

REVISTA

da Ordem dos Advogados

ANO 76
2 0 1 6



L I S B O A

LIMITES DOS ESFORÇOS E DISPÊNDIOS EXIGÍVEIS AO DEVEDOR PARA CUMPRIR⁽¹⁾

Pela Prof.^a Doutora Catarina Monteiro Pires⁽²⁾

SUMÁRIO:

**I. Introdução. II. O critério (indiscutível) do bom pai de família.
III. O critério (discutível) da inexigibilidade de prestar por alteração das circunstâncias.**

I. Introdução

1. A obrigação, enquanto realidade baseada numa estrutura meios-fim, destina-se a um resultado, à satisfação do interesse do credor, e implica determinados meios, concretizados em esforços e dispêndios a cargo do devedor. É, por isso, comum a alusão a uma «tensão da vinculação debitória» entre dois polos: os meios e o fim⁽³⁾.

⁽¹⁾ O presente texto consolida as ideias que serviram de suporte à minha intervenção na Conferência sobre o Cinquentenário do Código Civil do Instituto Miguel Galvão Teles e da Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados, realizada no dia 23 de junho de 2016.

⁽²⁾ Professora Auxiliar da Faculdade de Direito de Lisboa, Advogada e *Managing Associate* de Arbitragem e Contencioso da Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados.

⁽³⁾ A alusão é vulgar na doutrina alemã: vide por exemplo JULIA RÖDL, *Die Span-*

2. Ambos os polos são problemáticos. Saber qual é o fim ou resultado da prestação implica, muitas vezes, um exercício delicado de interpretação (e integração) do contrato e de esclarecimento, em concreto, da relação entre o interesse do credor e o fim da prestação⁽⁴⁾. O problema dos meios revela também complexidade, a começar pela constatação de que o Direito Civil reconhece um fim (o interesse do credor) e não coloca ao serviço da satisfação desse interesse todos os meios: o devedor não tem de prestar a todo o custo, nem a qualquer preço. É precisamente a este tema que dedicarei a minha atenção.

3. De acordo com a lei, o devedor cumpre a obrigação quando realiza a prestação a que está vinculado (art. 762.º, n.º 1). Aquilo a que o devedor está vinculado implica, logo no *plano* de cumprimento, um resultado e também um meio para o alcançar. Ao vincular-se, o devedor obriga-se a projetar certa medida de esforço e a antecipar o *caminho crítico* para atingir um resultado. Depois, terá ainda de despende efetivamente esse esforço. Em deveres de conteúdo incerto, a antecipação do esforço torna-se ainda mais exigente.

4. Na generalidade dos contratos, a própria decisão de contratar e a conduta assumida nas negociações baseia-se numa projeção de custos, dispêndios e riscos. Entre o momento dessa projeção e a exoneração do devedor, através do cumprimento, podem ocorrer variadas perturbações, a exigir que se esclareça a seguinte interrogação: até onde está o devedor obrigado a despende gastos e esforços, materiais e imateriais, tendo em vista o cumprimento, o resultado a que a prestação se dirige? Dito de outro modo, em que medida o devedor tem de empregar a sua atividade intelectual,

nung der Schuld, Berlim, 2002, pp. 88 ss, BERND NAUEN, *Leistungserschwerung und Zweckvereitelung im Schuldverhältnis. Zur Funktion und Gestalt der Lehre von der Geschäftsgrundlage im BGB und im System des Reformentwurfs der Schuldrechtskommission*, Berlim, 2001, p. 223 ss.

⁽⁴⁾ Desenvolvidamente, CATARINA MONTEIRO PIRES, *Impossibilidade da Prestação*, Almedina, 2016 (no prelo).

física e financeira para cumprir? Ou ainda, qual a fronteira do dever de prestar entendido enquanto esforço ou sacrifício?

5. Esta questão é essencial num sistema, como o nosso, em que o devedor cumpre a obrigação quando realiza a prestação a que está vinculado (cf. art. 762.º, n.º 1), em que não pode o devedor oferecer um *tertium genus* como cumprimento (cf. art. 837.º), nem substituir a prestação por uma indemnização pecuniária, e em o sistema do cumprimento (e do não cumprimento) se baseia no primado do *cumprimento natural da prestação*⁽⁵⁾.

Além disso, como nota Weller, a ideia de confiança contratual assenta em três pilares: na vinculação e estabilidade das promessas, no primado do cumprimento natural e na boa-fé⁽⁶⁾. Estes três pilares nem sempre revelam, porém, uma perfeita harmonização, surgindo zonas de tensão entre o respeito pela palavra dada e as exigências objetivas do sistema, fundado em valores de justiça e de tutela da autodeterminação dos contraentes.

6. Ainda a título preliminar, gostaria de sublinhar que a questão que me ocupará interessa, naturalmente, ao esclarecimento do sentido da vinculação do devedor, mas não se esgota nesse plano. Com efeito, sem este sentido clarificado, não será possível compreender o equilíbrio último ou a simetria dos contratos bilaterais⁽⁷⁾.

(5) Sobre o princípio do cumprimento natural pode ver-se PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, Coimbra, 2008, I, p. 377, NUNO PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra, 2011, pp. 495, ss e CATARINA MONTEIRO PIRES, *Impossibilidade da Prestação*, Almedina, 2016 (no prelo).

(6) MARC-PHILIPPE WELLER, *Die Vertragstreue*, Tubinga, 2009, pp. 40, ss.

(7) Aceita-se hoje a interferência de deveres acessórios do credor e, nesta medida, há também um *esforço* do credor tendo em vista o cumprimento do programa obrigacional. Apesar da diferenciação funcional entre as posições do credor e do devedor, esta temática não pode ser tratada sem ter presente a relevância da justiça comutativa, princípio que tem vindo a ser recordado pelas teorias que, sem reconhecer um direito ao cumprimento ao devedor, realçam a necessidade de algum espelho ou simetria entre o tratamento que é conferido ao devedor e ao credor — vide, por todos, a *Spiegelbildlichkeitstheorie* de CLAUS-WILHELM CANARIS, *Der Fortbestand des Anspruchs auf die Gegenleistung nach § 326 Abs. 2 wegen Verantwortlichkeit des Gläubigers*, *Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag*, Tubinga, 2010, pp. 113, ss.

7. Concentremo-nos, pois, na posição do devedor. Os limites dos esforços e dispêndios do devedor devem ser procurados em quadrantes diferenciados, o que explica, desde logo, parte da complexidade do tema. Em sentido amplo, tais limites podem também incluir as diversas causas de justificação da culpa e da ilicitude, incluindo o conflito de deveres⁽⁸⁾. Neste estudo, seguirei um âmbito mais limitado. Começarei por examinar um critério «indiscutível», correspondente à medida da diligência do bom pai de família. Depois, ocupar-me-ei do critério discutível da alteração das circunstâncias.

II. O critério (indiscutível) do bom pai de família

1. Ninguém contesta que o devedor, ao celebrar um contrato, se obriga a uma determinada prestação e, ao fazê-lo, se vincula a um conjunto de esforços que têm por medida a diligência legalmente exigível. Pergunta-se, porém, desde logo, qual o padrão dessa diligência.

Em termos teóricos, a medida da diligência (e o juízo de censura traduzido na culpa) pode ser estabelecida tendo em vista a diligência que o devedor põe habitualmente nos seus próprios negócios, de que ele é capaz (*diligentia quam in suis*) ou a diligência padrão do homem médio. A ideia de uma apreciação concreta, tendo em vista a diligência habitual do devedor, não estaria, à partida, excluída no domínio contratual, onde existe um contacto entre os sujeitos, mas o Código Civil seguiu outro caminho.

2. Assim, no direito português, em regra, o devedor obriga-se a cumprir de acordo com a diligência que lhe é exigível, densificada à luz do critério normativo da diligência do *bonus pater familias*, previsto no art. 487.º, n.º 2, aplicável também à culpa contratual (art. 799.º, n.º 2). No ponto de partida, o ordenamento português

⁽⁸⁾ É este o sentido empregue por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IX, Coimbra, 2016, p. 148.

parece ser sensível ao argumento, já realçado por Vaz Serra, segundo o qual «o critério da diligência *in concreto* ou *quam in suis* não dá à responsabilidade do devedor uma base certa e pode levar mesmo sem razão a uma responsabilidade mais rigorosa»⁽⁹⁾. Tem-se, por isso, entendido que, sem prejuízo de alguma margem de concretude e ponderação, «o que o legislador quis foi excluir, como critério de definição do comportamento devido a diligência psicológica habitual do agente»⁽¹⁰⁾.

3. Se o devedor, para cumprir, tiver que desenvolver esforços superiores aos que lhe são exigíveis segundo aquele critério do bom pai de família (cf. arts. 487.º, n.º 2 e 799.º, n.º 2), a falta de cumprimento não poderá ser culposa, nem (salvo convenção em contrário) dar azo a responsabilidade. Quer dizer, o devedor não faltará culposamente ao cumprimento (cf. art. 798.º).

O devedor acima da média da sua espécie e classe não deverá mais, *em termos de esforço* (e não em termos de qualidades), do que o devedor médio da sua espécie e classe⁽¹¹⁾. O interesse do credor na escolha de certo devedor que habitualmente faz uso de um nível elevado de esforço não é tutelado, sem prejuízo de o contrato poder elevar a bitola de diligência.

Já o risco de desemprego de meios e de esforços médios é do devedor, e não do credor. Além disso, o cumprimento postula um mínimo de aptidão e qualidades, cuja falta corre por conta do devedor: a falha de capacidade terá de ser colmatada com elevação do esforço ou dos dispêndios. Este aspeto é tanto mais importante quanto, nos termos do art. 767.º, a prestação pode ser cumprida tanto pelo devedor como por terceiro, a não ser que as partes tenham acordado que esta deve ser realizada pelo devedor, ou quando a substituição prejudique o credor.

