direito de resolução ou modificação do contrato se estava em mora no momento em que a alteração superveniente das circunstâncias se verificou, ou seja, requer-se a inimputabilidade da parte⁸⁹. A mera verificação do requisito negativo de mora previsto no art. 438.º inviabiliza o recurso à alteração superveniente das circunstâncias. Não é difícil entender a exigência da inexistência de mora, uma vez que não seria justo uma parte poder invocar o instituto em seu benefício quando o cumprimento não tenha sido realizado por causa dela e a relação contratual tenha assim vindo a ser atingida durante a mora pela alteração das circunstâncias. Este requisito é congruente com a regra geral do risco, isto é, nos termos do art. 807.º, a mora ocasiona a inversão do risco e o devedor torna-se responsável pelo prejuízo que o credor tiver em consequência da perda ou deterioração daquilo que deveria entregar, pois entende-se que o devedor “assume o risco de verificação de posteriores

⁸⁶ ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, p. 339, entende que “o art. 437.º, n.1 não contempla apenas a excessiva onerosidade económica da prestação. O seu texto amplo abrange outras situações em que a resolução ou modificação do contrato se justifica. Será a hipótese de a alteração das circunstâncias envolver, para o lesado, grandes riscos pessoais ou excessivos sacrifícios de natureza não patrimonial”. Neste sentido, VAZ SERRA, “Resolução...”, p. 340.

⁸⁷ No entanto, segundo o entendimento de OLIVEIRA ASCENSÃO, com a consagração do preceito legal, não se deve continuar a recorrer à boa-fé, uma vez que a boa-fé, no plano objetivo, trata-se das regras de conduta, mas na alteração das circunstâncias o que está em causa é o problema do gravame ao equilíbrio ou justiça do conteúdo do negócio, cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, “Onerosidade excessiva...”, cit., p. 636-637; idem, *Direito civil – teoria geral*, vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 202-203. Opinião contrária, JOSÉ LEBRE DE FREITAS, “Contrato de *swap* meramente especulativo: regime de validade e de alteração das circunstâncias”, in *ROA*, Ano 72, 4 (2012), p. 958, nota 32: “O princípio da boa-fé está, aliás, na base do instituto da resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias”.

⁸⁸ MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, cit., p. 279.

⁸⁹ No entanto, há um caso especial na execução específica do contrato-promessa previsto no n.º 3 do art. 830.º: “(...) a sentença que produza os efeitos da sua declaração negocial pode ordenar a modificação do contrato nos termos do art. 437.º, ainda que a alteração das circunstâncias seja posterior à mora”. Quanto às especialidades desta norma, cfr. CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, p. 309 e ss.

desequilíbrios contratuais, não podendo impor ao credor uma distribuição do risco distinta”⁹⁰. Todavia, não é decerto que a mora conduza necessariamente à exclusão da alteração superveniente das circunstâncias, p. ex., nos casos de pagamento em prestações, uma prestação atrasada não pode beneficiar da prevalência da alteração em harmonia com o regime da mora, mas a parte ainda deve ter o direito de invocar a aplicação do instituto em relação às restantes prestações, pois independentemente da verificação da mora, estas prestações para o futuro continuam a ser afetadas pela alteração. Portanto, é necessário verificar-se se a mora é imputável ao devedor e se o desequilíbrio contratual será evitável sem a mora no caso concreto⁹¹.

3.2.2. Meios de reação

De acordo com o n.º 1 do art. 437.º, uma vez preenchidos os requisitos do regime, a parte lesada pode pedir a resolução ou a modificação do contrato segundo juízos de equidade. De facto, este sistema misto é a opção mais apoiada após a discussão na doutrina de que se parte tem apenas direito à modificação ou apenas à resolução⁹². É verdade que segundo o princípio da conservação dos negócios jurídicos, perante a alteração superveniente do ambiente circunstancial, as cláusulas contratuais devem ser readaptadas através de uma repartição igualitária dos riscos quando seja possível, para se restabelecer o equilíbrio do contrato de modo a ser correspondente ao novo estado de coisas. Porém, há casos em que a alteração é tão radical e grave que o fim do contrato já não pode voltar a ser realizado e apenas nestas hipóteses é que se impõe a extinção do contrato, já que a revisão do contrato não tem qualquer saída. No entanto, o n.º 1 do art. 437.º acolheu uma posição mais flexível, a parte lesada pode escolher o meio de reação, ou seja, a iniciativa de escolher modificar ou resolver o negócio cabe à sua decisão, a modificação não tem de ser necessariamente a primeira

⁹⁰ MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. II, 9.ª ed., Coimbra, Almedina, 2014, p. 133 e nota 300, afirma que “o art. 438.º é igualmente explicável pela subsidiariedade da alteração das circunstâncias relativamente às regras de distribuição do risco”. A propósito da relação entre a alteração superveniente das circunstâncias e o risco, *infra* 3.3.2.

⁹¹ OLIVEIRA ASCENSÃO, “Onerosidade excessiva...”, p. 646; ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, p. 342.

NUNO PINTO OLIVEIRA, *Princípios de direito dos contratos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 578, vai até mais longe, entendendo que as regras da alteração superveniente das circunstâncias correspondem a uma explicitação do princípio da proporcionalidade, pelo que independentemente de o devedor lesado estar ou não em mora, “sempre que a injustiça do conteúdo de um contrato atinja um tão alto grau que a segurança jurídica deixe de representar algo de positivo em confronto com esse grau de violação de justiça”.

⁹² NELSON BORGE, *ob. cit.*, p. 134-137.

opção⁹³. Mesmo assim, o interesse da contraparte também é levado em conta, e esta pode opor-se ao pedido de resolução, declarando aceitar a modificação do contrato; porém, se for pedida a modificação, poderá a contraparte proferir a resolução? A resposta não é unânime, a posição favorável sustenta que não pode ser imposto a ninguém um contrato alterado que esteja substancialmente diferente daquele que aceitou no início⁹⁴, enquanto a posição contrária entende que a recusa da resolução encontra fundamento no princípio do *favor negotii*⁹⁵.

3.2.3. Âmbito de aplicação

3.2.3.1. Contratos de execução continuada ou diferida

Por via de regra, a aplicação da alteração superveniente das circunstâncias limita-se aos contratos de execução continuada ou diferida, pois depois do cumprimento, as alterações integram os riscos próprios do contrato e se a parte se pudesse prevalecer do instituto após a execução, a segurança no comércio jurídico e os interesses gerais de contratação seriam sujeitos à perigosidade, pois as prestações, assim, nunca poderiam ser consideradas definidas⁹⁷. Todavia, segundo o entendimento de LARENZ, o qual consegue bastante apoio

⁹³ A posição de NUNO PINTO OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 581 e ss., é diferente. Por um lado, a boa-fé constitui as partes num dever jurídico de renegociação do contrato, ou seja, a parte não se pode prevalecer dos direitos que lhe são atribuídos pelo art. 437.º antes de renegociar com a contraparte. Este dever jurídico de renegociação do contrato é a posição perfilhada por alguns direitos estrangeiros e princípios europeus internacionais, tais como os PECL e PICC, nos quais o juiz também dispõe de mais poderes quando as partes não conseguem chegar a um acordo através da renegociação. Existe, por outro lado, uma relação de subsidiariedade entre o direito de modificação e de resolução, ou seja, a resolução deve ser permitida apenas quando a modificação não seja possível. Esta relação de subsidiariedade perfeita é exigida pelo princípio da estabilidade dos contratos.

⁹⁴ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil...*, cit., p. 204.

⁹⁵ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p. 334-335.

⁹⁶ Quanto à discussão relativamente ao meio judicial ou não judicial de requer a resolução, parece que o pedido não tem de ser requerido necessariamente em juízo. Antes de mais, a letra do 437.º não tem qualquer referência à necessidade de intervenção judicial; por outro lado, o 439.º remete para o regime geral da resolução; assim, nos termos do n.º 1 do art. 436.º, a resolução do contrato pode fazer-se mediante declaração à outra parte. Desta feita, o recurso ao tribunal é apenas indispensável quando o destinatário não aceite a resolução ou não considere fundada a alteração superveniente das circunstâncias. Neste sentido, VAZ SERRA, “Resolução...”, cit., p. 370; MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p. 134; GALVÃO TELLES, *ob. cit.*, p. 345-346, nota 314. A jurisprudência mais recente também se inclina para esta posição, p. ex., o ac. do TRC de 2005/4/19 (CARDOSO DE ALBUQUERQUE) e o ac. do TRL de 2005/5/29 (SALAZAR CASANOVA). Posição contrária, ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, p. 347, nota 3. Quanto à questão de retroatividade, também há posições divergentes, cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil...*, cit., p. 205.

⁹⁷ O *Codice Civile* da Itália dispõe expressamente no art. 1467.º a limitação da aplicação do instituto aos contratos de execução continuada ou periódica ou de execução diferida. Na doutrina portuguesa, quanto a esta posição, cfr. ANTUNES VARELA/M. HENRIQUE MESQUITA, *ob. cit.*, p. 9-10 e 15; A. FERRER CORREIA/LOBO

na doutrina portuguesa, em casos excepcionais, a alteração superveniente das circunstâncias aplica-se igualmente aos contratos de execução imediata em função dos ditames da boa-fé e “quando o fim contratual só no futuro deve realizar-se e doravante se torna inatingível”⁹⁸.

3.2.3.2. Contratos aleatórios

Os contratos aleatórios caracterizam-se pela incerteza em relação à verificação (*incertus an*) ou quando ao momento da verificação da obrigação (*incertus quando*)⁹⁹. Uma corrente da doutrina entende que os contratos aleatórios são excluídos do âmbito de aplicação da imprevisão, uma vez que um dos requisitos da sua prevalência se prende com a ultrapassagem da normalidade das circunstâncias, ou seja, a alteração não está coberta pelos riscos próprios do contrato, mas os contratos aleatórios são caracterizados pela existência de uma álea¹⁰⁰. O CC italiano de 1942 adotou esta orientação e os contratos aleatórios são afastados do abrigo da onerosidade excessiva expressamente pelo art. 1469.^o¹⁰¹. Todavia, atualmente a doutrina majoritária admite a possibilidade de introduzir uma flexibilização para desencadear a aplicação do instituto aos contratos aleatórios, pois neste tipo de contrato também podem surgir riscos que ultrapassem a álea normal e há acontecimentos extraordinários que não respeitam à natureza aleatória do contrato e que também podem afetar o estado de coisas verificado à data da conclusão e tornar a situação injusta¹⁰².

XAVIER, “Contrato de empreitada e cláusula de revisão: interpretação e erro; alteração das circunstâncias e aplicação do art. 437.º do Código Civil”, in *Revista de Direito e Economia*, Ano IV, n.º 1 (1978), p. 125 e ss.

⁹⁸ A título de exemplo, com a intenção de instalar uma indústria, A comprou e pagou logo um terreno sáfaro que não teria outro comprador, mas depois acabou por não conseguir a autorização sanitária para a instalação da mesma no local, MOTA PINTO, *ob. cit.*, p. 613, nota 834; mais exemplos, cfr. VAZ SERRA, “Resolução...”, p. 342 e ss; ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, p. 335, nota 1, 344-345; MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, cit., p. 326; GALVÃO TELLES, *ob. cit.*, p. 349-350; NELSON BORGE, *ob. cit.*, p. 221-222.

⁹⁹ GALVÃO TELLES, *ob. cit.*, p. 483.

¹⁰⁰ A doutrina que se opõe à aplicação do instituto aos contratos aleatórios, cfr. PAULO MOTA PINTO, *ob. cit.*, p. 98.

¹⁰¹ No entanto, mesmo na Itália, entende-se, por alguns doutrinadores, que se deve atender à natureza do evento superveniente e, por isso, o art. 1469.º deve ser interpretado de modo restritivo e não se aplica quando o desequilíbrio superveniente deriva de facto estranho à esfera da álea contratual, cfr. LIMA REGO, *Contrato de seguro e terceiros: estudo do direito civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 461-464; PAULO MOTA PINTO, *ob. cit.*, p. 96.

¹⁰² VAZ SERRA, “Resolução...”, cit., p. 332-333, 381; ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, p. 344; OLIVEIRA ASCENSÃO, “Onerosidade Excessiva...”, cit., p.635; PAULO MOTA PINTO, *ob. cit.*, 102-104; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p. 328; ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação do Contrato*, 3.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2015, p. 158; JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *ob. cit.*, p. 959-962; GALVÃO TELLES, *ob. cit.*, p. 347, nota 318; CARNEIRO DA FRADA, “Crise Mundial e alteração das circunstâncias: contratos de depósito vs. contratos de gestão de carteiras”, in *ROA*, Ano 69, n.º 3/4 (2009), p. 668. MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p. 133, refere a aplicabilidade do regime aos contratos aleatórios quando haja grandes alterações; CARVALHO FERNANDES, *ob.*

3.2.3.3. Contratos unilaterais e gratuitos¹⁰³

Alguns autores justificaram a exclusão da alteração superveniente das circunstâncias dos contratos unilaterais com o fundamento da inexistência do desequilíbrio entre a prestação e contraprestação. No entanto, a maioria da doutrina não concorda com esta orientação, dado que nos contratos unilaterais e gratuitos só uma parte tem o dever de prestação e “se pode atacar a rigidez do vínculo contratual aquele que paga muito para receber pouco, deve, por maioria de razão, poder fazê-lo aquele que paga demais (em relação ao momento da convenção) sem nada receber. Assim, nos contratos unilaterais e gratuitos deve o devedor poder reagir contra a excessiva onerosidade superveniente da prestação”¹⁰⁴. Neste sentido, desde que a equação económica dos contratos, ou melhor, a sua base do negócio seja atingida, não faria sentido a afastamento da sua invocação. No CC português, não se constata limite da aplicação da alteração superveniente das circunstâncias aos contratos bilaterais¹⁰⁵.

Resumindo, embora seja um instituto subsidiário, a alteração superveniente das circunstâncias pode ser invocada, em regra, em todos os contratos, contanto que se verifiquem os requisitos. Na prática, a invocação da alteração superveniente das circunstâncias não é rara; suscita a questão de que se o contrato pode ser resolvido ou modificado por alteração superveniente das circunstâncias para resolver os problemas de alterações gerais do ambiente económico e social, p. ex., uma profunda crise económica e financeira, principalmente depois do início da crise financeira mundial que arrancou em 2007/2008. De facto, a jurisprudência portuguesa tem sido cautelosa em relação à aplicação deste mecanismo para os casos de alteração da grande base do negócio¹⁰⁶. O regime da

cit., p. 120 e ss., p. 278, por sua vez, entende que mesmo perante as modificações que dizem respeito à própria aleatoriedade do contrato, não fica plenamente excluída a possibilidade da invocação do instituto.

¹⁰³ Não se deve esquecer de que a distinção entre o contrato bilateral e o contrato unilateral não se devem confundir com a distinção entre o contrato oneroso e o contrato gratuito, embora frequentemente um contrato unilateral é também gratuito, cfr. GALVÃO TELLES, *ob. cit.*, p. 491-492.

¹⁰⁴ ROCHA DE GOUVEIA, “Da teoria da imprevisão nos contratos civis”, in *Revista da faculdade de direito da universidade de lisboa*, 1958, p. 41, *apud* NELSON BERGE, *ob. cit.*, p. 129, este autor só admite a invocação por parte do devedor, entende que o credor não pode pedir a modificação ou a resolução do contrato, pois ele deve “contentar-se com ela diminuída (...) uma vez que nada paga”; no mesmo sentido, VAZ SERRA, “Resolução...”, *cit.*, p. 379-380. No entanto, CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, p. 119-120, fez uma distinção entre contratos unilaterais em benefício do credor (ex. doação) e em benefício do devedor (ex. comodato), indicando, com vários casos, que o credor também lhe deve reconhecer o direito de invocar o instituto.

¹⁰⁵ MOTA PINTO, *ob. cit.*, p. 612.

¹⁰⁶ Além da distinção entre a base do negócio subjetiva e a base do negócio objetiva, ainda existe a distinção entre a grande base do negócio e a pequena base do negócio (ou grande e pequena alteração das circunstâncias), proposta por KEGEL. A grande base do negócio refere-se “às alterações causadas por calamidades, fatores naturais ou humanos, máxime pelo Estado, através de guerras, medidas económicas, crises

alteração superveniente das circunstâncias tem tido saída apenas nos casos em que a perturbação afeta meramente o negócio em juízo, e não naqueles de grande alteração superveniente das circunstâncias que põem em causa uma multiplicidade de negócios jurídicos. Esta posição prudente deve-se principalmente à preocupação com a potencial ameaça à força vinculativa de uma grande quantidade de contratos; visto que todas as situações singulares devem ser tratadas igualmente, a permissão da modificação ou da resolução de um caso poderia provocar um influxo de pedidos da intervenção judicial, pondo em causa de modo grave a estabilidade contratual do sistema jurídico¹⁰⁷. Por outro lado, a teoria do limite do sacrifício não é acolhida pelo direito civil português, as circunstâncias que sofreram alteração grave por causa da crise e que afetam consequentemente a situação económica da parte lesada são meramente pessoais e, portanto, não são suscetíveis de desencadear o funcionamento do instituto¹⁰⁸.

3.3. Alteração superveniente das circunstâncias e algumas figuras afins (a redução dogmática do instituto)

O confronto da alteração superveniente das circunstâncias com as figuras afins permitem que sejam melhor entendidas a essência do instituto e a razão pela qual a necessidade da sua autonomia.

económicas globais e graves, hiperinflação”, enquanto a pequena respeita às alterações que não sejam grandes, tenham uma influência muito menor, afetando normalmente apenas o contrato em causa. Todavia, esta distinção não é relevante a nível dogmático, uma vez que tanto uma como outra se tratam das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar, só que a grande base do negócio corresponde normalmente à base do negócio objetiva, PAULO MOTA PINTO, *ob. cit.*, p. 81-82; MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé...*, *cit.*, p. 1053 e ss.

¹⁰⁷ PAULO MOTA PINTO, *ob. cit.*, p. 105-107; MENEZES CORDEIRO, “Da alteração das Circunstâncias: A concretização do art. 437.º do Código Civil à luz da Jurisprudência posterior a 1974”, in *Separata dos Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo Cunha*, Lisboa, 1987, p. 71-75. Opinião contrária, CARNEIRO DA FRADA, *ob. cit.*, p. 683 e 690: “As ‘grandes’ alterações das circunstâncias, enquanto alterações globais dos parâmetros fundamentais da coexistência social, são na realidade um risco de todos, a que todos estão sujeitos, a cujos danos ninguém pode pretender eximir-se à custa de outrem e que não devem conduzir a permitir benefícios integrais a uma das partes com prejuízo da outra. Não devem, portanto – retirar-se –, sacrificar exclusivamente os interesses de uma das partes num contrato”. Assim sendo, perante os casos provenientes da crise financeira, “se uma exigência de justiça conduz à revisibilidade de um número considerável de contratos, os tribunais devem reconhecê-las nos contratos sobre que sejam chamados a pronunciar-se, sem poderem endossar a sua responsabilidade (a incertos) a pretexto da conveniência de uma resposta legislativa mais abrangente”.

¹⁰⁸ Cfr. ac. do STJ de 2015/1/27 (FONSECA RAMOS).

3.3.1. Erro sobre a base do negócio

No CC português, preveem-se o erro-obstáculo, ou erro na declaração (art. 247.º), e o erro-vício (arts. 251.º e 252.º). O erro-obstáculo trata-se de uma divergência não intencional entre a declaração e a vontade do declarante, enquanto o erro-vício, que nos interessa em confronto com a alteração superveniente das circunstâncias, reporta-se à ocasião de formação da vontade, consistindo numa “representação inexata ou na ignorância de uma qualquer circunstância de facto ou de direito que foi determinante na decisão de efetuar o negócio”¹⁰⁹. Se tivesse conhecimento exato da realidade, o declarante não teria realizado qualquer negócio ou não teria realizado o negócio nos termos em que o celebrou. O erro sobre a base do negócio (art. 252.º, n.º 2), que é uma espécie de erro-vício¹¹⁰, não se confunde com a alteração superveniente das circunstâncias. O primeiro refere-se às falsas representações respeitantes às circunstâncias passadas ou presentes já existentes no momento da celebração do negócio que constituem a base do negócio; isto é, a vontade do declarante está viciada, a desconformidade com a realidade das circunstâncias é originária, resultando do próprio engano ou ignorância do declarante a propósito destas situações. A alteração superveniente das circunstâncias, por seu lado, respeita aos acontecimentos futuros que são imprevisíveis no momento da celebração do negócio. Neste caso, o declarante não desconhece nem incorre numa falsa ou deficiente representação sobre qualquer realidade à data de conclusão do contrato, envolve-se apenas numa imprevisão. Assim sendo, quando esteja em causa uma falha na previsão ou se os acontecimentos previstos não se verificarem ou evoluírem no sentido diferente do suposto, caso as alterações sejam previsíveis, há apenas o erro do n.º 2 do art. 252.º¹¹¹.

¹⁰⁹ MOTA PINTO, *ob. cit.*, p. 504.

¹¹⁰ No CC português, há três modalidades de erro-vício, designadamente o erro sobre a pessoa do declaratório, o erro sobre o objeto do negócio e o erro sobre os motivos não referentes à pessoa do declaratório nem ao objeto do negócio. Para ser juridicamente relevante, a doutrina corrente entende que o erro tem de ser essencial, isto é, aquele que “levar o errante a concluir o negócio em si mesmo e não só nos termos em que foi concluído”, e próprio, isto é, quando o erro “incide sobre uma circunstância que não seja a verificação de qualquer elemento legal da validade do negócio”. No ordenamento jurídico português, porém, o erro incidental, que influiu apenas nos termos do negócio, não é irrelevante, considera-se que o negócio deverá fazer-se valer nos termos em que teria sido concluído sem o erro, ou até poder ter lugar a anulabilidade, caso não se possa ajuizar desses termos com segurança ou se prove que a outra parte não os teria acolhido, *ibid.*, p. 505 e ss.

¹¹¹ CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, p. 264-265. Ainda, MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé...*, cit., p. 1090-1091, entende que “sempre que, no fecho contratual, fosse previsível uma alteração das circunstâncias, e esta não tenha sido enfrentada no clausulado contratual, há erro, devendo aplicar-se o n.º 2 do art. 252.º”. Neste sentido, HENRIQUE SOUSA ANTUNES, “A alteração das circunstâncias no direito europeu dos contratos”, in *Cadernos de direito privado*, n.º 47, (2014), p. 7.

Quando o erro recai sobre as circunstâncias que constituem a base negocial, o n.º 2 do art. 252.º faz uma remissão ao disposto que se trata da alteração superveniente das circunstâncias. Surge, assim, uma dúvida a propósito da consequência do erro sobre a base do negócio: terá lugar a anulabilidade, tal como noutros casos de erro-vício, ou poderá o errante requer a modificação ou a resolução do contrato, tal como nos casos de alteração superveniente das circunstâncias? A doutrina predominante entende que a remissão deve indicar apenas os pressupostos da alteração superveniente das circunstâncias para a relevância do erro sobre a base do negócio, mas não a sua consequência, dado que neste caso, diferentemente da alteração superveniente das circunstâncias vigentes ao tempo do negócio, “o estado de coisas erradamente figurado é anterior ou contemporâneo do negócio. Trata-se, portanto, de um vício que inquinou já a própria formação do negócio e não de uma vicissitude surgida no decurso da sua execução”¹¹². Ou seja, a remissão é uma remissão parcial e, por conseguinte, aplica-se a consequência geral do erro ao erro sobre a base do negócio, isto é, a anulabilidade¹¹³.

3.3.2. Risco

Ao celebrar o contrato, as partes assumem simultaneamente os riscos que possam surgir na constância do negócio. Segundo MENEZES CORDEIRO, a repartição do risco assenta no velho *aforismo ibi commoda, ibi incommoda*: “se o direito atribui a um sujeito, através do esquema do direito subjetivo, uma vantagem, é justo que corra, contra ele, a possibilidade de dano superveniente causal”¹¹⁴. Assim, as regras do risco correspondem a imperativos da justiça e a exigência da segurança jurídica, trata-se de uma planificação da distribuição de danos pelos contraentes, enquanto a alteração superveniente das circunstâncias é um remédio

A doutrina tradicional caracteriza a pressuposição como “a convicção por parte do declarante, decisiva para a sua vontade de efetuar o negócio, de que certa circunstância se verificará no futuro ou de que se manterá um certo estado de coisas” e cabe a alteração anormal das circunstâncias pressupostas no art. 437.º, cfr. MOTA PINTO, *ob. cit.*, p. 505; PINTO MONTEIRO, *Erro e vinculação negocial: a propósito da aplicação do bem a fim diferente do declarado*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 17. Todavia, a nosso ver, tendo em conta que a imprevisibilidade é, em regra, um requisito essencial para desencadear o mecanismo, o tratamento do *erro in futurum* pelo art. 437.º deve ser limitado aos casos imprevisíveis.

¹¹² MOTA PINTO, *ob. cit.*, p. 514; PINTO MONTEIRO, *ob. cit.*, p. 8, nota 4; CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, p. 265, nota 26; GALVÃO TELLES, *ob. cit.*, p. 343.

¹¹³ Opinião contrária, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, “Erro sobre a base do negócio”, in *Cadernos de direito privado*, n.º 43 (2013), p. 9. MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé...*, p. 1091, entende que a anulação pode ser substituída pela modificação.

¹¹⁴ MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, cit., p. 296.

de equidade que se encontra em causa em virtude dos acontecimentos imprevisíveis. Assim, as normas do risco delimitam a aplicação da alteração superveniente das circunstâncias, não se podendo invocar se o evento estiver coberto pelos riscos normais imanentes ao contrato, como se consagra no n.º 1 do art. 437.º. Constatase, deste modo, uma colisão entre o regime do risco e o da alteração superveniente das circunstâncias no caso de perecimento da coisa nos contratos translativos de domínio, uma vez que, decorrendo do princípio *res suo domino perit*, a regra geral prevista no n.º 1 do art. 796.º faz incidir o risco do perecimento ou deterioração da coisa por causa não imputável ao alienante sobre o adquirente com a celebração do contrato, independentemente da entrega da coisa¹¹⁵. No obstante na maioria das vezes o evento que causou o perecimento do objeto ser considerado anormal e imprevisível, a aplicação do art. 437.º inutilizaria o alcance prático do n.º 1 do art. 796.º. Deste modo, a doutrina maioritária entende que se deve sempre prevalecer o regime do risco nesta hipótese¹¹⁶.

¹¹⁵ O risco é atribuído ao adquirente, uma vez que o devedor passa a ser simplesmente um depositário da coisa após a alienação mesmo que a mesma não seja entregue imediatamente. Em regra, o devedor não retira qualquer benefício durante a guarda da coisa e, pelo contrário, o adquirente, sendo o proprietário do objeto logo depois da celebração do contrato (art. 408.º, n.º1), aproveita-se dos benefícios do mesmo e, paralelamente, deve suportar o eventual risco. Ademais, este risco trata-se de um risco da contraprestação, já que o devedor cumpriu a obrigação logo que ele transferiu a propriedade ao credor, assim o risco terá de correr por conta do credor uma vez executada a prestação a que tinha direito, cfr. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral das obrigações*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 1966, p. 428-429.

¹¹⁶ No sentido da prevalência do regime do risco, cfr. MOTA PINTO, *ob. cit.*, p. 633; LOBO XAVIER, “Alteração das circunstâncias e risco (Arts. 437.º e 796.º do Código Civil)”, in *CJ*, Ano VIII, tomo 5 (1983), p. 17 e ss.; MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé...*, cit., p. 1092 e ss.; MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p.133. No entanto, há uma perspectiva de fazer distinção entre os riscos normais e riscos anormais e apenas se prevalece a aplicação do n.º 1 do art. 796.º quando o perecimento provém dos riscos normais, cfr. ANTUNES VARELA/M. HENRIQUE MESQUITA, *ob. cit.*, p. 14 e ss.; NUNO AURELIANO, *O risco nos contratos de alienação: contributo para o estudo do direito privado português*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 64-65, nota 122. No sentido semelhante, há autores que consideram que não se deve excluir de modo completo a aplicabilidade do art. 437.º nos casos dos contratos translativos de domínio, já que quando ultrapassada a álea normal, a boa-fé permite a modificação – mas não a resolução – do contrato, “com vista a uma repartição equitativa dos danos pelas partes”, cfr. ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, p. 347; GUILHERME DE OLIVEIRA, “Alteração das circunstâncias, risco e abuso do direito, a propósito de um crédito de tornas”, in *CJ*, Ano XIV, tomo 5 (1989), p. 23 e ss. Há, ainda, uma posição mais permissiva: “A repartição especial do dano deve afastar a consideração da alteração das circunstâncias mas, não obstante, se a alteração for de tal monta que, apesar de uma previsão especial quanto ao risco, do contrato resultar uma injustiça flagrante, pode ainda proceder-se à sua modificação segundo juízos de equidade ou à sua resolução”, DIOGO PEREIRA DUARTE, “Modificação dos contratos segundo juízos de equidade”: contributo para a interpretação dos artigos 252.º, n.º 2 e 437.º do Código Civil, in *O Direito*, Almedina, 2007, p. 160-162.

3.3.3. Enriquecimento sem causa

O enriquecimento sem causa caracteriza-se por uma deslocação patrimonial de alguém à custa de outrem, este locupletamento não tem causa justificativa e, assim, pode o empobrecido pedir a restituição do valor envolvido pela ação de *in rem verso*. Esta ação tem natureza subsidiária, isto é, servindo de último recurso para o empobrecido. O ponto comum que se verifica no enriquecimento sem causa e na alteração superveniente das circunstâncias se refere ao facto de que uma parte se beneficia em detrimento de outrem e este beneficiamento é injusto e vai de encontro à equidade¹¹⁷. Todavia, um carácter essencial no enriquecimento sem causa é o “sem causa”, ou seja, a vantagem obtida tem lugar independentemente de qualquer relação jurídica anterior entre os sujeitos, o que não é verdade na alteração superveniente das circunstâncias, na medida em que neste caso há causa e existe uma relação contratual entre os sujeitos. A causa do locupletamento traduz-se na manifestação do desequilíbrio na economia do contrato¹¹⁸.

3.3.4. Impossibilidade absoluta

Tradicionalmente, a impossibilidade absoluta refere-se aos casos em que a força maior ou o caso fortuito impede, em termos absolutos, o devedor do cumprimento e, assim, exonera-se este da obrigação sem responsabilidade por não ter corrido na sua culpa. A imprevisibilidade, a inevitabilidade e o causarem a impossibilidade de cumprir são as características que usualmente se atribuem ao caso fortuito ou de força maior¹¹⁹. O caso de força maior, quer resultante de uma ação humana, quer resultante de um acontecimento natural, seria inevitável nem em si própria nem as suas consequências danosas mesmo que tivesse sido prevista, enquanto o caso fortuito não foi previsível, mas seria evitável caso tivesse sido previsto¹²⁰. Todavia, a distinção não tem, em regra, valor prático, pois tratam-se os dois dos factos que determinam a impossibilidade de cumprir e, assim, a extinção da

¹¹⁷ Há autor que se entende que até não existe um locupletamento na alteração das circunstâncias por não se falar do mesmo antes do cumprimento do contrato e do pagamento da prestação, cfr. JAIME DE GOUVEIA, *Da responsabilidade contratual*, Lisboa, Edição do autor, 1932, p. 507, *apud* NELSON BORGE, *ob. cit.*, p. 59, nota 133.

¹¹⁸ CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, p. 55-56.

¹¹⁹ VAZ SERRA, “Resolução...”, *cit.*, p. 41.

¹²⁰ MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral das obrigações*, *cit.*, p. 421-422.

obrigação¹²¹. Houve uma tentativa na doutrina que pretendia alargar o âmbito da impossibilidade absoluta no sentido de abranger os problemas causados pela alteração superveniente das circunstâncias¹²²; os dois institutos, todavia, não são idênticos e devem ser tratados diversamente, uma vez que a alteração superveniente das circunstâncias se refere a apenas uma impossibilidade relativa ou *difficultas praestandi (ou difficultas agendi)*¹²³ que importa grandes dificuldades ou custos elevados ao devedor, o cumprimento torna-se mais oneroso, mas ainda se encontra formalmente realizável. A posição dominante na doutrina portuguesa entende que a mera dificuldade no cumprimento, mesmo que seja excessiva, não extingue a obrigação, dado que a solução contrária poderia redundar em grande incerteza e instabilidade¹²⁴.

A linha de fronteira entre a impossibilidade absoluta e a alteração superveniente das circunstâncias é, assim, bastante clara. No entanto, com a influência da tendência internacional no alargamento do conceito de impossibilidade, tem surgido, embora ainda não muito clamorosa, alguma discussão acerca da introdução de alterações ao regime da impossibilidade no sentido de permitir igualmente a exoneração da prestação nos casos de inexigibilidade, nomeadamente, quando se verificarem a impossibilidade prática e a impossibilidade moral. Todavia, sendo a alteração superveniente das circunstâncias, a impossibilidade prática e a impossibilidade moral todas manifestações da impossibilidade relativa¹²⁵, importa estudar a distinção e a relação entre a alteração superveniente das circunstâncias e estas figuras que se encontram ausentes atualmente no CC português, para além da possibilidade da sua consagração. Antes de mais, convém elaborar-se um ensaio do regime vigente da impossibilidade do direito civil português e das posições doutrinárias relacionadas.

¹²¹ Entende-se geralmente que não tem relevância esta distinção e a boa parte da doutrina identifica os dois conceitos, PAIVA BRANDÃO, *ob. cit.*, p. 180.

¹²² *Supra* nota 74.

¹²³ PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. II, 4.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 42.

¹²⁴ ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. II, 7.^a ed., Coimbra, Almedina, 1997, p. 67-70 e ss.; ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, p. 1075 e nota 2; MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral das obrigações*, cit., p. 407; CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, p. 44-45; PAIVA BRANDÃO, *ob. cit.*, p. 181.

¹²⁵ No presente trabalho, quando não há indicação específica, a impossibilidade relativa refere-se apenas à impossibilidade prática e à impossibilidade moral.

