

A flexibilidade do contrato como condição de sustentabilidade

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.101.6>

Nuno Manuel Pinto Oliveira*

“... È possibile, tuttavia, che la guerra al virus, che sembrava un dispositivo ideale, che i governi possono dosare e orientare secondo le proprie esigenze ben più facilmente di una vera guerra, finisca, come ogni guerra, col sfuggire loro di mano. E, forse, a quel punto, se non sarà troppo tardi, gli uomini cercheranno nuovamente quella ingovernabile pace che hanno così incautamente abbandonato”.

Giorgio Agamben¹

1. Entre a actual *emergência* e a alegada *emergência climática*, de que se fala com alguma frequência, há uma *preocupante semelhança* – e a semelhança causa, ou deve causar, algumas dúvidas sobre se os problemas relacionados com o *ambiente*, ou com a *sustentabilidade*, estão a ser apreciados e discutidos *seriamente*² e sobre se, ao discuti-los seriamente, está a preferir-se as *pequenas* soluções, realistas, às *grandes soluções*, (quase sempre) *utópicas*³. O perigo das *grandes soluções*, (quase sempre) *utópicas*, para todas as *sociedades abertas* continua a ser um perigo *real, sério* – e, perante o perigo, será conveniente compreender-se como pode o *contrato* adaptar-se às *perturbações* do seu *ambiente* económico e social, designadamente através de *decisões políticas*.

O tema da alteração das circunstâncias é um dos *grandes temas* do direito civil. Teubner descreve-o, de forma sugestiva, como o problema da relação entre o *contrato* e o seu

* Professor Catedrático da Escola da Direito da Universidade do Minho, Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça.

1 “La guerra e la pace” (23 de Fevereiro de 2021), in: WWW: < <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-la-guerra-e-la-pace> >.

2 Como sugere o título de um livro de Roger Scruton – *How to Think Seriously About the Planet. The Case for an Environmental Conservatism*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

3 Entre os corolários de se preferir as *pequenas* soluções, realistas, às *grandes* soluções, (quase sempre) *utópicas*, está o de que deve relativizar-se o (chamado) *princípio da precaução* – considerando que “[a] resposta racional ao problema do risco não é aplicar todos os recursos para reduzir o risco a zero, é sim ponderar vantagens e desvantagens, tendo em conta a probabilidade relativa de resultados indesejáveis” [Roger Scruton, *How to Think Seriously About the Planet*, cit., p. 133].

*ambiente*⁴. Flume, como o problema da relação entre o *contrato* e a sua *realidade*⁵. O caso estaria todo em averiguar *quem deve suportar o risco da realidade*⁶. Como os contraentes não previram ou não puderam prever todas as circunstâncias compreendidas no *ambiente do contrato*, deveria perguntar-se pelo *alcance* da regulamentação contratual. O contrato deverá regulamentar as circunstâncias que não foram previstas no momento da sua conclusão? Caso afirmativo, em que medida poderá ou deverá regulamentá-las?⁷

Os *grandes temas* do direito civil são, em regra, temas controversos – e o tema da alteração das circunstâncias confirma a regra: afirmou-se que admitir a adaptação ou a resolução do contrato significava *tomar a sério o contrato*⁸ e que significava *não o tomar a sério*⁹; que significava respeitar o *regulamento contratual* e que significava desrespeitá-lo, fazendo com que se saísse do campo das *soluções de direito* para entrar no campo das *soluções de equidade*¹⁰; – com que se saísse da *ordem contratual* para entrar na *anarquia contratual*¹¹.