⁽⁹⁾ VAZ SERRA, *A culpa do devedor ou do agente*, BMJ 68, 1957, (pp. 13, ss), p. 21.

⁽¹⁰⁾ FERNANDO PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Coimbra, 1999 (reimp.), p. 337.

⁽¹¹⁾ Ao referirmo-nos ao esforço, e não às qualidades, fica claro que a escolha de certo devedor, com certas características é tutelada. O esforço do bom pai de família é projetado no caso concreto e as características do agente relevam neste contexto, como adiante explicaremos.

5. O padrão abstrato do Código Civil não impede, mas exige, uma concretização em função das circunstâncias do caso (cf. art. 487.º, n.º 2), o que, na prática, pode traduzir-se numa elevação do nível de esforço exigível. Como notou Pessoa Jorge «o que o legislador quis foi excluir, como critério de definição do comportamento devido, a diligência psicológica habitual do agente»⁽¹²⁾, não desligar a apreciação da diligência das circunstâncias do caso concreto.

O projeto de Vaz Serra era mais extenso do que o texto legal e determinava o seguinte: «o tipo do bom pai de família é um tipo adaptável às várias situações, devendo ter-se em conta a relação em causa, a categoria do devedor, o seu estado ocasional e as demais circunstâncias»⁽¹³⁾. Apesar de este texto não ter vingado, da interpretação do art. 487.º, n.º 2, não se tem extraído uma ideia substancialmente diferente.

Em relação ao agente, a aplicação do art. 487.º, n.º 2 compreende-se à luz da distinção entre esforço de vontade (para determinar e para executar o comportamento devido) e qualidades do agente⁽¹⁴⁾. O esforço da vontade é o do homem médio, mas a caracterização do devedor, a sua preparação profissional e cultural, é a que existir em concreto.

Através desta combinação, a ideia de negligência assenta numa vertente objetiva, temperada apenas por elementos subjetivos⁽¹⁵⁾. Age com negligência quem, com as suas características, e tendo em consideração as circunstâncias, não adota o cuidado exigível ao homem médio⁽¹⁶⁾. Ainda que conservando as inevitáveis

(12) FERNANDO PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Coimbra, 1999 (reimp.), p. 337.

(13) VAZ SERRA, *Culpa*, p. 141.

(14) Esta diferenciação está também subjacente ao pensamento de FERNANDO PESSOA JORGE, *Ensaio*, pp. 98, ss e não se confunde com a contraposição entre deficiência do esforço ou da vontade e deficiência da conduta, explicitada por NUNO PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra, 2011, pp. 438, ss.

(15) Referindo-se ao caráter objetivo da bitola do bom pai de família, KONSTANZE BRIESKORN, *Vertragshaftung und responsabilité contractuelle. Ein Vergleich zwischen deutschem und französischem Recht mit Blick auf das Vertragsrecht in Europa*, Tubinga, 2010, p. 158, nota 160.

(16) Num outro quadrante, a ideia de uma quantificação da diligência exigível de

diferenças⁽¹⁷⁾, esta objetivização aproxima o critério nacional da bitola de negligência alemã (cf. §276, BGB) — *die im Verkehr erforderliche Sorgfalt* — entendendo-se quanto a esta que a mesma abstrai da capacidade, atividade, experiência e conhecimento concretos do agente⁽¹⁸⁾. Também no direito português, o cuidado exigível deve ser pensado, no domínio obrigacional, tendo presente a

acordo com padrões quantificáveis está subjacente à chamada «fórmula de Hand» (nome do juiz Learned Hand J, que propôs esta metodologia no caso norte-americano *Conway vs O'Brien*) relativa à determinação do grau de diligência e da negligência na responsabilidade civil extracontratual. Esta fórmula pretende mensurar o *standard of care* de acordo com três variáveis: a probabilidade de que resulte um prejuízo para o autor resultante do ato ou omissão do réu (P); a gravidade do prejuízo (L) e o custo ou dispêndio necessário para o evitar (B). Existirá uma conduta negligente sempre que: $B < PL$. Sobre esta fórmula, SIMON DEAKIN/ANGUS JOHNSTON/BASIL MARKESINIS, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, Clarendon Press, Oxford, 2008 (6.^a ed.), p. 224.

⁽¹⁷⁾ O critério do código alemão distancia-se, desde a sua origem, do modelo português. Com efeito, os redatores do BGB entenderam ser de afastar a bitola do «bom pai de família», considerando as dificuldades de densificação do mesmo. O critério objetivo de negligência consagrado no §276/2, correspondente à falta de respeito pelo cuidado exigível no tráfego, dá origem a algumas dificuldades, nomeadamente quanto à distinção entre *imputação* (culpa) e *ilicitude* (violação de um dever). Uma das conceções mais divulgadas, elaborada por ERWIN DEUTSCH, alude a uma distinção entre uma vertente objetiva e uma vertente subjetiva ou entre uma vertente interna e uma vertente externa da preterição do cuidado exigível no tráfego (ERWIN DEUTSCH, *Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt. Eine privatrechtliche Untersuchung*, Colónia, Berlim, Bona, Munique, 1995, (2.^a ed.), pp. 93, ss e, mais recentemente, ERWIN DEUTSCH, *Die Sorgfalt als Rechtsbegriff*, em *Festschrift für Egon Lorenz zum 80. Geburtstag*, p. (575, ss), pp. 580, ss), mas o ponto não é incontroverso, divisando-se também orientações de caráter unitário (cf. anotação aos §§ 276-278 de SCHERMAIER no *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, org. Mathias Schmoeckel, Joachim Rückert, Reinhard Zimmermann, vol. II, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, §§ 241-304, red. Reinhard Zimmermann, tomo 1, Tübinga, 2007, n.m. 94, ss). O cuidado externo corresponderia a uma conduta adequada à produção de certos efeitos, enquanto o cuidado interno traduzir-se-ia no conhecimento de determinadas circunstâncias e na qualificação do comportamento como *widerrechtlich* (*idem*, pp. 94-95). Veja-se também, noutra perspetiva, ULRICH HUBER, *Zivilrechtlicher Fahrlässigkeit*, em *Gesammelte Schriften*, org. T. Baums, J. Wertenbruch, Tübinga, 2016, (pp. 75, ss), pp. 88, ss. Retomando, entre nós, a distinção de DEUTSCH e distinguindo entre o cuidado exigível interior e o cuidado exigível exterior, NUNO PINTO OLIVEIRA, *Princípios*, p. 430. Na perspetiva deste Autor, o cuidado exterior corresponderia à ilicitude e o cuidado interior à culpa (*ibidem*).

⁽¹⁸⁾ STEPHAN GRUNDMANN, anotação ao §276 BGB, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 2, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, §§241-432, Munique, 2016, (7.^a ed.), n.m. 55, KONSTANZE BRIESKORN, *Vertragshaftung*, p. 158, ERWIN DEUTSCH, *Die Sorgfalt*, p. 518, ULRICH HUBER, *Zivilrechtlicher Fahrlässigkeit*, pp. 105, ss.

finalidade da bitola, dirigida ao cumprimento integral das prestações contratuais⁽¹⁹⁾.

É ainda à luz daquela diferenciação entre *esforço* e *qualidades* do agente que se deve compreender a decisão do Tribunal da Relação de Lisboa quando considera que «se o médico possui capacidades ou conhecimentos especiais superiores à média, terá de atuar com um cuidado acrescido, tendo em conta os conhecimentos que devia usar e não o fez. Quando não faz uso das faculdades que possui, integrará o tipo de ilícito negligente. Não basta a observância de um cuidado médio abstrato, dependendo a negação ou afirmação do ilícito negligente de um juízo de *exigibilidade social*, tendo em consideração as capacidades do agente para impedir o resultado»⁽²⁰⁾.

6. A remissão para «as circunstâncias de cada caso» implica ainda que os condicionalismos da execução do programa obrigacional sejam também considerados: o homem médio é colocado no cenário de (in)cumprimento concretamente verificado, face à perturbação e à elevação do esforço solicitada, no contexto do contrato por si celebrado⁽²¹⁾. Como notava Vaz Serra, «quanto a saber a que é que o devedor se obriga, pode isso variar consoante o tipo de contrato e até a propósito de cada contrato, sendo um dos elementos a atender a boa-fé»⁽²²⁾.

7. A evolução dos últimos cinquenta anos revela que o padrão legal tem sido desafiado perante as chamadas «responsabilidades profissionais». Pensemos na responsabilidade profissional do advogado, onde a densificação do critério do bom pai de família faz também apelo a um estatuto deontológico específico ou na responsabilidade do banqueiro, cujos deveres são também conformados por um particular estatuto legal.

⁽¹⁹⁾ Veja-se a contraposição entre negligência delitual e negligência contratual de ULRICH HUBER, *Zivilrechtlicher Fahrlässigkeit*, p. 82, ss.

⁽²⁰⁾ Ac TRL de 16/12/2015.

⁽²¹⁾ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, Coimbra, 1997, p. 354.

⁽²²⁾ VAZ SERRA, *Culpa*, p. 19.