Capítulo IV – O regime da impossibilidade no direito português

O não cumprimento da obrigação afigura-se a não realização da prestação devida, quer pelo devedor, quer por terceiro. Quanto ao efeito, o não cumprimento pode traduzir-se em falta de cumprimento, mora ou cumprimento defeituoso. No presente estudo, interessa exclusivamente a falta de cumprimento resultante da impossibilidade não imputável ao devedor¹²⁶. A impossibilidade de cumprimento consubstancia a insusceptibilidade de efetuar a prestação e determina, conseqüentemente, a extinção da obrigação. A prestação torna-se impossível quando, “por qualquer circunstância (legal, natural ou humana), o cumprimento exigível do devedor, segundo o conteúdo da obrigação, se torna inviável”¹²⁷. No CC português vigente, os problemas da impossibilidade são tratados de modo fragmentário pelos arts. 280.º, 401.º, 790.º e ss. e 801.º e ss. e a distinção entre as várias modalidades de impossibilidade é relevante em termos da consequência. Passaremos, em seguida, a expor o instituto da impossibilidade não imputável ao devedor previsto no CC de 1966.

4.1. As modalidades de impossibilidade no CC português

4.1.1. Impossibilidade originária e impossibilidade superveniente; impossibilidade objetiva e impossibilidade subjetiva

A impossibilidade originária da prestação refere-se à situação em que a inviabilidade da prestação se verifica à data da constituição da relação obrigacional, enquanto a impossibilidade superveniente se trata dos casos em que a prestação se torna impossível após a celebração saudável do negócio. A impossibilidade objetiva, por sua vez, opõe-se à impossibilidade subjetiva, traduzindo-se numa prestação impossível para todas as pessoas, ao passo que a impossibilidade subjetiva é impossível somente para o devedor, mas a prestação é suscetível de ser realizada por terceiro¹²⁸.

¹²⁶ Para os efeitos de regime, a lei portuguesa equipara a impossibilidade de cumprimento imputável ao devedor ao incumprimento, diferenciando-se da impossibilidade de cumprimento não imputável ao mesmo.

¹²⁷ ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, cit., p. 66.

¹²⁸ Muitas vezes a distinção entre a impossibilidade objetiva e a impossibilidade subjetiva é relacionada com a classificação entre as obrigações de resultado e as obrigações de meios. A obrigação é de resultado quando o devedor se compromete a garantir a concretização de certo resultado, como a que onera o vendedor a entregar uma determinada coisa; a obrigação é de meios quando o devedor não garante o resultado, mas limita-se a prometer apenas empregar determinado esforço ou diligência para obter o tal resultado, como a que

No CC português, o art. 280.º e o n.º 1 do art. 401.º determinam a nulidade do negócio em caso de impossibilidade originária objetiva da prestação¹²⁹. Neste caso, não se coloca a questão da sua extinção por não haver nenhuma obrigação bem constituída. A impossibilidade superveniente objetiva, prevista no n.º 1 do art. 790.^{o130}, conduz à extinção das obrigações atingidas e à consequente exoneração do obrigado ou relevância das consequências da não realização de uma obrigação validamente constituída, p. ex., do *commodum* de representação previsto no art. 794.^{o131}. Nos termos do n.º 3 do art. 401.º, a simples impossibilidade originária subjetiva não gera, em princípio, a invalidade do negócio, dado que o devedor pode e deve fazer-se substituir por terceiro na prestação. Todavia, caso se trate de uma prestação de facto não fungível, a impossibilidade subjetiva, que se equipara, verdadeiramente, a uma impossibilidade objetiva, basta para tornar o negócio nulo¹³². Quanto à impossibilidade superveniente subjetiva, o art. 791.º atribui efeito exoneratório às obrigações de prestação de facto não fungível¹³³. De resto, uma vez extinta a obrigação

onera o médico ou o advogado perante o seu cliente. Assim, a obrigação de resultado normalmente só se extingue com a impossibilidade objetiva, enquanto para a obrigação de meios, tanto a impossibilidade objetiva como a subjetiva podem isentar o devedor da obrigação, *ibid.*, p. 72-73.

¹²⁹ Entende-se geralmente que o art. 401.º tem raízes na máxima de Celso: “*Impossibilium nulla est obligatio*”, isto é, não há obrigação quando é impossível, visto que obrigar alguém a uma prestação impossível equivale a adstringi-lo, desde logo, ao incumprimento, ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, cit., p. 65, nota 1. Em relação às dúvidas e críticas dirigidas a esta orientação, MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé...*, cit., p. 999-1001.

¹³⁰ O artigo 790.º corresponde ao art. 705.º do CC anterior, mas recorreu-se a um critério negativo – a impossibilidade da prestação e a não imputação do devedor, um critério mais abrangente face ao critério positivo que foi adaptado pelo art. 705.º (o devedor é impedido de cumprir por facto do credor, força maior ou caso fortuito) para afastar a responsabilidade do devedor. O caso fortuito e o de força maior foram eliminados no novo CC em virtude das dúvidas surgidas na sua distinção. Por outro lado, atualmente não há a exigência de o impedimento ter de ser causado por facto do credor. Esta orientação é aplaudível, dado que a causa da impossibilidade pode ser originada, p. ex., por um facto de terceiro, ou até por um facto do próprio devedor. Por isso, desde que não seja imputado, o devedor pode eximir-se à prestação, não sendo necessariamente o facto ser estranho ao devedor, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. II, cit., p. 42; VAZ SERRA, “Impossibilidade superveniente por causa não-imputável ao devedor e desaparecimento do interesse do credor”, in *BMJ*, n.º 46, (1955), p.45-46.

¹³¹ Segundo MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, cit., p. 183, a impossibilidade apenas cessa o direito à prestação principal e podem manter-se as prestações secundárias instrumentais e, sobretudo, os deveres acessórios.

¹³² MOTA PINTO, *ob. cit.*, p. 555.

¹³³ PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 108 e ss., entende que o alcance da impossibilidade subjetiva prevista no art. 791.º é geral, isto é, a impossibilidade subjetiva extingue a prestação tanto fungível como infungível, só não será exoneratória quando, nos termos da própria obrigação, o devedor estiver vinculado a fazer-se substituir por terceiro, pois o argumento *a contrario sensu* tornaria o art. 791.º inútil – se o devedor fosse obrigado a fazer-se substituir por terceiro, a obrigação só se extinguiria quando ninguém podia realizar a prestação, o que já se trata da impossibilidade objetiva. Quanto à crítica desta posição, entende-se que não se deve esquecer do abandono da proposta de equiparação entre a impossibilidade objetiva e subjetiva de VAZ SERRA e, ademais, da conexão sistemática entre os arts. 791.º e 828.º, o qual permite ao credor que exija a prestação de facto fungível por terceiro, NUNO

devido à impossibilidade superveniente, quer objetiva, quer subjetiva, e caso não seja imputável a qualquer das partes, o credor fica desobrigado da contraprestação e tem o direito de exigir a restituição do que já tenha prestado, de harmonia com as regras do enriquecimento sem causa (art. 795.º, n.º 1). Porém, se o credor for imputado, continua este a estar adstrito à contraprestação, mas, se o devedor tiver algum benefício com a exoneração, será o valor do benefício descontado na contraprestação (art. 795.º, n.º 2).

4.1.2. Impossibilidade total e impossibilidade parcial; impossibilidade definitiva e impossibilidade temporária

A impossibilidade diz-se total quando toda a obrigação seja atingida, ao passo que a impossibilidade é parcial quando a prestação se torne impossível apenas em parte, o devedor exonera-se mediante a prestação do que for possível, devendo, neste caso, ser proporcionalmente reduzida a contraprestação a que a outra parte estiver vinculada. Porém, o credor que não tiver, justificadamente, interesse no cumprimento parcial da obrigação pode resolver o negócio (art. 793.º). A impossibilidade diz-se temporária quando a prestação é impedida de modo transitório e o cumprimento é protelado para um momento posterior. Se a impossibilidade for temporária, o devedor não incorre em mora no cumprimento e é exonerado da responsabilidade pelo atraso em cumprir até à terminação do impedimento. Ora, a impossibilidade só se considera temporária enquanto, atenta a finalidade da obrigação, ainda se mantiver o interesse do credor. Se o adiamento do cumprimento levar ao desaparecimento completo do interesse do credor ou se a prestação for ligada a um termo absolutamente fixo, a impossibilidade é considerada definitiva (art. 792.º, n.º 2)¹³⁴. Por hipótese, o devedor é obrigado a organizar um banquete num dia específico para o casamento do credor. O impedimento da realização da prestação nesse dia pelo devedor conduz à impossibilidade definitiva, pois o credor jamais terá interesse no cumprimento noutra dia.

PINTO OLIVEIRA, *Estudos sobre o não cumprimento das obrigações*, 2.ª ed, Coimbra, Almedina, 2009, p. 28-29.

¹³⁴ ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, cit., p. 79; MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral das obrigações*, cit., p.415-418.

4.1.3. Impossibilidade absoluta e impossibilidade relativa

A impossibilidade absoluta é a impossibilidade propriamente dita, traduz-se na plena e verdadeira inviabilidade da prestação, seja por força da natureza ou do homem, ou por determinação da lei¹³⁵, ao passo que a impossibilidade relativa respeita aos casos em que a prestação é ainda praticamente possível, mas o cumprimento será excessivamente difícil ou oneroso de ordem financeira, pessoal ou moral para o devedor, isto é, mera *difficultas praestandi*¹³⁶.

De facto, VAZ SERRA, no seu anteprojeto, analisou exaustivamente as diversas modalidades de impossibilidade em sede das obrigações, inclinando-se para a tese da aproximação entre a dificuldade excessiva ou extraordinária da prestação e a impossibilidade absoluta do cumprimento, tidos em conta a boa-fé e os usos negociais e, além disso, pela interpretação das declarações negociais que fundam a obrigação, não se deve presumir que o devedor esteja disposto a vincular a esforços muito superiores àqueles que razoavelmente lhe são exigíveis para a prestação¹³⁷. Esta orientação, todavia, acabou por não ser aceite nas revisões ministeriais em virtude do eventual perigo para a segurança jurídica e dos riscos de arbítrio na prática¹³⁸. No vigente CC encontra-se o acolhimento do conceito rigoroso de impossibilidade, que também predomina em França e Itália, abandonando a doutrina da impossibilidade económica ou do limite do sacrifício exigível ao devedor¹³⁹, de procedência germânica, que atribuem igualmente efeito liberatório à mera impossibilidade relativa. Assim sendo, no ordenamento jurídico português, apenas a impossibilidade absoluta pode

¹³⁵ A impossibilidade física ou natural traduz-se na situação em que a prestação não pode ser realizada segundo as leis da natureza, p. ex., o perecimento de uma coisa certa e determinada que devia ser entregue ao credor; a impossibilidade jurídica ou legal ocorre quando a execução da prestação esteja proibida pela lei ou cujo fim só possa ser alcançado através de uma atividade ilícita, p. ex., a compra e venda dos órgãos humanos. Na doutrina é discutida a relevância da distinção entre a possibilidade legal do objeto e a sua ilicitude ou conformidade à lei, cfr. PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, vol. II, Coimbra, 2007, p. 1058, nota 3437.

¹³⁶ Não se deve confundir a distinção entre a impossibilidade objetiva e a impossibilidade subjetiva com a distinção entre a impossibilidade absoluta e a impossibilidade relativa, pois as duas distinções partem de pontos de vista diferentes. A impossibilidade objetiva pode ser absoluta (quando a prestação é impossível para todas as pessoas) ou relativa (quando a prestação é excessivamente difícil para todas as pessoas), ao passo que a impossibilidade subjetiva também pode ser absoluta (quando o impedimento do devedor é intransponível) ou relativa (quando a prestação é apenas difícil para o devedor), ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, cit., p. 71, nota 1.

¹³⁷ VAZ SERRA, “Impossibilidade superveniente...”, cit., p. 9-19, 123-124.

¹³⁸ ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, cit., p. 67-70; ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, p. 1075, nota 2.

¹³⁹ Sustentada por autores alemães HECK, BRECHT, STOLL e KLEINADAM, entre outros, cfr. ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, p. 1075; ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, cit., p. 68; VAZ SERRA, “Impossibilidade superveniente...”, cit., p. 11-12.

liberar o devedor da obrigação e, quanto à mera impossibilidade relativa ou dificuldade extraordinária, os arts. 280.º, 401.º e os arts. 790.º e ss. escusam-se a resolvê-las. Ou seja, o devedor, em princípio, tem de suportar o encargo agravado da prestação sem receber uma correspondente contrapartida mais alta. Mesmo assim, entende-se que alguns dispostos no CC podem ser recorridos para tratar os casos de excessividade da prestação e concedem algumas atenuações à rigidez da impossibilidade para salvaguardar os interesses do devedor, nomeadamente, o erro sobre a base do negócio e a alteração da base do negócio dos arts. 252.º e 437.º, o princípio da proibição do abuso do direito do art. 334.º, o conflito de direitos ou de deveres do art. 335.º¹⁴⁰. Ademais, o n.º 1 do art. 566.º prevê a substituição da reconstituição natural pela indemnização pecuniária, sempre que o interesse do credor não justifique a excessiva onerosidade daquela para o devedor; o n.º 2 do art. 762.º permite que o devedor seja indemnizado no caso de a dificuldade excessiva ser censurável ao credor e o art. 812.º prevê a redução equitativa da cláusula penal pelo tribunal quando for manifestamente excessiva¹⁴¹.

Resumindo, no ordenamento jurídico português, a impossibilidade é apenas liberatória quando se reúnem três características, isto é, ser absoluta, definitiva e, em regra, objetiva. Por outro lado, o art. 790.º exige ainda que impossibilidade seja originada por uma causa que não seja imputável ao próprio devedor, uma vez que a sua eventual culpa conduz ao incumprimento da obrigação, que é previsto separadamente no art. 801.º; neste caso, o credor pode resolver o contrato e exigir a restituição da prestação caso já a tiver realizado, independentemente do direito à indemnização¹⁴². Contudo, segundo MENEZES CORDEIRO, tal como o novo disposto do BGB, este último requisito deve relevar apenas para o dever de indemnização, pois a prestação permanece impossível ainda que o devedor tenha incorrido em culpa e, conseqüentemente, deve-se condenar igualmente à extinção da obrigação. Só que na segunda hipótese, o devedor é responsável pelos danos ilícitos suscitados e tem o dever de ressarcir o credor¹⁴³.

Importa notar ainda que, no obstante a ausência de uma disposição específica no CC vigente, enquadra-se dogmaticamente a frustração do fim da prestação e a realização do fim

¹⁴⁰ NUNO PINTO OLIVEIRA, *Estudos...*, p. 15-16.

¹⁴¹ ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, p. 1075; ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, cit., p. 69.

¹⁴² Esta distinção em termos de consequência não se verifica na impossibilidade originária. Independentemente de ser o devedor imputado, o negócio é inválido, a imputação é relevante apenas para o efeito de responsabilidade civil.

¹⁴³ MENEZES CORDEIRO, *Estudos de direito civil*, vol. I, 2.ª ed, Coimbra, Almedina, 1994, p. 103-104.

da prestação por outra via, por um facto relativo, mas inimputável ao credor, no âmbito da impossibilidade¹⁴⁴. A título de exemplo, um médico tem de proceder uma cirurgia a um paciente; no entanto, este acabou por morrer antes da operação, ou incrivelmente, ele curou-se inteiramente antes da intervenção médica. Nestes casos, a prestação do devedor ainda está em condições de ser realizada, ele não sofreu qualquer impedimento que o obstasse do cumprimento, só que o interesse primário do credor na prestação já se extinguiu ou foi satisfeito por outra via, sem culpa da nenhuma das partes. Ainda que o interesse do credor seja, em regra, um elemento estranho à prestação do devedor, a vinculação ao cumprimento por parte deste, nestas hipóteses, não faria sentido, uma vez que a operação prometida já se tornou “impossível”: não seria viável o médico fazer cirurgia a uma pessoa morta, nem a uma pessoa cujas condições de saúde se encontram ideais. Portanto, tratam-se estes casos igualmente de uma verdadeira impossibilidade. Em relação ao tratamento jurídico, sendo uma hipótese da impossibilidade, deve-se aplicar os efeitos do respetivo regime. Todavia, é controverso se deve aplicar o n.º 1 do art. 795.º ou o n.º 2 do mesmo artigo, isto é, o risco deve recair sobre o devedor – não tendo o credor qualquer culpa, este fica desvinculado à contraprestação, ou recai sobre o credor – como se lhe fosse imputável por a causa da frustração se referir mais ao credor e este continua a estar adstrito à prestação¹⁴⁵.

Efetivamente, o tratamento fragmentário da impossibilidade previsto no CC português assemelhava-se ao regime da impossibilidade do BGB antes da reforma de 2001/2002¹⁴⁶. Tanto em Portugal como na Alemanha, todavia, tem havido bastantes críticas dirigidas à atribuição de consequências diferenciadas às várias modalidades de impossibilidade¹⁴⁷. Em

¹⁴⁴ No anteprojeto de VAZ SERRA e na 1.ª Revisão Ministerial, encontrava-se o disposto que regulava os casos respeitantes ao desaparecimento do interesse do credor. Conquanto na 2.ª Revisão Ministerial se tenha eliminado as respetivas regras, é entendido que não houve a intenção de afastar esta solução que se pode julgar coberta pelo princípio geral do n.º 2 do art. 398.º e do art. 790.º, cfr. NUNO PINTO OLIVEIRA, *Princípios...*, cit., p. 513 e 514.

¹⁴⁵ ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, cit., p. 73-76; NUNO PINTO OLIVEIRA, *Princípios...*, cit., p. 513-517.

¹⁴⁶ A impossibilidade prevista no n.º 1 do art. 280.º e n.º 1 do art. 401.º corresponde à do § 306 do BGB anterior, enquanto o n.º 1 do art. 790.º corresponde ao § 275 I do mesmo.

¹⁴⁷ Uma das principais críticas é dirigida à impossibilidade originária, quer em relação à consequência jurídica de invalidade (nulidade), quer ao direito de indemnização dos interesses negativos. Quanto ao efeito da invalidade da impossibilidade originária, entende-se que o negócio, que já é impossível no momento da sua celebração, não deve ser nulo, mas antes *válido ab initio*, sendo o credor protegido pelo regime do não cumprimento. Ademais, a distinção em termos da consequência jurídica pode pôr o conteúdo da relação obrigacional na dependência de um acaso, pois por vezes não é fácil identificar o exato momento em que se dá a impossibilidade. Quanto à indemnização dos interesses negativos, entende-se que o devedor deveria indemnizar o credor, colocando-o na situação em que estaria se a prestação tivesse sido realizada, isto é, os interesses positivos, pois a indemnização dos interesses negativos pode conduzir a situações semelhantes ao

resposta, a reforma de 2001/2002 alterou este instituto e, entre as revisões, a qual nos interessa mais neste estudo consiste na autonomização da impossibilidade relativa, designadamente, da impossibilidade prática e da impossibilidade pessoal, cuja consagração pode levar à confusão nos casos práticos em virtude da sua proximidade com a alteração superveniente das circunstâncias. Importa, a este propósito, apresentar as principais alterações ao regime da impossibilidade e a consagração da alteração superveniente das circunstâncias nesta reforma, dada a importância científica do direito germânico e a sua influência sobre outras ordenas jurídicas, incluindo a nossa.

abuso do direito e resultar em injustiça, cfr. MOTA PINTO, *ob. cit.*, p. 555; NUNO PINTO OLIVEIRA, *Estudos...*, cit., p. 22-24; PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual...*, cit., p. 1065 e ss.

Capítulo V – A reforma de 2001/2002 do BGB acerca da impossibilidade relativa

O antigo CC alemão entrou em vigor a 1 de janeiro de 1900 e a parte das obrigações foi revisada de modo profundo em 1 de janeiro de 2002, após um período alargado de discussão de mais de 20 anos. A reforma de 2001/2002 consta da denominada “Lei da modernização do Direito das Obrigações” (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*) e, além de outras importantes incidências, alterou-se o regime da perturbação das prestações (*Recht der Leistungsstörungen*)¹⁴⁸, incluindo o instituto da impossibilidade de cumprimento (*Unmöglichkeit der Leistung*). Com efeito, esta revisão foi motivada, por um lado, pela exigência da harmonização da lei nacional com os regulamentos jurídicos internacionais e da UE¹⁴⁹; e estimulada, por outro lado, pelas próprias deficiências detetadas no funcionamento das regras referentes à perturbação das obrigações e pela pretensão da codificação das ideias formadas ao longo do tempo pela doutrina e pela jurisprudência que vinham sendo aceites na prática¹⁵⁰.

5.1. A discussão e o tratamento da impossibilidade relativa antes da reforma do BGB

De facto, o ordenamento jurídico alemão tem acolhido um conceito amplo de impossibilidade. A ideia de impossibilidade alargada surgiu entre as construções alemãs que

¹⁴⁸ As perturbações das prestações referem-se a todas as circunstâncias que não permitem a execução ou a execução correta da prestação. Em termos restritos, incluem-se o incumprimento, a impossibilidade de cumprir e a violação positiva do contrato; em sentido mais amplo que foi acolhido na reforma de 2001/2002, enquadram-se se também nas perturbações das prestações, a culpa *in contrahendo*, a base do negócio e o contrato com eficácia de proteção a terceiros, cfr. E. SANTOS JÚNIOR, “Da ‘impossibilidade pessoal’ de cumprir: Breve confronto do novo Direito alemão com o Direito português”, in *O Direito*, Ano 142, n.º 3 (2010), p. 423, nota 3; MENEZES CORDEIRO, *Da modernização do direito civil*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2004, p. 78-79, p. 101; idem, *Tratado...*, cit., p. 111-112.

¹⁴⁹ Embora as vozes da reforma tenham tido início em 1980s, a reforma foi impulsionada principalmente pela exigência da incorporação das regras relativas à proteção do consumidor de bens de consumo da diretiva da UE no BGB, tida em linha de conta igualmente a tendência jurídica verificada nos princípios de direito europeu dos contratos e nos princípios relativos aos contratos comerciais internacionais, tais como a CISG (*Convention on Contracts for the International Sale of Goods*), os PECL (*Principles of European Contract Law*) e os PICC (*Principles of International Commercial Contracts*) do UNIDROIT. O Ministério da Justiça alemão aproveitou esta oportunidade e fez uma alteração abrangente e substancial sobretudo a três áreas do diploma, nomeadamente, a prescrição, a inexecução e execução defeituosa e os contratos de venda de bens e contratos de prestação de serviços. No que diz respeito ao processo prolongado da reforma, cfr. CANARIS, “O novo direito das obrigações na Alemanha”, in *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n.º 25, sem. 2 (2003), p 4-6; REINHARD ZIMMERMANN, *Breach of Contract and Remedies under the New German Law of Obligations*, Roma, 2002, p. 1-9.

¹⁵⁰ CARL FRIEDRICH NORDMEIER, “O novo direito das obrigações no Código Civil alemão – a reforma de 2002”, in *Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS*, n.º 1, 2004, p. 204-210.

tentaram resolver o problema da alteração superveniente das circunstâncias. Parte da doutrina e da jurisprudência alemães procurou equiparar a impossibilidade relativa e a impossibilidade absoluta, aplicando o § 275 para impedir o credor de exigir ao devedor a prestação que lhe requeresse um esforço desproporcionado e exagerado, invocando a doutrina da impossibilidade económica ou do limite de sacrifício. A impossibilidade económica era um produto da Primeira Guerra Mundial, uma altura em que as mudanças económicas graves e sem precedentes trouxeram uma hiperinflação e, em seguida, uma depressão à Alemanha. Em consonância com esta conceção, as mudanças no clima económico severamente inquietante são consideradas como uma causa objetiva ou factual da impossibilidade, devido à qual o devedor pode pedir alívio da sua obrigação. Entendia-se que a possibilidade jurídica devia aferir-se de acordo com a boa-fé e o teor do vínculo negocial, relacionando o § 242 com o § 275. Assim sendo, o dever de prestação do devedor não se impõe em termos cegos. Ele fica adstrito apenas até certo grau de esforço e gastos que lhe são razoavelmente exigíveis, para além do qual seria contrária à boa-fé a satisfação do interesse do credor decorrente do cumprimento. Fora deste limite do sacrifício, a prestação deve ter-se por impossível e, portanto, considerava-se igualmente a impossibilidade meramente económica uma impossibilidade jurídica e atribuía-se-lhe o efeito liberatório. Os doutrinadores fundaram esta construção, precisamente, na boa-fé consagrada no § 242 do BGB e algumas decisões judiciais também se mostravam favoráveis a este o conceito amplo de impossibilidade¹⁵¹. Repare-se ainda que, no caso de impossibilidade relativa, entende-se que a liberação do devedor não deve ser automática, mas antes cabe ao devedor a sua invocação¹⁵². Todavia, perante as diferenças substanciais entre a impossibilidade absoluta e a impossibilidade relativa, não faltava a posição que se opunha a esta simples equiparação; entre os opositores, LARENZ entende que, para além da ajuda contratual pelo juiz, a dificuldade extraordinária do objeto da relação obrigacional deveriam resolver-se através da aplicação das teorias respeitantes à alteração ou ao desaparecimento da base do negócio, assentes, tão-só, na cláusula geral da boa-fé do § 242 e não no § 275; ademais, não basta que a prestação se tenha tornado muito difícil para a exclusão do cumprimento, o devedor só se pode exonerar, em casos-limite, quando a prestação apenas pode ser feita com sacrifício de interesses mais altos, p. ex., da vida ou

¹⁵¹ MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, cit., p. 273; idem, *Da boa-fé...*, cit., p. 998; MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral das obrigações*, cit. p. 405; HANNES RÖSLER, *ob. cit.*, p.487-488.

¹⁵² Cfr. NUNO PINTO MONTEIRO, *Estudos...*, cit., p. 12.

saúde sua ou dos seus parentes, pois admitindo-se a extinção da obrigação por simples agravamento da prestação equivaleria ao surgimento de grande incerteza nas relações obrigacionais que limitaria o tráfego jurídico¹⁵³. Além disso, antes da reforma, já existiam as noções de impossibilidade prática, impossibilidade moral, para além da impossibilidade económica, as quais são manifestações da impossibilidade relativa que impedem a realização do cumprimento. Contudo, tanto a classificação destas figuras como o seu tratamento jurídico têm provocado uma série de posições doutrinárias divergentes.

Perante as discussões acerca da relação entre a impossibilidade relativa e a impossibilidade absoluta e os outros problemas surgidos no seio de impossibilidade, tal como a discussão em torno da impossibilidade originária, o novo BGB resolveu tratar todas as variantes de impossibilidade via um tratamento unitário (*einheitliche Behandlung*) no § 275 I e alargar, por outro lado, o alcance da impossibilidade, no sentido de abranger diferentes situações de impossibilidade relativa no seu âmbito de regulação¹⁵⁴. Esta orientação, de facto, é uma resposta natural à realidade. Em virtude do progresso tecnológico, o âmbito da impossibilidade em sentido restrito, seja pela natureza das coisas, seja por força da lei, tem-se reduzido significativamente e o juízo de o cumprimento ser ou não absolutamente impossível está cada vez mais difícil; p. ex., hoje em dia já é possível

¹⁵³ VAZ SERRA, “Impossibilidade superveniente...”, cit., p. 11-12, nota 16; MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral das obrigações*, cit., p. 406-408.

¹⁵⁴ No BGB anterior, a impossibilidade, de facto, era o conceito central no âmbito da perturbação das prestações. Depois da reforma, o conceito de violação de dever (*Pflichtverletzung*) ocupa, em princípio, o lugar núcleo da impossibilidade neste campo. Nos termos do § 280 I, independentemente da sua causa, o credor tem direito de indemnização quando haja violação de dever por parte do devedor, quer dos deveres principais (*Hauptleistungspflichten*), quer dos acessórios (*Nebenleistungspflichten*) bem como os deveres de protecção (*Schutzpflichten*) previstos no § 241 II, desde que o devedor seja imputado. Assim, a violação de dever torna-se num pressuposto básico e comum em sede da perturbação das prestações e o § 280 estabelece um regime abrangente de indemnização (*umfassende Schadensersatzregelung*), unificando todo o sistema da perturbação das prestações. Ao reger todas as reclamações indemnizatórias, o § 280 resolve, por outro lado, o problema de não conter uma regra expressa no BGB antigo para a indemnização da execução defeituosa, cfr. CANARIS, *ob. cit.*, p. 17-18; HENSSLER/GRAF V. WESTPHALEN, *Praxis der Schuldrechtsreform*, Recklinghausen, ZAP, 2002, p. 168.

De facto, devido às confusões provenientes do conceito da impossibilidade de prestação, prevaleceu a opinião de se abandonar por completo da impossibilidade previsto no § 275, mas esta tese acabou por não ser adotada. Os opositores, sobretudo, CANARIS, *ob. cit.*, p. 10-11, entendem que o conceito de impossibilidade de execução reforça, de facto, indiretamente o direito do credor à execução específica e, de modo especial, o princípio de *pacta sunt servanda*, uma vez que a impossibilidade é “um contra-argumento a qualquer tentativa de abrandar a obrigação do devedor”. Por outro lado, esta decisão “reflete a tendência à harmonização crescente entre as leis no âmbito europeu”, na medida em que os já mencionados PECL adotam igualmente o conceito de impossibilidade “como uma alternativa para eximir o devedor de suas obrigações de execução (Artigo 9:102 2 (b) dos PECL)”. Daí a impossibilidade manter-se; passou, todavia, a ser tomada pelas suas consequências, cfr. MENEZES CORDEIRO, *Da modernização...*, cit., p. 106-107; BT-Drs. 14/6040, p. 127-128; PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual...*, cit., p. 1065-1066; LORENZ/RIEHM, *ob. cit.*, p. 146.

encontrarmos navios afundados ou até remover uma montanha¹⁵⁵. Por outro lado, mesmo que seja possível o cumprimento em termos técnicos, por vezes pode ser irrazoável a vinculação do devedor à efetuação da obrigação em certas circunstâncias. A doutrina e a jurisprudência alemãs, na verdade, ao interpretar o sentido da impossibilidade real (*wirkliche Unmöglichkeit*), já tinham abandonado o sentido literal do § 275 e alargado o conceito, partindo dos pontos de vista social e económico, ponderando se existem ou não as expectativas de o devedor cumprir as obrigações em causa. Assim, o conceito de impossibilidade foi expandido para acolher não apenas a impossibilidade natural e a impossibilidade jurídica, como também a impossibilidade prática e a impossibilidade moral. Além disso, a aplicação da impossibilidade não volta a ser ponderada de modo abstrato e absoluto, mas, ao invés, pode variar conforme os termos das obrigações convencionadas no caso concreto e, por isso, o conceito de impossibilidade é capaz de ser restrito ou alargado em função do conteúdo das obrigações¹⁵⁶. A consagração da impossibilidade relativa é, por isso, a codificação da doutrina e soluções já conhecidas na prática. Ocupamo-nos agora de estudar com pormenores as respetivas alterações.

5.2. O § 275 do BGB vigente

§ 275 Exclusão do dever de prestar (*Ausschluss der Leistungspflicht*)

1. A pretensão à prestação é excluída sempre que esta seja impossível para o devedor ou para todos.
2. 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. Na determinação dos esforços imputáveis ao devedor é também de ter em conta se o impedimento da prestação deve ser imputado a este último.
3. 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 exigível¹⁵⁷.

¹⁵⁵ BT-Drs. 14/6040, p.127.

¹⁵⁶ ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht*, Band I, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 8. Aufl., Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2000, p. 3 e ss.

¹⁵⁷ II e III são traduções de MENEZES CORDEIRO, *Da modernização...*, cit., p. 109.

4. (Remissão para os §§ 280, 283 a 285, 311a e 326).

(Sublinhado nosso)

5.2.1. O novo regime da impossibilidade

De acordo com a intenção legislativa, o novo § 275 I vem tratar de modo unitário todas as situações de impossibilidade (*alle Fälle der Unmöglichkeit*), a fim de evitar a necessidade de demarcar as várias modalidades de impossibilidade e as interpretações divergentes que pudessem resultar em casos injustos ou irrazoáveis. Assim, à impossibilidade, independentemente de ser objetiva ou subjetiva, de facto ou de direito, originária ou superveniente, imputável ao devedor ou não, em regra, é atribuída a consequência de se desvincular o devedor do cumprimento, a qual não varia em função da modalidade da impossibilidade nem da imputação do devedor¹⁵⁸. A exclusão do dever respeita apenas ao dever primário de prestação (*Primärleistungspflicht*) ou da pretensão à realização em espécie da prestação (*Anspruch auf Naturalerfüllung*), mas não afeta qualquer prestação indemnizatória secundária (*Sekundärleistungspflicht*)¹⁵⁹. O único ponto essencial é o de que o cumprimento do objeto é impossível ou cuja natureza é teoricamente irrealizável e afiguram-se estes casos a impossibilidade efetiva ou *stricto sensu*. A culpa do devedor, de resto, releva apenas para o direito de indemnização e não deve ser relevante para o efeito da exclusão de cumprimento, uma vez que neste caso a prestação continua a não poder ser realizada mesmo com a execução específica¹⁶⁰.

Entre as alterações no que respeita à impossibilidade¹⁶¹, um dos pontos marcantes trata-se da autonomização da impossibilidade relativa, designadamente, da impossibilidade

¹⁵⁸ LORENZ/RIEHM, *ob. cit.*, p. 147; CANARIS, “Die reform des Rechts der Leistungsstörungen”, in *JZ*, 2001, p. 499-500.

¹⁵⁹ PETER SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, p. 151; CANARIS, “Die reform...”, *cit.*, p. 499.

¹⁶⁰ E. SANTOS JÚNIOR, *ob. cit.*, p. 424, nota 5; REINHARD ZIMMERMANN, *ob. cit.*, p. 10; CANARIS, “Die reform...”, *cit.*, p. 500.

¹⁶¹ A matéria de impossibilidade foi-se reconstruindo pela doutrina e pela jurisprudência ao longo do século XX e apresentam-se em seguinte, em termos sucintos, as principais alterações em torno desta matéria na “Lei de Modernização do Direito das Obrigações”:

1. Quanto à impossibilidade originária, visto que a impossibilidade originária impede apenas a prestação principal efetivamente atingida – mas não se limita a ela – e outras obrigações podem nascer do negócio, não é necessário invalidar os contratos que prevejam uma obrigação de prestação impossível e apenas esta deve ficar sancionada. Deste modo, os novos §§ 275, 280 e 311a substituem os §§ 306 (que consagrava a nulidade) e 307 (que previa a indemnização dos interesses negativos). Ou seja, atualmente a impossibilidade originária é válida e, nos termos do § 311 a II, o credor pode

prática e da impossibilidade moral, que são atualmente previstas nos § 275 II, III respetivamente. Como já referido, a consagração da impossibilidade relativa no novo BGB é, de facto, uma resposta às dificuldades que têm sido encaradas na prática, visto que na realidade é frequente enfrentarmos algumas situações em que a prestação não deve ser exigível ao devedor, além da impossibilidade absoluta que é normalmente causada por caso fortuito ou caso de força maior. Aliás, a ideia tradicional de repartição dos riscos pelo contrato parece insuficiente e, por vezes, injusto no sentido de resolver alguns problemas complexos do dia-a-dia; deste modo, foi desenvolvida a possibilidade de exoneração pela inexigibilidade¹⁶².