O contraste entre as duas *posições extremas* reflecte-se no contraste entre os *sistemas abertos* e os *sistemas fechados*. Em *sistemas fechados*¹², em que não se admitisse que a parte prejudicada se desvinculasse do contrato por causa da alteração das circunstâncias, o contrato seria total ou quase totalmente *imune* às perturbações do seu *ambiente*. Exceptuar-se-iam, tão-só, os casos de impossibilidade da prestação¹³. Em *sistema abertos*¹⁴, o contrato não lhes é, e não pode ser-lhes, imune. Os princípios e as regras sobre a alteração das circunstâncias fazem com que o conteúdo do *contrato*

4 Günther Teubner, anotação ao § 242, in: Rudolf Wassermann (coord.), *[Alternativ-]Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. II – *Allgemeines Schuldrecht*, Luchterhand, Neuwied, 1980, pp. 32-91 (84).

5 Werner Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. II – *Das Rechtsgeschäft*, 4.^a ed., Springer, Berlin / Heidelberg, 1992, p. 497.

6 Werner Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. II – *Das Rechtsgeschäft*, cit., p. 500.

7 Dieter Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, 8.^a ed., C. F. Müller, Heidelberg, pp. 336-337.

8 Cf. Dieter Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, cit., p. 338 – só poderia tomar-se o contrato a sério se se restringisse o seu alcance àquilo que as partes quiseram regulamentar.

9 Cf. Werner Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. II – *Das Rechtsgeschäft*, cit., p. 520 – só poderia tomar-se o contrato a sério se se ampliasse o seu alcance, fazendo um esforço para encontrar uma resposta ao problema da alteração das circunstâncias *a partir do contrato*.

10 Cf. Werner Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. II – *Das Rechtsgeschäft*, cit., p. 501.

11 Expressão de Louis de Josserand, *Cours de droit civil positif français*, vol. II – *Théorie générale des obligations. Les principaux contrats du droit civil. Les suretés*, 3.^a ed., Sirey, Paris, 1939, pp. 224-228 – concluindo com o seguinte *mot d'ordre*: "Organisation et socialisation du contrat, oui; désorganisation et anarchie contractuelle, non".

12 Ewoud Hondius / Hans-Christoph Grigoleit, "Introduction", in: Ewoud Hondius / Hans-Christoph Grigoleit (coord.), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp. 3-14 (11): "Closed' legal systems, conversely, are those jurisdictions that do not offer such a doctrine either because they do not have a general 'exceptional' remedy addressing unexpected circumstances or, even if they have such a doctrine (as most legal systems do), this doctrine cannot lead to an adjustment of the contract as a general rule."

13 Günther Teubner, anotação ao § 242, in: Rudolf Wassermann (coord.), *[Alternativ-]Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. II – *Allgemeines Schuldrecht*, cit., p. 84.

14 Ewoud Hondius / Hans-Christoph Grigoleit, "Introduction", cit., p. 11.

possa e, porventura, com que o contrato deva reagir às *perturbações* do seu *ambiente* – ou seja, às perturbações do sistemas económico e do sistema social.

2. Como em todos os *grandes temas* do direito civil, a controvérsia sobre a alteração das circunstâncias é comum a todos os grandes sistemas jurídicos do passado¹⁵ e a todos os grandes sistemas jurídicos do presente¹⁶. Os códigos civis do século XIX, como o Código Civil francês de 1804, consagravam sistemas fechados – e o antigo Código Civil português era em tudo um código do seu tempo. O art. 702.º do antigo Código Civil português¹⁷ era praticamente uma tradução do antigo art. 1134.º do Código Civil francês de 1804¹⁸ – e, como o antigo art. 1134.º do Código Civil francês de 1894, não admitia a revogação ou a resolução do contrato *afectado* ou *perturbado*

15 Sobre a evolução histórica da alteração das circunstâncias desde o direito romano aos códigos civis do século XIX, vide por todos António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, Livraria Almedina, Coimbra, 1997 (reimpressão), pp. 938-954; Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Juta/Kluwer, Cape Town/Deventer/Boston, 1992 (reimpressão), pp. 576-582; James Gordley, “Impossibility and Changed or Unforeseen Circumstances”, in: *The American Journal of Comparative Law*, vol. 52 (2004), pp. 513-530; Andreas Thier, “Legal History”, in: Ewoud Hondius / Hans-Christoph Grigoleit (coord.), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp. 15-32;