Na responsabilidade do advogado, já reiterou recentemente o Supremo Tribunal de Justiça que «ao advogado não é apenas exigível a diligência do homem médio (n.º 2 do art. 487.º do Código Civil) já que lhe é imposto especial rigor na investigação, atualização e aplicação dos conhecimentos da sua profissão, sem contudo podermos aplicar critérios de avaliação de rigor excessivo que não tomem em conta o grau de subjetividade interpretativa sempre existente quer no aconselhamento jurídico quer na aplicação do direito»⁽²³⁾. Entendimento que se enquadra numa linha de orientação mais ampla, também patente na jurisprudência do STJ, segundo a qual o «facto gerador de responsabilidade civil contratual para com o cliente terá que decorrer da falta de diligência na abordagem da questão a tratar, falta de diligência que deve ser passível de censura na medida em que constitua um erro profissional indesculpável»⁽²⁴⁾. Na mesma orientação, entendeu também o STJ que se exige ao mandatário «uma diligência adstrita e arrimada aos deveres de cumprimento das regras e procedimentos confinados a um saber cientificamente adquirido e que deve ser colocado, com competência técnica, zelo, lealdade, destreza e perícia intelectual ao serviço de uma execução previamente delineada e concertada com o mandante e que serve de plano ou guião para a correcta prestação do dever de realização da obrigação a que se adstringiu»⁽²⁵⁾.

Entendimentos que são expressão do pulsar de uma responsabilidade civil específica, balizada por específicos contornos de deveres deontológicos (cf. em particular art. 83.º, n.º 1 do EOA).

8. Também quanto à responsabilidade civil do banqueiro, a interferência de deveres particulares e de normas específicas, como os arts. 73.º e 76.º do RGICSF, tem motivado, em conjugação com o art. 487.º, n.º 2, do Código Civil, uma elevação prática dos esforços exigíveis, considerando o condicionalismo da situação e do

⁽²³⁾ Ac. STJ, 14/4/de 2015.

⁽²⁴⁾ Vide Acs do STJ de 9/12/2014, 5/2/2013, 4/12/2012, 28/9/2010, 12/6/2007, todos aliás citados no Ac. STJ mencionado na nota anterior.

⁽²⁵⁾ Ac. do STJ de 26/2/2016.

tipo de atividade em causa. Este tendência é, aliás, notória em outros países, nomeadamente na Alemanha, onde se exige aos bancos um cuidado profissional e exigências particulares de organização⁽²⁶⁾.

Entre nós, o Supremo Tribunal já sublinhou que ao banco é exigível algo mais do que a atuação do bom pai de família, elevando-se a bitola em função de uma atuação qualificada e especializada⁽²⁷⁾. Este mesmo Tribunal considerou também que «quanto ao critério de diligência (art. 76.º), também referenciando o banqueiro enquanto instituição, aponta ele para o modelo do banqueiro criterioso e ordenado, no que pode ver-se a recuperação, com fins bancários, da figura do *bonus paterfamilias*, prudente, ordenado e dedicado»⁽²⁸⁾.

Esta elevação do padrão não se confunde, porém, com as tendências no sentido de uma objetivização da responsabilidade dos bancos por certos atos, através de uma verdadeira *Garantiehaf-tung*, seja de fonte legal, seja baseada no conteúdo de determinadas promessas.

9. A diligência legalmente exigível projeta-se em qualquer obrigação. Deve reconhecer-se que a diferenciação entre obrigações de meios e obrigações de resultado — cuja pertinência é, aliás, discutível⁽²⁹⁾ — não afeta, nem determina, a medida da diligência do devedor⁽³⁰⁾. Qualquer devedor está obrigado a cumprir a prestação a que está adstrito com o grau de diligência de um homem médio nas circunstâncias do caso concreto.

(26) STEPHAN GRUNDMANN, anotação ao §276 BGB, n.m. 115.

(27) Ac. do STJ de 08/05/2012.

(28) Ac. do STJ de 16/09/2014.

(29) VAZ SERRA considerava que na obrigação de meios não haveria presunção de culpa, porque o tribunal tinha de indagar se o devedor aplicou a diligência devida — *Culpa*, p. 19. Contudo, este entendimento parece ser discutível. O Código não sugere nenhuma distinção entre obrigações de meios e de resultado. Em qualquer obrigação, a ausência de cumprimento faz presumir a culpa do devedor. O que parece é que a maior individualização da prestação enquanto resultado facilita a perceção de que o cumprimento não se verificou. Acresce que a obrigação visa sempre um resultado — *vide* ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, IX, p. 146.

(30) *Vide*, por todos, NUNO PINTO OLIVEIRA, *Princípios*, pp. 32, ss.

Além disso, essa diligência está subjacente ao cumprimento de qualquer dever. Neste plano, a boa-fé desempenha um papel relevante na densificação dos deveres acessórios que adstringem o devedor⁽³¹⁾.

10. Pode perguntar-se se a medida da diligência do devedor é também um limite em matéria de obrigações genéricas. O art. 540.º determina que, nestas obrigações, o devedor não fica exonerado enquanto a prestação for possível dentro do género. Na definição de Emmerich, «nas obrigações genéricas, no momento da celebração do contrato está em aberto com que prestação concreta, em particular com que objeto, o devedor deve cumprir»⁽³²⁾ Uma obrigação será específica quando as partes tenham acordado «que apenas um determinado objeto deverá ser prestado pelo devedor, de tal modo que este não poderá cumprir com outro objeto»⁽³³⁾. A verdade é que, também nas obrigações genéricas, o devedor está obrigado a cumprir, usando da diligência do bom pai de família, sob pena de responsabilidade. A circunstância de a obrigação ser genérica não afasta, porém, o problema de um limite do sacrifício do devedor, nem a aplicação da alteração das circunstâncias. Problema diverso será o da causa de imputação da responsabilidade nas chamadas obrigações de obtenção.

11. A abstração do bom pai de família não se confunde, nem interfere, com a projeção da diligência em várias fases do cumprimento do programa obrigacional, nem com o reconhecimento de que, ao lado de uma diligência de execução em sentido estrito, intercede uma diligência preparatória e preventiva e ainda uma diligência reativa, destinada a superar ou atenuar um impedimento ao dever de prestar. A medida do esforço do *solvens* é, pois, um problema que se coloca perante qualquer perturbação ou

⁽³¹⁾ Aspeto já reconhecido por VAZ SERRA, *Culpa*, p. 19.

⁽³²⁾ VOLKER EMMERICH, anotação ao § 243 BGB, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 2, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, §§241-432, Munique, 2016, (7.ª ed.), n.m. 5.

⁽³³⁾ *Idem*, n.m. 5.

entreve à prestação, imputável ou inimputável ao devedor (o que não quer, naturalmente, dizer que o esforço seja o mesmo em qualquer caso). Se sobrevier um facto não imputável às partes, o devedor obrigar-se-á, dentro dos limites da concreta prestação, a superá-lo⁽³⁴⁾. Se o facto perturbador for imputável ao credor, o devedor também continua adstrito, embora passe a responder apenas por dolo (art. 814.º, n.º 1).

12. A diligência não corresponde ao projeto de despesas do devedor, podendo ser superior ou inferior. Esta ideia, que reafirmamos, tem sido menosprezada, ou mesmo contrariada, pelas teorias que, parecendo conceber a relação obrigacional como um esquema pensado para a ausência de perturbações, pugnam pela limitação dos esforços exigíveis ao devedor ao montante da contraprestação e/ou limitam os esforços suplementares (em relação ao projetado) aos casos de perturbação imputável ao devedor⁽³⁵⁾. Importa, pois, recordar, com Vaz Serra, que «o devedor, se responder por culpa *in abstracto* não é só porque prometeu a diligência do bom pai de família, o que pode estar longe do seu propósito. É também porque se julga no interesse da segurança das relações e para defesa da outra parte que assim deve ser»⁽³⁶⁾.

13. Numa zona contígua ao problema que nos ocupa, mas condicionando também a posição de um devedor confrontado com uma perturbação que agrava os esforços necessários ao cumprimento, encontramos a presunção de culpa do art. 799.º, n.º 1, a relação entre culpa e ilicitude e os problemas probatórios associados.

A clareza de princípio da diferenciação entre a violação de um dever objetivo de cuidado (que caracteriza a ilicitude) e a censurabi-

⁽³⁴⁾ Sobre a prestação substitutiva e a sua razoabilidade comercial, CHRISTOPH BRUNNER, *Force majeure und hardship under general contract principles*, Wolters Kluwer, 2009, pp. 323, ss.

⁽³⁵⁾ Estas teses proliferaram na Alemanha após a *Schuldrechtsmodernisierung*, sendo encabeçadas por Eduard Picker.

⁽³⁶⁾ VAZ SERRA, *Culpa*, p. 44.

lidade que recai sobre a conduta do devedor, que interiormente adotou uma atitude de descuido — afirmada na nossa jurisprudência⁽³⁷⁾ — torna-se, na prática, muitas vezes, incerta, perante a realidade do contrato e o *teste judicial* de uma ação que torne controvertido o seu cumprimento. Tanto mais que, como se tem notado, a falta de cuidado do devedor traduzida na negligência, embora possa dizer respeito ao estado interior, emocional e intelectual do agente, só pode ser comprovada através de uma dada exteriorização⁽³⁸⁾. Entre o pragmatismo da realização do Direito e a natureza cultural do direito das obrigações, a presunção de culpa em sentido amplo tem reclamado, em várias formulações, um espaço amplo, envolvendo ainda a ilicitude (e a causalidade)⁽³⁹⁾, muito embora seja ainda incerto o destino de uma ideia de *faute* na responsabilidade obrigacional. Note-se, ainda, que, por vezes, na prática judicial, a prova da observância do dever de cuidado surge *consumida* pela prova de ocorrência de um facto de força maior, suscetível, por si só, de justificar causalmente o ilícito. Contudo, nem a força maior é um *critério modelador* do conteúdo da diligência do devedor, nem a prova da ausência de culpa está limitada à força maior⁽⁴⁰⁾. Provando-se o facto de força maior, invencível, intransponível e imprevisível, ficará, em princípio, na falta de declarações adicionais, excluída (ou limitada) a responsabilidade do devedor⁽⁴¹⁾. A força maior é, portanto, uma forma de delimitar riscos, entre a esfera do lesante e a esfera do lesado. Perante um evento controlável, ainda que com esforços acrescidos, ou mitigável, também à custa de esforços suplementares, o impedimento implicará uma elevação do esforço: mas o evento não é, naturalmente, crité-

⁽³⁷⁾ Ac. do TRL, 28/6/2012.