Nos termos do § 275 I, o efeito de extinção da impossibilidade efetiva opera *ipso iure*; ou seja, verificados os pressupostos, o devedor exime-se automática e legitimamente à sua prestação. Quanto à impossibilidade relativa, o § 275 II consagra a chamada impossibilidade

optar pela indemnização em lugar da prestação, ou seja, uma indemnização correspondente aos interesses positivos, ou pelo ressarcimento das despesas efetuadas na expectativa da realização da prestação, nos termos do § 284, a menos que o devedor não seja responsável; cfr. NUNO PINTO OLIVEIRA, *Estudos...*, cit., p. 19; MENEZES CORDEIRO, *Da modernização...*, cit., p. 105-106; CANARIS, “Die reform...”, cit., p. 506.

2. Quanto à impossibilidade objetiva e subjetiva, o tratamento unitário previsto no novo § 275 I do BGB é-lhes aplicável igualmente. Independentemente de ser verificada anterior ou posterior à conclusão do negócio jurídico, a impossibilidade da prestação “para o devedor” (*für den Schuldner*) ou “para todas as pessoas” (*für jedermann*) afasta o direito do credor de exigir a prestação e o dever do devedor de a realizar. Todavia, há alguns autores que consideram que o princípio da equiparação entre a impossibilidade objetiva e a impossibilidade subjetiva do § 275 I conflitua com o princípio da não equiparação entre a impossibilidade absoluta e a impossibilidade relativa prevista nos § 275 II, III; portanto, o § 275 I deve ser interpretado de modo restritivo, limitando-se à impossibilidade objetiva, REINHARD ZIMMERMANN, *ob. cit.*, p. 15; NUNO PINTO OLIVEIRA, *Estudos...*, cit., p. 31.

3. A distinção entre a impossibilidade absoluta e a impossibilidade relativa (*difficultas praestandi*) destaca-se com a consagração do § 275 II, III.

4. Quanto à relevância da falta do devedor, dado que o facto de ser “imputável” ou não ao devedor é indiferente para a prestação, a imputação na impossibilidade, no novo BGB, apenas releva para os efeitos de indemnização.

5. Em termos de consequências legais, procedeu-se a uma simplificação e integram, em princípio, atualmente no regime geral da violação de dever do § 280, e complementado com as regras específicas nos §§ 283 a 285, 311a e 326, cfr. LORENZ/RIEHM, *ob. cit.*, p. 147-148.

¹⁶² Entende-se tradicionalmente que o contrato é um instrumento jurídico de repartição dos riscos económicos entre as partes. Ao contratar, os contraentes, tendo tomado em consideração as eventuais desvantagens que possam provir do negócio, assumem os riscos, pelo que devem cumprir o contrato de modo rigoroso. P. ex., nas obrigações genéricas, o devedor assume o dever de procurar o objeto devido no mercado em ordem a cumprir o contrato, não existe, portanto, praticamente o problema de impossibilidade. Contudo, a decisão do *Reichsgericht* sobre o caso paradigmático da compra e venda da farinha de milho deu uma saída à impossibilidade relativa: a regra geral é a de que o género nunca perece. Neste caso, todavia, o tribunal entende que a regra geral vincula o devedor ao cumprimento enquanto o género existir, mas o proprietário do moinho não estava adstrito a obter farinha da mesma espécie daquela encomenda pelo comprador, tendo em vista que a dificuldade para cumprir tal obrigação a tornava praticamente impossível para todos os comerciantes. Criou, assim, uma hipótese de impossibilidade relativa, idônea a liberar o devedor do cumprimento da prestação, conquanto esta ainda fosse física e juridicamente possível. FELIPE ROCHA DEIAB, *ob. cit.*, p. 140-141, 144-145.

prática (*praktische Unmöglichkeit*) ou fática (*faktische Unmöglichkeit*), enquanto o § 275 III consigna a chamada impossibilidade moral (*moralische Unmöglichkeit*) ou pessoal (*persönliche Unmöglichkeit*). A recusa de cumprimento prevista nos § 275 II, III é uma exceção (*Einrede*), em sentido técnico, que compete ao devedor invocar e o tribunal não pode apreciar o problema oficiosamente ¹⁶³, traduzindo-se na inexigibilidade (*Unzumutbarkeit*) da prestação que é assimilada a uma ideia de impossibilidade pela consequência unitária – cessação da prestação primária; o devedor, nestes casos, ainda é capaz de proceder ao cumprimento, pode, todavia, recusá-lo legitimamente, tendo em conta os custos que o devedor teria de carregar bem como as expectativas e os interesses do credor na prestação, perante o conteúdo do negócio e as circunstâncias do caso. Pode-se também falar de impossibilidade "normativa", pelo facto de dizer respeito a casos em que a lei ordena as consequências da impossibilidade sem realmente existir uma "impossibilidade"¹⁶⁴.

Essas duas modalidades de impossibilidade não determinam automaticamente a extinção da obrigação, na medida em que a prestação ainda se encontra realizável. Apesar das dificuldades extraordinárias, o devedor pode continuar a querer cumpri-la para obter a contraprestação, ou ele pretende provar a sua capacidade por forma a ganhar a confiança da contraparte e, provavelmente, mais negócios e ganho no futuro. É-lhe conferido, deste modo, uma opção para ele realizar ou não o cumprimento. Verificada a impossibilidade, caso o devedor recuse o cumprimento, o credor fica desobrigado da contraprestação e dispõe de determinados direitos apesar da inexigibilidade da prestação primária. P. ex., o credor tem o direito de reivindicar os interesses positivos, exigindo uma indemnização em vez da prestação (*Schadenersatz statt der Leistung*) caso o devedor tenha incorrido em culpa no caso de impossibilidade em questão. O § 275 IV remete, a propósito das consequências jurídicas da impossibilidade, para os §§ 280, 283 a 285, 311a e 326¹⁶⁵.

¹⁶³ HENSSLER/GRAF V. WESTPHALEN, *ob. cit.*, p. 142. Segundo NUNO PINTO OLIVEIRA, *Princípios...*, cit., p. 579, o contra direito qualificar-se-ia como uma exceção e “dentro das exceções, qualificar-se-ia como uma exceção material; e, dentro das exceções materiais, qualificar-se-ia como uma exceção em sentido específico”.

¹⁶⁴ MEDICUS, *Schuldrecht I : Allgemeiner Teil*, 20. Aufl., München, Beck, 2012. p. 205.

¹⁶⁵ Por via de regra, o sistema da responsabilidade civil alemão permanece caracterizado pelo princípio da culpa (*Verschuldensprinzip*), CARL FRIEDRICH NORDMEIER, *ob. cit.*, p. 216.

Quanto ao conteúdo concreto dessas regras, cfr. MENEZES CORDEIRO, *Da modernização...*, cit., p. 108-109. No que diz respeito às consequências da impossibilidade, tal como o direito do credor na contraprestação, cfr. HÜSEYIN CAN, *Impossibility in Modern Private Law: A Comparative Study of German, Swiss and Turkish Laws and the Unification Instruments of Private Law*, Switzerland, Springer, 2013, p. 32 e ss.

5.2.2. Impossibilidade prática ou física

Nos termos do § 275 II, 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. Na determinação dos esforços impostos ao devedor, é também importante tomar em conta se o impedimento da prestação lhe é culpável. O devedor, em princípio, é responsável pela sua capacidade financeira e tem de sempre arranjar meios e recursos para realizar o cumprimento. Todavia, há situações em que a vinculação à prestação não se afigura a melhor e a mais justa solução, quando o desempenho do devedor não pode ser esperado razoavelmente. A impossibilidade prática, ou fáctica, configura-se uma situação em que a prestação do devedor ainda seria praticamente possível; porém, qualquer credor sensato e prudente, se ficasse no lugar do credor do caso concreto, não esperaria que o devedor cumprisse nessa situação superando todas as dificuldades excessivas ou extraordinárias, já que o esforço exigível ao devedor no cumprimento, devido ao impedimento superveniente, seria manifestamente desproporcional perante o interesse do credor na prestação (*Leistungsinteresse*) por os custos excederem em grande medida aqueles contratualmente previstos. O exemplo da queda do anel de HECK foi utilizado para justificar a consagração. Neste caso, o anel a que o devedor se obrigaria a entregar ao credor caiu acidentalmente no fundo de um lago¹⁶⁶; seria possível que o mesmo fizesse a drenagem de forma a conseguir entregar o objeto devido ao credor; porém, qualquer credor razoável não esperaria, nesta circunstância, o cumprimento do devedor, em virtude dos custos de operação deste que seriam gravemente desproporcionados perante o interesse do credor. Portanto, o devedor tem a faculdade de recusar o cumprimento¹⁶⁷. Para determinar

¹⁶⁶ Convém recordar que não o direito alemão, diferente do nosso sistema de título, segue o sistema de modo no âmbito da transferência da propriedade, ou seja, a produção do efeito real depende apenas do *modus adquirendi*, não sendo necessário um título de aquisição. Portanto, o contrato de compra e venda tem valor meramente obrigacional, não produzindo qualquer efeito real, cfr. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. III, 7.ª ed., Coimbra, Almedina, 2010, p. 25.

¹⁶⁷ BT-Drs. 14/6040, p. 129, com referência a HECK, *Grundriß des Schuldrechts*, Tübingen, Mohr, 1929, § 28; MENEZES CORDEIRO, *Da modernização...*, cit., p. 109-110; E. SANTOS JÚNIOR, *ob. cit.*, p. 9; CANARIS, “Die reform...”, cit., p. 501. Outros exemplos da impossibilidade prática: o devedor deve um objeto ao credor que teria vendido a terceiro, mas para a restituição do objeto, o terceiro exige-lhe que pague um valor extremamente alto e irrazoável, HENSSLER/GRAF V. WESTPHALEN, *ob. cit.*, p. 145; o proprietário de um quadro roubado exigia um preço extremamente elevado ao vendedor para que este pudesse entregá-lo ao comprador; a destruição de uma garagem que foi construída com seis centímetros avançados no terreno contíguo do vizinho, cfr. CANARIS, “O novo direito...”, cit., p. 11. Uma embarcação velha que é o objeto de uma compra e venda afundou, a recuperação seria possível, mas os custos de operação excederiam o valor do objeto três vezes. Uma associação solidária comprou farinha de milho para alimentar refugiados famintos de um país asiático. Todavia,

se a expectativa do credor relativamente ao desempenho do devedor é razoável, além dos usos negociais e padrões de comércio, também se deve refletir no conteúdo concreto acordado pelas partes e nas regras da boa-fé. Ademais, tem-se de ter em conta ainda se o impedimento da prestação deve ser imputável ao devedor. A imputação não é decisiva na determinação da autorização ou não da recusa de cumprimento; todavia, se o obstáculo tiver sido causado por parte do devedor de modo intencional ou negligente, é razoável que se espere um maior esforço dele para superar as dificuldades surgidas no cumprimento. Todavia, mesmo que o devedor não tenha incorrido em culpa, não se pode concluir que o devedor esteja isento de qualquer esforço de tentar vencer os obstáculos na realização da prestação¹⁶⁸.

De facto, o elemento decisivo para o funcionamento do § 275 II prende-se com uma desproporção grosseira (*groben Missverhältnis*) entre o esforço exigível ao devedor e o interesse do credor na prestação¹⁶⁹, e não entre os custos do devedor e o seu próprio interesse na contraprestação¹⁷⁰. Assim, no caso paradigmático do anel, deve-se julgar se se constata uma desproporção grosseira entre os custos que imporiam ao devedor para drenar o lago e o valor do anel que o credor receberia. P. ex., se o devedor precisasse de usar €10,000 para fazer a drenagem de modo a retirar um anel que custaria apenas €100 no mercado; nesta hipótese, qualquer credor sensato não esperaria que o devedor gastasse esta quantia em ordem a continuar o cumprimento e, deste modo, parece mais justo que se exima o devedor à obrigação, devolvendo este o dinheiro ao credor para ele encontrar outro anel no mercado¹⁷¹. O § 275 II visa evitar um desperdício de recursos a partir da perspetiva económica, avaliando a racionalidade entre os custos e a utilidade da prestação. Portanto, é

a farinha de milho sofre, antes da entrega, de humidade, mas pode ser seca. Neste caso, embora os custos de secagem excedam o preço de compra por várias vezes, a substituição no mercado mundial não é atualmente oportuna de obter por causa do período de fome, o interesse do credor deve, portanto, predominar e o cumprimento do vendedor é esperado apesar dos altos custos de secagem, cfr. PETER SCHLECHTRIEM, *ob. cit.*, p. 155. Um caso real do BGHZ (Tribunal de Justiça Federal da Alemanha): o tribunal negou o pedido de um comprador de exigir ao vendedor proceder a uma cirurgia como uma prestação suplementar ao cão salsicha adquirida que veio a ter pernas tortas por a operação ser muito cara e o vendedor não ser responsável pelo defeito, aprovando a recusa que se baseia na exceção do § 275 II do BGB, PHILIP RIDDER/MARC-PHILIPPE WELLER, *Unforeseen Circumstances, Hardship, Impossibility and Force Majeure under German Contract Law*, in *European Review of Private Law*, vol. 22, 3 (2014), p. 376; MEDICUS, *ob. cit.*, p. 205-206.

¹⁶⁸ HENSSLER/GRAF V. WESTPHALEN, *ob. cit.*, p. 143 e 145; CANARIS, “Die reform...”, *cit.*, p. 503. P. ex., se A vender um selo raro a B com €2,000 e, antes de o transferir ao credor, vendeu a C com €4,000. Neste caso, o devedor A é esperado de pagar uma maior importância a C para ter o selo devolvido de modo a entregá-lo a B, cfr. PHILIP RIDDER/MARC-PHILIPPE WELLER, *ob. cit.*, p. 378.

¹⁶⁹ Além do esforço de natureza patrimonial do devedor, pode ainda se levar em conta o não material e, na avaliação do interesse do credor, o critério é igual, PHILIP RIDDER/MARC-PHILIPPE WELLER, *ob. cit.*, p. 377.

¹⁷⁰ CANARIS, “Die reform...”, *cit.*, p. 502; PETER SCHLECHTRIEM, *ob. cit.*, p. 155; MEDICUS, *ob. cit.*, p. 205-206.

¹⁷¹ REINHARD ZIMMERMANN, *ob. cit.*, p. 12.

excluída a aplicação do § 275 II quando o interesse do credor na execução aumenta proporcionalmente perante a elevação dos custos do devedor. Por hipótese, A e B celebraram um contrato de compra e venda de uma quantidade de automóveis, mas posteriormente o preço de certa material prima para o fabrico dos mesmos se tornou muito elevado devido a uma ocorrência extraordinária que reduziu de modo drástico o seu fornecimento em todo o mercado; neste caso, não há uma desproporção grosseira entre os custos do devedor e o interesse do credor na prestação, já que muito provavelmente o valor de automóveis sobe bastante por causa da escassez de *stock*. Ora, o interesse do credor no cumprimento da obrigação também aumenta porquanto ele irá beneficiar do valor mais elevado do objeto, pelo que a sua expectativa em preservar a prestação é razoável¹⁷². Por esse motivo, na ausência da verificação do requisito essencial de desproporção grosseira, o devedor não pode invocar o § 275 II para se exonerar do cumprimento. Caso a vinculação ao cumprimento seja demasiado gravosa para o devedor devido à desproporção entre os custos no cumprimento e o próprio interesse em contrapartida na sequência da ocorrência extraordinária, o devedor pode recorrer eventualmente à perturbação da base do negócio incorporada pela reforma no § 313 do BGB, a qual será tratada adiante¹⁷³. Para determinar se se verifica a dita desproporção, a análise terá de ser feita caso a caso, com a consideração de todos os elementos ligados ao impedimento e das regras da boa-fé.

Na vigência do antigo BGB, a regra da impossibilidade absoluta foi interpretada no sentido de ser aplicada à impossibilidade prática, ou seja, não há distinção entre as situações em que a prestação é impossível em termos absolutos e aquelas em que o cumprimento é meramente impossível em termos práticos e o devedor pode exonerar-se da prestação tanto num como noutro caso¹⁷⁴. Com a consagração do § 275 II, destacam-se as diferenças essenciais entre a impossibilidade efetiva e a impossibilidade prática, o devedor não é isento da obrigação automaticamente, mas é-lhe concedida uma faculdade de não cumprir face aos

¹⁷² Outro exemplo semelhante: um vendedor prometeu vender uma mercadoria ao comprador por €30, calculando que os custos de aquisição do fornecedor seriam €20. Todavia, posteriormente o preço do mercado mundial daquela mercadoria subiu inesperadamente para €80. Neste caso, não há uma desproporção entre os custos do devedor e o interesse do credor na prestação: apesar de o devedor ter agora um custo mais elevado para prestar o objeto devido, se o credor quiser obter de outra forma, também terá de pagar €80. Aqui, a desproporção existe, portanto, unicamente entre as despesas do devedor e o seu próprio ganho decorrente da venda, mas não existe entre aquelas e o interesse do credor, MEDICUS, *ob. cit.*, p. 206.

¹⁷³ RICHARD BACKHAUS, *ob. cit.*, p. 17; HANNES, RÖSLER, *ob. cit.*, p. 494-495; MEDICUS, *ob. cit.*, p. 206; LORENZ/RIEHM, *ob. cit.*, p. 152.

¹⁷⁴ Para a posição que se opunha à aproximação entre a impossibilidade absoluta e a impossibilidade relativa, os casos em causa eram tratados pela doutrina da alteração das circunstâncias, antes da reforma do BGB, cfr. REINHARD ZIMMERMANN, *ob. cit.*, p. 13; HENSSLER/GRAF V. WESTPHALEN, *ob. cit.*, p. 143-144.

esforços irrazoáveis. A consagração desta regra é vista como uma concretização do princípio da boa-fé prevista no § 242.

Há, ainda, que ter em conta uma outra nota importante, sobretudo tendo em conta aquele que foi um dos temas controvertidos antes da reforma. Depois da constituição de uma relação obrigacional, poderiam surgir alguns fatores imprevisíveis que imporiam ao devedor despesas exorbitantes e colocá-lo-iam numa dificuldade excessiva no cumprimento; ou seja, os custos ultrapassariam o “limite do sacrifício” (*der Opfergrenze*) a que ele deveria ficar adstrito. Do ponto de vista económico, este sacrifício do devedor não pode ser esperado pela consciência pública¹⁷⁵. Este fenómeno tem sido designado “impossibilidade económica” (*wirtschaftliche Unmöglichkeit*) pela doutrina alemã, sendo uma realidade muito próxima da impossibilidade prática. Como mencionado, antes da reforma, a impossibilidade económica cabia ou não no âmbito de impossibilidade era bastante controvertido; na falta de uma disposição expressa, esses casos eram tratados ou pelo § 275, ou pela boa-fé do § 242. Com a consagração do § 313 no BGB vigente, esta discussão foi, em princípio, resolvida. Segundo a intenção legislativa, o problema da impossibilidade económica não é acolhido pelo § 275 II, mas antes deve ser tratado pelo § 313. Assim sendo, a impossibilidade económica é retirada definitivamente do âmbito de impossibilidade¹⁷⁶. Há efetivamente diferenças básicas entre a impossibilidade prática e a impossibilidade económica. Por um lado, o § 275 II tem como ponto de partida a expectativa razoável do credor na satisfação do seu interesse, considerando, pura e simplesmente, o interesse do credor, enquanto a impossibilidade económica acolhida pelo § 313 leva em conta principalmente a salvaguarda do interesse do devedor, pois ele não deve ser exigido para continuar o cumprimento na sequência de os custos ultrapassarem de modo exagerado o limite do sacrifício. Por outro lado, na impossibilidade prática, a desproporção grosseira verifica-se entre os custos sofridos pelo devedor e o interesse do credor em assegurar o seu direito de execução, enquanto na impossibilidade económica, existe uma desproporção entre os custos do devedor no cumprimento e o seu próprio interesse em contrapartida, isto é, desproporção grave entre as prestações¹⁷⁷. Ademais, a impossibilidade prática poderia atingir todas as prestações, ao

¹⁷⁵ PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch: BGB*, 70. Aufl., München, Beck, 2011, § 275, p. 354.

¹⁷⁶ CANRAIS, *Die Reform...*, cit., p. 501. A fim de se evitar a confusão entre a impossibilidade económica e a impossibilidade relativa prevista no § 275 e para se distinguir uma figura da outra, há alguns autores que utilizam a designação de “*Unerschwinglichkeit*” em vez de “*wirtschaftliche Unmöglichkeit*”, cfr. HENSSLER/GRAF V. WESTPHALEN, *ob. cit.*, p. 146.

¹⁷⁷ CANARIS, “*Die reform...*”, cit., p. 501; MEDICUS, *ob. cit.*, p. 268; HÜSEYIN CAN, *ob. cit.*, p. 26-27.

passo que o problema da impossibilidade económica poderia atingir apenas as prestações relacionadas com contraprestações, p. ex., por terem sido constituídas por um contrato bilateral ou por um contrato oneroso¹⁷⁸. De resto, a distinção entre elas é relevante, pois os dois preceitos conduzem à consequência diferente. Invocada a impossibilidade prática do § 275 II, o devedor exime-se diretamente ao cumprimento; recorrida a impossibilidade económica que cabe no § 313, o devedor, sofrendo o desequilíbrio contratual, pode requerer a adaptação ou, quando esta não seja possível, a resolução do contrato. Todavia, a linha de fronteira entre a impossibilidade fáctica que a impossibilidade económica não parece muito clara na prática e pode causar confusão¹⁷⁹.

5.2.3. Impossibilidade moral ou pessoal

Nos termos do § 275 III, 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. Neste sentido, o novo § 275 inclui ainda mais uma regra geral referente a outra modalidade de impossibilidade relativa, que é a impossibilidade moral ou pessoal. A impossibilidade moral acontece, em regra, nos contratos de prestações laborais ou de serviço, integrando ainda questões como a da obrigação de consciência¹⁸⁰; neste caso, a prestação tem de ser realizada pessoalmente (*in Person*), mesmo sendo ainda fisicamente possível, acaba por não ser exigível em virtude de um impedimento que incide sobre o devedor, em face do interesse do credor na prestação.

A demarcação entre os § 275 I e III pode ser, por vezes, equívoca, especialmente quando a distinção entre as duas disposições tem de ser feita perante a incapacidade do empregado para trabalhar. Assim, se a prestação é de natureza pessoal e é definitivamente excluída devido à doença, este caso constitui uma impossibilidade real; se o empregado teoricamente ainda puder trabalhar apesar da sua doença, mas o esforço para prestar seria excessivo, o empregado só pode ser liberado da sua obrigação à luz do § 275 III¹⁸¹. Em comparação com o § 275 II, diferente da impossibilidade prática, o impedimento do § 275 III não é de natureza económica, mas antes se apresenta altamente pessoal ou moral inerente à própria pessoa do

¹⁷⁸ NUNO PINTO OLIVEIRA, *Princípios...*, cit., p. 567.

¹⁷⁹ *Infra* 5.4.2.

¹⁸⁰ MEDICUS, *ob. cit.*, p. 207; MENEZES CORDEIRO, *Da modernização...*, cit., p. 110-111.

¹⁸¹ HÜSEYİN CAN, *ob. cit.*, p. 28-29.

devedor¹⁸². Por outro lado, enquanto no § 275 II, o critério decisivo é apenas o interesse desproporcionalmente reduzido do credor, o § 275 III leva em consideração ainda o impedimento do devedor, ou seja, os interesses e valores fundamentais de ambos os contraentes têm de ser ponderados¹⁸³. Caso o interesse pessoal do devedor prevaleça, ele pode recusar a prestação. Existe, porém, uma dúvida de que se também é relevante o fator de o impedimento ser imputável ou não ao devedor na determinação da impossibilidade pessoal. Em termos literais, a resposta parece negativa, uma vez que o legislador apenas destacou este requisito no § 275 II¹⁸⁴. Ademais, tendo em conta o grande sacrifício que se imporá ao devedor com a prestação, ainda que o devedor seja culpado na ocorrência do impedimento, este deve ser exonerado do cumprimento, dado que ele se exime, tão-só, à prestação primária, mas não está livre de indemnizar o credor¹⁸⁵. O caso da cantora de HECK foi utilizado na exposição de motivos governamentais para demonstrar a figura da impossibilidade pessoal. Neste caso, uma cantora foi contratada para fazer uma performance. Ela, todavia, recusou-se a atuar no dia de espetáculo devido à doença súbita e grave do seu filho, a qual poderia pôr em causa a sua vida; ponderado o interesse do credor em preservar os seus direitos à execução, isto é, os rendimentos oriundos do espetáculo, e o impedimento do devedor, isto é, a doença do filho, a cantora pode recusar o cumprimento, levando em consideração as consequências desfavoráveis na sequência do cumprimento, neste caso, a provável morte da criança, e a prevalência do interesse pessoal sobre patrimonial¹⁸⁶.

¹⁸² SÄCKER/RIXECHER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB*, Band 2, 5. Aufl., München, Beck, 2007, p. 694.

¹⁸³ CANARIS, “O novo direito...”, cit., p. 12; FELIPE ROCHA DEIAB, *ob. cit.*, p. 146; HENSSLER/GRAF V. WESTPHALEN, *ob. cit.*, p. 149. Entende-se que os valores fundamentais protegidos constitucionalmente pelo art. 4 GG tem um papel importante na determinação, MEDICUS, *ob. cit.*, p. 208.

¹⁸⁴ Todavia, há autor que entende que a falta deste requisito no § 275 III é apenas uma inadvertência legislativa ao separar as duas regras, pelo que a culpa do devedor na ocorrência do impedimento do § 275 II deve ser igualmente relevante na determinação do § 275 III, cfr. E. SANTOS JÚNIOR, *ob. cit.*, p. 427, nota 21; REINHARD ZIMMERMANN, *ob. cit.*, p. 16 e nota 78.

¹⁸⁵ O § 616 do BGB prevê também uma possibilidade de o devedor não prestar serviço durante um certo período de tempo sem a culpa dele: a pessoa obrigada a realizar serviços não é privada de sua pretensão de remuneração pelo facto de que ela está impedida de realizar serviços por um período relativamente trivial de tempo por uma razão incida sobre a sua pessoa, sem culpa da sua parte. No entanto, ele deve permitir a ser creditada a quantia que ele recebe para o período quando ele é impedido de uma apólice de seguro de saúde ou acidente que existe na base de uma obrigação legal.

¹⁸⁶ Mais exemplos da impossibilidade pessoal: uma funcionária de uma tipografia recusa-se a colaborar na produção de obras pornográficas, devido às condições das mulheres degradantes; um médico recusa-se a proceder no hospital a uma interrupção voluntária da gravidez por causa das suas convicções éticas ou religiosas, cfr. E. SANTOS JÚNIOR, *ob. cit.*, p. 425. Um trabalhador recusa-se a cumprir um contrato de trabalho por ter de voltar para o país de origem para prestar serviços militares, cuja falta poderia resultar na sua condenação à pena de morte; CANARIS, *Schuldrechtsmodernisierung 2002: Zusammenge stellt und eingeleitet*, München, Beck, 2002, p. 662; BT-Drs. 14/6040, p. 130; MEDICUS, *ob. cit.*, p. 207. Importa destacar que o direito de recusa tem de ser igualmente julgado em cada caso individual. P. ex., no caso de o médico recusar

Durante a vigência do BGB antigo, os casos de impossibilidade pessoal também foram reconhecidos pela doutrina e pela jurisprudência, sobretudo, pelo tribunal do trabalho¹⁸⁷. Existia, todavia, uma divergência em relação à aplicação da teoria da alteração superveniente das circunstâncias ou do princípio da boa-fé¹⁸⁸. Há uma opinião que entende que a autonomização do § 275 III minaria a subtil linha de distinção entre a impossibilidade prática do § 275 II e a perturbação da base do negócio, que é regulado atualmente pelo § 313, na medida em que os dois preceitos levam em consideração os interesses de ambas as partes no cumprimento, e a regra daquele pode ser vista meramente como uma manifestação específica das regras gerais relativas à alteração superveniente das circunstâncias que se destina especificamente a proteger alguns valores pessoais ou morais do devedor¹⁸⁹.

De facto, a consagração da impossibilidade prática e da impossibilidade moral no direito civil pode ter-se como uma adaptação à tendência moderna¹⁹⁰, ou até um avanço em relação a esta matéria. Os preceitos dos § 275 II e III do BGB correspondem ao art. 9:102 (2)(b) e (c) dos atuais PECL (*Principles of European Contract Law*). O art. 9:102 (2)(b) dispõe que a prestação em espécie não pode ser obtida se se exigir um esforço ou uma despesa irrazoável ao devedor, enquanto o art. 9:102 (2)(c) dispõe que a prestação é igualmente inexigível quando a prestação consista na prestação de serviços ou trabalhos de carácter pessoal ou depende de uma relação pessoal¹⁹¹. Por outro lado, há regras do sentido semelhante que também se encontra no art. 7.2.2 (b) e (d) dos PICC (*Principles of International Commercial Contracts*)¹⁹². Em comparação com os dispostos dos princípios internacionais mencionados,

fazer o aborto, se a vida da mulher estiver em causa e o aborto for indispensável para salvar a sua vida, assim já não se pode recorrer ao § 275 III, PETER SCHLECHTRIEM, *ob. cit.*, p. 158.

¹⁸⁷ HENSSLER/GRAF V. WESTPHALEN, *ob. cit.*, p. 150.

¹⁸⁸ REINHARD ZIMMERMANN, *ob. cit.*, p. 15; HENSSLER/GRAF V. WESTPHALEN, *ob. cit.*, p.149.

¹⁸⁹ REINHARD ZIMMERMANN, *ob. cit.*, p. 15-16 e nota 79. Opinião contrária, E. SANTOS JÚNIOR, *ob. cit.*, p. 431, considera que o legislador alemão, através do § 275 III, veio depurar o conceito de alteração das circunstâncias, tal como o intuito de consagrar o § 275 II.

¹⁹⁰ CANARIS, “Die reform...”, *cit.*, p. 505; E. SANTOS JÚNIOR, *ob. cit.*, p. 426, nota 20.

¹⁹¹ Art. 9:102 – *Non-monetary Obligations*

(1) *The aggrieved party is entitled to specific performance of an obligation other than one to pay money, including the remedying of a defective performance.*

(2) *Specific performance cannot, however, be obtained where:*

(a) *performance would be unlawful or impossible; or*

(b) *performance would cause the obligor unreasonable effort or expense; or*

(c) *the performance consists in the provision of services or work of a personal character or depends upon a personal relationship, or*

(d) (...).

(3) (...).

¹⁹² Art. 7.2.2 – *Performance of Non-monetary Obligation*

Where a party who owes an obligation other than one to pay money does not perform, the other party may require performance, unless

os § 275 II e III do BGB prestam indicações relativamente mais concretas e restritas no que diz respeito às exigências para exercer a exceção do cumprimento¹⁹³.

5.3. Perturbação da base do negócio do BGB vigente

§ 313 Perturbação da base do negócio (*Störung der Geschäftsgrundlage*)¹⁹⁴

1. Quando, depois da conclusão contratual, as circunstâncias que constituíram a base do contrato se tenham consideravelmente alterado e quando as partes, se tivessem previsto esta alteração, não o tivessem concluído ou o tivessem feito com outro conteúdo, pode ser exigida a adaptação do contrato, desde que, sob consideração de todas as circunstâncias do caso concreto, e em especial a repartição contratual ou legal do risco, não possa ser exigível a manutenção inalterada do contrato.
2. Também se verifica alteração superveniente das circunstâncias quando representações essenciais que tenham sido base do contrato revelem falsas.
3. Quando uma modificação do contrato não seja possível ou surja inexigível para uma das partes, pode a parte prejudicada resolver o contrato. Nas obrigações duradouras, em vez do direito de resolução tem lugar o direito de denúncia¹⁹⁵.

A par da consagração da impossibilidade prática e da impossibilidade moral nos § 275 II e III, o legislador alemão veio, nesta reforma, ainda codificar a perturbação da base do negócio no § 313, o qual pode ser confundido na aplicação, como dito, com o alargamento da impossibilidade, pois são todos casos em que a prestação não deve ser exigida. Nos termos do § 313 I, se as circunstâncias não integrantes do conteúdo do contrato que constroem a base do negócio sofrerem uma alteração de modo significativo após a celebração do contrato e, se as partes tivessem previsto esta mudança não teriam celebrado o contrato ou teriam

(a) *performance is impossible in law or in fact;*

(b) *performance or, where relevant, enforcement is unreasonably burdensome or expensive;*

(c) (...);

(d) *performance is of an exclusively personal character; or*

(e) (...).

¹⁹³ CANARIS, “Die reform...”, cit., p. 505, considera que a norma do § 275 II constitui uma concretização do princípio da proporcionalidade em termos menos difuso que as normas respetivas destes princípios, sendo esta aferida exclusivamente de acordo com o interesse do credor.

¹⁹⁴ Antes da reforma, o termo usualmente usado para designar a situação era *Wegfall der Geschäftsgrundlage* (desaparecimento ou frustração da base do negócio); embora atualmente o § 313 seja intitulado *Störung der Geschäftsgrundlage*, não foi introduzida alteração material ao conceito desta figura, HANNES RÖSLER, *ob. cit.*, p.485, nota 5.

¹⁹⁵ Tradução de MENEZES CORDEIRO, *Da modernização...*, cit., p. 115.

contratado apenas noutros termos, a modificação do contrato pode ser exigida na medida em que, tendo em conta todas as circunstâncias do caso concreto, nomeadamente a distribuição contratual ou legal de risco, uma das partes não pode ser razoavelmente esperada para manter o contrato sem alteração¹⁹⁶. A doutrina tem entendido que estes pressupostos correspondem a uma combinação da base do negócio objetiva (*objektive Geschäftsgrundlage*) e da base do negócio subjetiva (*subjektive Geschäftsgrundlage*)¹⁹⁷.