16 Para uma comparação entre os actuais sistemas jurídicos, vide, p. ex., Konrad Zweigert / Hein Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3.ª ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 1996, pp. 516-537; Basil S. Markesinis / Werner Lorenz / Gerhard Dannemann, *The German Law of Obligations*, vol. I – *The Law of Contracts and Restitution: A Comparative Introduction*, Oxford University Press, Oxford, 1997, pp. 516-615; Filippo Ranieri, *Europäisches Obligationenrecht*, 3.ª ed., Springer, Wien / New York, 2009, pp. 815-852; Basil S. Markesinis / Hannes Unberath / Angus Johnston, *The German Law of Contract. A Comparative Treatise*, 2.ª ed., Hart Publishing, Oxford / Portland (Oregon), 2006, pp. 319-348; Ewoud Hondius / Hans-Christoph Grigoleit (coord.), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011; John P. Dawson, “Effects of Inflation on Private Contracts: Germany, 1914-1924”, in: *Michigan Law Review*, vol. 33 (1934-1935), pp. 171-238; John P. Dawson / Frank E. Cooper, “The Effect of Inflation on Private Contracts: United States, 1861-1879”, in: *Michigan Law Review*, vol. 33 (1934-1935), pp. 706-757; Max Rheinstein, “The Struggle Between Equity and Stability in the Law of Post-War Germany”, in: *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 3 (1936), pp. 91-103; E. J. Cohn, “Frustration of Contract in German Law”, in: *Journal of Comparative Legislation and International Law*, vol. 28 (1946), pp. 15-25; Ermanno Schubath / Erwin Deutsch, “Wegfall der Geschäftsgrundlage und doctrine of frustration. Eine rechtsvergleichende Betrachtung des deutschen Rechts mit dem common law unter besonderer Berücksichtigung der amerikanischen Rechtsprechung”, in: *Juristische Rundschau*, 1958, pp. 214-217; Peter Hay, “Frustration and Its Solution in German Law”, in: *The American Journal of Comparative Law*, vol. 10 (1961), pp. 345-373; Peter Hay, “Zum Wegfall der Geschäftsgrundlage im anglo-amerikanischen Recht”, in: *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 164 (1964), pp. 231-269; John P. Dawson, “Judicial Revision of Frustrated Contracts: Germany”, in: *Boston University Law Review*, vol. 63 (1983), pp. 1039-1098; John P. Dawson, “Judicial Revision of Frustrated Contracts: The United States”, in: *Boston University Law Review*, vol. 64 (1984), pp. 1-38; Maurício Almeida Prado, “Regards croisés sur les projets de règles relatifs à la théorie de l’imprévision en Europe”, in: *Revue internationale de droit comparé*, vl. 62 (2010), pp. 863-894; Rodrigo Andrés Momberg Uribe, *The Effect of a Change of Circumstances on the Binding Force of the Contract*, Intersentia, Antwerp, 2011; Walter Doralt, “Der Wegfall der Geschäftsgrundlage. Altes und Neues zur théorie de l’imprévision in Frankreich”, in: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 76 (2012), pp. 761-784.

17 Em que se dizia: “Os contratos legalmente formados devem ser pontualmente cumpridos; nem podem ser revogados ou alterados, senão por mútuo consentimento dos contraentes, salvo as excepções especificadas na lei”.