⁽³⁸⁾ ERWIN DEUTSCH, *Die Sorgfalt*, p. 580, MARIA-ELISABETH FABARIUS, *Äußere und innere Sorgfalt*, Colónia, 1991, pp. 77, ss, e p. 147. Entre nós, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, Coimbra, 1994, p. 191.

⁽³⁹⁾ Assim, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Contrato*, pp. 191-192 e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, IX, 2016, pp. 379, ss.

⁽⁴⁰⁾ Assim, diferenciando fundamentos objetivos (v.g. força maior) e fundamentos subjetivos (v.g. culpa) de exclusão da responsabilidade, KONSTANZE BRIESKORN, *Vertragshaftung*, pp. 168, ss.

⁽⁴¹⁾ NIELS JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrechts*, Tubinga, 2003, p. 610.

rio, nem medida da diligência exigível. O mesmo quanto à previsibilidade, isto é, também neste caso será a diligência média do *bonus pater familias* que permite discernir se o devedor poderia, ou não, ter antecipado e/ou evitado o curso dos acontecimentos. Se o devedor podia ter evitado a impossibilitação da prestação, mas não o fez, por ter sido descuidado logo numa etapa preparatória do cumprimento, a impossibilidade pode ser-lhe imputável, devendo notar-se que a negligência compreende uma componente de reconhecimento do perigo e outra de superação do mesmo⁽⁴²⁾.

Na esteira de Pessoa Jorge, deve, assim, reconhecer-se ser errónea a afirmação segundo a qual o caso fortuito ou de força maior começa onde a culpa acaba⁽⁴³⁾. Pode não haver força maior e não existir culpa (a elisão da presunção pode apelar a outros motivos), do mesmo modo que pode existir força maior e subsistirem deveres cujo cumprimento se exige.

14. A medida da diligência pode ser objeto de estipulação das partes, no sentido do respetivo agravamento. Por um lado, a doutrina tem admitido cláusulas de agravamento da responsabilidade do devedor⁽⁴⁴⁾. Por outro lado, nada impede que as partes elevem o critério de diligência do art. 487.º, n.º 2, tendo em vista o contrato em causa. Além destas estipulações, a densificação da prestação pode também contribuir para modelar a diligência do devedor, não no sentido de a tornar mais intensa, ou sujeita a uma bitola diferente, mas no sentido de dispensar certo esforço intelectual no sentido de descobrir as melhores opções de conduta, tendo em vista a execução do cumprimento.

15. Não têm vingado entre nós as teses que consideram que o devedor, ao contrair uma obrigação, assume uma «garantia iminente» correspondente ao interesse do credor no cumprimento. Parece-nos, aliás, que tais orientações, além de outras dificuldades

⁽⁴²⁾ STEPHAN GRUNDMANN, anotação ao §276 BGB, n.m. 68, ss.

⁽⁴³⁾ FERNANDO PESSOA JORGE, *Ensaio*, p. 129.

⁽⁴⁴⁾ JOSÉ BRANDÃO PROENÇA, *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, Coimbra, 2011, p. 380.

(quanto ao sentido da vontade juridicamente vinculante), ferem o princípio da culpa em que assenta o sistema português de responsabilidade civil.

Na Alemanha, o atual §276 BGB prevê uma responsabilidade independente de culpa, nos casos em que há aceitação de uma «garantia» (*Garantie*) ou do «risco de aquisição» ou «de obtenção» (*Beschaffungsrisiko*)(⁴⁵). Segundo este preceito, «o devedor deve ser responsável por dolo ou por negligência, quando uma responsabilidade mais intensa ou mais atenuada não seja determinada, nem possa extrair-se do conteúdo da relação obrigacional, em particular da aceitação de uma garantia ou de um risco de obtenção».

Apesar de o Código Civil não contar com uma norma análoga ao §276, deve em princípio aceitar-se, numa obrigação de obtenção (*Beschaffungsschuld*), a atribuição do risco (*Beschaffungsrisiko*) ao devedor(⁴⁶). O devedor que sabe não dispor do bem a entregar *garante* a sua entrega, suportando o risco de aquisição. Se o valor do bem sofrer aumentos entre a data da celebração do contrato e a data do vencimento da obrigação, o risco será, em princípio, à falta de outros elementos, do devedor.

16. Em outras hipóteses, pode o devedor ter assumido um risco, através de uma garantia (*Garantiehaftung*), o que só poderá ser esclarecido através da interpretação do negócio jurídico(⁴⁷). De um modo geral, o devedor poderá garantir ao credor certo resultado relativo à esfera de riscos que controla. Nessa medida, o devedor *garante algo* ao credor(⁴⁸).

(⁴⁵) STAUDINGER/LÖWISCH/CASPERS, §276, n.m. 147 ss, STEPHAN GRUNDMANN, anotação ao §276 BGB, n.m. 173, ss.

(⁴⁶) CLAUS-WILHELM CANARIS, *Die Einstandspflicht des Gattungsschuldners und die Übernahme eines Beschaffungsrisikos nach §276 BGB. Norm und Wirkung. Beiträge zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus heutiger und historischer Perspektive, Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag*, org. Eugen Bucher, Claus-Wilhelm Canaris, Heinrich Honsell, Thomas Koller, Stämpfli Verlag, Berna, Beck, Munique, 2005, (pp. 179, ss), pp. 216-217.

(⁴⁷) Não é diferente no direito alemão, perante o §276 BGB, STEPHAN GRUNDMANN, anotação ao §276 BGB, n.m. 173, ss.

(⁴⁸) O STJ considerou já que, numa venda de uma impressora para tipografia, a

Ir além desta ideia — isto é, passar do plano da interpretação para o plano da generalização —, parece-nos arriscado, embora certos Autores aludam a situações típicas de assunção de risco⁽⁴⁹⁾. Sempre que alguém contrata estando em condições de prever a ocorrência de certa contingência, assume o risco correspondente? Parece-nos que a resposta não pode ser generalizada e exigirá sempre uma verificação da esfera de controlo do devedor, dentro do seu círculo de negócios⁽⁵⁰⁾.

17. Pode ainda perguntar-se se as chamadas *declarações e garantias (representations and warranties)* inseridas em certos contratos, nomeadamente em contratos de venda de empresas, influem na conformação dos esforços ou dispêndios do devedor. As garantias correspondem às *warranties* inglesas, isto é, à promessa de que um estado de coisas existe⁽⁵¹⁾. Recentemente, o Supremo Tribunal de Justiça pronunciou-se sobre o valor destas *garantias* em contratos de venda de empresa, considerando que pelas mesmas «o devedor (o vendedor) responde pelas eventuais divergências entre o que declara e a realidade «haja o que houver», ou seja, o vendedor assume plenamente o risco da não verificação da «situação» garantida, independentemente de culpa da sua parte, o que é admissível à luz da liberdade contratual (art. 405.º do CC)»⁽⁵²⁾. Neste Acórdão, o Tribunal vem aderir à tese das recorrentes, considerando que a violação de uma *garantia* não gera um dever de indemnizar, mas um dever de prestar.

Deste entendimento do Supremo Tribunal não é também possível extrair generalizações. Quanto à ideia da incondicionalidade (haja o que houver), tudo dependerá da interpretação do contrato. Em certos casos, as *garantias* sofrem determinados condiciona-

falta de tintas no mercado não constituía um risco imputável à vendedora, não tendo esta *garantido* a existência de tintas — Ac. do STJ de 30/01/2013, relator Silva Gonçalves.

⁽⁴⁹⁾ CHRISTOPH BRUNNER, *Force majeure und hardship under general contract principles*, Wolters Kluwer, 2009, pp. 122, ss.

⁽⁵⁰⁾ Sobre a limitação em função do círculo de negócios, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, *Allgemeiner Teil*, Munique, 1987, 14.ª ed., pp. 102-103.

⁽⁵¹⁾ ADAM KRAMER, *The Law of Contract Damages*, Oxford, 2014, p. 220.

⁽⁵²⁾ Ac. do STJ de 3//1/2016.

mentos a montante, resultantes do próprio tipo de negócio e do respectivo objeto, bem como determinadas limitações a jusante, traduzidas, por exemplo, em restrições baseadas no conhecimento ou na *esfera de negócios e de atividade* do devedor.

Quanto à ideia do dever de prestar, importará, ainda, conjugar a *garantia* com a cláusula contratual relativa aos meios de reação do comprador, as quais, muitas vezes, remetem para um remédio indemnizatório.

Mais importante: independentemente do entendimento que se acolha quanto às ditas *warranties*, a *garantia* não implica, por si só, uma modificação do critério de diligência exigível, tal como não o implica a circunstância de certa obrigação revestir um *resultado* preciso.