Curiosamente, o § 313 II classificou os casos em que as partes incorrem em falsas representações essenciais sobre a base do contrato – erro comum das partes sobre os motivos ou as circunstâncias iniciais e basilares do negócio – como uma espécie da perturbação da base do negócio. P. ex., as partes celebraram o contrato de compra e venda de um quadro pintado por um pintor muito conhecido por um valor baixo por assumirem que fosse um quadro pintado por outro pintor não conhecido¹⁹⁸. Todavia, a delimitação entre o § 313 I e II não se deve focar na diferença entre as circunstâncias objetivas ou subjetivas, mas antes no momento em que a perturbação surge. Ou seja, o § 313 II destina-se particularmente aos casos de perturbação da base do negócio subjetiva que já existia à data da conclusão do contrato, enquanto o § 313 I é uma regra geral que se aplica a todos os casos de perturbação da base do negócio, quer objetiva quer subjetiva, que surgem depois da celebração do negócio¹⁹⁹.

De acordo com o § 313 III, a parte prejudicada pela alteração da base do negócio pode requerer a resolução do contrato apenas quando a modificação do contrato não seja prestável ou quando seja inexigível para uma das partes. Ou seja, não cabe a escolha à parte lesada, a resolução será sempre o último recurso. Quanto aos contratos de execução continuada, em vez do direito de resolução tem lugar o direito de denúncia²⁰⁰. Além disso, a adaptação ou a

¹⁹⁶ MEDICUS, *ob. cit.*, p. 270-271.

¹⁹⁷ MENEZES CORDEIRO, *Da modernização...*, cit., p. 115. Segundo alguns autores, os requisitos previstos no § 313 podem ser divididos em três elementos, que são o elemento factual (a base do negócio sofreu de uma alteração profunda), elemento hipotético (as partes teriam celebrado o contrato noutros termos se tivessem previsto as mudanças) e elemento normativo (o cumprimento do negócio sem alteração não poderia ser razoavelmente esperado da parte lesada e a contraparte deveria aceitar a adaptação do contrato, tendo em conta das circunstâncias modificadas), cfr. HANNES RÖSLER, *ob. cit.*, p. 488-489.

¹⁹⁸ Pelo contrário, se se vier a descobrir que um quadro pintado por alguém não conhecido é, de facto, obra de um pinto conhecido, aplica-se o § 434 I, HANNES RÖSLER, *ob. cit.*, p. 496. Caso o erro seja unilateral, aplicam-se os §§ 119, 122 e 142 do BGB, PHILIP RIDDER/MARC-PHILIPPE WELLER, *ob. cit.*, p. 389, nota 116.

¹⁹⁹ HANNES RÖSLER, *ob. cit.*, p. 497.

²⁰⁰ De acordo com o § 314 I, a terminação do contrato é permitida nas relações contratuais de longo prazo sempre que não pode ser razoavelmente esperado para continuar a relação contratual, tendo em conta todas as circunstâncias do caso concreto e atendendo aos interesses de ambas as partes. Este disposto é uma disposição específica que reconhece a especialidade da relação contratual de longo prazo, uma vez que a questão do

resolução deve ser pedida pela parte interessada e não pode ser decretada por iniciativa do tribunal²⁰¹. A perturbação da base do negócio tem natureza supletiva; esta essência subsidiária no BGB manifesta-se pela prevalência da autonomia privada, aliás, o instituto cede às eventuais estipulações sobre a alteração pelas próprias partes e, ademais, pela prevalência das regras da distribuição do risco e pelas outras regras específicas²⁰².

A consagração do § 313 é também, de facto, fruto do estudo passado referente à questão de alteração superveniente das circunstâncias, visando consignar no BGB os princípios que já eram reconhecidos pela doutrina e pela jurisprudência e aplicados na ordem jurídica alemã, sem introduzir alterações materiais. Portanto, as contribuições doutrinárias e jurisprudenciais em torno dos casos de alteração superveniente das circunstâncias, tal como a classificação dos casos aos quais normalmente reconhecida a aplicação da alteração superveniente das circunstâncias e, conseqüentemente, a modificação ou a resolução do contrato não perderam a sua importância com a consagração deste instituto, mas antes se mantêm praticamente operacionais²⁰³²⁰⁴. Sendo o § 313 elaborado de modo abstrato e geral, existe um grande espaço de adaptação do disposto para o juiz o aplica conforme as realidades de cada caso concreto e responder aos desenvolvimentos futuros²⁰⁵. Ademais, tem sido entendido que o instituto de perturbação da base do negócio não põe em causa o princípio da liberdade contratual, mas antes é um método no sentido de concretizar a justiça material, proporcionando um caminho para que as partes possam adaptar o contrato conforme a alteração superveniente das circunstâncias e restabelecer o equilíbrio contratual²⁰⁶. Daí que a codificação deste instituto tenha sido bem recebida na ordem jurídica alemã.

desequilíbrio contratual ou dificuldades excessivas muitas vezes é mais pronunciado em contratos deste género, cfr. LARRY A. DIMATTEO, “Contractual Excuse Under the CISG: Impediment, Hardship, and the Excuse Doctrines”, in *Pace International Law Review*, 258 (2015), p. 265.

²⁰¹ Antes da reforma, não era unânime se a modificação devia ter lugar automaticamente ou devia ser requerida pela parte. Ao introduzir a nova regra, o legislador esclareceu que é precisa a invocação da modificação pela parte lesada para as duas renegociarem o contrato, BT-Drs. 14/6040, p. 176; MEDICUS, *ob. cit.*, p. 271-272.

²⁰² MENEZES CORDEIRO, *Da modernização...*, cit., p. 115-116.

²⁰³ *Loc. cit.*; MEDICUS, *ob. cit.*, p. 265.

²⁰⁴ Os casos a que se aplicava a perturbação da base do negócio antes da reforma se tratava habitualmente da perturbação da equivalência (p. ex., uma grave e imprevisível desvalorização monetária que ocorreu antes da execução do contrato), agravamento económico (p. ex., o transporte de mercadorias por via marítima tornou-se inviável em virtude do fecho do canal e, assim, só podiam ser transportadas para o local por via aérea) e frustração do fim (p. ex., no caso da coroação, o fim de assistir ao cortejo pela janela jamais concretizar-se-ia com o cancelamento do evento), entre outros, cfr. BT-Drs. 14/6040, p. 175; PETER SCHLECHTRIEM, *ob. cit.*, p. 208-209.

²⁰⁵ LORENZ/RIEHM, *ob. cit.*, p. 198.

²⁰⁶ PHILIP RIDDER/MARC-PHILIPPE WELLER, *ob. cit.*, p. 384; HANNES RÖSLER, *ob. cit.*, p. 509.

Entre os princípios e as convenções internacionais que foram levados em consideração na reforma do BGB para que as alterações do código se alinhassem mais próximo das regras reconhecidas internacionalmente, a CISG presta apenas uma margem estreita para a exclusão da obrigação, prevista no art. 79.^{o207}, enquanto a os PECL e PICC dispõem expressamente o tratamento da alteração superveniente das circunstâncias. Repara-se que em contraste com o art. 6: 111 (2) dos PECL²⁰⁸ e os arts. 6.2.1 a 6.2.3 dos PICC (nos quais se designa “hardship” para as situações de alteração superveniente das circunstâncias e a definição de “hardship” está prevista no art. 6.2.2²⁰⁹) que indicam mais concretamente as várias manifestações da

²⁰⁷ Art 79.º da CISG

(1) A party is not liable for a failure to perform any of his obligations if he proves that the failure was due to an impediment beyond his control and that he could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it, or its consequences.

(2) If the party's failure is due to the failure by a third person whom he has engaged to perform the whole or a part of the contract, that party is exempt from liability only if:

(a) he is exempt under the preceding paragraph; and

(b) the person whom he has so engaged would be so exempt if the provisions of that paragraph were applied to him.

(3) (...)

(4) (...)

É controvertida a questão de que se o art. 79.º da CISG abrange as situações de *hardship*, uma vez que esta convenção, além deste artigo, não contem mais referência que respeite especificamente ao problema da alteração superveniente das circunstâncias que dificulta excessivamente a prestação para uma das partes e o disposto é vago e impreciso que possibilita ao juiz interpretá-lo conforme cada caso concreto, LARRY A. DIMATTEO, p. 275 e ss.

²⁰⁸ Art. 6:111 – *Change of Circumstances*

(1) A party is bound to fulfil its obligations even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of the performance it receives has diminished.

(2) If, however, performance of the contract becomes excessively onerous because of a change of circumstances, the parties are bound to enter into negotiations with a view to adapting the contract or terminating it, provided that:

(a) the change of circumstances occurred after the time of conclusion of the contract,

(b) the possibility of a change of circumstances was not one which could reasonably have been taken into account at the time of conclusion of the contract, and

(c) the risk of the change of circumstances is not one which, according to the contract, the party affected should be required to bear.

(3) (...).

A propósito das condições que têm de se verificar para desencadear a aplicação do instituto, cfr. LANDO/BEALE, *Principles of European Contract Law Parts I and II*, The Hague: Kluwer Law International, 2000, p. 324-326.

²⁰⁹ Art. 6.2.2 – *Definition of hardship*

There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, and

(a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract;

(b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract;

(c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and

(d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party.

alteração superveniente das circunstâncias, o § 313 BGB não lista os exemplos de eventos que são considerados alterações que perturbem o equilíbrio contratual de tal forma a constituir dificuldades, mas adota pura e simplesmente um disposto mais abstrato e geral.

5.4. A relação entre a impossibilidade relativa do § 275 e a perturbação da base do negócio do § 313 no BGB

5.4.1. A construção bipolar da atenuação à força obrigatória dos contratos

Em resposta à ausência de uma disposição expressa acerca do tratamento de *difficultas praestandi* no antigo BGB, a reforma de 2001/2002 forneceu dois caminhos no sentido de atenuar a força vinculativa dos contratos no caso da onerosidade extraordinária ou excessiva. Demonstradas a autonomização da impossibilidade prática e da impossibilidade moral e a consagração da perturbação da base do negócio no BGB vigente, surge, logo, uma dúvida, isto é, como se delineia a linha de demarcação entre os dois dispostos, tendo em conta as suas afinidades. Antes da reforma, a impossibilidade relativa já era reconhecida pelo ordenamento jurídico alemão, recorrendo à impossibilidade efetiva ou ao princípio da boa-fé do § 242. Com a consagração dos §§ 275 II, III e 313, acolheu-se no direito civil alemão a distinção doutrinal entre a impossibilidade prática, a impossibilidade moral e a impossibilidade económica. Contudo, esta construção bipolar pode tornar tudo mais complicado na prática devido às proximidades entre os preceitos²¹⁰. De facto, as três figuras são manifestações da impossibilidade relativa e é certo que se verificam algumas características em comum entre elas. Em primeiro lugar, o cumprimento da obrigação ainda se encontra teoricamente possível, apesar de se ter tornado excessivamente difícil ou oneroso por causa de certos impedimentos supervenientes e, em regra, imprevisíveis²¹¹. Em segundo

Quanto ao conteúdo dos requisitos e algumas ilustrações de *hardship*, cfr. UNIDROIT *Principles* 2010, p. 213-217.

²¹⁰ CANARIS, “O novo direito...”, cit., p. 15: “Portanto, segundo a lei da Alemanha, a definição das condições sob as quais o devedor – em razão de uma exceção – está isento de uma execução específica baseia-se em dois conceitos fundamentalmente diferentes e pode ser, por consequência, considerada como bipolar: de um lado, há casos ‘centrais’ de impossibilidade, que são complementados, em suas áreas nebulosas, pelo conceito de desproporcionalidade grosseira. Por outro lado, o conceito de ‘fundamentação da transação’ se aplica a situações em que há uma alteração substancial das circunstâncias relevantes. (...) essa abordagem bipolar também tende a predominar no processo de harmonização das leis de contratos no âmbito europeu (ver Artigos 9:102 II, 6:111 PECL)”.

²¹¹ No presente estudo da relação entre a alteração superveniente das circunstâncias e as duas modalidades de impossibilidade, não se conta a perturbação da base do negócio subjetiva prevista no § 313 II do BGB cujo

lugar, a exigência do cumprimento excederia manifestamente o limite imposto pelo princípio da boa-fé, sendo injusta para a parte lesada. Em terceiro lugar, tanto as duas modalidades de impossibilidade como a perturbação da base do negócio apenas podem ser invocadas pela iniciativa da parte, pois a prestação ainda se encontra possível e pode haver interesse na permanência do cumprimento. Assim, como é que operam estas disposições? Importa, por isso, esclarecer a relação entre estas figuras.

5.4.2. A relação entre os §§ 275 II e 313

No que diz respeito à relação entre os §§ 275 II e 313, segundo MENEZES CORDEIRO, o alargamento da impossibilidade à impossibilidade prática, introduzido pela reforma de 2001/2002, visa a depuração da alteração superveniente das circunstâncias. De resto, o § 275 II destina-se a operar uma clivagem entre a impossibilidade prática e a mera impossibilidade económica, que é conhecida como limite do sacrifício e que apenas poderia ser integrada no instituto da perturbação da base do negócio consagrado no § 313 do BGB vigente. “A pedra de toque estaria em que, na impossibilidade de facto do § 275 II, não estariam em causa as possibilidades do devedor, ao contrário do que sucederia no § 313: a impossibilidade determinar-se-ia mercê de um crasso desequilíbrio, inadmissível perante a boa-fé. As dificuldades de interpretação são patentes: a casuística será decisiva”²¹². De facto, embora partilhem algumas semelhanças, a nosso ver, os §§ 275 II e 313 são destinados, por via de regra, a situações diferentes.

Como já se destacou, o § 275 II trata-se de uma desproporção grosseira, considera somente o interesse do credor na prestação; o esforço exigível ao devedor é medido em conformidade com o conteúdo da relação obrigacional e, sobretudo, a expectativa do credor na prestação em cada caso concreto e não se toma em consideração o próprio interesse do lado do devedor, enquanto o § 313 se trata de um contrato cujo equilíbrio foi prejudicado de modo grave, pondera os interesses relativos das duas partes, levando em consideração todos os elementos envolvidos, seja o preço acordado ou questões morais e familiares, tendo em vista proteger a parte lesada – seja o devedor ou o credor – que sofreu da perturbação da

impedimento de cumprimento já existia à data da celebração do negócio, visto que esta perturbação se relaciona, com efeito, com o problema de erro.

²¹² MENEZES CORDEIRO, *Da modernização...*, cit., p. 110.

base do negócio²¹³. Ademais, o obstáculo que impede o devedor da prestação no caso de impossibilidade prática, ainda que frequentemente se manifeste simultaneamente como uma manifestação de alteração superveniente das circunstâncias, não incide necessariamente sobre as circunstâncias que constituem a base do negócio. De resto, o § 275 II é, de facto, uma regra mais restrita que se circunscreve ao tratamento dos casos-limite em que o interesse do credor na prestação não deve ser esperado por causa da desproporção grosseira²¹⁴, o devedor pode recusar-se a cumprir o contrato – mas não o pode modificar. A consequência jurídica da impossibilidade prática segue o princípio de “o tudo ou o nada” (*Alles-oder-nichts-Prinzips*) que domina a impossibilidade, isto é, ou a liberação ou a permanência da vinculação. O § 313, por sua vez, é um disposto cujo âmbito é mais amplo e geral, concedendo às partes uma possibilidade de revisar o contrato de modo a restabelecer o equilíbrio contratual, ou rescindi-lo – caso a revisão contratual não seja possível²¹⁵ – quando a base do negócio tenha mudado de modo ponderoso, não obstante terem de ser preenchidos outros requisitos previstos no § 313 I para desencadear o mecanismo, tais como a imprevisibilidade, a essencialidade e a não assunção do risco legal e convencional²¹⁶. Por fim, quando o devedor seja culpado na ocorrência do impedimento, afasta-se, em princípio, o § 313; pelo contrário, de acordo com o § 275 II, a culpa do devedor não exclui necessariamente a sua invocação, mas apenas pode aumentar relativamente a expectativa do credor na manutenção do cumprimento.

No que diz respeito à distinção entre a impossibilidade prática do § 275 II e a impossibilidade económica que é uma das manifestações da alteração superveniente das circunstâncias e integra, portanto, o âmbito do § 313²¹⁷, embora haja alguns critérios assinalados no sentido de destacar a disparidade entre as duas figuras²¹⁸, é possível que haja concorrência na prática, uma vez que a expectativa do credor na execução da prestação e a

²¹³ NUNO PINTO OLIVEIRA, *Estudos...*, cit., p. 14 e nota 7; HENSSLER/GRAF v. WESTPHALEN, *ob. cit.*, p. 146; HANNES RÖSLER, *ob. cit.*, p.495.

²¹⁴ LORENZ/RIEHM, *ob. cit.*, p. 152; CANARIS, “Die reform...”, cit., p. 501-502.

²¹⁵ Aqui não ser “possível” a modificação contratual não se refere ao sentido de impossibilidade do § 275 I do BGB, mas é a situação em que o contrato original, embora permaneça praticável, perdeu todo o sentido devido à perturbação da base do negócio, MEDICUS, *ob. cit.*, p. 272.

²¹⁶ NUNO PINTO OLIVEIRA, *Estudos...*, cit., p. 14.

²¹⁷ Como referido, o § 313 é um disposto que pode ser recorrido a tratar uma grande variedade de casos devido ao seu conteúdo abstrato e geral, p. ex., a frustração do fim. Por isso, tendo em conta a confusão causada pelas proximidades entre a impossibilidade prática e a impossibilidade económica que cabe atualmente no § 313, a qual é a vertente da perturbação da base do negócio que é ligada muitas vezes à impossibilidade prática, consideramos importante fazer uma comparação individual entre elas.

²¹⁸ *Supra* 5.2.2.

expetativa no esforço de o devedor tentar superar as dificuldades económicas são frequentemente relacionadas. Para além disso, quando haja uma desproporção entre o esforço exigível ao devedor e o interesse do credor na manutenção da prestação, este esforço ultrapassa basicamente ao mesmo tempo o limite do sacrifício que o devedor assumiu ao celebrar o contrato. Na doutrina alemã, não falta a opinião de se eliminar a distinção entre a impossibilidade prática e a impossibilidade económica por se traduzirem na mesma realidade: o devedor sofrer de uma sobrecarga dos custos na sequência de uma perturbação. P. ex., o caso paradigmático do anel que é utilizado para demonstrar a impossibilidade prática seria, de facto, uma manifestação da impossibilidade económica. Numa situação de impossibilidade económica, relacionada com o aumento dos custos no mercado, não se divisaria uma diferença substancial em relação aos restantes casos. O aumento dos custos no mercado corresponderia exatamente a uma sobrecarga que passa a ser exigida ao devedor. Portanto, a distinção entre as duas figuras com a atribuição de consequências diferentes seria insustentável, elas deveriam ser tratadas de modo igual; a consagração atual das duas regras diferentes poderia resultar na arbitrariedade das partes²¹⁹.

Em virtude das ligações entre a impossibilidade prática e a impossibilidade económica, pode haver uma sobreposição dos §§ 275 II e 313²²⁰. A propósito da prevalência de um ou do outro no caso do concurso da aplicação, tem havido muita discussão na doutrina. As opiniões divergentes em relação à concorrência entre os dois preceitos podem ser divididas em quatro grupos:

1. A primeira opinião é a prioridade do § 275 II, pois a norma intervém sistematicamente mais cedo. Assim, a convocação do § 313 só é possível se o devedor não poder ser liberado pelo § 275 II; contudo, alguns autores desta posição entendem que, com o acordo de ambas as partes, elas podem também recorrer diretamente ao § 313.

²¹⁹ EDUARD PICKER, “Schuldrechtsreform und Privatautonomie – Zur Neuregelung der Schuldnerpflichten bei zufallsbedingter Leistungsstörung nach 275 abs. 2 und 313 BGB”, in *JZ*, 2003, p. 1045 e ss. PETER SCHLECHTRIEM, *ob. cit.*, p. 156, por sua vez, crítica igualmente a decisão legislativa de distinguir a impossibilidade prática e a impossibilidade económica. Segundo este o autor, a distinção entre a impossibilidade prática e a impossibilidade económica não é segura de realizar, a classificação pode ser teoricamente clara, talvez, mas na prática é obscura, uma vez que é tudo sobre o esforço do devedor e em que medida se pode esperar o esforço perante os interesses do credor não é, por vezes, fácil de identificar.

²²⁰ No SÄCKER/RIXECHER, *ob. cit.*, p. 674, são assinaladas as características das duas modalidades da impossibilidade relativa, distinguidas as situações de exclusiva aplicação do § 313, as situações de exclusiva aplicação do § 275 II e as situações em que ambas as disposições concorreriam.

2. O § 313 prevalece sobre o § 275 II, uma vez que o primeiro responde aos problemas com mais flexibilidade, ao passo que o § 275 II é dominado pelo princípio de “o tudo ou o nada”, autorizando a liberação ou impondo a permanência da vinculação, sem qualquer remédio intermediário. Além disso, como o § 313 apenas se aplica às obrigações contratuais, ele deve ser considerado uma norma especial e, como tal, ter prioridade sobre o § 275 II.

3. As duas disposições são diferentes, quer em termos de requisitos quer em termos de consequência jurídica. Portanto, não se qualifica a relação entre elas.

4. Devido à dificuldade em definir a relação entre as duas disposições, alguns autores sustentam a escolha do devedor, isto é, sempre que estejam reunidos os requisitos das duas regras, cabe ao devedor optar pela recusa da prestação prevista no § 275 II ou pela modificação ou resolução do contrato prevista no § 313²²¹.

Na verdade, uma prioridade do atual § 313 tem sido defendido nos trabalhos preparatórios temporariamente; todavia, o legislador evitou conscientemente esta solução e acabou por defender a prioridade do § 275 II²²². Assim sendo, a aplicação do § 313 deve ser restringida pelo § 275 II, pois o âmbito abrangido pelo § 313 pode ser demasiado estendido

²²¹ MICHAEL STÜRNER, “Faktische Unmöglichkeit (§ 275 II BGB) und Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) – unmöglich abzugrenzen?”, in *JURA*, 2010, p. 722-723. Curiosamente, este autor propõe uma distinção entre os §§ 275 II e 313 conforme a estrutura do risco contratual. Quer a impossibilidade fática quer a perturbação da base do negócio têm raízes no § 242 BGB, ambas permitem ao devedor um desvio à prestação. Todavia, as formulações relativamente vagas destas disposições podem resultar numa concorrência na prática e, portanto, este autor propôs uma forma de distinção que se relaciona com o risco contratual de maneira a lançar uma demarcação mais clara entre a impossibilidade fática do § 275 II e a perturbação da base do negócio do § 313. Em palavras simples, § 313 preocupa-se com o risco fora do contrato, aquele que não era previsível no momento de contratação que veio a perturbar a base do negócio; pelo contrário, se o risco for um risco interno do próprio contrato que as partes já tiveram em conta ao celebrar o contrato, mas mantiveram a contratação, e posteriormente veio a causar uma desproporção grosseira entre os custos do devedor e o interesse do credor, cabe ao § 275 II. Para determinar se o risco é dentro ou fora do contrato, a interpretação do acordo será decisiva. Por hipótese, o devedor, uma empresa profissional do setor, prometeu retirar um objeto que estava dentro de um iate afundo com o preço X, após a avaliação das condições locais; contudo, posteriormente uma corrente forte levou o iate do local de incidente e a sua procura implicaria custos muito elevados. Neste caso, por via de regra, o devedor deve ter previsto e assumido as dificuldades que podem suscitar durante a recuperação. Sendo um risco inerente ao contrato, este caso só pode ser tratado pelo § 275 II. Diferentemente, no caso da perturbação da base do negócio, se o equilíbrio contratual é perturbado de modo grave pela depreciação da moeda, este risco é normalmente imprevisível pelas partes e, portanto, aplica-se o § 313; todavia, se o contrato se baseia numa especulação em flutuações cambiais, a única solução será o § 275 II. *Ibid.*, p. 724-726.

Em relação a esta proposta, mostramos a nossa hesitação, dado que o impedimento que perturba a prestação no § 275 II também é, em geral, imprevisível. Se as partes já tiverem previsto o risco, ao celebrar o contrato, elas já o repartiram com os termos contratuais e os preços definidos. Se o devedor tiver assumido o risco de acordo com o contrato, em princípio ele deve continuar a ser obrigado por aquilo a que se vinculou e não há de ser admitido a invocar a impossibilidade prática.

²²² BT-Drs. 14/6040, p. 176.

e favorece o devedor em grande medida e, portanto, sendo o § 275 II é um pressuposto de exclusão, só se pode aplicar § 313 a situações não abrangidas por aquela disposição. De facto, uma vez preenchidos os requisitos do § 275 II, nem que o credor se oponha à esta intenção, o devedor pode invocar a exceção de não cumprir, recusando-se a realizar a prestação diretamente e não precisa de recorrer ao § 313 para tentar conseguir a modificação do negócio. Ou seja, o § 275 II será uma melhor solução para o devedor. Ademais, o § 313, sendo uma regra supletiva devido à consideração da estabilidade contratual e segurança jurídica, deve ser recorrido sempre no último lugar. No entanto, se pensarmos melhor, quando sejam preenchidos contemporaneamente os requisitos tanto do § 275 II como do § 313, parece que não faria muito sentido que se proibisse o devedor de invocar este preceito em vez do outro. Imagine-se que no caso da impossibilidade prática, o devedor dispõe da faculdade de escolher cumprir ou não a prestação; visto que o mesmo pode optar recusar o cumprimento, por maioria da razão, parece que o devedor também pode requerer a modificação dos termos do contrato mediante o disposto do § 313, desde que o interesse do credor não seja prejudicado ou este dê o seu consento, p. ex., o credor estiver disposto a assumir parte da onerosidade do devedor e, assim, pretende modificar igualmente os termos do contrato para manter a prestação²²³.

5.4.3. A relação entre os §§ 275 III e 313

Quanto à relação entre os §§ 275 III e 313, a impossibilidade moral, à partida, não se deve confundir com a impossibilidade económica. Embora ambas as figuras tomem em consideração os interesses das duas partes, no primeiro caso está em causa a salvaguarda dos interesses pessoais ou morais, enquanto no segundo o devedor é liberado do cumprimento por os custos económicos ultrapassarem o limite do sacrifício. Relativamente à relação entre a impossibilidade moral e a perturbação da base do negócio, há opiniões divergentes em relação à natureza desta modalidade de impossibilidade de ser uma manifestação específica das regras gerais da alteração superveniente das circunstâncias ou ser um disposto particular que veio a depurar este conceito. Pela nossa parte, a impossibilidade moral, tendo a sua aplicação que visa particularmente a proteção dos valores fundamentais e superiores e a não

²²³ No mesmo sentido, SÄCKER/RIXECHER, *ob. cit.*, p. 673-674; HENSSLER/GRAF V. WESTPHALEN, *ob. cit.*, p. 147.

exigência de uma prestação pessoal, não se coincide com a alteração superveniente das circunstâncias que trata, em regra, o grave desequilíbrio contratual em termos patrimoniais. Por outro lado, além das diferenças presentes na distinção entre os §§ 275 II e 313 que se verificam igualmente entre os §§ 275 III e 313, isto é, a aplicação do § 275 III ser restringido aos casos-limite e a culpa não afastar o funcionamento do mesmo, importa destacar que a circunstância superveniente que impede o devedor de cumprir o contrato é muitas vezes relevante apenas para o próprio devedor e não incide sobre as circunstâncias em que as partes edificam a vontade de contratar. P. ex., no caso da cantora, a saúde do filho não é, obviamente, uma circunstância que integra a base do negócio. Todavia, o valor superior do interesse do devedor envolvido merece a sua prevalência e justifica a perda do interesse da contraparte.

Capítulo VI – Impossibilidade prática e impossibilidade moral no direito civil português e a sua relação com a alteração superveniente das circunstâncias

6.1. Impossibilidade prática e impossibilidade moral no direito civil português

Com a rejeição da tese proposta por VAZ SERRA nos trabalhos preparatórios do CC de 1966, a dificuldade extrema da prestação não exonera o devedor, sendo irrelevante no que diz respeito ao efeito da impossibilidade. Deste modo, desde que seja física e legalmente possível, o devedor continua vinculado à realização da prestação. A falta da prestação resulta, em princípio, no incumprimento e gera-se a consequente responsabilidade civil do devedor. Assim sendo, parece que os casos de impossibilidade prática e impossibilidade moral consagrados no direito civil alemão pela reforma de 2001/2002 não relevam da impossibilidade de cumprir no ordenamento jurídico português.

Todavia, não faltam opiniões que sustentam o desenvolvimento do conceito de impossibilidade. MENEZES CORDEIRO entende que a impossibilidade deve ser tomada em sentido sociocultural e não físico ou naturalístico, pelo que a impossibilidade deve ser avaliada conforme a concreta relação existente entre o devedor e o credor, atendendo-se às condições de cada uma situação para determinar se é suscetível a realização da prestação, dado que o progresso do conhecimento científico e tecnológico sempre implica o recuar da fronteira da impossibilidade. Nesta conformidade, no caso da queda do anel, o devedor comum não está obrigado a fazer a drenagem para retirar o anel do lago, mas o resultado já é diferente se o devedor for uma empresa de drenagem contratada para o efeito²²⁴. MANUEL DE ANDRADE, por sua vez, concorda com a permissão de certas atenuações à impossibilidade absoluta do nosso sistema jurídico. Assim, a *difficultas praestandi* tem efeito liberatório, embora não automático, em certas condições. O devedor pode ser isento da prestação nos casos-limite em que “a prestação apenas puder realizar-se com meios que estão de tal maneira fora de relação com o resultado que no comércio jurídico não são de modo nenhum tomados em consideração”²²⁵.

Por outro lado, GALVÃO TELLES preconiza que o instituto de alteração superveniente das circunstâncias pode ser mobilizado para resolver os casos de impossibilidade prática e

²²⁴ MENEZES CORDEIRO, *Da modernização...*, p. 111.

²²⁵ MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral das obrigações*, cit., p. 408.

impossibilidade moral, uma vez que a lesão que a parte sofre com a modificação do condicionalismo inclui tanto a onerosidade económica como os sacrifícios não patrimoniais, o que é uma exigência decorrente dos princípios da boa-fé. Deste modo, conquanto não esteja o devedor em absoluta impossibilidade de cumprir, “só poderia fazê-lo mediante exagerado sacrifício económico, realizando dispêndios para além do razoável, ou mediante o sacrifício, igualmente desrazoável, de outros valores de natureza não patrimonial (...)”, esta onerosidade superveniente da prestação dá-se, assim, por “ocorrência de uma anómala (e impossível) alteração das circunstâncias, em virtude da qual a exigência do cumprimento da aludida prestação afetaria gravemente os princípios da boa-fé ou não estaria coberta pelo risco normal do contrato”²²⁶. Além disso, outros sustentam que os dispostos dos § 275 II, III são abrangidos implicitamente no vigente CC português. Desta feita, o § 275 II do BGB dirige-se aos casos de abuso do direito do art. 334.º; o § 275 III do BGB dirige-se aos casos de conflito de direitos, ou de conflito de deveres, do art. 335.º, admitindo que o devedor recuse a prestação “quando tal recusa se funde na existência de um interesse ou dever superior”. Fora destes casos, ou seja, quando não haja um abuso de direito ou um conflito de deveres, os problemas de dificuldade excessiva devem resolver-se por aplicação da doutrina da alteração ou do desaparecimento da base do negócio²²⁷²²⁸.

Em relação à impossibilidade moral, foram igualmente propostos alguns tratamentos jurídicos divergentes. Como referido, uma das propostas é que se trata de um caso de conflito de deveres. ALMEIDA COSTA considera que há casos-limite em que o grau de dificuldade se equipara praticamente à impossibilidade. “Também se pode considerar a hipótese de colisão de deveres – que, em vez de impossibilidade de cumprir, será porventura mais rigoroso qualificar como causa justificativa do não cumprimento – isto é, quando a realização da prestação colida com o cumprimento de um outro dever mais forte que impenda sobre o obrigado”²²⁹. Por outro lado, há autores que consideram que a matéria da impossibilidade

²²⁶ GALVÃO TELLES, *ob. cit.*, p. 352-353 e as bibliografias italianas citadas na nota 32.

²²⁷ NUNO PINTO OLIVEIRA, *Estudos...*, cit., p. 16.

²²⁸ De facto, o termo da “impossibilidade prática” também se encontra no ordenamento jurídico português, mas no direito do trabalho: neste particular, a doutrina e a jurisprudência sustentam que “se verificará a impossibilidade prática do contrato de trabalho sempre que não seja exigível da entidade patronal a manutenção do vínculo laboral em virtude da permanência do contrato constituir uma insuportável e injusta imposição ao empregador”, convocando a impossibilidade prática de subsistência da relação laboral e deve ser reconduzida à ideia de “inexigibilidade” da sua manutenção, MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 8.ª ed., vol. I, p. 461; MENEZES CORDEIRO, *Manual do Direito de Trabalho*, Coimbra, Almedina, 1997, p. 822.

²²⁹ ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, p. 1076, nota 2. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral das obrigações*, cit., p. 408-409, partilha uma ideia semelhante: “Por outro lado – e embora desta restrição possa bem questionar-se

moral, no direito civil português, pode ser tratada a nível de responsabilidade civil, quando se preencham todos os requisitos, com o conceito de desculpabilidade como causa de exclusão da culpa²³⁰. Há desculpabilidade quando ocorram situações de carácter excepcional que dirimam o juízo de censura, nomeadamente porque a exigência do comportamento devido ofenderia gravemente o princípio da boa-fé²³¹. Caso se verifique a culpa ou a negligência do devedor na criação daquele estado de coisas, parece que aí não há desculpabilidade e, nesta hipótese, a impossibilidade moral releva do incumprimento da obrigação e o devedor será responsável pela consequente responsabilidade civil²³². Assim sendo, no caso da cantora acima referido, a recusa de cantar ter-se-ia por um incumprimento voluntário e seria suscetível de gerar responsabilidade contratual; contudo, a desculpabilidade pode, neste caso, afasta a culpa²³³.