18 Em que se diz: “As convenções legalmente formadas têm força de lei para aqueles que as fizeram”.

por uma alteração das circunstâncias^{19,20}. Em todo o caso, o século XIX começa com o Código Civil alemão²¹ – e, desde o Código Civil alemão, a doutrina e a jurisprudência começaram a interpretar o antigo Código Civil português em consonância com os desenvolvimentos dos direitos alemão e italiano²². O *sistema fechado*, desenhado pelo antigo código, começou a abrir-se. Inspirando-se no conceito de *pressuposição* de Windscheid^{23, 24}, Guilherme Moreira²⁵, Cabral de Moncada²⁶ ou Manuel de Andrade²⁷ admitiam que os contratos fossem revogados ou resolvidos, desde que a declaração

19 Cf. designadamente Fernando Andrade Pires de Lima / João de Matos Antunes Varela, *Noções fundamentais de direito civil*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1961, pp. 327-328 – em que se diz que “[o] nosso legislador não atendeu às considerações, algumas das quais de justiça indiscutível, que estão na base desta teoria e não a sancionou em nenhuma disposição geral”.

20 O tempo em que o antigo Código Civil português começou a ser aplicado coincidiu praticamente com o tempo em que o Código Civil francês, em especial o antigo art. 1134.º do Código Civil francês, começou a ser interpretado de uma forma (ainda) mais rígida, (ainda) mais rigorosa. O acórdão da *Cour de cassation* de 6 de Março de 1876, sobre o caso do *Canal de Craponne*, era um caso exemplar – constantemente citado como um dos grandes acórdãos, como um dos *grands arrêts*, da *Cour de cassation*. O antigo art. 1134.º do Código Civil francês atribuiria uma *prioridade absoluta* ao princípio da *força vinculativa do contrato* – a regra de que *os contratos legalmente formados têm força de lei para aqueles que os fizeram* corresponderia a uma regra absoluta e não competiria aos tribunais, “por muito equitativa que pudesse parecer a sua decisão”, considerar o tempo e as circunstâncias para modificar as convenções das partes e substituir as cláusulas que foram livremente aceites pelos contratantes por cláusulas novas, que o não foram: “... *dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse apparaître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants*” [sobre a evolução da doutrina e da jurisprudência francesas desde o Código Civil de 1804, *vide*, por todos, António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, cit., pp. 955-966 (com uma apresentação do caso do Canal de Craponne na p. 956)].

21 Em França, o código alemão foi anotado por autores como Bufnoir, Gény ou Saleilles entre 1904 e 1914 – C. Bufnoir / P. Cazelles / J. Challamel / J. Drioux / F. Gény / P. Hamel / H. Lévy Ulmann / R. Saleilles, *Code civil allemand, traduit et annoté*, vol. I – *Introductioj et lexique. Livre I. – Partie générale (art. 1 à 240). Livre II – Section I à VI (art. 241 à 432)*, Imprimerie Nationale, Paris, 1904; vol. II – *Livre II (suite) – Section VII (art. 433 à 853). Livre III (art. 854 à 1296)*, Imprimerie Nationale, Paris, 1906; vol. III – *Livre IV (art. 1297 a 2385)*, Imprimerie Nationale, Paris, 1908; vol. IV – *Loi d'introduction. Loi d'exécution en Alsace Lorraine. Table générale des matières*, Imprimerie Nationale, Paris, 1914.

22 Em ampla medida, através da tradução francesa do código civil alemão ou da tradução italiana das obras de Windscheid – designadamente, do *Diritto delle pandette*, na tradução de Fadda e Bensa, publicado pela Unione Tipografico-Editrice Torinese desde 1902, com reimpressões sucessivas.

23 Bernhard Windscheid, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Buddeus, Düsseldorf, 1850 – que teve como antecessor *Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte*, Buddeus, Düsseldorf, 1847, em que a doutrina da pressuposição é anunciada nas pp. 293-297, e como sucessores o artigo “Die Voraussetzung”, in: *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 78 (1892), pp. 161-202, e o *Lehrbuch des Pandektenrechts*, em que o tema é tratado nos §§ 97-100 (na primeira edição, de 1862, nas pp. 226-234, e na sexta edição, de 1887, nas pp. 311-321 – na tradução italiana, pp. 332-343 [*Diritto delle pandette*, vol. I, UTET, Torino, 1925 (reimpressão)]).