18. Uma derradeira nota ou advertência. O Código Civil português, por influência de Antunes Varela, conservou uma distinção clara entre impossibilidade e inexigibilidade, acolhendo um conceito de impossibilidade absoluta, mesmo em relação à impossibilidade subjetiva (cf. art. 791.º)⁽⁵³⁾. Segundo o Autor «a lei considera que o devedor, ao contrair a obrigação, não só se compromete a preparar em tempo oportuno os *meios* necessários ao cumprimento e a afastar os obstáculos a este cumprimento (diligência preparatória e diligência preventiva), como assume o *risco* de a prestação se lhe tornar *impossível* (subjectivamente) de cumprir, desde que não haja impossibilidade objectiva da prestação (...)»⁽⁵⁴⁾. Certas conceções, como a *teoria da adstrição do esforço*⁽⁵⁵⁾ não encontraram, pois, no nosso País, terreno fértil. Seja como for — e mesmo que se

⁽⁵³⁾ Sobre estes aspetos, com outros desenvolvimentos, pode ver-se a nossa dissertação, *Impossibilidade da prestação*, no prelo.

⁽⁵⁴⁾ ANTUNES VARELA, *Das obrigações*, II, p. 71, nota 1.

⁽⁵⁵⁾ Segundo KLEINEIDAM, o conteúdo do dever primário de prestar compreendia, além de outros elementos (como o tempo e o lugar da prestação, o tipo de prestação, etc.), uma limitação intrínseca quanto aos esforços exigidos ao devedor para cumprir, de tal modo que a superação deste limite corresponderia imediatamente a uma situação de impossibilidade absoluta — *Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich*, Jena, 1900, pp. 14, ss. Para uma crítica a esta teoria, vide JULIA RÖDL, *Die Spannung der Schuld*, p. 86: o conceito de uma adstrição ao esforço obnubilaria o lado funcional da prestação, orientada para um resultado.

tenha em vista uma *relativização da impossibilidade* —, a verdade é que a discussão em torno da impossibilidade não esgota, nem dispensa, a discussão sobre os limites da adstrição do devedor, compreendida em termos de esforço, dispêndio ou sacrifício.

III. O critério (discutível) da inexigibilidade de prestar por alteração das circunstâncias

1. Sucede, por vezes, em certos litígios, que os devedores invocam a alteração das circunstâncias (cf. art. 437.º) como fonte de desvinculação ou como causa de exclusão das consequências de um não-cumprimento culposo, alegando que o esforço exigido para cumprir era excessivo e inexigível. Na doutrina, assinala-se que um dos grupos de casos típicos de alteração das circunstâncias corresponde às situações de perturbações do plano de dispêndios (*Störungen der Aufwandsplanung*)⁽⁵⁶⁾.

No caso julgado pelo BGH a 8 de fevereiro de 1978, estava em causa uma situação em que um importador celebrou um contrato de fornecimento de longo prazo de petróleo por preço fixo no final do ano de 1972, para o ano de 1973, sobrevivendo, porém, uma subida extraordinária do preço (seis vezes mais caro). O importador viu-se privado da possibilidade de fornecer, porque o seu próprio fornecedor recusou o fornecimento. O comprador pediu ao tribunal a condenação do importador a uma indemnização. O BGH recusou aplicar a doutrina do desaparecimento da base do negócio, uma vez que o contraente poderia ter previsto a subida do preço, mas aludiu, também (embora não viesse a ser esse o fundamento da decisão) ao facto de o devedor ter aceitado um preço fixo⁽⁵⁷⁾.

Os exemplos da doutrina multiplicam-se. Os custos de aquisição do bem revelaram-se superiores ao previsto, o financiamento projetado

⁽⁵⁶⁾ MARIO SCHOLLMAYER, *Selbstverantwortung und Geschäftsgrundlage*, Tubinga, 2014, p. 40.

⁽⁵⁷⁾ *Zeitschrift für Wirtschafts und Bankrecht*, 1978, p. 322, ss, em particular p. 323.

não se concretizou, a produção foi bloqueada por uma greve, provocando um aumento de custos⁽⁵⁸⁾.

Trata-se, portanto, de casos em que os custos ou dispêndios prestação aumentam conduzindo a um desinteresse do devedor no cumprimento, uma vez que se perdeu a equivalência entre dispêndios e contraprestação⁽⁵⁹⁾. Perante estas hipóteses de superação do plano de dispêndios (*Überholung der Aufwandsplanung*) pode suscitar-se a questão de saber como é que se relacionam os arts. 487.º, n.º 2, e o art. 437.º, n.º 1.

2. O problema não passou despercebido à doutrina. Inocêncio Galvão Telles parece partir de uma identificação entre a excessiva dificuldade ou onerosidade subjacente ao art. 437.º e a ausência de culpa, aferida de acordo com o critério do bom pai de família. O devedor a quem fossem pedidos esforços desmesurados ou excessivamente gravosos não responderia se não cumprisse. O princípio da culpa excluiria a responsabilidade. Ser-lhe-ia, porém, oferecido um mecanismo adicional: o da desvinculação, através da resolução do contrato⁽⁶⁰⁾.

António Menezes Cordeiro notou a proximidade entre boa-fé e culpa, considerando que as mesmas poderão concorrer no caso concreto. Nas palavras do Autor: «No que toca ao cumprimento das obrigações, a boa fé é chamada a precisar e complementar a fonte negocial respectiva, actuando, depois, no conteúdo, seja para precisar a prestação, seja para lhe acrescentar os deveres acessórios. Dado este manancial, nenhuma dificuldade haveria em imputar-lhe ainda a determinação do esforço exigido aos intervenientes.

⁽⁵⁸⁾ MÜKO/FINKENAUER, § 313, n.m. 207.

⁽⁵⁹⁾ MARIO SCHOLLMAYER, *Selbstverantwortung und Geschäftsgrundlage*, p. 40. Estes casos não se confundem com as hipóteses de aumento do valor do bem objeto da prestação. Distinguindo entre *Wertsteigerungen* e *Leistungserschwerung*, MÜKO/FINKENAUER, § 313, n.m. 204 e 207. Sobre as perturbações da equivalência pode ver-se ainda *Grundfälle zur Störung der Geschäftsgrundlage*, JuS 2004, pp. 1058, ss (1.ª parte), Jus 2005, pp. 27, ss (2.ª parte) e *Die Äquivalenzstörung. Ein Beitrag zur Lehre von der Geschäftsgrundlage*, Peter Lang, Francoforte, 1995, pp. 3 ss.

⁽⁶⁰⁾ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, pp. 369, ss.

Há todo o interesse, no entanto, num prisma de aperfeiçoamento da linguagem jurídica, em manter designações próprias para temas bem delimitados. Ora, visto que a diligência remete para um padrão jurídico simples e claro, torna-se produtivo conservá-la, com esse conteúdo, distinta da boa fé, que apela a outros dados do sistema. Fica claro, contudo, que diligência e boa fé são noções destinadas, muitas vezes, a agir lado a lado»⁽⁶¹⁾.

Também António Pinto Monteiro exprimiou a complexidade do problema, ao realçar o seguinte: «devemos confessar pairarem sobre nós dúvidas e dificuldades várias quanto à articulação entre o requisito da culpa e a impossibilidade. Terá o devedor que provar sempre a impossibilidade de cumprimento (caso de força maior, por exemplo), para não ser declarado responsável, não interessando a culpa senão para se avaliar se essa impossibilidade é ou não culposa? Neste caso, seria irrelevante o facto de a prestação se revelar extremamente *difícil*, quiçá excedendo o *limite do sacrifício* exigível. Ou bastará ao devedor provar que não teve culpa, para o efeito de ser tido responsável, embora a obrigação não se extinga por não se ter tornado rigorosamente impossível o seu cumprimento? Avaliando-se a culpa pela diligência dum *bonus pater familias*, e tendo o devedor, para efectuar o cumprimento, que desenvolver esforços superiores aos que lhe são *exigíveis* segundo aquele critério, a falta de cumprimento, em tais circunstâncias, deixaria de ser culposa e, conseqüentemente, de gerar responsabilidade. Relevará, pois, a doutrina do *limite do sacrifício*. Ou a questão deverá relevar apenas no quadro da alteração anormal das circunstâncias (art. 437.º)? Finalmente, ter-se-á de ter em conta, para o efeito, o facto de se tratar de obrigações de resultado, ou apenas de meios, só a impossibilidade exonerando o devedor no primeiro caso, enquanto que, tratando-se de obrigação de meios, bastaria ao devedor provar que não teve culpa?»⁽⁶²⁾.

⁽⁶¹⁾ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, Coimbra 2001 (reimp. da obra de 1983), p. 1230.

⁽⁶²⁾ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 2003 (reimp. da obra de 1985), p. 329, nota 545.

3. Este problema só poderá clarificar através de dois caminhos: por um lado, através do esclarecimento da função regulativa da alteração das circunstâncias e, por outro lado, através da explicitação das condições de aplicação do art. 437.º a um caso de onerosidade excessiva⁽⁶³⁾. Vejamos, de seguida, sem uma pretensão de exaustividade, as pistas que nos são deixadas, pela doutrina e pela jurisprudência.

4. A alteração das circunstâncias tem sido objeto de teses contraditórias, o que se compreende, na medida em que o instituto exige uma tomada de posição sobre fundamentos últimos do direito civil, *maxime* à ideia de contrato e de liberdade contratual⁽⁶⁴⁾.

Algumas posições têm recusado autonomia dogmática às perturbações da base do negócio com apelo à interpretação complementadora. No fundo, o problema da alteração das circunstâncias seria *sempre* um problema de interpretação do negócio jurídico. Esta ideia tem raízes no pensamento de Flume (para quem a verdadeira questão seria saber quem suporta o risco da realidade» num determinado contrato, existindo depois casos de preclusão de existência social enquadráveis na equidade)⁽⁶⁵⁾ e foi recentemente retomada por Finkenauer⁽⁶⁶⁾. Procurando harmonizar a ideia de base do negócio (e a disposição do § 313 BGB) com o princípio da estabilidade e do respeito pelas vinculações contratuais, este Autor considerou que aquela figura não corresponderia a uma realidade autónoma do próprio contrato.