De facto, desde há muito tempo, PAULO CUNHA apresenta uma modalidade interessante da impossibilidade jurídica na doutrina portuguesa, que se designa por “impossibilidade moral”. Desta feita, o objeto do negócio jurídico é ainda possível física e juridicamente, mas seria inviável por se opor a uma conjugação de normas ou de princípios jurídicos, ou quando estejam em causa valores fundamentais e deveres morais do sistema jurídico, expressos pela ideia de boa-fé²³⁴. As justificações são ilustradas num acórdão arbitral relatado por este insigne autor ainda na vigência do antigo CC. Neste caso, foi celebrado, em 6 de abril de 1942, um contrato entre o Arsenal do Alfeite, estabelecimento fabril do estado e a União Elétrica Portuguesa (UEP), sociedade comercial concessionária da produção e distribuição

em face da nossa lei – o devedor será igualmente admitido a recusar a sua prestação quando tal recusa se funde na existência de um interesse ou dever superior. Assim, pelo menos, nos casos – que certos autores qualificam da impossibilidade moral – em que a prestação só pode ser executada com grave risco da vida ou da saúde do devedor ou dos seus familiares, ou com grave sacrifício dos seus sentimentos pessoais ou de deveres para com outrem – o que será atendível, principalmente, nas obrigações de prestação de facto. Nesta conformidade, não será exigível que um ator participe na representação teatral na noite fixada, se, em virtude de doença que lhe sobreveio, isso poria em perigo a sua vida; da mesma sorte, poderá uma cantora recusar-se a tomar parte num recital, quando assim o exija a sua presença junto de um filho gravemente doente”.

²³⁰ E. SANTOS JÚNIOR, *ob. cit.*, p. 429-430; MENEZES CORDEIRO, *Da modernização...*, cit., p. 111.

²³¹ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, vol. II, tomo III, Coimbra, Almedina, 2010, p. 508-509.

²³² E. SANTOS JÚNIOR, *ob. cit.*, p. 433-434.

²³³ MENEZES CORDEIRO, *Da modernização...*, cit., p. 111, considera que a inserção sistemática no próprio plano da (im) possibilidade da prestação do BGB permite soluções mais simples e imediatas, particularmente no que toca à tutela do credor. “Este poderá, desde logo, beneficiar dos direitos que a lei lhe confere, sem ter de aguardar por uma sempre insegura ação de responsabilidade civil. Idêntica vantagem atinge, de resto, o próprio devedor em causa. (...) O preenchimento da inexigibilidade – que integra o cerne da impossibilidade pessoal – terá de ser feito na base dos casuísmos próprios da concretização de conceitos indeterminados”. Opinião contrária, *infra* 6.2.2.2.

²³⁴ MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, tomo IV, cit., p. 181-182.

de energia elétrica em alta tensão do distrito de Setúbal, nos termos do qual este fornece energia elétrica àquele estabelecimento e caso haja interrupção do fornecimento, a UEP pagará uma multa, com a ressalva dos casos considerados de casos fortuitos ou de força maior previstos no contrato. Todavia, o fornecimento da energia elétrica foi perturbado devido à ocorrência da Guerra e a UEP, se se vinculasse à prestação integral ao Arsenal do Alfeite, não conseguiria prestar serviço a todos os seus clientes restantes; procedeu, deste modo, a um rateio equitativo, entre eles, da energia disponível, o que fez com que as oficinas do Arsenal do Alfeite deixassem de manter a laboração na sequência da potência reduzida²³⁵. Neste caso, se for analisado o problema à luz do CC atual, não se pode recorrer à impossibilidade, já que o fornecimento inteiro da eletricidade ao Arsenal do Alfeite ainda se encontrava possível, a simples dificuldade não liberta, segundo o direito civil português, o devedor da obrigação; a alteração superveniente das circunstâncias, por sua vez, também deve ser afastada devido à falta dos dois requisitos, nomeadamente, a imprevisibilidade e a não cobertura pelos riscos próprios do contrato. Por fim, a ideia de conflito de deveres tão-pouco faculta uma solução idónea, além de surgir inaplicável em concreto²³⁶.

No acórdão relatado, PAULO CUNHA valoriza a impossibilidade moral como uma modalidade de impossibilidade jurídica, sendo um impedimento que a lei não pode obrigar o devedor a transpor. A UEP precisaria de sacrificar totalmente o interesse de alguns utentes para que as obrigações para com o Arsenal do Alfeite fossem cumpridas por inteiro, violando desigual e deliberadamente as obrigações contratuais para com aqueles contraídas. Esta violação consciente de certos deveres jurídicos, para dar tratamento preferencial a outros de natureza e valor igual, não é para a lei uma possibilidade com que se deva contar. Desta maneira, a impossibilidade moral, sendo uma impossibilidade verdadeira e jurídica, concede uma saída ao devedor para prevenir violações de certos deveres²³⁷. MENEZES CORDEIRO entende que esta orientação é fundamentada num princípio jurídico que obrigue ao tratamento igualitário das pessoas, designadamente no que toca ao cumprimento das obrigações. Assim, a lei não pode sancionar uma solução egoísta e antijurídica para dar prioridade a certa obrigação. Portanto, a exigência do tratamento igualitário torna o

²³⁵ *Arbitragem entre o Arsenal do Alfeite e a União Elétrica Portuguesa*, Ac. do Tribunal Arbitral de 1944/5/30, in *O Direito*, n.º 77, 1945, p. 181-192, 210-224, 250-256; MENEZES CORDEIRO, *Estudos...*, cit., p. 100-101.

²³⁶ MENEZES CORDEIRO, *Estudos...*, cit., p. 102-108.

²³⁷ *Arbitragem...*, cit., p. 251-252; MENEZES CORDEIRO, *Estudos...*, cit., p. 109.

cumprimento juridicamente inadmissível²³⁸. Tendo em conta as disposições respeitantes à matéria da impossibilidade relativa introduzidas pela “Lei de Modernização do Direito das obrigações” do BGB e aceites igualmente pelos direitos europeus e internacionais, deve o legislador português se adaptar à corrente moderna da evolução e acrescentar uns preceitos no sentido de exonerar o devedor no caso da dificuldade grave ou extraordinária? Caso a resposta seja positiva, como se relacionarão com as regras da alteração superveniente das circunstâncias?

6.2.O possível e adequado tratamento dos casos de impossibilidade relativa no ordenamento jurídico português

Após uma breve análise da manifestação atual de impossibilidade relativa, designadamente, da impossibilidade prática e da impossibilidade moral, no direito civil português, enfrentaremos seguidamente os desafios trazidos por essas realidades que se verificam frequentemente hoje em dia. Nesta parte, centrar-nos-emos principalmente nas duas questões seguintes: em primeiro lugar, perante o conceito absoluto de impossibilidade adotado pelo CC português, discutir-se-á se se deve encontrar uma saída, no plano normativo, para os casos de impossibilidade prática e impossibilidade moral no ordenamento jurídico português. Caso a resposta seja positiva, em segundo lugar, tentaremos encontrar uma melhor via de solução para chegar a esta saída, analisando as hipóteses propostas por diferentes autores. A primeira hipótese relaciona-se com a alteração superveniente das circunstâncias prevista nos arts. 437.º a 439.º, isto é, alargar-se a ideia de onerosidade excessiva no sentido de abranger os restantes casos de impossibilidade relativa; a segunda

²³⁸ MENEZES CORDEIRO, *Estudos...*, cit., p. 110-114.

O direito anglo-saxónico tem sido sempre muito rigoroso em relação à vinculação contractual, permitindo a exclusão da responsabilidade apenas nos casos de impossibilidade objetiva e frustração do fim. Todavia, no direito americano, a nova doutrina da impraticabilidade serve de uma defesa para a parte se liberar da responsabilidade contratual do não cumprimento ou do atraso no cumprimento que é causado pelo impedimento superveniente, dando início a uma nova era do direito dos contratos em que os tribunais intervêm para corrigir os desequilíbrios contratuais inesperados. Um tratamento igualitário semelhante entre os clientes do vendedor constata-se no art. 2-615 (b) do *UCC (American Uniform Commercial Code)*, nos termos do qual quando o contrato é impraticável devido à superveniência que faz com que a quantidade de bens contratada por vários compradores exceda o inventário do devedor, mas o impedimento não é absoluto. Neste caso, o vendedor deve distribuir os artigos e entregá-los entre os seus clientes. São fornecidos vários métodos de distribuição. Em primeiro lugar, os produtos podem ser distribuídos proporcionalmente. Em segundo lugar, a distribuição pode ser expandida para incluir contratos futuros com os clientes regulares. Em terceiro lugar, a distribuição pode ser feita de qualquer maneira justa e razoável, cfr. LARRY A. DIMATTEO, *ob. cit.*, p. 266-268.

hipótese prende-se com a interpretação da impossibilidade absoluta prevista no art. 790.º ou a adição de um art. 790.º-A destinado a tratar da impossibilidade prática e da impossibilidade moral. Nesta hipótese, será precisa uma clara delimitação entre a impossibilidade prática, a impossibilidade moral e a alteração superveniente das circunstâncias em ordem a evitar a confusão causada pela consagração dos §§ 275 II, III e 313 do BGB; a terceira hipótese respeita a outras figuras já previstas no CC português, nomeadamente, o abuso do direito do art. 334.º para a impossibilidade prática e a colisão de direitos ou deveres do art. 335.º para a impossibilidade moral; a última hipótese trata-se do princípio da boa-fé prevista no art. 762.º, n.º 2, nos termos do qual no cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa-fé. Assim sendo, o credor não pode exigir o cumprimento no caso de impossibilidade prática e impossibilidade moral, pois o cumprimento não é exigível de acordo com a boa-fé.

6.2.1. A atenuação ao conceito rigoroso de impossibilidade

Como já se destacou em várias ocasiões ao longo do desenvolvimento do trabalho, entende-se que, na ordem jurídica portuguesa, é indubitável que a impossibilidade prevista no art. 790.º do CC de 1966 está restringida apenas ao alcance da impossibilidade absoluta, afastando a permissividade de extinguir a prestação que se encontra obstruída pela impossibilidade relativa, a qual se traduz numa mera – mas extraordinária ou excessiva – dificuldade no cumprimento, sem prejuízo do regime da alteração superveniente das circunstâncias dos arts. 437.º a 439.º; esta posição do legislador português é patente através do estudo do processo elaborativo do CC vigente. Todavia, parece que o conceito inflexível de impossibilidade se encontra desatualizado diante da realidade e necessidade da sociedade de hoje em dia. O abandono da ideia de impossibilidade relativa deve-se principalmente ao receio do seu impacto na segurança jurídica e dos riscos de arbítrio na prática; segundo o princípio *pacta sunt servanda*, as partes vinculam-se ao contrato que é celebrado em consonância com as suas vontades livres e, portanto, as estipulações devem ser cumpridas rigorosamente; as dificuldades económicas ou outros obstáculos que surgem posteriormente não lhes servem de pretexto para o não cumprimento, uma vez que elas cabem na esfera de risco assumido por cada uma das partes e o efeito liberatório de grande extensão poria em causa a confiança da contraparte e poderia resultar numa grande incerteza no comércio

jurídico. No entanto, antes de mais, os avanços tecnológicos e científicos que decorrem todos os dias tornam quase tudo possível o que anteriormente era considerado impossível, retirar uma embarcação afundada do mar ou encontrar um avião desaparecido já são praticamente realizáveis, apesar de os custos por vezes poderem ser impensáveis. Desta forma, a fronteira entre a impossibilidade absoluta e a impossibilidade relativa obscurece e os termos absolutos da impossibilidade poderiam dificultar ou até inutilizar a aplicação do disposto na prática, devido à dificuldade em averiguar a viabilidade da realização da prestação. Ademais, a vinculação ao cumprimento não é sempre a melhor solução mesmo que a prestação do devedor ainda se encontre exequível, a hipótese do anel que caiu para o lago é um caso idóneo no sentido de se demonstrar a irracionalidade da perspectiva económica, se o devedor continuasse a ser obrigado a recuperar o anel cujo valor é relativamente diminuto, com umas despesas exorbitantes, em vez de devolver ao credor a quantia de dinheiro para que ele encontre outro anel no mercado, seria um grande desperdício de recursos económicos. Por outro lado, seria imoral e contrário à boa-fé se a cantora ficasse obrigada a atuar no espetáculo quando o seu filho adoeceu repentinamente e estava com perigo de vida, uma vez que o direito à vida, quer a sua própria vida, quer a vida do seu familiar, sempre tem uma posição de supremacia entre a proteção de todos os direitos de personalidade²³⁹. De resto, o alargamento do conceito de impossibilidade, ou melhor, a aceitação da inexigibilidade, consiste numa tendência jurídica moderna, correspondendo ao desenvolvimento do direito europeu e do direito internacional²⁴⁰. Além dos § 275 II e III consagrados na “Lei da Modernização do Direito das Obrigações” da Alemanha que se manifesta como uma expansão do âmbito de impossibilidade que têm como igualmente impossíveis as situações em que os custos da prestação se tornam desproporcionados em face do interesse do credor e quando o devedor não possa cumprir pessoalmente o contrato devido a um impedimento e a prestação é inexigível em relação ao benefício da contraparte na sua efetuação, há dispostos semelhantes – até mais vagos e gerais – destinados ao tratamento da impossibilidade relativa

²³⁹ O direito à vida é um direito de personalidade que não é regulado de modo especial no CC, isto é, não há uma disposição especial que regule o seu regime próprio na seção dos direitos de personalidade. No entanto, sendo um direito fundamental de superioridade, a sua proteção é elevada a nível constitucional, consagrada no art. 24.º da CRP que declara que “a vida humana é inviolável” e que “em caso algum haverá pena de morte”.

²⁴⁰ Ultimamente, nos ordenamentos jurídicos em que havia sempre uma posição muito firme em relação à força obrigatória dos contratos, tal como com que nos deparamos no direito francês, direito inglês e direito americano, apesar de ainda não haver uma consagração da impossibilidade prática e impossibilidade moral que se constata no BGB vigente, a alteração superveniente das circunstâncias tem conquistado mais terreno, o que pode igualmente ser visto como uma atenuação do conceito absoluto de impossibilidade, sendo uma tendência a favor da exclusão da obrigação com o preenchimento dos requisitos respetivos.

que constam igualmente dos princípios de referências europeus e internacionais PECL²⁴¹ e PICC²⁴², reconhecendo a liberação do devedor da execução específica em situações análogas. Tendo em linha de conta a tendência de harmonização crescente entre as leis no âmbito do direito europeu e do direito internacional, o CC português deve-se juntar com esta corrente, adotando o conceito de impossibilidade relativa como uma alternativa para isentar o devedor das suas obrigações de execução. Por último, no CC português, de facto, existem já algumas atenuações relativas à ideia de inexigibilidade de certos casos, tal como o n.º 1 do art. 566.º que permite a substituição da reconstituição natural pela indemnização pecuniária, sempre que o interesse do credor não justifique a excessiva onerosidade daquela para o devedor, para além da alteração superveniente das circunstâncias que destroem o equilíbrio contratual inicialmente estabelecido, sendo uma das manifestações da impossibilidade relativa. Nesta conformidade, parece-nos que o ordenamento jurídico português não deve insistir num conceito rigoroso de impossibilidade, mas antes deve permitir a exoneração do devedor da obrigação nos casos de impossibilidade relativa, designadamente, impossibilidade prática e impossibilidade moral, para além da alteração superveniente das circunstâncias, pois elas tratam-se da mesma realidade de diferentes facetas em que a prestação é igualmente inexigível à luz do princípio da boa-fé.

6.2.2. As vias de solução possíveis

6.2.2.1. Alteração superveniente das circunstâncias

A primeira via de solução sugerida pelos autores portugueses relaciona-se com a alteração superveniente das circunstâncias prevista nos arts. 437.º a 439.º. A alteração

²⁴¹ Os PECL, inspirados pela CISG de 1980, é um conjunto de regras-modelo elaborado pelos advogados e académicos de direito dos contratos na Europa. Estes princípios têm como objetivo elucidar regras básicas do direito dos contratos e de modo mais geral do direito das obrigações que a maioria dos sistemas jurídicos dos Estados membros da União Europeia têm em comum. Os PECL baseiam-se no conceito de um sistema de direito europeu dos contratos uniforme e são projetados para fornecer o máximo de flexibilidade no sentido de se adaptar ao desenvolvimento futuro no pensamento jurídico no domínio do direito dos contratos, tendo em conta as exigências do comércio interno europeu. A primeira parte dos PECL foi publicada em 1995, a segunda parte foi disponível desde 1999 e a terceira parte foi concluída em 2002, quanto ao seu contexto de elaboração, cfr. LANDO/BEALE, *ob. cit.*, p. 21 e ss.

²⁴² Os PICC de 2010 é um documento elaborado pelo UNIDROIT (Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado) que se destina a favorecer a harmonização dos direitos dos contratos comerciais e a criação do direito internacional uniforme. A primeira edição foi publicada em 1994, a segunda edição, uma edição ampliada, foi publicada em 2004 e a terceira edição foi publicada em 2010.

superveniente das circunstâncias aplica-se às hipóteses em que a base do negócio, quer objetiva, quer subjetiva, foi afetada por um acontecimento anormal e imprevisível que perturba o desenvolvimento normal do quadro contratual, de tal modo que a exigência do cumprimento afetaria gravemente o princípio da boa-fé. Em regra, a onerosidade excessiva ou o desequilíbrio contratual repercute-se a nível patrimonial, isto é, os custos pecuniários do devedor na prestação aumentam em grande medida na sequência da alteração do condicionalismo em que as partes fundaram a decisão de contratar, pelo que a manutenção do contrato com os termos inicialmente acordados jamais corresponderia à vontade contratual verificada à data da conclusão do contrato. Quanto à impossibilidade prática, esta modalidade de impossibilidade permite que o devedor se libere da prestação quando os seus custos patrimoniais se tornem desproporcionalmente exorbitantes em face do interesse do credor na prestação, sob a consideração do conteúdo da relação obrigacional e da regra da boa-fé. Neste caso, a prestação do devedor não deve ser esperada por qualquer credor razoável e, portanto, torna-se inexigível.

A similitude entre a alteração superveniente das circunstâncias, sobretudo quando se trata do caso chamado “impossibilidade económica” pela doutrina alemã, e a impossibilidade prática é inegável. As duas figuras tratam do cumprimento da obrigação que ainda se encontra por realizar e pode ser realizada, mas o devedor sofreria grandes sacrifícios económicos devido a um evento perturbador superveniente e, por via de regra, imprevisível; por conseguinte, a prestação não deve ser esperada por ultrapassar notoriamente o limite imposto pelo princípio da boa-fé. Todavia, voltamos a destacar que as duas figuras são, na verdade, substancialmente díspares e têm por objetivo tratar realidades diferentes – o que levou o novo BGB a consagrá-las separadamente nos §§ 275 II, III e 313, tal como os PECL e os PICC. Antes de mais, a impossibilidade prática é destinada somente a casos extremos em que a prestação não é mais exigível. Neste caso, apenas o interesse do credor é considerado; assim, se a satisfação dos interesses do credor se tornar irrazoável e não ser mais justa a vinculação do devedor na sequência dos custos insuportáveis, esta figura visa salvaguardar o devedor de uma prestação que se lhe afigura quase impossível; já que, tendo em conta o interesse relativamente incomparável ou insignificante do credor na prestação no caso concreto, a exoneração do devedor será a solução mais equitativa. Em relação à alteração superveniente das circunstâncias, não obstante afigurar-se uma regra de natureza residual, o seu alcance é mais extensivo e genérico. P. ex., pode ser aplicado o instituto tanto

a situações em que os custos da prestação aumentaram de modo exagerado, como a situações em que o valor da contraprestação diminuiu de modo excessivo, ou quando a finalidade contratual subjetiva tida em vista com a celebração do contrato fica inutilizada²⁴³. Para além disso, ainda que o n.º 1 do art. 437.º não prevê uma hierarquia entre a modificação e a resolução enquanto solução do instituto, a *ratio legis* da alteração superveniente das circunstâncias visa sobretudo o restabelecimento do equilíbrio contratual, combatendo a injustiça contratual induzida pela perturbação, com a tentativa de manter os interesses de ambas as partes. Ademais, o fator decisivo para desencadear o mecanismo da alteração superveniente das circunstâncias reporta-se à modificação da base do negócio; porém, o evento perturbador que faz os custos da prestação aumentarem desproporcionalmente não incide necessariamente sobre a base do negócio – embora frequentemente recaia. Além disso, a culpa do devedor não obsta à invocação da impossibilidade prática, mas apenas permite ao credor ter uma maior expectativa na manutenção da prestação. Todavia, na alteração superveniente das circunstâncias, visto que o obstáculo que dá lugar à quebra da base do negócio tem de ser um facto exterior à vontade das partes e fora do seu controlo, a imputação da parte lesada afasta praticamente o pedido de modificação ou resolução do negócio e ele deve assumir, assim, as consequências desfavoráveis. Assim sendo, pode-se concluir que a impossibilidade prática e a alteração superveniente das circunstâncias se podem sobrepor em certos casos, mas há uma margem de situações de impossibilidade prática cujo tratamento não pode caber ao alcance da alteração superveniente das circunstâncias por não reunirem os requisitos respetivos deste mecanismo²⁴⁴.

²⁴³ Embora a frustração do fim da prestação e a realização do fim da prestação por outra via, por um facto relativo mas inimputável ao credor, se enquadrem tradicionalmente no âmbito da impossibilidade, “todas aquelas situações que conduzem ao desaparecimento dos pressupostos que foram relevantes ou mesmo essenciais para a formação do contrato se enquadram e devem ser analisadas e decididas, mais precisamente e conforme as circunstâncias concretas de cada caso, nos regimes legais relativos à impossibilidade superveniente (art 790.º, n.º 1) ou à alteração de circunstâncias (art 437º CC), institutos à luz dos quais deve ser encontrada a solução para tais situações”, cfr. o ac. do STJ de 2014/11/13 (MÁRIO MENDES).

²⁴⁴ DIOGO PEREIRA DUARTE, *A resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias: as bases sociais: aplicação de um método à cessação e modificação do Status Socii*, dissertação de doutoramento de direito da FDUL, 2015, p. 283-284, entende que a inexigibilidade das limitações ao exercício do direito de crédito é um problema de alteração das circunstâncias e é a boa-fé que torna inexigível ao devedor a realização da prestação naquelas condições. Todavia, parece ao mesmo tempo reconhecer as diferenças substanciais entre as duas realidades. “No entanto, sem prejuízo de ser evidente que muitos dos casos de excessiva onerosidade superveniente são casos de alteração das circunstâncias, por estarem reunidos todos os requisitos que o legislador exige, o problema que aqui analisamos, nomeadamente a propósito do caso do anel apresenta uma importante diferença relativamente às hipóteses tipicamente reguladas no art. 437.º, pois não aparece aqui uma diferente posição relativa ou económica das duas partes em face do que estava contratado inicialmente: apenas o devedor está prejudicado. O credor está exatamente na mesma posição em que estava relativamente ao valor da prestação. O que sucede é que, em razão da alteração das circunstâncias, se passa a

A propósito da impossibilidade moral, há uma posição que propõe que ao recorrer ao conceito de onerosidade excessiva se possa aproveitar o texto amplo da alteração superveniente das circunstâncias de forma a tratar analogicamente outros casos de impossibilidade relativa, contanto que a modificação ou a resolução do contrato seja justificada, uma vez que não apenas a onerosidade excessiva que suscita um grande impacto na esfera económica da parte lesada pode desencadear o regime da alteração das circunstâncias, como há que ter em conta igualmente a onerosidade em termos morais ou pessoais, isto é, quando o devedor se exporia a grandes riscos ou sacrifícios excessivos de natureza não patrimonial cujo interesse ou importância é superior e merece uma proteção primária²⁴⁵. Desta feita, a impossibilidade moral poderia ser resolvida mediante o instituto de alteração superveniente das circunstâncias, dado que com os impedimentos pessoais do devedor, o cumprimento da obrigação, perante o interesse do credor na prestação cujo valor se dá por inferior, ser-lhe-ia demasiado oneroso e contrariar-se-ia aos ditames da boa-fé e, assim, o contrato pode ser modificado ou, nestes casos, a melhor solução seria efetivamente a resolução. No entanto, esta proposta de aplicação analógica do art. 437.º aos casos de impossibilidade moral suscita-nos alguma reserva. Se a impossibilidade prática já se deve distinguir da alteração superveniente das circunstâncias, por maioria de razão, as diferenças substanciais entre a impossibilidade moral e a alteração superveniente das circunstâncias são ainda maiores. Embora tanto a impossibilidade moral como a alteração superveniente das circunstâncias levem em consideração os interesses de ambas as partes, o primeiro tem em vista a proteção específica dos valores fundamentais do sistema jurídico, portanto, mesmo que o devedor seja culpado na causa do impedimento da prestação altamente pessoal, a invocação da exoneração da prestação não é afastada. Por outro lado, mesmo que se entenda que a onerosidade excessiva do art. 437.º deve acolher também os sacrifícios pessoais, há ainda um ponto essencial para excluir a aplicação do mesmo. Isto é, o impedimento pessoal surgido no caso de impossibilidade moral não recai, na maioria das vezes, na circunstância que constitui a base do negócio em que as partes fundaram a decisão de contratar, ele releva apenas pessoalmente para o devedor, mas não deve ser ignorado por envolver um valor de primazia dele. Assim sendo, não se deve aplicar o art. 437.º a estes casos, já que a posição contrária poderia ampliar demasiadamente o alcance da alteração superveniente das

verificar desproporcionalidade no ato de exigir a prestação, pela modificação do esforço do devedor na sua realização”.

²⁴⁵ *Supra* nota 86.

circunstâncias e poria em causa a sua natureza residual no sistema, além da segurança jurídica.

6.2.2.2. Alargamento do alcance da impossibilidade absoluta prevista no art. 790.º ou a adição de um art. 790.º-A

Recusando a inclusão da impossibilidade prática e da impossibilidade moral no alcance dos arts. 437.º a 439.º, outra via de solução proposta consiste no alargamento do alcance da impossibilidade absoluta prevista no art. 790.º ou a adição de um artigo complementar que se destina a tratar autonomamente destes casos de impossibilidade, tais como os § 275 II e III do BGB vigente.

O primeiro caminho é modernizar as ideias tradicionais e proceder a precisões nos contornos do conceito da impossibilidade, isto é, o alargamento da noção no sentido de abranger as situações de onerosidade excessiva da prestação. A decisão legislativa do CC vigente resolveu eliminar as disposições propostas pelo anteprojeto de VAZ SERRA sobre a liberação do devedor pela dificuldade excessiva; a posição tradicional e dominante da doutrina e da jurisprudência portuguesas apresenta-se geralmente e sem qualquer reserva a favor de um conceito estrito e rigoroso de impossibilidade²⁴⁶²⁴⁷. Neste sentido, apenas a impossibilidade absoluta, isto é, apenas quando a prestação seja inteiramente irrealizável, é suscetível de desencadear o funcionamento de impossibilidade e desvincular o devedor da obrigação.

Apesar da atitude quase unânime de recusar a impossibilidade relativa, detetam-se ainda certas tentativas de ampliação do conceito de impossibilidade entre nós. As justificações deste alargamento baseiam-se frequentemente na preocupação de “reservar algum espaço de aplicação às correspondentes regras, ameaçado pelo constante progresso da ciência e da técnica – que tornam aquilo que durante muito tempo permaneceu impossível apenas uma questão de dinheiro, de esforço financeiro – e pela passagem de uma estrutura económica

²⁴⁶ *Supra* nota 124. Igualmente no sentido restritivo da impossibilidade, ac. do TRC de 2012/2/14 (JORGE ARCANJO).

²⁴⁷ Contudo, VAZ SERRA, perante o não acolhimento das disposições relativas à excessividade da prestação do seu anteprojeto, não deixa de considerar que a teoria do limite do sacrifício é admissível, pois “aquela omissão pode significar apenas ter-se deixado à jurisprudência ou à doutrina a posição a tomar nesta matéria”, cfr. VAZ SERRA, Anotação ao ac. do STJ de 1970/10/27, in *RLJ*, vol. 104, Ano 1971-1972, p. 215; idem, Anotação ao ac. do STJ de 1973/12/31, in *RLJ*, vol. 108, Ano 1975-1976, p. 9-10.

onde primavam as prestações de coisa determinada para a “idade da obrigação genérica”²⁴⁸. Segundo MENEZES CORDEIRO, a doutrina da impossibilidade em sentido estrito pode ser acatada, mas com algumas precisões. Antes de mais, não se deve juntar ideias diferentes à impossibilidade ao processo do alargamento; além disso, na ausência de uma definição de impossibilidade no CC, o seu conceito tem de ser apurado conforme os casos práticos. “A qualidade de ‘impossível’ (...) é algo de microcosmicamente atinente a coisas e situações em si. (...). Tal suscetibilidade assenta, apenas, nas qualidades da atuação em si (...) e não nas condições que rodeiem. (...). Evite-se, por isso, relegar a ideia de impossibilidade para o domínio da viabilidade fáctica. Se a boa-fé proibir certo comportamento (...), este torna-se impossível, para todos os efeitos. A boa-fé representaria, então, apenas um instituto exterior que, como outros, poderia gerar uma impossibilidade. (...) O tipo de juízo de valor a incidir sobre as propostas de atuação, para indagar da sua possibilidade, não é lógico, no sentido de obedecer às chamadas ciências exatas; deve ser um juízo de base social. É impossível o que, dentro de uma sociedade, de acordo com critérios de razoabilidade, seja considerado como tal. De outra forma, dadas as possibilidades teóricas e técnicas sempre existentes, assistir-se-ia a um recuar permanente das fronteiras do impossível, bem para além daquilo que o Direito possa e queira regular”²⁴⁹. O ilustre autor desenvolve, assim, o conceito estrito de impossibilidade, recorrendo a juízos de base social e não naturalístico para obter resultados análogos da doutrina da dificuldade extraordinária. A viabilidade fáctica não deve ser o critério decisivo, mas antes o princípio da boa-fé é que poderia gerar uma impossibilidade. Contudo, os problemas da boa-fé e da impossibilidade não se confundem, porquanto a boa-fé é um instituto exterior e não haveria que comprometê-la com o instituto, de nível diferente da impossibilidade. Por outro lado, há uma opinião que preconiza ainda que dentro dos meios que deveriam ser tidos em conta para se aferir da verificação de uma impossibilidade da prestação não se integrariam “atividades ilícitas” ou meios que implicassem “o sacrifício da integridade pessoal ou de atributos de personalidade” e, a par disso, registam-se igualmente referências ao “mais elementar bom senso” que aconselhará que se considere a prestação impossível de um ponto de vista jurídico quando o agravamento

²⁴⁸ MARIA DE LURDES PEREIRA, *Conceito de prestação e destino da contraprestação*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 77.

²⁴⁹ MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé...*, cit., p. 1005-1007.

da prestação ultrapasse um determinado nível, apesar de a prestação permanecer fisicamente realizável²⁵⁰.

Pela nossa parte, a ampliação do conceito de impossibilidade, ou melhor, a admissão dos casos de inexigibilidade que se assemelham aos impossíveis, não deve ser acolhida pelo n.º 1 do art. 790.º, tendo em conta que, em rigor, a impossibilidade e a inexigibilidade são dois conceitos substancialmente diferentes e a sua exoneração da prestação se baseia em fundamentos diferentes. À partida, o dever jurídico, sendo uma conduta exigida pela lei ou pelo negócio jurídico, quer de ação quer de abstenção, pressupõe que haja uma possibilidade material de escolha²⁵¹; aliás, “o próprio dever é um poder ser, uma potencialidade, carregada embora de sentido axiológico. Se o comportamento devido, no caso concreto, não foi possível para o devedor, não pode dizer-se que ele tenha violado o dever”²⁵², sendo essa a razão de ser da exoneração consagrada na lei. Neste sentido, desde que subsista esta possibilidade material de escolha, por mínima que seja, não se pode afirmar que se verifique uma impossibilidade da prestação de tal maneira a justificar, com base nela, a extinção do vínculo contratual. Portanto, o art. 790.º, n.º 1 que prevê a impossibilidade da prestação não deve acolher as pretensões de exonerar o devedor quando a prestação seja inexigível por ser ilícita a conduta implicada, ou a sua execução se traduzir no sacrifício da integridade física ou moral do devedor, ou ser socialmente tida como impossível, já que nestes casos, ainda “persiste a liberdade de facto de se optar pelo cumprimento, pelo que, de um ponto de vista puramente lógico, não existem razões para declarar a inexistência ou a insubsistência da obrigação”²⁵³. A possibilidade de cumprir permanece, a exoneração do devedor é uma exigência resultante do princípio da boa-fé, mas não da impossibilidade.

Por outro lado, não se deve submeter a impossibilidade prática e a impossibilidade moral à automaticidade da eficácia liberatória da impossibilidade efetiva, a prestação não se deve extinguir automaticamente, o devedor pode ter interesse na contraprestação e, portanto, pretende continuar a realização apesar dos custos desmesurados ou o impedimento não é permanente ou até o credor ter a intenção de manter a prestação, aceitando, assim a modificação dos termos contratuais.

²⁵⁰ MARIA DE LURDES PEREIRA, *ob. cit.*, p. 78.

²⁵¹ *Ibid.*, p. 83.

²⁵² PESSOA JORGE, *ob. cit.*, p. 104.

²⁵³ MARIA DE LURDES PEREIRA, *ob. cit.*, p. 84.

De resto, ao estudar o direito civil alemão, repara-se que a doutrina e a jurisprudência alemãs têm sustentado um conceito mais alargado da impossibilidade. Todavia, a consagração da impossibilidade prática e da impossibilidade moral afigura-se-nos uma posição legislativa patente de reconhecer as diferenças substanciais entre a impossibilidade e a inexigibilidade, lançando uma delimitação entre a impossibilidade efetiva ou *stricto sensu* e a impossibilidade relativa, pesa embora o emprego da terminologia “impossibilidade” (*Unmöglichkeit*) e se equipem com a consequência jurídica unitária de extinção da obrigação. Assim sendo, apenas as situações de “não ser possível” podem liberar automaticamente o devedor, com base no § 275 I, enquanto outros casos de inexigibilidade são acolhidos pelos § 275 II e III ou pelo § 313, depende das circunstâncias concretas de cada caso individual e o devedor tem a faculdade de escolher cumprir ou não.

Relativamente à adição de uma regra autónoma com o fim de tratar a impossibilidade prática e a impossibilidade moral, NUNO PINTO OLIVEIRA, no seu estudo mais recente sobre esta matéria, analisou o problema, começando por expor o conceito de inexigibilidade²⁵⁴, “o conceito da inexigibilidade cumpre uma dupla função no direito civil português. Em primeiro lugar, o conceito de inexigibilidade contribui para determinar os limites da vinculação do devedor. Estando em causa uma prestação tão difícil que seria gravemente contrário à boa-fé pretender o seu cumprimento, o devedor não estaria obrigado a realizá-la. Em segundo lugar, o conceito de inexigibilidade contribui para determinar os limites da vinculação do credor. Exemplos da atuação do critério da inexigibilidade como limite da vinculação do devedor encontram-se no art. 566.º, n.º 2 e no art. 1221.º, n.º 2 do código civil”²⁵⁵. Após uma demonstração sucinta do desenvolvimento do direito comunitário e do direito europeu, ele preconiza que o CC português se adapte à sua evolução, reabilite ou simplifique a fórmula de VAZ SERRA, que sugeriu, no seu anteprojeto, a extinção da prestação do devedor quando haja dificuldade excessiva²⁵⁶. Neste sentido, o ilustre autor

²⁵⁴ Na doutrina nacional ou estrangeira, os autores usaram termos diferentes para denominar o problema da inexigibilidade, p. ex., a dificuldade extraordinária, a onerosidade excessiva, o limite do sacrifício ou impossibilidade relativa, NUNO PINTO OLIVEIRA, *Princípios...*, cit., p. 564.