24 Sobre a doutrina da *pressuposição*, *vide* António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, cit., pp. 969-980; ou Pedro Leitão Pais de Vasconcelos, “Um estudo sobre a pressuposição”, Lisboa, 1997/1998.

25 Guilherme Moreira, *Instituições do direito civil português*, vol. I – *Parte geral*, Imp Coimbra, 1907, pp. 607-614.

26 Luís Cabral de Moncada, *Lições de direito civil*, 4.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 1995, pp. 703-706.

27 Manuel de Andrade, *Teoria geral da relação jurídica*, vol. II – *Facto jurídico, em especial negócio jurídico*, Livraria Almedina, Coimbra, 1974 (reimpressão), pp. 403-409.

deixasse de corresponder à vontade, à *verdadeira vontade*, do declarante. O anteprojecto de Vaz Serra preconizava uma *síntese* entre a doutrina alemã e a doutrina italiana – ainda que divergisse do direito italiano ao colocar o conceito de *alteração anormal* no lugar do conceito de *circunstâncias extraordinárias e imprevisíveis*, ao admitir, ainda que implicitamente, a resolução e a modificação dos contratos aleatórios, desde que a alteração não estivesse coberta pelos riscos próprios do contrato, e ao atribuir à parte lesada, prejudicada pela alteração, dois direitos, o direito à resolução e o direito à modificação do contrato *segundo juízos de equidade*.

2.1. O discurso do Ministro da Justiça Antunes Varela à Assembleia Nacional de 28 de Novembro de 1966 colocava a alteração das circunstâncias no contexto da *orientação intencional* do Código Civil para conferir ao julgador, “uma ampla margem de apreciação das coisas na resolução de determinados problemas”:

“... a experiência de séculos ensina que as relações entre os homens, mercê sobretudo do avanço prodigioso da técnica, se modificam a cada passo e mostra ainda como lenta mas continuamente se alteram também as concepções políticas, económicas, morais e sociais em que assenta toda a estrutura da ordem jurídica. E à proporção que o ritmo da vida moderna se acelera, mediante a facilidade e rapidez cada vez maiores com que o homem, as mercadorias, a palavra e a imagem se deslocam no espaço, mais frequentes hão-de ser as mutações das realidades que ao direito incumbe disciplinar, mais bruscas e radicais as alterações a que estão sujeitos os critérios normativos do jurista.

Criar para novos tempos, carregados com tais presságios de instabilidade nos horizontes do futuro, um código assente em fórmulas rígidas, ou pretender mecanizar os textos legais, equivalia a hipotecar todo o esforço da reforma a um crédito insustentável, sujeitando a nova lei ao risco iminente de uma execução ruínosa a curto prazo”.

Em alternativa aos conceitos determinados, preconizava-se que a lei fosse dotada de conceitos indeterminados e, dentro dos conceitos indeterminados, de cláusulas gerais; de cláusulas gerais por que se “permit[isse] ao julgador adaptar o direito às naturais evoluções da sociedade civil”; em alternativa às fórmulas rígidas, preconizava-se que a lei fosse dotada de fórmulas flexíveis, “suficientemente flexíveis”; em alternativa a um sistema acabado, fechado, preconizava-se um sistema aberto, móvel, “nos [seus] pontos estratégicos”; e representava-se a abertura, a flexibilidade, – uma certa indeterminação, – como factos de estabilidade:

“... o código adquirirá maiores garantias de sobrevivência, com todos os benefícios que promanam da estabilidade da ordem jurídica contra as flutuações inevitáveis da legislação extravagante ou contra o arbítrio descontrolado do julgador sem apoio legal. Só assim o edifício legislativo disporá das janelas por onde possam circular as lufadas de ar fresco com que a filosofia, a religião e a moral renovam de tempos a tempos o ambiente pesado da vida social”.