⁽⁶³⁾ Com outros desenvolvimentos, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, IX, pp. 554, ss.

⁽⁶⁴⁾ Para uma visão geral, pode ver-se ULRICHE KNOBEL, *Wandlungen im Verständnis der Vertragsfreiheit*, Berlim, 2000, pp. 98, ss.

⁽⁶⁵⁾ WERNER FLUME, *Rechtsgeschäft und Privatautonomie, FS zum Hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages*, 1860-1960, org. Ernst von Caemmerer, Ernst Friesenhahn, Richard Lange, vol. 1, C.F.Müller, Karlsruhe, 1960, pp. 208, 217-218.

⁽⁶⁶⁾ THOMAS FINKENAUER, anotação ao § 313 BGB, *Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 2, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, §§241-432, org. Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Harmut Oetker, Bettina Limperg, red. Wolfgang Krüger, Beck, Munique, 2016, (7.ª ed.) (cit., MüKo/Finkenauer, §313) n.m. 3, ss.

Acreditamos, com Manuel Carneiro da Frada, que «grande parte da interpretação dos contratos, sobretudo daqueles que se destinam a vigorar por um período longo de tempo, é uma interpretação reconstitutiva (...) perante circunstâncias específicas que as partes não previram explicitamente»⁽⁶⁷⁾. Essa circunstância comprime o âmbito de aplicação do art. 437.º. Por este motivo, parece-nos que grande parte dos casos que, numa leitura apressada, se pensaria subsumir ao art. 437.º podem ser resolvidos através de uma *interpretação melhorada*. Se aceitarmos que o contexto negocial⁽⁶⁸⁾ e as condutas supervenientes das partes modelam o conteúdo do contrato, através da sua interpretação⁽⁶⁹⁾, o espaço do art. 437.º reduzir-se-á naturalmente, com vantagens dogmáticas.

Contudo, é duvidoso que a alteração das circunstâncias se deixe consumir por completo na busca de uma vontade real reveladora de uma promessa ou de uma vontade hipotética preenchedora de uma lacuna. Acresce que o critério de justiça ínsito no art. 437.º pode não coincidir totalmente com o critério subjetivo do contrato⁽⁷⁰⁾ e não corresponde ao critério da vontade hipotética (cf. art. 239.º).

No quadrante oposto, outras posições, embora minoritárias, negam que institutos similares ao consagrado no artigo 437.º do Código Civil possam ser aplicados a casos de perturbação da equivalência fundados em agravamento dos dispêndios, justificando esta posição com base na circunstância de esse limite dever ser fixado pelos deveres acessórios, emergentes da boa-fé, nomeadamente pelo dever de proteção⁽⁷¹⁾. Não haveria, assim, necessidade de criar uma duplicidade de bitolas. Esta visão não poderá proce-

⁽⁶⁷⁾ MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Sobre a interpretação do contrato*, em *Forjar o Direito*, p. 19.

⁽⁶⁸⁾ Sobre este problema, MARK ANDRE CZARNECKI, *Vertragsauslegung und Vertragsverhandlungen*, Tubinga, 2016, pp. 7, ss.

⁽⁶⁹⁾ *Vide*, por todos, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Sobre a interpretação do contrato*, em *Forjar o Direito*, p. 20.

⁽⁷⁰⁾ Aludindo à irrenunciabilidade do elemento voluntarista, mas entendido de um «ponto de vista substancial-valorativo», MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Crise financeira mundial e alteração das circunstâncias: contratos de depósito vs. contratos de gestão de carteiras*, *ROA*, ano 69, 2009, p. 678.

⁽⁷¹⁾ JULIA RÖDL, *Die Spannung der Schuld*, p. 99.

der, perante os dados do sistema do Código Civil: perante a autonomia do art. 437.º face aos arts. 762.º, n.º 2, e 334.º e perante a alusão às *circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar*. Contudo, alerta para a importante proximidade entre a alteração das circunstâncias e a boa-fé, de resto assumida pelo próprio art. 437.º, logo no plano literal.

5. Segundo Vaz Serra, as teorias sobre alteração das circunstâncias visam «pôr o direito de acordo com a justiça e a equidade e reconhecer, por isso, um direito de resolução ou de modificação do contrato quando *circunstâncias imprevistas alterem tão profundamente a relação entre as prestações* que não possa razoavelmente exigir-se o cumprimento dos contratos nos termos em que foi feito» (o itálico é nosso)⁽⁷²⁾. Essa inexigibilidade resultaria da boa-fé. Vaz Serra reconhece um papel importante à base do negócio, a qual seria «a mais perfeita fundamentação de uma resolução ou revisão dos contratos por alteração das circunstâncias»⁽⁷³⁾. Contudo, o Autor recusa que a lei deva tomar partido por uma teoria determinada⁽⁷⁴⁾. Além disso, o Autor reconhece também que a alteração das circunstâncias possa relevar já fora do âmbito da teoria da base do negócio. Em determinados casos, como os da coroação, seria a boa fé objetiva que imporá ou afastaria a modificação ou resolução do contrato⁽⁷⁵⁾.

Desde a obra de António Menezes Cordeiro⁽⁷⁶⁾, tem sido realçada a ligação entre a norma do art. 437.º e a boa-fé⁽⁷⁷⁾. Segundo Carneiro da Frada, o art. 437.º conteria «um conjunto de noções e locuções organizadas numa rede de significados reciprocamente referenciados, cujo núcleo é constituído pelos princípios da boa-

⁽⁷²⁾ *Resolução*, p. 304.

⁽⁷³⁾ *Idem*, p. 308.

⁽⁷⁴⁾ *Idem*, p. 311.

⁽⁷⁵⁾ *Idem*, p. 328.

⁽⁷⁶⁾ *Da boa fé*.

⁽⁷⁷⁾ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil português*, vol. II, *Direito das obrigações, Cumprimento e não Cumprimento, Transmissão, Modificação e Extinção, Garantias*, tomo IV, Coimbra, 2010, pp. 323-325 e, do mesmo Autor, *Da boa*, pp. 1106, ss.

-fé»⁽⁷⁸⁾, estando em causa a «justiça objetiva na relação entre os agentes jurídicos», e não a tutela da confiança num certo estado de coisas ⁽⁷⁹⁾. A boa-fé assume-se, assim, como uma chave central e elemento inarredável ao abrigo do art. 437.º, mesmo para posições que valorizem um elemento voluntarista⁽⁸⁰⁾.

Esta referência implica, desde logo, que as perturbações do plano de dispêndios sejam manifestamente significativas. Sem este desequilíbrio flagrante, respeitante a uma das partes, não haverá lugar a uma reação do sistema jurídico, nem à convocação do art. 437.º. Só a boa-fé pode ditar o que é exigível e o que é inexigível, no caso concreto.

6. Avançando para uma exegese do art. 437.º, n.º 1, a maioria das posições defendidas entre nós tem aceitado que a referência às «circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar», traduz o acolhimento da ideia de base do negócio⁽⁸¹⁾. Os tribunais têm também feito alusão à *base do negócio*⁽⁸²⁾. Esta conclusão resultaria dos trabalhos preparatórios de Vaz Serra, da letra e do espírito da lei. Contudo, em que consiste essa *base do negócio*?

Começamos por notar que se trata de uma base qualificada ou de valoração. O intérprete deverá começar por diferenciar, na lógica do contrato, as circunstâncias que são estruturantes e condicionantes do negócio das demais. Só as primeiras serão consideradas.

⁽⁷⁸⁾ MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Crise financeira mundial*, p. 679.

⁽⁷⁹⁾ *Idem*, p. 680.

⁽⁸⁰⁾ Segundo Mariana Fontes da Costa, o artigo 437.º compreender-se-ia no cruzamento entre os princípios da autonomia privada, da inexigibilidade, da boa-fé e da proporcionalidade, embora prevalecendo, em último termo, a vontade dos contraentes, uma vez que o problema da excessividade superveniente seria o de a mesma deixar de poder ser justificada pela autodeterminação — MARIANA FONTES DA COSTA, *Da alteração superveniente das circunstâncias*, dissertação de doutoramento, policopiada, Porto, 2015, pp. 279-280. Contudo, na indagação de uma vontade reconstruída de ambos os contraentes, a Autora atribui primazia enquanto «elemento central aglutinador de todo o regime» ao princípio da boa-fé.

⁽⁸¹⁾ Assim, por exemplo, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, IX, p. 554, ss, p. 282, NUNO PINTO OLIVEIRA, *Princípios*, pp. 577, ss, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria geral do Direito civil*, Almedina, Coimbra, 2012 (7.ª ed.), p. 319.

⁽⁸²⁾ Pode ver-se Acs. do STJ de 28/05/2009, de 10/01/2013, de 23/01/2014, de 04/10/2014.

A jurisprudência portuguesa tem ainda notado que se trata de circunstâncias em que ambas as partes, e não apenas uma delas, fundaram a decisão de contratar, reforçando, assim, um elemento já indiciado pela letra da lei⁽⁸³⁾. As partes não teriam celebrado o contrato, se tivessem previsto a alteração das circunstâncias, ou não o teriam celebrado nos termos em que o fizeram.

O STJ considerou já que «a base do negócio é uma representação de uma das partes, conhecida da outra e relativa a certa circunstância basilar atinente ao próprio contrato e que foi essencial para a decisão de contratar»⁽⁸⁴⁾.