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 563. Quanto ao estudo mais completo da inexigibilidade, cfr. MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé...*, cit., p. 1014 e ss.

²⁵⁶ Art. 3.º - Dificuldade excessiva

1.º - Se a prestação se tornou excessivamente difícil, em tais condições que seria gravemente contrário à boa-fé, vista, no seu conjunto, a situação do caso e tidos em conta os usos de negócios, reclamar o cumprimento, pode o devedor exonerar-se da obrigação ou obter uma modificação desta, aplicando-se, onde o puder ser, o disposto a propósito da resolução ou modificação dos contratos por alteração de circunstâncias.

2.º - O devedor pode, à sua escolha, efetuar a prestação e exigir então, sendo caso disso, a contraprestação ou resolver o contrato ou denunciar a obrigação mediante declaração ao credor. A excessividade da prestação

entende que pode acrescentar-se um art. 790.º-A com o conteúdo seguinte: “Se a prestação é excessivamente difícil em tais condições que seria gravemente contrário à boa-fé reclamar o cumprimento, pode o devedor exonerar-se da obrigação ou obter a modificação desta”²⁵⁷. Em resposta às dúvidas suscitadas em torno das desvantagens que pode esta regra levar à força obrigatória dos contratos²⁵⁸, deixou três justificações: “1.º por um lado, parece-nos que não seriam demasiadas as desvantagens para a força obrigatória dos contratos do critério da “prestação (...) excessivamente difícil, em tais condições que seria gravemente contrário à boa-fé reclamar o cumprimento; 2.º por outro lado, parece-nos que o direito civil português poderia talvez tornar-se um pouco claro se os princípios gerais sobre a inexigibilidade constassem do Livro II – Direito das obrigações (...); e 3.º por último, parece-nos que o direito civil português poderia talvez tornar-se um pouco mais seguro se os princípios gerais sobre a inexigibilidade fossem redigidos em termos preciosos e rigorosos – evitando-se, p. ex., que a solução para os casos de dificuldade excessiva da prestação se retirasse da aplicação, por analogia geral, do art. 1221.º, n.º 2, do Código Civil”²⁵⁹. Todavia, quando passou a estudar a aproximação dos efeitos da inexigibilidade com os efeitos da impossibilidade efetiva e o distanciamento dos mesmos com os efeitos da alteração superveniente das circunstâncias no BGB, o autor veio a alinhar-se com a crítica de alguns autores alemães sobre a distinção entre a alteração das circunstâncias, a impossibilidade prática e a impossibilidade económica, concluindo que, em face das semelhanças entre estas figuras, um único princípio da inexigibilidade basta para resolver os problemas envolvidos e, portanto, acabou por sustentar a aplicação das regras da alteração superveniente das

conduz a um efeito diferente, se a presumível intenção das partes ou a boa-fé o aconselharem. Esse efeito pode ser a liberação parcial do devedor, a liberação dele mediante indemnização ou outra modificação da obrigação ou do contrato suscetível de os pôr de acordo com tal intenção ou com a boa-fé.

3.º - Para os fins do parágrafo anterior, pode o credor, sendo-lhe declarada pelo devedor a resolução ou a denúncia, declarar, por sua vez, ao devedor, sem demora culposa, que se não conforma com a simples resolução ou denúncia, cabendo, neste caso, ao tribunal, na falta de acordo das partes, decidir.

4.º - (...).

5.º - A doutrina dos parágrafos antecedentes é aplicável também às obrigações genéricas.

6.º - A excessiva dificuldade, a que no § 1.º se faz referência, consiste em a prestação só poder ser feita com sacrifícios demasiados, ou com graves riscos, ou com ofensa de deveres nitidamente superiores.

(Sublinhado nosso)

Importa notar que “este artigo é de completar ou modificar de harmonia com a doutrina que se aceitar em matéria de resolução ou modificação de contratos por alteração de circunstâncias. (...) Essa matéria não pode ficar aqui toda regulada, porque a alteração das circunstâncias pode não conduzir à excessividade da prestação”. Ou seja, entende o autor que a dificuldade excessiva deve ser tratada à luz das regras da alteração superveniente das circunstâncias, VAZ SERRA, “Impossibilidade superveniente...”, cit., p. 123-124 e nota 230.

²⁵⁷ NUNO PINTO OLIVEIRA, *Princípios...*, cit., p. 571.

²⁵⁸ PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual...*, cit., p. 1060, nota 3446.

²⁵⁹ NUNO PINTO OLIVEIRA, *Princípios...*, cit., p. 572.

circunstâncias do CC à impossibilidade prática da prestação²⁶⁰. Como já justificamos na última parte, ao defender as índoles e objetivos diferentes, não nos se afigura apropriado o tratamento da impossibilidade prática e da impossibilidade moral pelas regras da alteração superveniente das circunstâncias. Quanto à autonomização destas modalidades de impossibilidade, também mostramos alguma reserva, em virtude do receio do seu impacto que se pode causar no nosso ordenamento jurídico, tal como a disputa causada pela consagração dos § 275 II e III no ordenamento jurídico alemão.

De facto, embora a doutrina alemã tenha aceite um âmbito maior de impossibilidade, a consagração da impossibilidade prática e da impossibilidade moral nos § 275 II e III também não recebe todo o apoio da doutrina, sobretudo em relação à primeira. ZIMMERMANN entende que esta solução não é muito agradável. Além disso, o credor pode ser colocado, com esta regra, numa posição embaraçosa quando o devedor não cumpre nem invoca a exceção pela inexigibilidade e, ademais, a distinção entre os diferentes casos de impossibilidade não é muito fácil de delinear, particularmente no caso da impossibilidade subjetiva²⁶¹. Por outro lado, entende-se que a distinção entre os § 275 I e II e entre os § 275 I e III é, por vezes, difícil e a relação entre a alteração superveniente das circunstâncias e estes dois casos de impossibilidade relativa, sobretudo, a impossibilidade prática, não é pacífica²⁶². Nos princípios europeus e internacionais PECL e PICC, a dúvida relativamente à relação entre a alteração superveniente das circunstâncias ou “hardship” e a não exigência da prestação primária também se verifica. O âmbito do art. 9:102 (2)(b) dos PECL e do art. 7.2.2 (b) dos PICC estende-se para além das situações abordadas pelas disposições da alteração superveniente das circunstâncias ou “hardship”. P. ex., a execução específica pode

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 579-581.

²⁶¹ A impossibilidade subjetiva é igualmente abrangida pelo articulado do § 275 I (sempre que esta seja impossível para o devedor); todavia, segundo alguns autores, este caso normalmente não se deve considerar como impossibilidade fáctica, mas ao invés cabe ao § 275 II (*Supra* nota 161). Mesmo assim, o § 275 II pode dar uma resposta insatisfatória aos casos de impossibilidade subjetiva. P. ex., A morreu depois de ter vendido um quadro desenhado por ele a X por €50,000. B, herdeiro de A, sem conhecimento da transação de A, vendeu o quadro a Y por €70,000. Y apenas devolveria o objeto a B com o preço de €75,000. Imagine-se que se na altura X poderia vender o quadro por €80,000 no mercado, B já não podia recusar o cumprimento com o fundamento do § 275 II, uma vez que as despesas que lhe importam para ter o quadro devolvido (€75,000) não seriam desproporcionais perante o interesse do credor na prestação (€80,000). Assim, B perderá €5,000 por conta de um impedimento para que ele não era responsável e que pode, portanto, dificilmente de esperar para o superar, REINHARD ZIMMERMANN, *ob. cit.*, p. 14-15.

²⁶² As interpretações diferentes dos preceitos conduzem à aplicação diferente das normas. P. ex., OTTO considera que o caso do anel se enquadrava, antes da reforma, sem problema, no conceito da impossibilidade subjetiva ou, no caso da certa profundidade da água até se enquadrava na impossibilidade objetiva. Daí OTTO aplicar o § 275 I a este caso, com referência à doutrina antiga, cfr. CARL FRIEDRICH NORDMEIER, *ob. cit.*, p. 212-213.

ser impedida se o cumprimento do devedor for excepcionalmente oneroso, ou se o cumprimento se tornar inútil para a parte prejudicada. Nestes casos, os PECL declaram expressamente que a regra da alteração superveniente das circunstâncias do art. 6: 111 prevalece sobre a não exigência da execução específica do art. 9: 102 (2)(b) caso ambas as regras sejam aplicáveis simultaneamente. Isto significa que o promitente é obrigado a cumprir a menos que a prestação se tenha tornado de tal maneira onerosa ou cara que a renegociação ou o ajuste judicial do contrato seja impossível ou inútil e que as partes não conseguem chegar a um acordo para restabelecer o equilíbrio contratual. Pelo contrário, o comentário ao art. 7.2.2 (b) dos PICC indica que esta disposição está em pé de igualdade com os artigos de “hardship” (art. 6.2.1 e ss.). Assim sendo, a parte (o credor) pode escolher assumir as dificuldades e renegociar os termos do contrato com a contraparte, enquanto ainda exige a prestação, ou renunciar ao seu direito de prestação e exigir uma indemnização dos danos sofridos em substituição. Considerando que os PICC são aplicáveis apenas às transações comerciais, entende-se que esta ampla conceção parece apropriada, apesar do facto de que o direito de escolher entre esses dois remédios essencialmente diferentes em favor da promessa aumenta necessariamente a incerteza. Por sua vez, a prioridade do direito de exigir a prestação dos PECL pode ter sido motivada pela necessidade de fornecer um conjunto de regras claras e definidas por forma a evitar qualquer insegurança desnecessária entre os consumidores ou entre as partes individuais dos contratos de trabalho ou de serviços²⁶³.

Pelos fundamentos expostos, alinhamo-nos com a opinião de E. SANTOS JÚNIOR, a perspetiva da assimilação da impossibilidade prática e da impossibilidade à impossibilidade efetiva ou *stricto sensu*, para o efeito da exclusão da pretensão à prestação primária, adotada no direito civil alemão parece demasiado ousada, “debater-se-ia com as dificuldades da diferenciação legislativa de conceitos e de regimes, (...), sendo certo que, dentro do Direito atualmente vigente, é possível, (...), encontrar uma solução mais pacífica para o tipo de situações em causa”. A proposta de adição de umas disposições, sendo complementares no que diz respeito à impossibilidade efetiva, para tratar a impossibilidade prática e a impossibilidade moral não nos parece uma solução muito feliz, pois, por um lado, estes casos de “impossibilidade” não são efetivamente impossíveis, duvidamos, assim, a posição de

²⁶³ LARS MEYER, *Non-Performance and Remedies under international contract law Principles and Indian Contract Law*, Oxford, Peterlang, 2010, p. 112- 113.

integrar a impossibilidade prática e a impossibilidade moral no instituto de impossibilidade, sendo apenas manifestações de inexigibilidade. Por outro lado, se esses casos de inexigibilidade forem tratados de forma autonomamente, a delimitação entre as regras de alteração superveniente das circunstâncias e das de inexigibilidade terá de ser mais clara para evitar a sobreposição.

Resumindo, a nosso ver, a ideia do alargamento do alcance da impossibilidade, quer através da interpretação do n.º 1 do art. 790.º, quer através da adição de uma regra complementar, não parece uma melhor solução para o problema em questão, uma vez que a impossibilidade prática e a impossibilidade moral não traduzem casos de verdadeira impossibilidade, mas apenas situações inexigíveis com base na boa-fé. Sustentamos que se deve admitir a possibilidade de liberar o devedor da obrigação nestes casos, mas não se deve abandonar a sua distinção da impossibilidade. Deste modo, “deveria reservar-se o termo impossibilidade para os casos em que a obrigação se extingue em resultado de um imperativo lógico e o termo inexigibilidade para os casos em que a obrigação se modifica ou se extingue em resultado de um imperativo prático (-normativo). Em que a obrigação se modifica ou extingue em resultado da boa-fé, concretizada no (sub) princípio da proporcionalidade”²⁶⁴, assim como deveria destacar-se a demarcação dos regimes entre elas.

6.2.2.3. Abuso do direito e colisão de deveres

De acordo com alguns autores, os preceitos referentes à impossibilidade prática e à impossibilidade moral do BGB vigente são, na verdade, implicados no CC português vigente, já que a impossibilidade prática se apresenta como uma manifestação do abuso do direito e, deste modo, cabe ao art. 334.º, ao passo que a impossibilidade moral se afigura um caso de colisão de deveres e, assim, o art. 335.º que se dedica ao problema da colisão de direitos aplica-se analogicamente, reconhecendo que o devedor pode recusar a prestação sempre que existe um dever superior. O abuso do direito e a colisão de direitos apresentam-se como limites ao exercício do direito subjetivo. Enquanto o primeiro visa tendencialmente as vinculações imanentes aos direitos subjetivos, a segunda tem em vista os limites externos,

²⁶⁴ NUNO PINTO OLIVEIRA, *Princípios ...*, cit., p. 564. MARIA DE LURDES PEREIRA, *ob. cit.*, p. 78, nota 187 partilha uma ideia semelhante. A expressão da impossibilidade prática ou fáctica “não é inteiramente feliz, pois poderia ser entendida como pertencente a uma classificação em função da causa da impossibilidade da prestação”.

resultantes da necessidade de respeitar os direitos dos outros²⁶⁵. Assim, passaremos a analisar se o credor, nos casos de impossibilidade prática e impossibilidade moral, pode ser impedido de exercer o seu direito com o efeito destas duas figuras.

6.2.2.3.1. Abuso do direito

Por via de regra, ainda que se possam causar prejuízos a outrem, o titular de um direito pode exercê-lo consoante a sua vontade de tal maneira a prosseguir os interesses que a lei ou o negócio jurídico lhe compete, já que a atribuição do direito traduz deliberadamente na supremacia de certos interesses sobre outros interesses com os quais conflitantes²⁶⁶. Todavia, o exercício de cada direito não é incontrolável, mas antes é circunscrito à sua própria função instrumental, o comportamento do titular do direito torna-se, assim, ilegítimo quando se verifique uma nítida e manifesta contrariedade entre o exercício do direito e a boa-fé, os bons costumes e o seu fim social ou económico²⁶⁷, ou como se citam tradicionalmente na doutrina as palavras de MANUEL DE ANDRADE, há abuso do direito quando o direito seja exercido “em termos clamorosamente ofensivos da justiça, entendida segundo o critério social dominante”²⁶⁸.

²⁶⁵ HÖRSTER, *A parte geral do código civil português: teoria geral do direito civil*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 281.

²⁶⁶ ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. I, 10.^a ed., Coimbra, Almedina, 2010, p. 545.

²⁶⁷ MOTA PINTO, *ob. cit.*, p. 181; ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, p. 86.

²⁶⁸ MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral das obrigações*, cit., p. 63. Todavia, o estudo de MENEZES CORDEIRO, “Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas”, in *ROA*, Ano 65, 2 (2005), p.348, apontou a progressão registada na nossa jurisprudência. “De 2001 em diante percorremos uma fase de afinamento. A jurisprudência torna-se menos imediatista e vai, progressivamente, abandonando as remissões *ad nutum* para as fórmulas hiperbólicas clássicas, tais como ‘termos clamorosamente ofensivos da justiça’. Afasta-se da exigência do abuso manifesto, a favor de ponderações mais precisas. O abuso do direito desliga-se da ideia de “direito subjetivo”, surgindo como uma instância geral de controlo dos exercícios jurídicos”.

O abuso do direito, atualmente consagrado em termos gerais no art. 334.º do CC²⁶⁹²⁷⁰, refere-se somente ao “exercício de direitos” – o caso mais comum entre as situações abrangidas pelo instituto, é, porém, segunda a doutrina maioritária, destinado igualmente a impedir o exercício disfuncional das outras posições jurídicas. Portanto, a palavra “direito” deve ser entendida num sentido amplo e a aplicação deste disposto não é apenas restringida aos verdadeiros direitos subjetivos, mas também a “outras situações, posições ou figuras que

²⁶⁹ Apesar de o preceito não ter correspondência no Código de Seabra, o abuso do direito já era praticamente reconhecido pela doutrina. Em 1966, a figura passou a ter uma base jurídico-científica expressamente consagrada no art. 334.º, tendo a fonte imediata no art. 281.º do CC grego que derivou diretamente do pensamento jurídico alemão. Na verdade, a indagação histórica do abuso do direito pode remontar ao direito romano. Apesar de não haver uma consagração geral do abuso do direito, a proibição de atos emulativos (os atos de *ad aemulationem* tratam-se do exercício de um direito, sem utilidade própria, com a intenção exclusiva de prejudicar outrem), a *exceptio doli* (particularmente possível nos *bonae fidei iudicia*, permitia deter certas pretensões. “A tradição do Direito romano comum reconhecia um papel duplo na *exceptio doli*, base da sua repartição por duas *exceptiones* diferenciadas. Nuns casos, o defendente alegava a prática, pelo autor, de dolo, no momento em que a situação jurídica levada a juízo se formara: era a *exceptio doli praeteriti* ou *specialis*. Noutros, o réu contrapunha, à ação, o incurso do autor em dolo, no momento da discussão da causa: era a *exceptio doli praesentis* ou *generalis*”) ou a regulação dos conflitos de vizinhança podem, com propriedade, ser apontados como seus antecedentes lineares. Na lide temerária, por outro lado, também é considerada como uma outra manifestação de abuso do direito, eram sancionadas as práticas processuais abusivas que visavam prosseguir fins supra ou extra processuais ou levar danos à contraparte ou a terceiro. A originalidade do abuso do direito toma forma no direito francês, com a expressão criada pelo autor belga, LAURENT. Apesar de no Código Napoleónico não se registar qualquer referência ao abuso do direito, as decisões judiciais não deixaram de sancionar estes atos, mas não em disposições legais respeitantes ao abuso, tão-pouco recorreram a elementos constantes da tradição romanística; a doutrina francesa, por sua vez, não conseguiu apresentar uma construção científica satisfatória para a figura. O direito alemão regulava o problema, no início, com a proibição da chicana prevista no § 226 do BGB (em sentido amplo, a chicana traduz-se no exercício do direito para prejudicar outrem; em sentido estrito, traduz-se no exercício, sem interesse próprio, para prejudicar terceiros); em virtude da sua insuficiência perante a complexidade do problema, os bons costumes do §826 e a boa-fé do § 242 foram convocados para suprir o conteúdo estrito do preceito, que vieram a influenciar outros ordenamentos jurídicos, incluindo o nosso, cfr. MENEZES CORDEIRO, “Do abuso do direito...”, cit., p. 334 e ss.; idem, *Da boa-fé...*, cit., p. 672 e ss.

²⁷⁰ Importa ainda assinalar que é discutível na doutrina se é necessário encarar-se o abuso como realidade dogmática autónoma, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Liberdade vs. Responsabilidade: a precaução como fundamento da imputação delitual?*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 303 e ss., sintetizou as ideias essenciais das teorias principais do abuso do direito, destacando, entre elas, a posição de CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade: ensaio de uma reposição crítica*, Coimbra, Almedina, 1967, p. 513 e ss.: entende-se que a consagração legislativa do abuso do direito é dispensável, mas pode ser conveniente “para evitar farisaicos escrúpulos, já que haverá sempre radicais positivistas-legalistas entre nós, e que assim é possível combater com as suas próprias armas”. Todavia, para o ilustre jurista, o direito subjetivo apresenta como “uma intenção normativa que apenas subsiste na sua validade jurídica enquanto cumpre concretamente o fundamento axiológico-normativo que a constitui”, o direito subjetivo deixa de ser uma estrutura formal para ser encarado “com uma função normativa, teleológico-materialmente fundada”, havendo abuso de direito quando “um comportamento tenha a aparência de licitude jurídica – por não contrariar a estrutura formal definidora legal ou conceitualmente de um direito, à qual mesmo externamente corresponde – e, no entanto, viole ou não cumpra, no seu sentido materialmente realizado, a intenção normativa que materialmente fundamenta e constitui o direito invocado, ou de que o comportamento realizado se diz exercício”. Desta forma, o abuso de direito configura-se como uma contradição entre a sua estrutura formal reconhecida pelo ordenamento jurídico e o fundamento normativo que integra esse mesmo direito e lhe confere materialidade, quando esta não é detetada a conformidade, ocorre abuso de direito. Na mesma linha de entendimento, CUNHA DE SÁ, *Abuso do direito*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 449-462.

não recebam essa qualificação técnica, como sejam os meros poderes, liberdades ou faculdades diretamente resultantes da capacidade jurídica (ex.: a faculdade de contratar). Ponto decisivo é que o comportamento do agente mereça a reação da ordem jurídica prevista para o abusivo ou disfuncional exercício de um autêntico e concretizado direito”²⁷¹. A letra do artigo, de resto, “não abrange imediatamente quaisquer hipóteses de inércia ou omissão de exercício que possam também considerar-se abusivas”, não parece, todavia, que “isso não deve constituir obstáculo insuperável, contanto que se encontrem situações do segundo tipo clamorosamente ofensiva da boa-fé, dos bons costumes ou do fim social ou económico do direito”²⁷².

Entende-se geralmente que o CC vigente adotou a conceção objetivista do abuso do direito, pelo que não é necessária a existência da consciência maldosa do titular, isto é, a intenção de ultrapassar, com o seu exercício do direito, os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico do direito, bastando que na hipótese concreta o alcance objetivo da atuação do titular se exceda esses limites segundo a consciência pública. No entanto, os fatores subjetivos não são totalmente irrelevantes no que concerne ao conceito de abuso do direito consagrado no art. 334.º, esses fatores não deixam de contribuir para determinar se se envolve realmente uma ofensa dos três critérios²⁷³.

Os três pontos essenciais colocados pelo art. 334.º na determinação da atuação abusiva do direito são respetivamente a boa-fé, os bons costumes e o fim social ou económico do próprio direito. A boa-fé e os bons costumes são limites gerais que não emergem, na fórmula geral, de cada direito em si, ao passo que o fim social e económico do direito é específico, dado que cada direito tem, ou pode ter o seu fim social e económico²⁷⁴. Com base na boa-fé, em palavras simples, o direito deve ser exercido honestamente, como deveria ser exercido por uma pessoa de bem (*honeste agere*) e o titular do direito deve evitar causar danos a terceiros (*alterum non laedere*), ou frustrando a confiança que ele tenha suscitado em outrem (*venire contra factum proprium*)²⁷⁵. No que concerne aos bons costumes, o seu conceito não é explicitado no direito civil, entende-se que se tratam de “um conjunto de regras de

²⁷¹ ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, p. 87; MENEZES CORDEIRO, “Do abuso do direito...”, *cit.*, p. 331. Todavia, HÖRSTER, *ob. cit.*, p. 287, entende que tal alargamento equivale, de facto, a esvaziar o conceito “direito” e pode transformá-lo num conceito sem rigor.

²⁷² ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, p. 87.

²⁷³ PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. I, *cit.*, p. 298; ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, p. 84.

²⁷⁴ MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé...*, *cit.*, p. 661.

²⁷⁵ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p. 241-243.

convivência, de práticas de vida, que, num dado ambiente e em certo momento, as pessoas honestas e corretas aceitam comumente”. Neste sentido, o legislador recorre aos padrões sociais presentes em cada altura como parâmetros delimitadores do exercício do direito e sujeita o aplicador da norma a avaliar os costumes sociais para determinar se a atuação é admissível pela concepções ético-jurídicas dominantes na coletividade. Deste modo, o exercício de um direito apresenta-se contrário aos bons costumes “quando tiver conotações de imoralidade ou de violação das normas elementares impostas pelo decoro social”²⁷⁶²⁷⁷. Em relação ao fim social ou económico do direito, o exercício do direito conferido pela ordem jurídica ao seu titular é outrossim delimitado pelos fins para o qual foi concedido. Alguns direitos são acentuadamente subordinados a determinado fim e o titular exercê-los não no seu próprio interesse, mas no interesse de outrem ou no interesse social, isto é o caso de poderes-deveres, tais como o poder paternal, o poder tutelar, enquanto aos outros são concedidos ao titular uma maior liberdade de atuação ou decisão, tais como os direitos potestativos, o direito de propriedade e o direito das obrigações²⁷⁸. Neste sentido, cabe ao juiz, perante o condicionalismo do caso concreto, apurar se o direito for utilizado para prosseguir um interesse que desvia do fim próprio do direito ou do contexto em que ele normalmente deve ser exercido.

O abuso do direito é uma figura complexa devido à grande diversidade de situações que pode caber ao seu âmbito, as típicas concretizações do instituto classificadas pela doutrina incluem o *venire contra factum proprium* (o *venire contra factum proprium* trata-se de uma conduta contraditória, isto é, uma conduta posterior do mesmo agente prejudica a confiança da contraparte justificadamente estabelecida e protegida, pela uma sua conduta anterior)²⁷⁹, a inalegabilidade formal (a inalegabilidade formal traduz-se numa situação em que uma

²⁷⁶ ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, p. 88.

²⁷⁷ No que diz respeito à relação entre a boa-fé e os bons costumes, pode haver um mesmo comportamento que seja contrário tanto à boa-fé e como aos bons costumes; contudo, apresentando origens históricas diferentes, evoluções diversas e sentidos jusculturais distintos, a boa-fé não se confunde com os bons costumes: “os bons costumes exprimem a Moral social, nas áreas referidas da atuação sexual e familiar e da deontologia profissional, proibindo os atos que a contrariem, enquanto a boa-fé, mais complexa, manda assumir uma série de atitudes correspondentes a exigências fundamentais do sistema”, cfr. MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé...*, cit., p. 1208 e ss.

²⁷⁸ PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. I, cit., p. 299; ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, p. 81.

²⁷⁹ P. ex., ac. do STJ de 2016/3/10 (OLIVEIRA VASCONCELOS): “Atua em abuso do direito, na modalidade de *venire contra factum proprium*, a ré seguradora que tendo celebrado com a pessoa segura dois contratos de seguro do ramo vida, um em 2004 e outro em 2006, exerce em relação ao segundo o direito de pedir a exclusão da sua responsabilidade com base em doença pré-existente, quando no primeiro tinha conhecimento que a pessoa segura sofria dessa doença”.

pessoa não se pode prevalecer da invalidade de um negócio jurídico causada por vício de forma como fundamento da extinção da relação ou do contrato por ter induzido aquela inobservância)²⁸⁰, a *suppressio* e a *surrectio* (a *suppressio* é a designação atribuída à situação de *Verwirkung* discutida pelos doutores alemães, dizendo respeito a manifestações da perda de uma posição jurídica que não tenha sido exercida em certas circunstâncias e por certo lapso de tempo e o seu exercício, após esta inércia duradoura, contrariar-se-ia à boa-fé; a situação contraposta é a *surrectio*, que se equivale à situação de *Einwirkung* da doutrina alemã e se traduz na aquisição de uma posição jurídica que não existia antes)²⁸¹, o *tu quoque* (uma pessoa que viole uma norma jurídica não pode, depois e sem abuso, ou prevalecer-se da situação jurídica daí decorrente; ou exercer a posição jurídica violada pelo próprio; ou exigir a outrem o acatamento da situação já violada. Este ato abusivo é concretizado na modalidade de *tu quoque*)²⁸² e o desequilíbrio no exercício (o desequilíbrio no exercício das posições jurídicas constitui um tipo extenso e residual de atuações contrárias à boa-fé, comporta diversos subtipos, incluindo o exercício danoso inútil, *dolo agit qui petit quod statim redditurus est* (significa que age contra a boa-fé o credor que exige uma prestação que deve ser restituída imediatamente ao devedor)²⁸³) e desproporção grave entre a vantagem auferida pelo titular exercente e o sacrifício que impõe aos outros)^{284,285}. Atualmente na

²⁸⁰ P. ex., ac. do TRL de 2009/3/17 (MARIA ROSÁRIO BARBOSA): “Sendo de imputar à Autora a não redução a escrito do contrato de arrendamento, sendo a mesma Autora por conseguinte a provocar o vício gerador da nulidade constituiria abuso de direito permitir que a Autora beneficiasse da declaração de nulidade a que deu causa, e cuja manutenção assegurou”.

²⁸¹ P. ex., ac. do TRL de 2008/12/17 (FERREIRA LOPES): “Se o titular do direito deixa de correr vários anos sem manifestar intenção de o exercer, criando na contraparte a convicção razoável de que já não o exercerá, deve entender-se que já não o pode fazer, por ter ocorrido a neutralização do direito; de outro modo, contrariar-se-ia o princípio da boa-fé, o que consubstanciaria um abuso de direito”. (A Autora deixou passar vários anos sem reclamar o pagamento da penalização. Sobretudo com a emissão da fatura de 2003/11/12, por atraso na prestação de informação em 2002, a Autora criou na Ré a confiança razoável que já não lhe pediria uma indemnização por idêntica falta ocorrida em 1998).

²⁸² P. ex., ac. do TRP de 2014/6/16 (MANUEL DOMINGOS FERNANDES): “Acontece que, sendo o contrato de seguro um contrato sinalagmático e oneroso, o desrespeito da respetiva correspondência poder ser conseguido com o desconto, daquilo que era suposto o tomador de seguro ter pago no período em causa estando, então, na base deste desconto o funcionamento do abuso do direito, concretizado na modalidade do *tu quoque*”.

²⁸³ NUNO PINTO OLIVEIRA, *Princípios...*, cit., p. 192.

²⁸⁴ P. ex., ac. do STJ de 2015/2/24 (MÁRIO MENDES): “Em resultado do exposto resulta obvio que existe um desequilíbrio manifesto entre desproporção grave entre o benefício concreto (que no caso se não descortina) colhido do exercício do direito pelo titular exercente e o sacrifício por ele imposto não só ao recorrente mas também ao interesse publico na manutenção de unidades agrícolas oficialmente reconhecidas e comparticipadas com fundos públicos, enquanto vetor essencial ao desenvolvimento regional e à própria economia local e nacional”.

²⁸⁵ Sobre a distinção e as respetivas definições referidas, cfr. MENEZES CORDEIRO, “Do abuso do direito...”, cit., p. 348 e ss. De facto, essas modalidades de abuso do direito são distinguidas pela doutrina e a fronteira entre elas não é preciosa e podem sobrepor-se total ou parcialmente uns aos outros. Além disso, pode haver casos de abuso de direito que está fora destas tipologias, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p. 245.

jurisprudência o abuso do direito é um instituto corrente que é aplicado comumente e a sua apreciação, segundo o entendimento majoritário, é de conhecimento oficioso²⁸⁶.

O art. 334.º não estatui claramente as consequências do abuso do direito, apenas aponta que o exercício irregular do direito excedendo os limites referidos é ilegítimo. Entende-se, em regra, que o abuso do direito pressupõe a existência de um direito formalmente válido²⁸⁷, ou melhor, de uma posição jurídica formalmente válida; portanto, com base no abuso do direito, “o lesado pode requerer o exercício moderado, equilibrado, lógico, racional do direito que a lei confere a outrem; o que não pode é, com base no instituto, requerer que o direito não seja reconhecido ao titular, que este seja inteiramente despojado dele”²⁸⁸. Ou seja, não se envolve o problema da titularidade do direito, este apenas não poder ser exercido pelo seu titular de maneira que ele pretende por configurar uma atuação abusiva. Todavia, o abuso do direito pode conduzir, na verdade, a consequências diferentes em função das particularidades do caso concreto, p. ex., a supressão do direito no caso de *suppressio*, a cessação do concreto exercício abusivo com a manutenção do direito, o dever de restituir, em espécie ou em equivalente, a indemnização dos danos causados pelo ato abusivo²⁸⁹. Compete, assim, ao juiz analisar cada caso individualmente, de modo a indagar não apenas a existência ou não de atuações abusivas, mas também as consequências sancionatórias adequadas no caso em apreço.

Ora, o abuso do direito é considerado uma válvula de segurança do sistema jurídico, isto é, uma cláusula geral do direito civil que só deve ser convocada quando haja, em regra, uma patente ofensa da boa-fé e do sentimento geral perfilhado pela comunidade. Neste caso, os atos formalmente válidos e cujo exercício é legítimo em situação normal tornam-se ilegítimos no caso concreto. O abuso do direito tem por objetivo corrigir as injustiças resultantes das atuações que se encontram aparente e formalmente legítimas e razoáveis, visto que os direitos não devem ser exercidos de modo insuportavelmente injusto para a consciência jurídica na coletividade, é essencial a ponderação das particularidades ou

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 381.

²⁸⁷ Quanto à posição que duvida a existência do direito no caso de abuso, de PLANIOL, cfr. MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé...*, p. 680-681 e aquela que tem o abuso do direito como o exercício de um direito aparente por se verificar uma contradição entre a estrutura formal do direito que se invoca e o princípio normativo que integra o próprio direito, *supra* nota 270.

²⁸⁸ PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. I, cit., p. 300. No mesmo sentido, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p. 250.

²⁸⁹ MENEZES CORDEIRO, “Do abuso do direito...”, cit., p. 381-382.

circunstâncias especiais do caso concreto e reprova-se o exercício de um direito ou uma posição jurídica que seja ofensivo ao sentimento jurídico dominante.

Após esta breve análise do instituto de abuso do direito, cumpre agora estudar se a impossibilidade prática consiste numa manifestação de abuso do direito e, assim, cabe o seu tratamento ao art. 334.º do CC. A impossibilidade prática, como voltamos a realçar, traduz-se numa inexigibilidade da prestação. Por via de regra, o devedor, uma vez celebrado o negócio jurídico, fica adstrito para com o credor à realização integral e pontual da obrigação, mesmo que a prestação se torne mais difícil posteriormente; o credor, por sua vez, possui o direito de exigir o cumprimento da prestação em termos acordados e a falta de cumprimento conduz à responsabilidade contratual. No entanto, no caso de impossibilidade prática, o credor não pode exigir ao devedor cumprir o que lhe é devido na sequência de um sucedido superveniente que provocaria uma desproporcionalidade entre os custos do devedor na prestação e o interesse que o credor iria auferir com o cumprimento. Neste caso, a exigência do cumprimento seria injusta, pois o interesse do credor na prestação manter-se-ia indiferente ainda que o devedor sofresse um grande sacrifício de tal maneira a proceder à realização devida.