O *peso* atribuído à abertura e à flexibilidade era em todo o caso compensado com um conjunto, mais ou menos amplo, de *contrapesos*²⁸ – o recurso à equidade teria ficado limitado aos casos especificadamente previstos na lei²⁹. As cláusulas gerais teriam ficado “criteriosamente implantadas nas zonas onde o uso delas é menos perigoso (como sucede no domínio dos contratos em particular) ou nos pontos estratégicos do sistema, onde a sua colocação, pareceu indispensável (abuso do direito; alteração anormal das circunstâncias vigentes à data do contrato; negócios usurários; dissolução do casamento, etc.)”; e, aí onde as cláusulas gerais tivessem ficado implantadas,

“[teria havido] a preocupação de introduzir... alguns requisitos de carácter objectivo, mais aperfeiçoados pelo esforço construtivo da doutrina”.

Antunes Varela assinalava-lhes uma dupla função, de critério e de limite de relevância – de critério, ainda que de critério auxiliar, “na apreciação valorativa que a lei impõe ao intérprete”; de limite do arbítrio ou, em todo o caso, da discricionariedade do intérprete-julgador na resolução dos problemas reais. O regime da alteração das circunstâncias seria um regime exemplar – seria, em certo sentido, o regime exemplar.

“... no tocante à resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias, não basta para afectar a estabilidade da trama negocial a modificação de quaisquer elementos que impressionem a sensibilidade do julgador: é necessário que estejam em crise as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar. Não chega mesmo, para o efeito, qualquer alteração; há-de tratar-se de uma alteração anormal”.

Constatada uma alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar, a resolução ou a modificação do contrato dependeria ainda de que a alteração das circunstâncias não estivesse coberta pelos riscos próprios do contrato³⁰ e de que a parte não prejudicada, ao exigir o cumprimento das obrigações assumidas pela contraparte, estivesse a ofender os princípios da boa fé, e a ofendê-los de forma grave³¹.

2.2. a) Carlos Alberto da Mota Pinto apoiava-se ainda na doutrina de Manuel de Andrade para relacionar a alteração das circunstâncias com a integração dos negócios jurídicos: “[a] pressuposição deficiente só [seria] relevante, quando [fosse] conhecida ou cognoscível da outra parte no momento da conclusão do negócio” e, em seguida,

28 Como se dizia no discurso: “... o legislador não ignorou nem subestimou os perigos do livre arbítrio dos tribunais, e por isso mesmo procurou limitar com todo o cuidado a intervenção do julgador sem prejudicar a necessária maleabilidade da lei”.

29 “... fora da convenção das partes, o recurso aos juízos de equidade só é permitido nos casos taxativamente fixados na lei, e esses casos, apesar de serem mais numerosos que no direito em vigor, não deixam de ser bastante limitados”.

30 “... prescreve-se que a resolução não terá lugar, se o cumprimento das obrigações impostas ao lesado for coberto pelos riscos próprios do contrato”.

31 “... faz-se mister que, em face do novo condicionalismo criado à relação contratual, a exigência das obrigações assumidas pelo lesado afecte os princípios da boa fé, não bastando aliás qualquer espécie de ofensa, uma vez que o preceito fala intencionalmente em ofensa grave”.

quando se verificasse uma de duas situações: Em primeiro lugar, quando a outra parte, “se lhe tivesse sido proposto o condicionamento do negócio à verificação da circunstância pressuposta, [tivesse] aceitado tal pretensão ou a [devesse] ter aceitado segundo a boa fé”³²; ou seja, – quando a cláusula que determinasse a resolução ou a modificação se justificasse no momento da conclusão do negócio. Em segundo lugar, quando a modificação ou a resolução do negócio se justificasse *agora*, no momento do cumprimento ou da execução do negócio³³.