Maior dificuldade suscita a relação desta *base* com o próprio *negócio* e com a *vontade dos contraentes*, em particular com a vontade do contraente confrontado com um pedido de resolução ou modificação do contrato com base em alteração das circunstâncias. Evitando jogos linguísticos, a base do negócio parece traduzir-se numa fórmula algo inadequada e incoerente no seio do sistema, se entendida subjetivamente, de difícil concretização (e justificação), se compreendida como realidade *quase negocial* de uma base de valoração⁽⁸⁵⁾ ou como algo que se distancia já da decisão de contratar entendida enquanto vontade subjetiva, se concebida objetivamente. O apelo a ambos elementos, subjetivo e objetivo (ou normativo) não evita também a complexidade do problema⁽⁸⁶⁾.

⁽⁸³⁾ Pode ver-se Acs. do STJ de 28/05/2009, de 10/01/2013, de 23/01/2014 ou de 04/10/2014.

⁽⁸⁴⁾ Ac. do STJ de 8/5/2013.

⁽⁸⁵⁾ MARIO SCHOLLMEYER, *Selbstverantwortung und Geschäftsgrundlage*, p. 71.

⁽⁸⁶⁾ A tese de conciliação foi propugnada por Karl Larenz (KARL LARENZ, *Geschäftsgrundlage*, p. 184. Entre nós, aludindo a elementos subjetivos e objetivos, na esteira de Larenz, MARIANA FONTES DA COSTA, *Da alteração superveniente*, p. 293 ss. Menezes Cordeiro repudiou a construção de Larenz, invocando a insuficiência do negócio subjetiva, desligada do sistema jurídico, e da base do negócio objetiva, que mais não seria do que uma manifestação de vontade das partes, uma vez que tanto a definição da margem de risco a cargo de cada um dos contraentes quanto a determinação do fim do contrato só podem ser conhecidos com recurso ao próprio clausulado contratual (MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, II, IV, pp. 282-283 e *Da alteração das circunstâncias*, pp. 28-29). Para este Autor, a tese de Larenz só continuaria a ser uma referência no nosso país em virtude de uma «inércia acrítica» da doutrina (*Tratado*, II, IV, p. 283). Recentemente, aludindo à base do negócio objetiva, *Tratado*, IX, p. 555.

É também frequente dizer-se que a perturbação da base do negócio corresponde a um caso em que existe uma representação pressuposta que falha e que, se as partes tivessem previsto essa mesma falha, não teriam concluído o negócio ou não o teriam celebrado nos termos em que o fizeram⁽⁸⁷⁾. Contudo, ponderosas dificuldades surgem em relação ao requisito do conhecimento da base do negócio por parte do outro contraente. Alude-se, por vezes, a um ónus de informação da base do negócio por parte do contraente que visa invocar a alteração de circunstâncias⁽⁸⁸⁾. Considera-se que a representação deve ser pelo menos reconhecível pelo outro contraente e que este há de ter reconhecido a sua relevância. Mas como se extrai o acordo ou anuência do contraente quanto ao valor da base do negócio? Trata-se de uma anuência hipotética? E como é que esta se constrói? Do ponto de vista da *descoberta* da base do negócio, há quem sustente a aplicação analógica das regras vigentes para o negócio jurídico⁽⁸⁹⁾. Nesta lógica, a base do negócio seria determinada à luz dos arts. 236.º e 237.º e, sobretudo, do art. 239.º do Código Civil. Ficamos, porém, com dúvidas sobre esta possibilidade: não haverá, então, afinal, regulação negocial, ainda que hipotética? Estará em causa uma indireta ampliação do negócio jurídico e da vinculação, com consequências no plano do cumprimento e do não-cumprimento?

Na alteração das circunstâncias haveria uma divergência entre a base de valoração e a realidade, o que pressuporia uma falta de vontade juridicamente vinculante por parte dos contraentes, mas também uma ausência de lacuna contratual⁽⁹⁰⁾. Ficam, porém, por explicar as reais fronteiras entre o juízo de relevância que habilita à consideração de lacuna do contrato e o juízo de relevância que habilita à qualificação da base do negócio.

A mesma dificuldade coloca-se quando se refere, como faz Schollmeyer, que a anuência da contraparte deve ser entendida em

(87) Assim, CARLOS MOTA PINTO, *Teoria geral do Direito civil*, pp. 605-606.

(88) MARIO SCHOLLMAYER, *Selbstverantwortung*, p. 71.

(89) *Idem*, p. 76.

(90) *Idem*, p. 444.

sentido normativo, como uma espécie *assunção relevante para a decisão de contratar*⁽⁹¹⁾.

Na Alemanha, subsistem ligações da base do negócio, agora codificada, à formulação oertmanniana⁽⁹²⁾. Entre nós, as posições evoluem, mas sem consenso, num sentido de clarificação do caráter *puramente objetivo* da base do negócio⁽⁹³⁾. Pela nossa parte, como referimos noutro estudo, a base do negócio a que o art. 437.º faz referência não pode ser entendida em termos puramente subjetivos, fazendo antes apelo a condicionalismos objetivos⁽⁹⁴⁾.

7. A *anormalidade* da alteração tem sido predominantemente compreendida como *imprevisibilidade*. Esta conceção é genericamente acolhida pela doutrina⁽⁹⁵⁾ e pela jurisprudência⁽⁹⁶⁾. Na esteira de Vaz Serra⁽⁹⁷⁾, os tribunais têm intensificado a exigência de ligação causal entre a situação anormal e a perturbação registada. O risco de um agente comercial é algo inerente à sua atividade. De tal modo que um contraente do ramo da construção e imobiliário não pode invocar a crise económica e financeira e a retração do mercado imobiliário para se desvincular de um contrato-promessa⁽⁹⁸⁾. As alterações da taxa de juro e de esforço para pagamento do preço do contrato prometido, o desemprego e a desvalorização da moeda resultantes da crise também não são alterações anormais⁽⁹⁹⁾. Sem prejuízo deste entendimento geral, já se

(91) *Idem*, p. 80.

(92) MARIO SCHOLLMEYER, *Selbstverantwortung und Geschäftsgrundlage*, pp. 61 e ss e p. 444.

(93) ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, IX, p. 555.

(94) CATARINA MONTEIRO PIRES, *Impossibilidade da prestação*, no prelo.

(95) Assim, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, II, IV, p. 322, *Tratado*, IX, p. 556, e, do mesmo Autor, *Da alteração das circunstâncias*, p. 67 e *Da boa fé*, p. 1083 *et passim*, LUIS MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, volume III, Coimbra, 2014 (9.ª ed.), p. 140, NUNO PINTO OLIVEIRA, *Princípios*, p. 578, ss.

(96) Na jurisprudência mais recente, por exemplo, Acs. do STJ de 28/03/2006 e de 23/01/2014.

(97) VAZ SERRA, *Resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias*, BMJ, 68, 1957, (pp. 293, ss), p. 330.

(98) Ac. do STJ de 04/10/2014.

(99) Ac. de 23/01/2014.

tem admitido também que a imprevisibilidade pode ser dispensada nos casos em que «a boa-fé obrigaria a outra parte a aceitar que o contrato ficasse dependente da manutenção da circunstância alterada»⁽¹⁰⁰⁾.

8. Nos últimos tempos, o requisito *ausência de cobertura pelos riscos do negócio* tem suscitado alguma polémica, no rescaldo da crise financeira planetária de 2009/2014⁽¹⁰¹⁾, reavivando a questão de saber se existem contratos *imunes* a uma alteração das circunstâncias (pela sua natureza ou pela sua estrutura de risco)⁽¹⁰²⁾ e se a autonomia privada das partes pode arredar *totalmente* a intervenção do art. 437.º, convencionando certo regime de risco, de contraprestação fixa e inalterável, ou certo limite de alterabilidade do negócio. Problemas que, em muitos casos (embora não em todos), não podem ser resolvidos com uma resposta afirmativa ou negativa geral, em função do tipo de contrato, mas apenas ponderados perante o *concreto contrato*, o seu *concreto regime de risco* e a sua *concreta ordenação de interesses*.

9. Também o problema, conexo, da natureza injuntiva ou supletiva do art. 437.º tem suscitado polémica e foi recentemente discutido no caso julgado pelo *High Court of Justice*⁽¹⁰³⁾. O que se compreende. Com efeito, a cláusula geral da alteração das circunstâncias exprime vários conflitos primários do direito das obrigações, como o que opõe o individual ao coletivo, a segurança jurídica

⁽¹⁰⁰⁾ Ac. do TRL de 15/05/2014.

⁽¹⁰¹⁾ Sobre o problema da alteração das circunstâncias no contexto da crise económico-financeira, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, MARIANA FONTES DA COSTA, *Discussing the (Ab) Normality of Financial Crises as a Relevant Change of Circumstances Under Portuguese Law*, pp. 221, ss, em *The Effects of Financial Crises on Binding Force of Contracts — Renegotiation, Rescission or Revision*, Springer, 2016.

⁽¹⁰²⁾ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO não excluindo embora a aplicação do art. 437.º a contratos aleatórios (*Direito bancário*, p. 944) considera que aos contratos privados de risco, como *swaps* ou investimentos em fundos de capital de risco não se aplica a alteração das circunstâncias (*Tratado*, IX, p. 591).

⁽¹⁰³⁾ Banco Santander Totta SA vs Companhia Carris de Ferro de Lisboa SA, Sociedade Transportes Coletivos do Porto, SA, Metropolitano de Lisboa, EPE, Metro do Porto, SA, de 4/3/2016.

ao caso concreto, a vinculação à liberdade da decisão jurisdicional⁽¹⁰⁴⁾.