Como já se demonstrou *a priori*, a boa-fé, os bons costumes e o fim social ou económico do próprio direito são os três limites que restringem a utilização do direito ou de outras posições jurídicas. O exercício do direito do credor na hipótese de impossibilidade prática não se deve ter como um ato que seja reprovado pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico, visto que o credor, quando apresenta a exigência da realização integral da prestação perante o facto de o devedor ter de cumprir em condições mais onerosas, não está a prejudicar quaisquer conotações de imoralidade, tão-pouco se implica a violação das normas elementares impostas pelo decoro social. Ademais, a persistência dele no cumprimento está em harmonia com o fim normal das disposições da matéria do cumprimento das obrigações, isto é, a satisfação da prestação para o próprio interesse do credor. Nesta conformidade, parece-nos que o único limite que se pode recorrer é a boa-fé. De acordo com o § 275 II do BGB, um dos elementos que contribui para a determinação da impossibilidade prática é igualmente a regra da boa-fé; assim sendo, o abuso do direito, sendo uma concretização particular deste princípio que é imperativo no âmbito do direito das obrigações, é, sem dúvidas, uma via de solução potencial para a resolução do problema em causa.

Segundo ANTUNES VARELA, se a dificuldade for causada pelas circunstâncias fortuitas, tais como a desvalorização da moeda, estragos causados por temporais ou outros acidentes da natureza, terá o devedor de suportá-los inteiramente à sua custa, mesmo que a prestação se torne acentuadamente onerosa e que ele tenha usado de toda a diligência exigível para preveni-la. A exigência da prestação não implica nenhuma violação do princípio da boa-fé desde que o credor mantenha um compreensível interesse na sua realização. Contudo, tendo em linha de conta as circunstâncias concretas, se o exercício do direito de crédito exceder manifestamente os limites impostos pela boa-fé, tornando-se, assim, ilegítima e “o devedor poderá legitimamente faltar ao cumprimento não por impossibilidade da prestação, mas pelo abuso no exercício do direito do credor”²⁹⁰.

Pelo que se demonstrou, a complexidade do abuso do direito repercute-se nas suas vertentes diversificadas, o *venire contra factum proprium*, a inegabilidade formal, a *suppressio* e a *surrectio*, o *tu quoque* e o desequilíbrio no exercício são as principais modalidades de abuso do direito apontadas pela doutrina e pela jurisprudência. Assim, a impossibilidade prática não se trata de *venire contra factum proprium*, dado que não se envolve uma conduta contraditória, o pedido da prestação do credor é, pura e simplesmente, um exercício do direito que lhe é conferido pela relação obrigacional. Além disso, obviamente não se trata de uma situação de inegabilidade formal por não se verifica qualquer vício de norma, nem respeita à *suppressio* porque o credor invoca o seu direito no momento idóneo, sem ter corrido um grande lapso do tempo, tão-pouco será o *tu quoque*, pois o credor não violou qualquer norma jurídica, a sua pretensão de exercer o seu direito é praticamente um comportamento ordinário de qualquer credor em situação normal. Desta maneira, o desequilíbrio no exercício é a única modalidade que pode acolher a impossibilidade prática. O desequilíbrio no exercício do direito é um tipo extenso e residual de atuações contrárias à boa-fé, concretizando-se pela desproporcionalidade grave entre o benefício obtido pelo titular no exercício do direito e o sacrifício que impõe a outrem. Neste sentido, mesmo que o credor não tenha a intenção de conduzir o devedor à ruína económica, visto que adotamos a conceção objetivista, pelo facto de o devedor carecer de incorrer em despesas exorbitantes para satisfazer um interesse desproporcional do credor, o instituto de abuso do direito, na modalidade de desequilíbrio no exercício, parece ser uma justificação propícia no sentido de

²⁹⁰ ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. II, cit, p. 70; PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual...*, cit., p. 1060, nota 3446, partilha a mesma ideia, entende que se pode recorrer ao abuso do direito para tratar a excessiva dificuldade da prestação.

pôr impedimento à exigência do cumprimento por parte do credor, sob o princípio do mínimo dano no exercício do direito.

Contudo, visto que o abuso do direito serve de uma válvula de escape do sistema, funcionando com a preocupação de prática da justiça material, o instituto só deve ser convocado quando não haja mais remédios que possam dar uma saída equitativa. Desta maneira, não se deve esquecer de que no capítulo do cumprimento e não cumprimento das obrigações do CC, mais precisamente, na secção do cumprimento, há um princípio geral, consagrado no n.º 2 do art. 762.º, que já dispõe que tanto no cumprimento da obrigação, como no exercício do direito correspondente, as partes têm de proceder de boa-fé. De facto, “o disposto no art. 334.º sobre o exercício abusivo do direito, em geral, insere-se na mesma linha de pensamento que justifica a exigência fixada no art. 762.º, n.º 2, quanto ao cumprimento das obrigações e ao exercício do direito de crédito, em especial”²⁹¹, pelo que, em nossa opinião, não haverá a necessidade de convocar o abuso do direito do art. 334.º para tratar as hipóteses de impossibilidade prática, pois, no âmbito do direito das obrigações, já está disponível uma via de solução que é suscetível de resolver o problema²⁹².

²⁹¹ ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. I, cit., p. 544.

²⁹² No que diz respeito à relação entre o abuso e a boa-fé, no domínio contratual, é frequente a doutrina identificar o abuso como uma regra concretizadora do dever de conduta em função da boa-fé, cfr. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. I, 12.ª ed., Coimbra, Almedina, 2015, p. 51; HÖRSTER, *ob. cit.*, p. 287. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *ob. cit.*, p. 324, ao sustentar a desnecessidade da consagração do abuso por ele próprio configurar uma contrariedade entre o exercício do direito e o princípio normativo da boa-fé, preconiza que, deste modo, “naquelas situações em que uma situação concreta coloca um problema relativo à boa fé e aos deveres que ela faz emergir não faz sentido recorrer ao abuso de direito”. VAZ SERRA, “Abuso do direito em matéria de responsabilidade civil”, in *BMJ*, n.º 85, p. 266 e nota 35, reconhece que, “no domínio contratual, onde as partes devem proceder segundo a boa-fé; aí, o abuso do direito será frequentemente uma ofensa da boa-fé devida. De modo que não valeria a pena falar aqui em abuso do direito, bastando o dever de boa fé para basear as soluções” e, assim, “onde for aplicável o dever de boa-fé, a teoria do abuso do direito não adianta nada”. Já SOUSA RIBEIRO, *O Problema do Contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 505, nota 635, entende que não há sobreposição completa entre o abuso e a boa-fé e a afirmação de VAZ SERRA é apenas, em parte, verdade, “porque há casos de abuso de direito que nada têm a ver com a boa-fé”, mas o primeiro pode ter-se como uma positivação do princípio da boa-fé. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 852-855, sustentando a autonomia do abuso, invoca igualmente a prevalência da regra da boa-fé, mas parte das funções típicas das duas figuras: “A regra da conduta de boa fé representa uma prescrição de comportamento. Caracteristicamente, a boa-fé, ora modela as condutas a que os sujeitos se encontram já adstritos (de acordo com as suas exigências), ora desempenha mesmo uma função de *fundamentação* a *se* de deveres autónomos (*pflichtenbegründende Funktion*) – agregados numa relação obrigacional complexa ou numa relação obrigacional sem deveres primários de prestação, que, quando não observados, desencadeiam tipicamente uma obrigação de indemnizar. Já o abuso apresenta antes uma *eficácia inibitória*, ao traduzir-se numa preclusão do exercício de certa posição jurídica. Na boa-fé releva agora uma função balizadora ou sindicadora da atuação de posições em si mesma conforme com as normas que formalmente as atribuem (*Schrankenfunktion*)”. Deste modo, “parece descortinar-se, no plano racional-constutivo, uma precedência das primeiras em relação à última, visto que onde a ordem jurídica estabeleça o comportamento exigível dos sujeitos, o que há é que obedecer às suas determinações e assegurar o seu acatamento, tornando-se despidianda uma derradeira

6.2.2.3.2. Colisão de deveres

No CC de 1966, não há uma disposição específica que trate da questão da colisão de deveres, mas somente se encontra o art. 335.º que dispõe a solução para a colisão de direitos. Antes de mais, importa esclarecer-se o conceito das duas figuras e a ligação entre elas, isto é, se o art. 335.º se aplicar aos casos de colisão de deveres, de maneira a averiguar, por um lado, se a impossibilidade moral pode ser considerada um caso de colisão de deveres e, por outro lado, se o art. 335.º serve de uma solução para a impossibilidade moral.

Igual ao abuso do direito consagrado no art. 334.º, o conflito de direitos é, efetivamente, uma questão própria em relação ao exercício dos direitos. Entende-se tradicionalmente, quer pela doutrina quer pela jurisprudência, que existe uma situação de colisão de direitos sempre que o exercício de um direito subjetivo impede, integral ou parcialmente, o exercício de outro direito subjetivo²⁹³. Nesta hipótese, o problema jurídico suscitado é o de saber qual dos direitos colidentes deve valer ou deve ser exercido e em que medida. Os pressupostos essenciais para a existência da colisão de direitos são respetivamente a pluralidade de direitos eficazes que possuam vidas simultâneas e, assim, o exercício de um deles impede, no total ou em parte, o exercício do outro²⁹⁴; a pluralidade de titulares dos direitos colidentes, isto é, os direitos cujos exercícios que se encontram em confronto pertencem a sujeitos diferentes e, por último, a incompatibilidade entre o exercício simultâneo de um direito e o do outro, isto é, os direitos em conflito não são suscetíveis de ser exercidos ao mesmo tempo e na sua plenitude devido à identidade e à insuficiência de um determinado objeto sobre que recaem²⁹⁵.

Compete, de resto, diferenciar os casos de colisão real de direitos, ou melhor, a colisão de direitos propriamente dita, daqueles de colisão aparente de direitos. A colisão aparente de

instância de ‘correção’ das respetivas condutas em nome da realização plena da intencionalidade de justiça material que preside ao ordenamento. Nesse sentido, o abuso representa uma *ultima ratio*, de aplicação subsidiária, com respeito às regras de agir juridicamente vinculantes”.

²⁹³ ELSA VAZ DE SEQUEIRA, “Colisão de direitos”, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 52 (2015), p. 20. O conceito de colisão de direitos surgiu na Ciência do Direito nos finais do séc. XVII, mas a respetiva teoria foi apenas concretizada ao longo do séc. XIX, desenvolvida a partir das colisões de privilégios e no CC de Seabra o problema da colisão dos direitos já foi consagrado nos arts. 14.º e 15.º; todavia, a sua aplicação era rara e não veio a chamar muita atenção à doutrina e à jurisprudência, cfr. *ibid.*, p. 21; MENEZES CORDEIRO, “Da colisão de direitos”, in *O Direito*, n.º 137 (2005), I, p. 39 e ss.

²⁹⁴ Por esse motivo, não se deve entender que haja uma situação da colisão de direitos sempre que a existência de um direito impede o nascimento de outro ou o nascimento de um direito determina necessariamente a extinção do outro, cfr. ELSA VAZ DE SEQUEIRA, *ob. cit.*, p. 21.

²⁹⁵ *Ibid.*, p. 22-25.

direitos pode apresentar-se em três situações. Em primeiro lugar, na aparência de coexistência de dois direitos invocados, quando apenas um deles existe realmente; em segundo lugar, quando um dos direitos está a ser exercido de modo abusivo, ou seja, o seu exercício tem-se por ilegítimo; em terceiro lugar, quando um direito limita ou restringe o exercício do outro direito e não chega a haver uma colisão verdadeira. Assim sendo, no caso da colisão aparente de direitos, a existência de apenas um dos direitos que se encontram aparentemente em conflito é que é reconhecida e pode ter lugar o exercício, pelo que não suscita, de facto, o problema de resolver qual deles é que deve ser exercido e não há a necessidade de recorrer aos critérios previstos no art 335.º para encontrar uma solução ²⁹⁶.

Preenchidos os respetivos pressupostos da colisão real de direitos, o art. 335.º remete a solução do problema para uma avaliação da situação à luz do princípio da proporcionalidade e razoabilidade. Assim, se os direitos envolvidos na colisão forem iguais ou da mesma espécie, devem os titulares ceder na medida do necessário para qualquer das partes (n.º 1); se os direitos forem desiguais ou de espécie diferente, prevalece o direito que é considerado superior (n.º 2), p. ex., os direitos de natureza pessoal prevalecem, em princípio, sobre os direitos de natureza patrimonial. Segundo o entendimento maioritário, a avaliação da superioridade dos direitos deve ser feita, por via de regra, de modo concreto, isto é, verificar em cada caso individual, com a consideração das circunstâncias concretas e dos indícios surgidos no caso em apreço, qual dos direitos se deve prevalecer. Para tal juízo de prevalência, devem ser atendidos sobretudo aos critérios seguintes, incluindo o critério da antiguidade relativa (*prior tempore, potior iure*), o critério do interesse ou fim do exercício

²⁹⁶ P. ex., no caso da dupla alienação, a propriedade do objeto já foi transferido ao primeiro adquirente e o segundo adquirente não tem, de facto, qualquer direito; portanto, não se trata de uma colisão autêntica de direitos, MENEZES CORDEIRO, “Da colisão de direitos”, cit., p. 44-45. Na doutrina, é controversa se existem colisões referentes aos direitos de personalidade, CAPELO DE SOUSA, *O direito geral da personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 533, entende que “face à multiplicidade e complexidade das situações da vida real, particularmente face às necessidades de defesa e de expansão das personalidades humanas em convivência social, pode subsistir uma materialidade fáctico-jurídica em que as modalidades possíveis de atividade material através das quais se realiza o exercício do direito geral de personalidade ou dos direitos especiais de personalidade de uma certa pessoa sejam inconciliáveis ou incompatíveis com as modalidades igualmente possíveis da atividade material correspondente ao exercício do direito geral de personalidade, dos direitos especiais de personalidade ou de outro direito subjetivo por parte de outra pessoa”. Pelo contrário, a posição oposta entende que um dos exemplos paradigmáticos da colisão aparente de direitos é a colisão de direitos de personalidade. Os direitos de personalidade não se podem entrar em conflito por causa da sua própria natureza (com a exceção dos direitos instrumentais da personalidade que têm por objeto bens que não são de personalidade, mas são outros bens que se apresentam como instrumentais em relação aos bens fundamentais da personalidade), na medida em que o exercício dos direitos deste género se traduz no gozo exclusivo do bem de personalidade e esse bem não pode pertencer a mais de um sujeito, cfr. ELSA VAZ DE SEQUEIRA, *ob. cit.*, p. 27-28; idem, *Dos pressupostos da colisão de direitos no Direito Civil*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2004, p. 255-257, 276-288.

em concreto, o critério da probabilidade do dano, o critério da minimização dos danos e o critério dos lucros do exercício dos direitos²⁹⁷. Ademais, a prevalência do exercício de um dos direitos não significa que o exercício do outro seja excluído necessária e completamente; desde que seja viável, o direito tido como inferior também pode ser exercido residual e subsidiariamente²⁹⁸.

Enquanto a colisão de direitos respeita a situações em que os exercícios contemporâneos de uma pluralidade de direitos subjetivos se afiguram incompatíveis entre si, a colisão de deveres traduz-se na impossibilidade de cumprimento simultâneo de vários deveres jurídicos. Esta figura tem suscitado um interesse mais profundo e intenso no âmbito do direito penal, com a consagração autónoma no art. 36.º do CP português. No âmbito do direito civil, apesar da falta de uma disposição expressa, a colisão de deveres é frequentemente tratada em sede da responsabilidade civil, tendo sido reconhecida pela doutrina e convocada pela jurisprudência numa variedade de circunstâncias como uma causa de justificação que exclui a ilicitude e, assim, a consequente responsabilidade extracontratual, através dos critérios que são adotados nos casos de colisão de direito, isto é, a avaliação do valor do bem ou interesse protegido para justificar a superioridade de um dever e o sacrifício do outro dever²⁹⁹. No âmbito das relações obrigacionais, é discutível na doutrina se existe a colisão de direito de créditos ou devem ser tidas estas hipóteses como um conflito de deveres do devedor. Entende-se que nas situações em que se constituem vários créditos para com o mesmo devedor, o exercício do crédito de um credor não impossibilita ou obsta o exercício do crédito do outro credor, mas antes o devedor em comum é que não logra realizar simultaneamente as obrigações a que se encontra vinculado, p. ex., o devedor não consegue entregar uma coisa que já tinha entregado a outrem ou o devedor não pode prestar o mesmo serviço aos diversos credores ao mesmo tempo em dois locais diferentes. Deste modo, o problema envolvido nestas hipóteses é diferente daquele da colisão de direitos. Os credores ainda se encontram disponíveis a aceitar a prestação; porém, a identidade de objeto mediato faz com que apenas o interesse de um ou alguns dos credores possa vir a ser satisfeito, pelo que se trata aqui de um conflito de satisfação dos interesses dos credores ou um conflito de

²⁹⁷ ELSA VAZ DE SEQUEIRA, “Colisão de direitos”, cit., p. 33-34; MENEZES CORDEIRO, “Da colisão de direitos”, cit., p. 47 e ss. Ainda, segundo este autor, se a avaliação casuística com os critérios referidos não permitir conclusões, impõe-se, assim, recorrer à avaliação abstrata e outras medidas de recurso, tais como o igual sacrifício, a composição aleatória equilibrada e a composição aleatória.

²⁹⁸ ELSA VAZ DE SEQUEIRA, “Colisão de direitos”, cit., p. 34.

²⁹⁹ OLINDO GERALDES, “Conflito de deveres”, in *O Direito*, Ano 141.º, 2 (2009), p. 414-415.

deveres do devedor, e não se trata de uma limitação do exercício dos direitos, ou seja, uma colisão autêntica de direitos³⁰⁰. Para resolver estes casos de conflito de deveres, dois caminhos são propostos: um remete para o preceito do n.º 1 do art. 36.º do CP que é aplicável diretamente às situações de conflitos de deveres a nível penal, o qual permite que o devedor escolhe o dever que irá cumprir e sacrifique integralmente o outro dever em caso de deveres de valor igual. Outro caminho prende-se com a aplicação analógica do art. 335.º do CC, com as adaptações necessárias; nesta conformidade, quando os deveres em conflito sejam iguais ou da mesma espécie, haverá que o devedor cede na medida do necessário em ordem a cumprir parcialmente cada um dos deveres; sendo os deveres desiguais ou de espécie diferente, prevalece o que se tiver por superior. Este último caminho é que obtém mais apoio na doutrina, entendendo os autores que o regime da colisão de deveres se ocupa da colisão de direitos.

Com a ilustração dos conceitos, a colisão de direitos e a colisão, ou conflito, de deveres são duas figuras autónomas. A colisão de direitos pressupõe a pluralidade de direitos, a pluralidade de sujeitos e o facto de o exercício simultâneo dos direitos ser incompatível. O conflito de deveres, por sua vez, envolve apenas o devedor, dizendo respeito à impossibilidade de o devedor, o único sujeito envolvido, proceder ao cumprimento dos seus deveres para com dois ou vários credores. Não obstante, pelo entendimento maioritário, o disposto da colisão dos direitos do art. 335.º aplica-se analogicamente à colisão de deveres.

A propósito da questão de impossibilidade moral no direito civil português, entendemos que as hipóteses de impossibilidade moral discutidas na ordem jurídica alemã partilham algumas características do conflito de deveres. Todavia, o problema que se levanta aqui no direito civil português é-nos, de facto, mais amplo do que a impossibilidade moral prevista no § 275 III do BGB. A impossibilidade moral do § 275 III do BGB trata-se apenas da inviabilidade da prestação que deve ser realizada pessoalmente por parte do devedor, normalmente nos contratos de prestações laborais ou de serviço ou ainda se envolvem questões como a da obrigação de consciência, implicando um interesse superior próprio do devedor e, por isso, permite a liberação do dever para com o seu credor, sacrificando o interesse deste. Contudo, os autores portugueses vão até mais longe. Para além das hipóteses

³⁰⁰ ELSA VAZ DE SEQUEIRA, “Colisão de direitos”, cit., p. 30-32. Com a limitação da dimensão do presente estudo, restringe-se aqui a expor o contexto da discussão doutrinal sobre a viabilidade da existência da colisão de direitos de crédito. Quanto às posições diferentes referentes ao problema, cfr. idem, *Dos pressupostos...*, cit., p. 194 e ss.

em que se implicam um interesse ou dever superior e um interesse ou dever inferior, discutindo ainda a possibilidade da exclusão de responsabilidade civil causada pela colisão entre deveres da mesma hierarquia. Na verdade, VAZ SERRA, na parte respeitante à impossibilidade não imputável ao devedor do seu anteprojeto, já propunha disposições que se dedicassem a tratar os casos paralelos à impossibilidade moral e também certas situações de conflito de deveres. De acordo com o preceito intitulado “Dificuldade excessiva”, “a excessiva dificuldade, (...), consiste em a prestação só poder ser feita com sacrifícios demasiados, ou com graves riscos, ou com ofensa de deveres nitidamente superiores”³⁰¹. Por outro lado, a disposição intitulada “Colisão de deveres” prevê que quando o devedor não tem a capacidade de cumprir ao mesmo tempo os vários deveres de diligência para com vários credores, ou quando o devedor teria de sacrificar um interesse seu superior ao dever vinculado a um terceiro se o cumprisse, o não cumprimento do dever sacrificado não culmina na responsabilidade civil³⁰². PAULO CUNHA, por seu turno, no seu relato supramencionado, apontou a chamada “impossibilidade moral” para justificar o rateio feito entre os credores de modo a fazer uma distribuição equitativa entre as prestações da mesma natureza, entendendo que não é possível o cumprimento da obrigação por ele exigir a violação de deveres morais ou deveres jurídicos³⁰³.

Em termos mais lúcidos, podemos dividir as chamadas situações de colisão de deveres em causa em duas categorias. A primeira categoria prende-se com as hipóteses em que a colisão se verifica entre deveres desiguais ou de natureza diferente, ou entre um dever para com o credor e um dever legal, ou um interesse superior e próprio do devedor, tal como o caso da cantora que recusa a atuar em virtude da doença do seu filho. A segunda categoria

³⁰¹ *Supra* nota 256.

³⁰² Art. 5.º Colisão de deveres do Anteprojeto de VAZ SERRA, “Impossibilidade superveniente...”, cit., p. 36-38, 124-125:

1. Quando o devedor tiver deveres de diligência para com vários credores e não puder cumprilos a todos, deve atender, na escolha daquele ou daqueles, que há-de cumprir, ao valor dos objetos postos em perigo, ao grau deste e à possibilidade de salvamento, observando, quanto possível, os critérios do parágrafo seguinte.

2. Se a colisão se der entre um dever do devedor para com terceiro e um interesse superior dele devedor, pode este dar preferência ao seu interesse, quando expressa ou tacitamente se não comprometeu a sacrificá-lo, e o risco, corrido pelo objeto alheio, não for maior, pois, sendo-o, deve preferir este, se houver probabilidades razoáveis de se salvar também o seu; e pode dar outrossim preferência ao seu interesse, se não se comprometeu expressa ou tacitamente a sacrificá-lo, quando, sendo idênticos os valores dos objetos ou mesmo inferior o do seu, este corra maior risco e haja probabilidades razoáveis de se salvar também o outro.

3. (...).

³⁰³ *Supra* 6.1.

respeita aos casos em que o devedor tem simultaneamente deveres jurídicos iguais ou da mesma espécie para com vários credores e não pode cumpri-los a todos de modo integral, tal como o caso do cumprimento dos contratos de prestação da energia elétrica da UEP. Assim, será que a colisão de deveres, ou seja, a aplicação analógica do art. 335.º do CC vigente pelo entendimento doutrinário, é uma via apta para resolver todas essas hipóteses?

Quanto à primeira categoria, a colisão de deveres pode tornar inexigível o cumprimento de um dever, apresenta-se como uma causa de justificação que exclui a ilicitude do comportamento, um dos pressupostos da responsabilidade extracontratual. Parte da doutrina entende que a colisão de deveres se pode aplicar aos casos de responsabilidade contratual por analogia, sendo igualmente uma causa justificativa do não cumprimento quando a realização da prestação colida com o cumprimento de um outro dever mais forte ou de maior importância que impenda sobre o obrigado. Deste modo, o n.º 2 do art. 335.º, parece poder ser motivado para justificar a exoneração do devedor nestas hipóteses. Contudo, duvidamos que a colisão de deveres seja suscetível de resolver todas as vertentes do problema de impossibilidade moral, já que a impossibilidade moral, na verdade, não implica necessariamente uma colisão de deveres, podendo acontecer que um dever obrigacional do devedor entre em conflito com um interesse próprio dele, mas de valor superior, o critério decisivo será que o interesse em causa, em comparação com o interesse do credor, justifica a recusa do cumprimento e merece uma proteção intensa e privilegiada.

Relativamente ao segundo grupo, na decisão arbitral que referimos, a disposição da colisão de direitos também foi invocada para justificar o rateio equitativo feito pela UEP. “De harmonia com esta orientação não falta quem sustente que, nos chamados casos de impossibilidade moral a que nos temos referido, há mais que impossibilidade de cumprir: existe verdadeiro direito de não cumprir. Ora, o agir com direito exclui liminarmente toda a responsabilidade civil”. O tribunal arbitral optou, porém, por considerar juridicamente impossível a prestação³⁰⁴. MENEZES CORDEIRO, concordando com a posição da decisão, aprofunda o problema, justificando a solução com base na boa-fé. O autor criticou a inadequabilidade das possíveis vias de solução à luz do CC vigente, quanto à proposta de colisão de deveres, entende que o regime de conflito de deveres, através da disposição da colisão de direitos, não se afigura uma solução idónea. “De facto, se os deveres em presença

³⁰⁴ *Arbitragem...*, *ob. cit.*, p. 252. A recusa do tribunal em enquadrar o caso na colisão de deveres, enquanto causa de justificação, veio a ser posteriormente criticada por PESSOA JORGE, *ob. cit.*, p.171-173.

não puderem, perante um cumprimento parcial, surtir o seu efeito, ou se a sua natureza for diferente, nenhum critério é dado para encontrar uma solução. A ponderação a realizar terá de atender a outros vetores – p. ex., prevalência dos direitos humanos – que depois serão vertidos no molde vazio da ‘colisão de deveres’”. Por outro lado, “a aplicação de um esquema de colisão de deveres obrigaria a ponderar a situação de todos os envolvidos, o tribunal pode encontrar dificuldades sérias em ponderar e ordenar todos os interesses em presença”³⁰⁵. O autor, por sua vez, sustenta que existe no direito privado um princípio jurídico de tratamento igualitário das pessoas, designadamente no que toca ao cumprimento das obrigações, este princípio é aplicável por força do imperativo legal de observância da boa-fé no cumprimento do art. 762.º, n.º 2, tornaria um cumprimento não igualitário do devedor juridicamente inadmissível³⁰⁶. Ou seja, o devedor não pode realizar o cumprimento a um credor com o sacrifício de todos os credores restantes, pois o cumprimento seria contrário aos ditames da boa-fé e, portanto, não é exigível.

6.2.2.4. Princípio da boa-fé

Com a análise das últimas vias de solução possíveis, é notório que a chave comum que articula todas estas manifestações de inexigibilidade é o princípio da boa-fé. Na alteração superveniente das circunstâncias, o princípio da boa-fé é o critério utilizado para determinar a importância e a gravidade da perturbação da justiça interna do contrato e avaliar se é permitida a modificação ou a resolução do contrato; na impossibilidade prática, o devedor pode recusar a prestação quando 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; na impossibilidade moral, o devedor pode recusar a cumprir quando o impedimento o possa afetar pessoalmente em termos morais ou de consciência, ou quando ponha em causa um valor superior e, assim, não pode ser exigível a prestação perante o interesse do credor na prestação – a exigência do cumprimento ser-nos-ia reprovada igualmente pela boa-fé, embora não seja expressamente prevista. O princípio da boa-fé é um dos princípios reinantes e basilares no direito civil de hoje, principalmente

³⁰⁵ MENEZES CORDEIRO, *Estudos...*, cit., p. 106-108.

³⁰⁶ *Ibid.*, cit., p. 110-114.

no direito das obrigações³⁰⁷, sendo “um princípio fundamental da ordem jurídica, particularmente relevante no campo das relações civis e, mesmo, de todo o direito privado. Exprime a preocupação da ordem jurídica pelos valores ético-jurídicos da comunidade, pelas particularidades da situação concreta a regular e por uma juridicidade social e materialmente fundada. A consagração da boa-fé corresponde, pois, à superação de uma perspectiva positivista do direito, pela abertura a princípios e valores extralegais e pela dimensão concreto-social e material do jurídico que perfilha”. Em palavras simples, o princípio da boa-fé é uma medida de intervenção que visa corrigir os desequilíbrios ou as injustiças que podem surgir no negócio jurídico na sequência das justificações meramente formais³⁰⁸.

O princípio da boa-fé tem um âmbito muito vasto, mas assume uma importância muito grande no domínio dos contratos e é contraposto com o princípio fundamental da autonomia privada. De facto, a boa-fé pode ser qualificada em duas perspetivas, nomeadamente a boa-fé em sentido subjetivo e a boa-fé em sentido objetivo³⁰⁹. A boa-fé em sentido subjetivo traduz-se num estado de espírito, respeita à consciência da pessoa que “julga atuar em conformidade com o direito, por desconhecer ou ignorar, designadamente, qualquer vício ou circunstância anterior”³¹⁰. Neste sentido, a pessoa está convicta de que seja titular de um direito que só existe aparentemente, sem a intenção de causar lesão a ninguém. Quando uma pessoa não atua segundo a boa-fé em sentido subjetivo, é considerada de má-fé. No CC português vigente, a boa-fé em sentido subjetivo é verificada em inúmeras situações, p. ex., no n.º 3 do art. 119.º, os sucessores são de má-fé se têm conhecimento de que o ausente sobreviveu à data da morte presumida; no n.º 2 do art. 243.º, a nulidade proveniente da simulação não pode ser arguida pelo simulador contra terceiro de boa-fé; neste caso, a boa-fé consiste na ignorância da simulação de terceiro ao tempo em que foram constituídos os respetivos direitos; no n.º 3 do art. 291.º, a declaração de nulidade ou a anulação do negócio jurídico, com o preenchimento dos requisitos previstos no n.º 1 do mesmo artigo, é

³⁰⁷ O princípio da boa-fé, mormente o sentido objetivo, não assumia importância tão curial como hoje no CC de 1867 nem em outras legislações liberais da época, devido à influência do *pacta sunt servanda*. Posteriormente foi concretizado na área das obrigações pelo § 242 do BGB de 1986, ampliado pelo art. 1175.º do Código italiano e no CC vigente é reforçado pelas diversas disposições, cfr. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. II, cit., p. 2-4.

³⁰⁸ MOTA PINTO, *ob. cit.*, p. 124.

³⁰⁹ Tradicionalmente, a distinção que se faz é entre a boa-fé em sentido psicológico (qualquer tipo de ignorância ou de erro, independentemente da sua causa e da situação que o motivo, pode servir de base à boa-fé) e em sentido ético (apenas a ignorância ou o erro que seja estritamente não culposo ou desculpável alicerça a boa-fé), ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, p. 121, nota 2. Quanto à sua crítica, CUNHA DE SÁ, *ob. cit.*, p. 171.

³¹⁰ MOTA PINTO, *ob. cit.*, p. 125.

inoponível aos direitos adquiridos por terceiro de boa-fé; neste caso, o terceiro é considerado de boa-fé quando não conhecia, sem culpa, o vício do negócio nulo ou anulável no momento da aquisição; no n.º 2 do art. 612.º, na impugnação pauliana, entende-se por má fé a consciência do prejuízo que o ato causa ao credor e no n.º 1 do art. 1260.º, o possuidor é considerado de boa-fé quando ele ignorava que lesava o direito de outrem no momento da aquisição da posse, entre outros³¹¹.

A boa-fé em sentido objetivo ou normativo, por sua vez, constitui “um princípio normativo transpositivo e extralegal para que o julgador é remetido a partir de cláusulas gerais. Não contém, ele próprio, a solução antes consagra o critério da solução, carecendo para o efeito da mediação concretizadora do aplicador, máxime do juiz”³¹². A boa-fé objetiva possui uma importância ímpar no âmbito do direito das obrigações, constitui uma cláusula geral e essencial que vincula todas as relações jurídicas obrigacionais; mesmo que não seja expressamente designada nos contratos, traduz-se numa regra jurídica de condutas que regula os comportamentos e atuações dos contraentes ou num padrão genérico que normaliza o conteúdo do contrato³¹³. Assim sendo, as partes devem agir com honestidade, correção, lealdade e, além disso, assumir deveres de colaboração entre eles a fim de manter a relação obrigacional em condições saudáveis. A boa-fé em sentido objetivo, de resto, acompanha a relação contratual desde o seu início da contratação, permanece durante toda a sua constância e subsiste mesmo após a sua extinção³¹⁴. Quando uma pessoa atue contra a boa-fé em sentido

³¹¹ Para uma enumeração da boa-fé em sentido subjetivo, cfr. COUTINHO DE ABREU, *Do abuso de direito: ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 56-58 e nota 112.

³¹² MOTA PINTO, *ob. cit.*, p. 125.

³¹³ NUNO PINTO OLIVEIRA, *Princípios...*, cit., p. 176 e ss.