“Cremos”, dizia Carlos da Mota Pinto, “que estas linhas directrizes gerais são as correspondentes ao sentido e alcance da hipótese do art. 437.º, por serem a concretização dos princípios da boa fé e do respeito pelos riscos assumidos pelas partes”³⁴.

Os critérios da integração do contrato regressariam ao art. 437.º, n.º 1, do Código Civil, através do conceito de alcance mais ampla de *boa fé* e do conceito de alcance mais restrito, ainda que carecido de concretização, de *riscos próprios do contrato* – seriam riscos próprios do contrato os riscos que as partes assumissem, os riscos que as partes teriam assumido e os riscos que as partes deveriam ter assumido, se tivessem previsto o ponto omissos³⁵.

b) Em contraste com Carlos Alberto da Mota Pinto, Menezes Cordeiro contrapunha a *alteração das circunstâncias* e a *interpretação* do contrato.

Constatando que as construções que coordenavam o caso da alteração das circunstâncias ao sistema da interpretação, ainda que complementadora, punham uma *questão radical*³⁶, alegava que apresentavam um *falso problema* para lhe darem uma *falsa solução*. O problema seria só um *falso problema*, porque a alteração das circunstâncias não corresponderia a uma *lacuna do contrato*, e a solução seria só uma *falsa solução*:

32 Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria geral do direito civil*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1985, p. 601.

33 Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria geral do direito civil*, cit., p. 602.

34 Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria geral do direito civil*, cit., p. 602.

35 Em termos semelhantes, vide Ana Prata, anotação ao art. 437.º, in: Ana Prata (coord.), *Código Civil anotado*, vol. I – *Artigos 1.º a 1250.º*, Livraria Almedina, 2017, pp. 558-560 (560): “É de observar que, embora este aspecto nem sempre seja referido, este instituto [da alteração das circunstâncias] constitui uma manifestação possível da tutela da autonomia privada. Se as partes previram certo regulamento contratual na base comum de pressupostos alteram inesperada e substancialmente, permitir a resolução do contrato ou a sua modificação é o mais conforme com o programa concebido convencionalmente; admitir que, frustrados aqueles pressupostos, o contrato e os seus efeitos persistissem inalterados seria pôr em causa por completo a vontade manifestada pelos contraentes”.

36 António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 1067: “desde o momento em que a problemática posta pela alteração superveniente das circunstâncias correspondesse, na sua essência, às exigências da regra *pacta sunt servanda* e recorresse, na sua saída, a interpretações complementadores, perdia-se, como autónomo, o instituto em análise”.

“... remeter para a interpretação complementadora é, simplesmente, remeter para a boa fé, ou para o que a esta se abrigue. Não se especificando a boa fé, ou o esquema da sua concretização, acaba-se na equidade”³⁷

A *alteração das circunstâncias* pressuporia que houvesse uma regulação; a *lacuna* pressuporia que não houvesse uma regulação, ou que não houvesse uma regulação *completa*³⁸. O fenómeno da *alteração das circunstâncias* exigiria uma *correção*, ou uma *interpretação correctora*³⁹; o fenómeno da *lacuna*, esse, exigiria só uma *interpretação complementadora* do contrato. Com a *alteração das circunstâncias* dar-se-ia uma *ruptura* entre o princípio da autonomia privada, concretizado na *liberdade* e na *vinculatividade* do contrato, e o princípio da boa fé; com a *lacuna*, não se daria ainda nenhuma *ruptura* – a *interpretação complementadora*, ou a *integração da lacuna*, seria ainda uma *continuação* dos princípios da *liberdade* e da *vinculatividade* do contrato. Menezes Cordeiro chama ao caso o conceito de *fractura intra-sistemática*⁴⁰: a alteração das circunstâncias exprimiria a contradição entre dois princípios, igualmente válidos⁴¹ – o princípio da autonomia privada, concretizado nos princípios da liberdade e da vinculatividade, e o princípio da boa fé, concretizado no valor da justiça. O princípio da autonomia privada, concretizado nos princípios da liberdade e da vinculatividade, pretenderia que o contrato *afectado* ou *perturbado* pela alteração fosse cumprido, sem mais; em simultâneo, o princípio da boa fé pretenderia que fosse modificado ou resolvido: “... o sistema global clama a injustiça”⁴².