Na doutrina, são várias as referências à supletividade do preceito, parecendo ser dominante a ideia de supletividade tendencial ou não absoluta⁽¹⁰⁵⁾.

A autonomia privada é uma área congenitamente limitada, de mero «reconhecimento» por parte do ordenamento jurídico, e não de pura «autorização» ou de «delegação»⁽¹⁰⁶⁾. Pode suceder que, em concreto, o problema não seja de alteração das circunstâncias (mas sim de interpretação ou integração do negócio jurídico) ou que, figurando, em abstrato, um problema de alteração das circunstâncias, a distribuição contratual do risco não justifique a modificação ou resolução do contrato. Estas são, porém, conclusões que só podem ser extraídas em concreto, não podendo ser *a priori* concebidos espaços de imunização à cláusula geral do art. 437.º. Mesmo a ideia de que uma cláusula de preço fixo significa uma exclusão total e absoluta do art. 437.º afigura-se duvidosa. O que se acaba de dizer está longe de significar uma visão *corretiva* ou *moralizadora* dos contratos: a cláusula geral do art. 437.º é, tal como a concebemos, um remédio de *ultima ratio*, fundado na boa-fé.

10. Com efeito, a alteração das circunstâncias é um remédio para casos extremos, como resulta, desde logo, dos apertados e (parcialmente sobreponíveis) requisitos exigidos pelo próprio art. 437.º. E é assim que tem sido interpretada e materializada pelos tribunais portugueses.

⁽¹⁰⁴⁾ MARIETTA AUER, *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2005, pp. 10, ss.

⁽¹⁰⁵⁾ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, II, IV, p. 298 e, do mesmo autor, *Da alteração das circunstâncias*, pp. 39, ss, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Comercial*, p. 241. A este propósito, entendeu MENEZES CORDEIRO que a «relação de supletividade não deve ser entendida em termos absolutos» e que por isso, «a interpretação das normas que cominem as repartições particulares do risco ou similares deve revelar se a atribuição realizada é definitiva, plena, ou se, ainda aí, é admissível, passada certa margem, que a exigência dos deveres contratuais possa contrariar *gravemente* os princípios da boa fé» — *Da boa fé*, p. 1107.

⁽¹⁰⁶⁾ Veja-se, neste sentido, as reflexões de MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Contrato*, pp. 64, ss, sendo as expressões entre aspas do próprio Autor (*idem*, p. 65).

O fecho da bolsa subsequente à Revolução de 1974-1975 não foi considerado «uma alteração de circunstâncias» ao abrigo do art. 437.º, n.º 1⁽¹⁰⁷⁾. Encontramos uma aplicação mais generosa do art. 437.º no contexto gerado pela crise económica e financeira desta década, em alguns acórdãos recentes, de que é talvez exemplo mais representativo o Acórdão do STJ de 10 de outubro de 2013⁽¹⁰⁸⁾. Em todo o caso, não nos parece possível aludir a uma inversão da tendência restritiva dos tribunais portugueses quanto ao alcance da alteração das circunstâncias, enquanto mecanismo corretor de desequilíbrios⁽¹⁰⁹⁾, continuando a sobressair uma ideia de prudência e de cautelosa aplicação do art. 437.º do Código Civil.

11. Percorrido este caminho, que permitiu enquadrar a figura, vejamos a relação entre os arts. 487.º, n.º 2, e 437.º do Código Civil.

O problema do agravamento da prestação tem sido colocado na doutrina sob três perspetivas, a nosso ver dogmaticamente distintas: (i) a da medida do esforço do devedor (ii) a do equilíbrio entre as prestações do contrato e (iii) e a do equilíbrio entre os custos do devedor e o interesse do credor. A medida do esforço do devedor não densifica o equilíbrio entre as prestações no contrato. Inversamente, este equilíbrio não permite também projetar uma *medida de esforço*. Diferente da contraprestação é, ainda, o interesse do credor, pelo que o equilíbrio entre as prestações não se confunde com a adequação dos dispêndios ao interesse do credor. Concentremo-nos, porém, na relação entre a medida do esforço do devedor e o equilíbrio entre as prestações do contrato. O art. 437.º fornece um critério de diligência do devedor?

⁽¹⁰⁷⁾ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, II, IV, p. 327 e, já anteriormente, *Da alteração das circunstâncias*, pp. 71, ss). Na jurisprudência, veja-se, por exemplo, o Ac. do STJ de 10 de maio de 1979, BMJ 287, 1979, pp. 262, ss.

⁽¹⁰⁸⁾ Sobre os problemas subjacentes a esta decisão, pode ver-se CATARINA MONTEIRO PIRES, *Entre um modelo corretivo*, pp. 3, ss.

⁽¹⁰⁹⁾ *Vide*, por exemplo, o Ac. do STJ de 23 de janeiro de 2014 ou o Ac. do STJ de 10 de abril de 2014.

Parece-nos que não. A alteração das circunstâncias está em causa uma «expressão de justiça objectiva»⁽¹¹⁰⁾, dirigida a uma «igualação entre sujeitos» através da garantia de uma «correspondência das prestações a cargo de cada um»⁽¹¹¹⁾. Trata-se de eventos imprevisíveis que alteram desmesuradamente o equilíbrio contratual, fazendo com que uma das prestações se torne excessivamente onerosa⁽¹¹²⁾. Sobrevém uma desproporção insuportável entre as prestações (*Äquivalenzstörung*). A cláusula geral do artigo 437.º, n.º 1, do Código Civil, radicando numa ideia de justiça⁽¹¹³⁾, reage a uma perturbação grave da paridade intrínseca num contrato. Não está em causa uma reação a uma violação de deveres, nem a problemas de desproporção entre custo para o devedor e benefício para o credor.

Do art. 437.º não se extrai uma medida de diligência, nem uma orientação dirigida ao devedor quanto ao esforço que deve usar nas atividades preparatórias e de execução da prestação. O esforço do devedor pode estar acima da diligência exigível ao bom pai de família e o art. 437.º ficar excluído se, por exemplo, se verificou uma perturbação compreendida nos riscos do negócio.

Além disso, a inserção de uma e outra figura no sistema é diferenciada: a alteração das circunstâncias emerge como verificação de *ultima ratio*, qualificada pela ofensa grave à boa-fé. A diligência do bom pai de família coloca-se no cumprimento de qualquer obrigação, é um padrão de conduta generalizável.

Acresce que as consequências dos arts. 487.º, n.º 2, e 437.º são distintas. A alteração das circunstâncias pode permitir uma desvinculação⁽¹¹⁴⁾. Repare-se, ainda, que a alteração das circunstân-

(110) MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança*, p. 863, nota 966.

(111) MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança*, p. 884 e, também nesta página, nota 997.

(112) VAZ SERRA, *Resolução*, p. 297.

(113) VAZ SERRA, *Resolução*, p. 296 e pp. 303, ss. Também LARENZ aludiu a uma ideia de justiça contratual imanente (*immanente Vertragsgerechtigkeit*), que serviria de fundamento a uma redensificação dos limites da autonomia privada das partes — *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung. Die Bedeutung „veränderter Umstände“ im Zivilrecht*, Beck, Munique e Berlim, 1963, 3.ª ed., pp. 159, ss.

(114) Sobre as consequências da alteração das circunstâncias, pode ver-se ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, IX, p. 562 e CATARINA MONTEIRO PIRES, *Efeitos da alteração das circunstâncias*, *O Direito*, 2013, I-II, pp. 181, ss.

cias não visa alterar a bitola de diligência. Se o contrato for modificado, o devedor continua obrigado a cumprir com a diligência de um bom pai de família, simplesmente poderá ter de realizar uma prestação com objeto ou condições (de tempo e de lugar) diferentes.

Finalmente, a alteração das circunstâncias parece pressupor que não haja mora do devedor (cf. art. 438.º) nem, mais latamente, uma inexecução ou uma perturbação que lhe seja imputável e que seja a causa do desequilíbrio contratual⁽¹¹⁵⁾.

12. Numa zona de desenvolvimento judicial do Direito⁽¹¹⁶⁾, os tribunais têm sabido travar uma manipulação da alteração das circunstâncias e, mesmo sem o mencionar, têm reservado esta cláusula geral para perturbações graves da justiça imanente ao contrato, recusando-a como critério e medida dos esforços e da diligência do devedor.

⁽¹¹⁵⁾ Esta ideia parece, porém, afastada nas teses que consideram que o art. 437.º pode aplicar-se em caso de *imputação ao devedor*. Segundo esta orientação, em certos casos em que a única saída conforme à da boa-fé fosse a da desvinculação para futuro seria admissível uma indemnização, designadamente uma indemnização pelo interesse positivo, mas correspondente apenas à parte do agravamento da prestação exigível ao devedor. No direito alemão, esta tese é defendida por MARIO SCHOLLMAYER, *Selbstverantwortung und Geschäftsgrundlage*, em particular pp. 426, ss. Entre nós, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança*, nota 730, pp. 670, ss.

⁽¹¹⁶⁾ MENEZES CORDEIRO sublinha que a interligação específica entre interpretação criativa do Direito e alteração das circunstâncias é irrecusável, devendo, por isso, arredar-se quaisquer tentativas de compreender o regime jurídico dos arts. 437.º e seguintes de acordo com as regras tradicionais de interpretação da lei (*Tratado*, II, IV, p. 266 e *Da alteração das circunstâncias*, p. 9). Noutra sede, o Autor considerou também que o art. 437.º, n.º 1, se inclui «entre as disposições que, de modo flagrante mais directo, não podem ser entendidas pela exegese nem, tão pouco, admitem subsunção» — *Da boa fé*, pp. 925-926.