³¹⁴ O alcance do princípio da boa-fé sujeita-se à existência de uma ligação especial entre sujeitos determinados ou determináveis, esta ligação especial traduz-se em relações obrigacionais em sentido estrito ou relações obrigacionais em sentido amplo, os quais compõem-se de uma relação de prestação e de uma relação de proteção. Porém, excepcionalmente o conteúdo de um relação obrigacional em sentido amplo pode compor-se apenas de uma relação de proteção, isto é, sem deveres primários de prestação, incluindo a relação pré-contratual prevista no art. 227.º, a fase em que se pode gerar a responsabilidade pré-contratual pela *culpa in contrahendo*, p. ex., proporcionam-se dados conselhos, recomendações ou informações em relação ao negócio que será celebrado; a relação pós-contratual, através do recurso ao art. 239.º (MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 355 e ss.) ou ao art. 762.º (MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé...*, cit., p. 631), a fase em que se pode gerar a responsabilidade pós-contratual pela *culpa post pactum finitum*, p. ex., cumpre-se o dever pós-contratual de não concorrência ou de sigilo depois da extinção de certas relações obrigacionais, e a relação obrigacional com eficácia de proteção para terceiros que se confere proteção a terceiro cuja posição se apresenta de uma grande proximidade com o credor (O § 311 III do BGB consagra hoje explicitamente os deveres de proteção do devedor para com terceiro em algumas condições: “Uma relação obrigacional com deveres [de conduta] no sentido do 241 II [i.e., uma relação obrigacional sem deveres primários de prestação] pode surgir entre pessoas que não sejam, elas próprias, partes num contrato. Uma tal relação obrigacional surge, em especial, quando o terceiro tenha assumido um determinado grau de confiança e com isso tenha influenciado consideravelmente as negociações contratuais ou a conclusão do contrato”; assim

objetivo, viola o seu comportamento o princípio da boa-fé. No CC português vigente, depara-se com a boa-fé em sentido objetivo, p. ex., no n.º 2 do art. 227.º, as partes devem proceder à negociação do contrato segundo as regras da boa-fé, sob pena da responsabilidade pré-contratual pelos danos que culposamente causar à outra parte; no art. 239.º, a integração da declaração negocial apela igualmente aos ditames da boa-fé; no art. 334.º referido em cima, o exercício do direito tem-se por ilegítimo quando o titular ultrapassa manifestamente os limites impostos pela boa-fé e no.º 1 do art. 437.º, a relevância da alteração superveniente das circunstâncias é igualmente julgada à luz da cláusula geral da boa-fé objetiva³¹⁵.

Entre as disposições da boa-fé objetiva, na seção do cumprimento das obrigações encontra-se o n.º 2 do art. 762.º. Nos termos deste artigo, tanto no cumprimento da obrigação como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa-fé. A boa-fé desta disposição é uma boa-fé em sentido normativo, pois serve de uma regra de conduta ou critério de comportamento que orienta os comportamentos do devedor no cumprimento da obrigação e também as atuações do credor no exercício do direito, normalmente ligada aos deveres acessórios de cooperação, informação, esclarecimento e lealdade. Neste sentido, o devedor não pode limitar-se a uma realização da prestação simplesmente literal; p. ex., o vendedor costuma entregar as mercadorias ao guarda do armazém do comprador, se ele, num dia de entrega, não o encontra, não pode simplesmente deixar as mercadorias no chão e foi embora, deixando-as em condições de facilmente se deteriorar. Além disso, o devedor não apenas tem de proceder de boa-fé no ato da prestação, mas também tem de agir com cuidado e diligência noutros atos de preparação e execução desta de tal maneira a salvaguardar o interesse do credor na prestação, evitando a ocorrência de qualquer prejuízo que seja evitável. O credor, por seu turno, é igualmente exigido de comportar com honestidade, correção, lealdade ao exercer o seu direito, cooperando com o devedor para ter a prestação realizada; p. ex., aceitar a mercadoria do devedor no lugar e na hora do cumprimento ou fornecer

sendo, no contrato de prestação de serviço entre um perito e o vendedor de um quadro, p. ex., o perito tem de responder pela sobreavaliação do quadro para com o comprador. Na ordem jurídica portuguesa, os contratos com eficácia de proteção para terceiros são igualmente aceites na doutrina portuguesa, os apoiantes entendem que esta eficácia de proteção para terceiros se apresenta como uma exigência do princípio da boa-fé do art. 239.º e do n.º 2 do art. 762.º), cfr. NUNO PINTO OLIVEIRA, *Princípios...*, cit., p. 164 e ss; MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé...*, cit., p. 527-631; MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. I, cit., p. 320-328.

³¹⁵ A boa-fé em sentido objetivo serve de norma igualmente no direito privado fora do CC, p. ex., no DL do regime de agência, na Lei de Defesa dos Consumidores, no regime jurídico do exercício da atividade de construção, no Código do trabalho, na lei do regime jurídico das fusões transfronteiriças das sociedades de responsabilidade limitada, bem como na Lei das Cláusulas Contratuais Gerais, cfr. NUNO PINTO OLIVEIRA, *Princípios...*, cit., p. 163-164.

informações importantes para a execução da prestação³¹⁶. A boa-fé é uma cláusula geral que preside em todas as relações obrigacionais, sendo um dos critérios decisivos a que o juiz pode recorrer para determinar o alcance do vínculo contratual; por outro lado, o conceito de boa-fé é um conceito aberto e indeterminado cujo conteúdo não é fixado definitivamente, a sua aplicação carece de preenchimento e concretização através de um conjunto de argumentos, tais como os argumentos sistemáticos e os argumentos teleológicos, em cada caso concreto consoante as circunstâncias, as declarações negociais e os termos do contrato, entre os outros elementos, exigindo um juízo valorativo³¹⁷.

Assim sendo, nos casos de impossibilidade prática e impossibilidade moral, entendemos que a recusa do devedor em face da exigência da prestação do credor, na falta de uma disposição expressa no atual ordenamento jurídico português, pode ser fundamentada com base no princípio da boa-fé no cumprimento das obrigações e no exercício do direito, aplicando-se o art. 762.º, n.º 2 de modo mais amplo. O juiz, ao analisar o condicionalismo de caso a caso, pondera se os custos do devedor seriam gravemente desproporcionais em comparação com o interesse do credor na prestação de tal maneira que a exigência do cumprimento já não será mais esperada por qualquer credor razoável e, assim, deve ser reprovada; ou, se o devedor sofreria um grande sacrifício cujo interesse ou valor é superior ou se o seu cumprimento seria impugnado por princípios jurídicos, tal como o princípio da igualdade, e pode ser conseqüentemente liberado da obrigação. Embora a função da relação obrigacional consista na “satisfação de um interesse concreto do credor, proporcionado através do sacrifício imposto ao devedor pelo vínculo obrigacional”³¹⁸, no cumprimento das obrigações, é atendido principalmente – mas não apenas – o interesse do credor, a existência dos interesses do devedor é igualmente protegida pelo direito civil. “Entre os interesses do devedor protegido há-de atribuir-se preeminente dignidade ao interesse em exonerar-se do dever de prestar”³¹⁹. Por outro lado, uma das concretizações do princípio da boa-fé tem-se como norma com uma função limitadora dos direitos e dos deveres dos contraentes; deste modo, quando o credor que pretende exercer o seu direito tire daí uma vantagem acordada, mas causa ao devedor uma desvantagem máxima, a qual se traduz numas despesas económicas que não podem ser esperadas ou no sacrifício de um interesse superior ou até se

³¹⁶ PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. II, cit., p. 3.

³¹⁷ NUNO PINTO OLIVEIRA, *Princípios...*, cit., p. 172 e ss.

³¹⁸ ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. I, cit., p. 158.

³¹⁹ NUNO PINTO OLIVEIRA, *Princípios...*, cit., p. 183.

prejudicar um princípio fundamental do ordenamento jurídico; nestes casos, o exercício do direito do credor não deve ser admitido à luz da boa-fé no cumprimento das obrigações, “a exigência de cumprimento do credor pode em certos casos aparecer contrária à funcionalização dos direitos de crédito em virtude dos prejuízos que causa ao devedor. Justamente por esse motivo a lei vem estabelecer deveres de boa-fé para ambos os sujeitos da relação obrigacional que visam por um lado permitir o integral aproveitamento da prestação em termos de satisfação do interesse do credor e por outro lado evitar que a realização da prestação provoque danos quer ao credor, quer ao devedor”. Nesta conformidade, a boa-fé concretiza-se “em regras impostas do exterior, que as partes devem observar na atuação do vínculo obrigacional, podendo servir para complementação do regime legal das obrigações, através de uma valoração a efetuar pelo julgador. Nalguns casos, ela estabelece o único regime aplicável, por ausência de outras regras, levando ao desenvolvimento de novos institutos jurídicos. Noutros casos, ela surge como um corretivo de outras normas cuja aplicação no caso concreto atentaria contra os vetores fundamentais do sistema jurídico”³²⁰.

³²⁰ MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. I, cit., p. 50.

Conclusão

I. O regime da alteração superveniente das circunstâncias foi desenvolvido de forma a tratar os desequilíbrios contratuais em resultado das imprevisões e anormalidades que surgiram, sobretudo, na altura económica ou politicamente instável, sendo um fruto de conciliação entre o princípio da segurança jurídica e o princípio da justiça contratual, acompanhado da formação de avultadas teorias à procura de uma fundamentação para a figura. Ao longo do processo de concretização a partir do surgimento da cláusula *rebus sic stantibus* no século XII, repara-se uma transição da orientação subjetivista para mais objetivista, o que nos é uma adaptação feliz, visto que as posições voluntaristas condicionavam a eficácia do negócio com os pensamentos psicológicos do contraente e a sua invisibilidade e indeterminação conduziram a estabilidade contratual à grande perigosidade.

II. A nível de direito comparado, o direito alemão e o direito italiano receberam o mecanismo com mais permissividade. Na ordem jurídica alemã, a ausência de uma disposição expressa não impediu a doutrina e a jurisprudência de aplicarem o *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, recorrendo ao princípio da boa-fé antes da consagração do *Störung der Geschäftsgrundlage* no § 313 pela reforma de 2001/2002; o direito italiano, por sua vez, consagrou o regime nos art. 1467.º e 1469.º já no CC de 1942, recorrendo ao conceito de onerosidade excessiva; enquanto noutros ordenamentos jurídicos, tais como o francês e o inglês, em que tem sido dominante o princípio *pacta sunt servanda*, também já vieram a admitir certas atenuações à sua rigidez, isto é, a doutrina da frustração no direito inglês e as recentes revisões no que diz respeito à possibilidade de as partes modificarem ou resolverem o contrato no caso de alteração imprevisível das circunstâncias no CC francês.

III. Quanto ao direito português, o regime foi enquadrado no direito positivo apenas no CC de 1966, nos arts. 437.º a 439.º, adotando a teoria da base do negócio e o princípio da boa-fé. Sendo um princípio normativo e indeterminado, a boa-fé serve de um elemento objetivo enquanto um controlo sobre a aplicação do instituto e confere aos aplicadores um espaço de adaptação do preceito para poderem compatibilizá-lo posteriormente com realidades materiais e científicas variadas. A alteração superveniente das circunstâncias, embora partilhando algumas semelhanças com outras

figuras, tais como o erro-vício, o risco, o enriquecimento sem causa e a impossibilidade, distingue-se delas, caracterizando-se pela sua natureza subsidiária e aplica-se unicamente quando não haja estipulações das próprias partes relativas ao tratamento da alteração do condicionalismo, ou o problema não se resolve através da interpretação contratual ou com as disposições que regulam o risco contratual.

IV. Se a alteração superveniente das circunstâncias se discernir sem dificuldades da impossibilidade absoluta, assim já não acontece no caso da impossibilidade relativa. O CC português dispõe de um regime da impossibilidade com tratamento fragmentário, o momento em que se constitui a impossibilidade, isto é, impossibilidade originária e impossibilidade superveniente, a inviabilidade da prestação afigurar-se para todas as pessoas ou apenas para o devedor, isto é, impossibilidade objetiva e impossibilidade subjetiva, o impedimento ser imputável ou não ao devedor, isto é, impossibilidade culposa e impossibilidade não culposa, são fatores decisivos para a determinação das consequências jurídicas, as quais são previstas nos arts. 280.º, 401.º, 790.º e ss. e 801.º e ss. Entre as várias distinções da impossibilidade, o efeito exoneratório limita-se a ser atribuído à impossibilidade absoluta que impede em termos absolutos a prestação, a impossibilidade relativa, ou melhor, a mera *difficultas proestandi* é irrelevante e não fornece ao devedor qualquer escape ao cumprimento, sendo esta a posição dominante na doutrina e na jurisprudência portuguesas com a justificação na evitação da incerteza no negócio jurídico, para além da eliminação da proposta favorável de VAZ SERRA apresentada no anteprojeto do CC.

V. O regime atual da impossibilidade do direito português é, com efeito, análogo ao da impossibilidade do BGB antes da reforma de 2001/2002, que foi criticado asperamente pela doutrina devido ao seu tratamento não científico que atribui consequências diferentes às várias modalidades de impossibilidade. Deste modo, a reforma veio a alterar profundamente este instituto. Entre as alterações presentes nesta reforma, encontram-se a autonomização da impossibilidade prática e da impossibilidade pessoal nos §§ 275 II e III e a consagração da perturbação da base do negócio no § 313, as quais são efetivamente codificações das posições doutrinárias e jurisprudenciais que têm aceites, tendo-se fundamentado paralelamente com a boa-fé do § 242. A impossibilidade prática e a impossibilidade moral traduzem-se na inexigibilidade da prestação que justifica a exceção do devedor perante a exigência do cumprimento, em

virtude de um impedimento superveniente que gera uma desproporção grosseira entre os esforços exigíveis ao devedor e o interesse do credor na prestação e na sequência de um obstáculo que recai sobre o próprio devedor e obstá-lo de proceder a uma prestação de natureza pessoal, respetivamente; enquanto a perturbação da base do negócio consiste na inexigibilidade da manutenção inalterada do contrato perante uma alteração profunda das circunstâncias em que as partes fundaram a base do contrato e se tivessem previsto esta alteração, não o tivessem concluído ou o tivessem feito com outros termos. Adicionalmente, o legislador alemão mostrou expressamente a intenção de integrar a impossibilidade económica, que se traduz na ultrapassagem do limite do sacrifício ao qual o devedor ficar adstrito ao celebrar o contrato e se distingue da impossibilidade prática por não implicar a desproporção grosseira referida, no âmbito do § 313.

Todavia, as disputas respeitantes à distinção e à relação entre estas manifestações da impossibilidade relativa não se extinguiram com a consagração destas disposições. Na nossa opinião, a impossibilidade prática, a impossibilidade moral e a perturbação da base do negócio são destinadas às realidades diferentes, os § 275 II e III circunscrevem-se aos casos-limite em que um impedimento superveniente, que não incide necessariamente sobre a base do negócio em que as partes alicerçaram a vontade de contratar, suscita dificuldades graves que tornam a prestação como se fosse impossível para o devedor da perspectiva económica na impossibilidade prática, e da perspectiva moral na impossibilidade moral e tendo em conta os interesses relativamente reduzidos do credor na prestação, o devedor merece ser protegido e pode, portanto, recusar o cumprimento. O § 313, por sua vez, é um disposto – embora com natureza subsidiária – cujo âmbito é mais amplo e genérico, pode ser motivado a tratar uma variedade de hipóteses e visa restabelecer o equilíbrio contratual que foi perturbado pela anormalidade e imprevisibilidade, concedendo às partes uma possibilidade de modificar ou quando esta não seja possível, resolver o contrato. Caso se verifique uma eventual sobreposição na prática, entendemos que cabe ao devedor escolher a solução que lhe convém, desde que reúnam os requisitos dos mecanismos.

VI. Apesar de a posição maioritária negar a exoneração da prestação à impossibilidade relativa no ordenamento jurídico português, parte da doutrina tem deduzido algumas vias de solução para tratar o problema, tais como a alteração superveniente das circunstâncias, o alargamento do conceito de impossibilidade do art.

790.º ou a adição de um artigo complementar que se destina a tratar autonomamente destes casos de impossibilidade, o abuso do direito do art. 334.º e a colisão de deveres do art. 335.º e o princípio da boa fé do art. 762.º, n.º 2, no sentido de liberar o devedor da prestação nas hipóteses de impossibilidade prática e impossibilidade moral, tendo em conta o sacrifício económico ou não patrimonial irrazoável que este sofreria com o cumprimento.

Pela nossa parte, é razoável a introdução de atenuações ao conceito rigoroso da impossibilidade. Antes de mais, os avanços científicos e tecnológicos esbatem todos os dias a linha de fronteira entre a impossibilidade absoluta e a impossibilidade relativa, a distinção entre elas consiste, por vezes, uma tarefa muito complicada. Além disso, a vinculação contratual não configura, por vezes, a melhor e a mais justa solução, como se verifica nos casos de impossibilidade prática e impossibilidade moral, a força obrigatória dos contratos pode conduzir o devedor aos grandes sacrifícios. Por outro lado, a aceitação da inexigibilidade corresponde à tendência jurídica moderna, tendo em conta o desenvolvimento da figura no direito alemão, assim como no direito europeu e direito internacional. Por fim, no CC português já se podem encontrar, de facto, alguns escapes ao cumprimento rigoroso da obrigação, tais como o art. 566.º, n.º 2 e o regime da alteração superveniente das circunstâncias.

Entre as várias possíveis vias de solução propostas, no nosso entender, em primeiro lugar, não deve caber ao instituto de alteração superveniente das circunstâncias o tratamento dos casos de impossibilidade prática e impossibilidade moral, já que se verificam algumas diferenças materiais entre elas e se baseiam estas figuras em pontos de partida diferentes, com índoles dissemelhantes. Embora o âmbito seja mais amplo e geral, a alteração superveniente das circunstâncias é uma regra com natureza residual e as situações que não preenchem os requisitos previstos nas disposições reguladoras devem ser afastadas no sentido de depurar conceitualmente este instituto. A sua aplicação deve ser circunscrita apenas aos casos em que a base do negócio é viciada e se regista um desequilíbrio contratual causado pelos factos supervenientes não controláveis e exteriores da vontade das partes, sendo a exigência da obrigação injusta e contrária à boa-fé. Em segundo lugar, não se apresentando a impossibilidade prática e a impossibilidade moral casos verdadeiros de impossibilidade, mas apenas umas situações inexigíveis com base na boa-fé, será mais adequada reservar a utilização da terminologia

de impossibilidade para os casos em que a prestação é física ou legalmente impossível, evitando qualquer confusão em relação à causa de exoneração e, por mesma razão, não nos parece apto o acolhimento da impossibilidade prática e da impossibilidade moral, quer no art. 790.º, n.º 1, quer por uma regra complementar do mesmo artigo. Em terceiro lugar, o abuso do direito do art. 334.º, sendo um limite da autonomia privada no exercício do direito ou de outras posições jurídicas, poderia funcionar como a última via de solução que liberaria o devedor da obrigação no caso de impossibilidade prática; todavia, o seu recurso é desnecessário para resolver os problemas em causa, tendo em conta as regras de conduta segundo a boa-fé no domínio contratual. A colisão de deveres, a que se aplica analogicamente o regime da colisão de direitos do art. 335.º, por sua vez, não parece suscetível de resolver inteiramente o problema da impossibilidade moral, uma vez que neste caso não se implica necessariamente o conflito de dois deveres, além de haver dúvidas relativamente à sua praticabilidade na aplicação. Assim sendo, entendemos que a via de solução mais viável será o princípio da boa-fé que impõe no cumprimento das obrigações e no exercício do direito previsto no art. 762.º, n.º 2. Sendo uma cláusula geral cujo conteúdo é aberto e indeterminado e necessita de concretização e preenchimento em cada caso concreto, a sua abstração pode deixar algumas dúvidas ou incerteza no que diz respeito à sua aplicação nesses casos de inexigibilidade. Todavia, é esta margem de espaço que permite ao juiz, ao avaliar as circunstâncias concretas de caso a caso, tomar uma decisão mais justa. Ainda que estejamos numa sociedade em que a esfera da impossibilidade está a diminuir significativamente, uma regra geral da atenuação ao conceito rigoroso da impossibilidade é ainda ousada demais. O princípio da boa-fé, sendo o ponto de ligação em todos os casos de inexigibilidade, quer na alteração superveniente das circunstâncias, quer na impossibilidade prática e na impossibilidade moral, pode ser invocado para justificar a recusa do cumprimento do devedor nos casos de impossibilidade prática e impossibilidade moral na ausência de uma disposição expressa e parece-nos que pode dar uma saída para resolver o problema discutido no presente estudo.

Bibliografia

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de – *Do abuso de direito: ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*, Coimbra, Almedina, 2006

ALMEIDA, Carlos Ferreira de – “Erro sobre a base do negócio”, in *Cadernos de direito privado*, n.º 43 (2013), p. 3-9

ANDRADE, Manuel A. Domingues de – *Teoria geral da relação jurídica*, vol. 2, 7.ª reimp., Coimbra, Almedina, 1992

– *Teoria geral das obrigações*, 3.ª ed. Coimbra, Almedina, 1966

ANTUNES, Henrique Sousa – “A alteração das circunstâncias no direito europeu dos contratos”, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 47 (2014), p. 3-21

ASCENSÃO, José de Oliveira – “Onerosidade excessiva por “alteração das circunstâncias”, in *ROA*, Ano 65, 3 (2005), p. 625-648

– *Direito civil – teoria geral*, vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2002

AURELIANO, Nuno – *O risco nos contratos de alienação: contributo para o estudo do direito privado português*, Coimbra, Almedina, 2009

BACKHAUS, Richard – “The limits of the duty to perform in the Principles of European Contract Law”, in *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 8.1 (2004), p. 1-23
Disponível em <http://www.ejcl.org/>

BARBOSA, Miranda Mafalda – *Liberdade vs. Responsabilidade: a precaução como fundamento da imputação delitual?*, Coimbra, Almedina, 2006

BRITO, Maria Lúcia Pereira de – *Da alteração das circunstâncias à cláusula de hardship: a emergência do princípio geral da renegociação dos contratos*, Dissertação do 2º ciclo de Estudos em Direito da FDUC, 2013

BRANDÃO, Diogo de Paiva – “Considerações sobre o problema da imprevisão”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, suplemento ao vol. 17, 1944, p. 172-262

BORGES, Nelson – *Da cláusula "rebus sic stantibus" à teoria da imprevisão: um estudo de direito comparado*, Coimbra, Livraria Minerva, 1988

AKSOY, Hüeyin Can – *Impossibility in Modern Private Law: A comparative study of German, Swiss and Turkish laws and the Unification Instruments of Private Law*, Switzerland, Springer, 2013

CANARIS, Claus-Wilhelm – “O novo direito das obrigações na Alemanha”, in *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n.º 25, sem. 2 (2003), p. 3-26

– “Die reform des Rechts der Leistungsstörungen”, in *JZ*, 2001, p. 499-525

– *Schuldrechtsmodernisierung 2002: Zusammengefasst und eingeleitet*, München, Beck, 2002

CORDEIRO, António Menezes – *Da boa-fé no direito civil*, Coimbra, Almedina, 2015

– *Tratado de direito civil português*, vol. II, tomo III, Coimbra, Almedina, 2010

– *Tratado de direito civil português*, vol. II, tomo IV, Coimbra, Almedina, 2010

– “Da alteração das Circunstâncias: A concretização do art. 437º do Código Civil à luz da Jurisprudência posterior a 1974”, in *Separata dos Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo Cunha*, Lisboa, 1987

– *Estudos de direito civil*, vol. I, 2.ª ed, Coimbra, Almedina, 1994

– *Da modernização do direito civil*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2004

– *Manual do Direito de Trabalho*, Coimbra, Almedina, 1997

– “Do abuso do direito: estado das questões e perspetivas”, in *ROA*, Ano 65, 2 (2005), p. 327-385

– “Da colisão de direitos”, in *O Direito*, n.º 137 (2005), I, p. 37-55

CORREIA, António de Arruda Ferrer/XAVIER, V.G. Lobo – “Contrato de empreitada e cláusula de revisão: interpretação e erro; alteração das circunstâncias e aplicação do art. 437.º do Código Civil”, in *Revista de Direito e Economia*, Ano IV, n.º 1 (1978), p. 83-128

COSTA, Mário Júlio de Almeida – *Direito das Obrigações*, 12.^a ed., Coimbra, Almedina, 2014

DEIAB, Felipe Rocha – “O alargamento do conceito de impossibilidade no direito das obrigações: a inexigibilidade e a frustração do fim do contrato”, in *Revista Quaestio Iuris*, vol. 5, n.º 1 (2012), p. 137-177

Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/>

DIMATTEO, Larry A. – “Contractual Excuse Under the CISG: Impediment, Hardship, and the Excuse Doctrines”, in *Pace International Law Review*, 258 (2015), p. 265

Disponível em <http://digitalcommons.pace.edu/pilr/vol27/iss1/5>

DUARTE, Diogo Pereira – “Modificação dos contratos segundo juízos de equidade”: contributo para a interpretação dos artigos 252.º, n.º 2 e 437.º do Código Civil, in *O Direito*, Almedina, 2007, p. 141-213

– *A resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias: as bases sociais: aplicação de um método à cessação e modificação do Status Socii*, dissertação de doutoramento da FDUL, 2015

ESSER, Josef/SCHMIDT, Eike – *Schuldrecht*, Band I, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 8. Aufl., Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2000

FERNANDES, António Monteiro – *Direito do Trabalho*, 8.^a ed., Coimbra, Almedina, 1992

FERNANDES, Luís Alberto Carvalho – *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil Português*, reimp. com nota de atualização, Lisboa, Quid Juris?, 2001

FRADA, Manuel A. Carneiro da – “Crise Mundial e alteração das circunstâncias: contratos de depósito vs. contratos de gestão de carteiras”, in *ROA*, Ano 69, n.º 3/4 (2009), p. 633-695

– *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra, Almedina, 2007

FREIRE DOS SANTOS, Amílcar – “A teoria da imprevisão no direito privado”, in *ROA*, Ano 10, n.º 3 e 4 (1950), p. 244-276

FREITAS, José Lebre de – “Contrato de *swap* meramente especulativo: regime de validade e de alteração das circunstâncias”, in *ROA*, Ano 72, 4 (2012), p. 943-970

GALLO, PAOLO – *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, Giuffrè, 1992

GERALDES, Olindo – “Conflito de deveres”, in *O Direito*, Ano 141.º, 2 (2009), p. 411-428

GOUVEIA, Jaime Augusto Cardoso de – *Da responsabilidade contratual*, Lisboa, Edição do autor, 1932

GOUVEIA, Alfredo José Rodrigues Rocha de – *Da teoria da imprevisão nos contratos civis*, Lisboa, 1958

HECK, Philipp – *Grundriß des Schuldrechts*, Tübingen, Mohr, 1929

HENSSLER, Martin/GRAF VON WESTPHALEN, Friedrich– *Praxis der Schuldrechtsreform*, Recklinghausen, ZAP, 2002

HÖSTER, Heinrich Erwald – *A parte geral do código civil português: teoria geral do direito civil*, Coimbra, Almedina, 2009

JORGE, Fernando Pessoa – *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 1999

LANDO, Ole/BEALE, Hugh – *Principles of European Contract Law Parts I and II*, The Hague: Kluwer Law International, 2000

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *Direito das Obrigações*, vol. I, 12.^a ed., Coimbra, Almedina, 2015

– *Direito das obrigações*, vol. II, 9.^a ed., Coimbra, Almedina, 2014

– *Direito das Obrigações*, vol. III, 7.^a ed., Coimbra, Almedina, 2010

LIMA, Fernando Andrade Pires de/VARELA, João de Matos Antunes – *Código Civil Anotado*, vol. I, 4.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2011

– *Código Civil Anotado*, vol. II, 4.^a ed, Coimbra, Coimbra Editora, 2010

LOPES, Ricardo – “A imprevisão nas relações contratuais”, in *Scientia Jurídica*, Ano 1, tomo I, 1951-1952, p. 33-41

LORENZ, Stephan/RIEHM, Thomas – *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, München, Beck, 2002

MAGALHÃES, Barbosa de – “A teoria da imprevisão e o conceito clássico do caso de força maior”, in *Gazeta da Relação de Lisboa*, Ano 37 (1923), p. 129-131

MARQUES, J. Dias – *Teoria geral do direito civil*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1959

MEDICUS, Dieter – *Schuldrecht I : Allgemeiner Teil*, 20. Aufl., München, Beck, 2012

MEYER, Lars – *Non-Performance and Remedies under international contract law Principles and Indian Contract Law*, Oxford, Peterlang, 2010

MONTEIRO, António Pinto/GOMES, Júlio Manuel Vieira – *A «hardship clause» e o problema da alteração das circunstâncias: breve apontamento*, Porto, 1998

NEVES, A. Castanheira – *Questão-de-facto questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade: ensaio de uma repositão crítica*, Coimbra, Almedina, 1967

NORDMEIER, Carl Friedrich – “O novo direito das obrigações no Código Civil alemão – a reforma de 2002”, in *Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS*, n.º 1, 2004, p. 203-236

Disponível em <http://seer.ufrgs.br/>

OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de – “Alteração das circunstâncias, risco e abuso do direito, a propósito de um crédito de tornas”, in *CJ*, Ano XIV, toma 5 (1989), p. 21-27

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto – *Princípios de direito dos contratos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011

– *Estudos sobre o não cumprimento das obrigações*, 2.^a ed, Coimbra, Almedina, 2009

PALANDT, Otto – *Bürgerliches Gesetzbuch: BGB*, 70. Aufl., München, Beck, 2011

PEREIRA, Maria de Lurdes – *Conceito de prestação e destino da contraprestação*, Coimbra, Almedina, 2001

PICKER, Eduard – “Schuldrechtsreform und Privatautonomie – Zur Neuregelung der Schuldnerpflichten bei zufallsbedingter Leistungsstörung nach 275 abs. 2 und 313 BGB”, in *JZ*, 2003, p. 1035-1048

PINTO, Carlos Alberto da Mota – *Teoria geral do direito civil*, 4.^a ed., por MONTEIRO, António Pinto e PINTO, Paulo Mota, Coimbra, Coimbra Editora, 2012

– *Cessão da posição contratual*, Coimbra, Almedina, 2003

PINTO, Paulo Mota – “O contrato como instrumento de gestão do risco de “alteração das circunstâncias””, in *O Contrato*, 2015, p. 69-110

– *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, vol. II, Coimbra, 2007

REGO, Magarida Lima – *Contrato de seguro e terceiros: estudo do direito civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010

RIBEIRO, Joaquim de Sousa – *O Problema do Contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Coimbra, Almedina, 1999

RIDDER, Philip/WELLER, Marc-Philippe – “Unforeseen Circumstances, Hardship, Impossibility and Force Majeure under German Contract Law”, in *European Review of Private Law*, vol. 22, 3 (2014), p. 371-391

RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luís – *Revisão judicial dos contratos: Autonomia da vontade e teoria da imprevisão*, 2.^a ed, São Paulo, Atlas, 2006

RÖSLER, Hannes – “Hardship in German Codified Private Law – In Comparative Perspective to English, French and International contract law”, in *European Review of Private Law*, vol. 15, n.º 4 (2007), p. 483-513

SÁ, Fernando Augusto Cunha de – *Abuso do direito*, Coimbra, Almedina, 2005

SÄCKER, Franz Jürgen/RIXECKER, Roland – *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB*, Band 2, 5. Aufl., München, Beck, 2007

SANTOS, Júnior E. – “Da ‘impossibilidade pessoal’ de cumprir: Breve confronto do novo Direito alemão com o Direito português”, in *O Direito*, Ano 142, n.º 3 (2010), p. 423-434

SCHLECHTRIEM, Peter – *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Tübingen, Mohr Siebeck, 2003

SEQUEIRA, Elsa Vaz de – “Colisão de direitos”, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 52 (2015), p. 20-34

– *Dos pressupostos da colisão de direitos no Direito Civil*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2004

SERRA, Adriano Pais da Silva Vaz – “Resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias”, in *BMJ*, 1957, p. 293-384

– “Caso fortuito ou de força maior e teoria da imprevisão”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Ano 10, 1926-1928, p. 192-215

– “Abuso do direito em matéria de responsabilidade civil”, in *BMJ*, n.º 85, p. 243-342

– “Impossibilidade superveniente por causa não-imputável ao devedor e desaparecimento do interesse do credor”, in *BMJ* n.º 46, (1955), p. 5-152

– Anotação ao ac. do STJ de 1970/10/27, in *RLJ*, vol. 104, Ano 1971-1972, p. 211-215

– Anotação ao ac. do STJ de 1973/12/31, in *RLJ*, vol. 108, Ano 1975-1976, p. 4-16

SOUSA, Rabindranath Capelo de – *O direito geral da personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995

STÜRNER, Michael – “Faktische Unmöglichkeit (§275 II BGB) und Störung der Geschäftsgrundlage (§313 BGB) – unmöglich abzugrenzen?”, in *JURA*, 2010, p. 721-726

TELLES, Inocêncio Galvão – *Manual dos Contratos em Geral*, 4.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2002

VARELA, João de Matos Antunes – *Ineficácia do testamento e vontade conjetural do testador*, Coimbra, Coimbra editora, 1950

– *Das obrigações em geral*, vol. I, 10.^a ed., Coimbra, Almedina, 2009

– *Das obrigações em geral*, vol. II, 7.^a ed., Coimbra, Almedina, 1997

VARELA, João de Matos Antunes/MESQUITA, Manuel Henrique – “Resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias”, in *CJ*, ano VII, tomo II, 1982, p. 7-17

VASCONCELOS, Pedro Pais de – *Teoria geral do direito civil*, 8.^a ed., Coimbra, Almedina, 2015

XAVIER, V. G. Lobo – “Alteração das circunstâncias e risco (Arts. 437.º e 796.º do Código Civil)”, in *CJ*, ano VIII, tomo 5 (1983), p. 17-23

ZIMMERMANN, Reinhard, *Breach of Contract and Remedies under the New German Law of Obligations*, Roma, 2002

Disponível em <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/zimmerman.html>

Outros

BT-Drs. 14/6040

Disponível em <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/14/060/1406040.pdf>

UNIDROIT *Principles* 2010

Disponível em

<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>

Jurisprudência

Ac. do STJ de 2002/4/16 (PINTO MONTEIRO)

Ac. do STJ de 2015/1/27 (FONSECA RAMOS)

Ac. do TRC de 2005/4/19 (CARDOSO DE ALBUQUERQUE)

Ac. do TRL de 2005/5/29 (SALAZAR CASANOVA)

Ac. do STJ de 2014/11/13 (MÁRIO MENDES)

Ac. do TRC de 2012/2/14 (JORGE ARCANJO)

Ac. do STJ de 2016/3/10 (OLIVEIRA VASCONCELOS)

Ac. do TRL de 2009/3/17 (MARIA ROSÁRIO BARBOSA)

Ac. do TRL de 2008/12/17 (FERREIRA LOPES)

Ac. do TRP de 2014/6/16 (MANUEL DOMINGOS FERNANDES)

Ac. do STJ de 2015/2/24 (MÁRIO MENDES)

Disponíveis em <http://www.dgsi.pt/>

Ac. do STJ de 1970/10/27, in *RLJ* 104, 1971-1972

Ac. do STJ de 1973/12/3,1 in *RLJ* 108, 1975-1976

Ac. do Tribunal Arbitral de 1944/5/30, in *O Direito*, n.º 77, 1945