Exprimindo a contradição entre dois princípios, igualmente válidos, a alteração das circunstâncias seria um drama ou, em todo o caso, teria qualquer coisa de dramático⁴³ – a fractura causada pela alteração das circunstâncias não poderia ser integrada pelo direito dos contratos.

“Quando [o] instituto [da alteração das circunstâncias] [tivesse] sido devidamente depurado dos fenómenos que têm solução cómoda e imediata à luz de outros esquemas, verifica[r]-se[-ia] a incapacidade total por parte do subsistema jurídico dos contratos para o integrar”⁴⁴.

37 António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 1076.

38 António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 1080.

39 Cf. António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 1080 – na alteração das circunstâncias, “não existe um espaço vazio que se possa, com certa liberdade, preencher”. Em lugar de um espaço vazio, há um espaço preenchido, “contratualmente regulado”, “que, ao arripio do combinado, contra a regra *pacta sunt servanda*, entrechocando-se com a autonomia privada e contrariando a vontade de uma das partes, vai, do exterior, ser modificado, em obediência a regras objectivas, alheias às partes”

40 António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 1111.

41 António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 1133 – as fracturas intra-sistemáticas seriam “expressão de princípios válidos por igual, mas em contradição substantiva”, e, como expressão de princípios válidos em contradição substantiva, tornariam necessário “o formar de uma sistemática diferente”.

42 António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 1111.

43 Cf. António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 1110: “... drama da alteração das circunstâncias”.

44 António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 1110.

O contrato seria plenamente válido e eficaz; “[i]ntrinsecamente válido e consentâneo com a área jurídica a que pertence”⁴⁵; ainda que fosse plenamente válido e eficaz, “o contrato ferido pela alteração das circunstâncias surge como injusto ao sentimento jurídico”⁴⁶. Em desenvolvimento do critério, sempre tão impreciso, do sentimento jurídico, Menezes Cordeiro explica que “[v]ectores fundamentais de equilíbrio e de prossecução efectiva dos escopos das proposições jurídicas pedem a revisão ou a supressão do contrato atingido pelas alterações das circunstâncias”⁴⁷ e que, entre os vectores fundamentais, que pedem a revisão ou a supressão do contrato atingido, está o princípio da igualdade, concretizado no (sub)princípio da proibição do arbítrio:

“... fere a igualdade, perante o sistema, que uma pessoa em conjunturas diferentes se submeta a regulações imutáveis”⁴⁸.

Em consequência, os dois problemas, da alteração das circunstâncias e da integração das lacunas, seriam problemas distintos. O problema das *autênticas lacunas* convocaria o conceito de *complementação* ou de *integração*. O aplicador do direito seria chamado a completar um contrato incompleto. O problema das *lacunas inautênticas* – das alegadas lacunas causadas pela alteração das circunstâncias – convocaria o conceito de *correção do contrato* [= de *correção do regulamento contratual*]. O aplicador do direito seria chamado a corrigir um contrato completo, *modificando-o ou, não podendo modificá-lo, resolvendo-o*.

Enquanto nas *autênticas lacunas*, previstas pelo art. 239.º, há *pontos omissos*, ou seja: há “ponto[s] que, devendo, pelo próprio contrato, ter sido objecto de declaração de vontade das partes, não o tenha[m] sido”⁴⁹, nas *lacunas inautênticas*, previstas pelo art. 437.º, não haveria propriamente *pontos omissos*. Enquanto nas *autênticas lacunas*, previstas pelo art. 239.º, há “espaços carecidos de regulação”⁵⁰ – “falta regulação onde, pelo contrato, devia haver”⁵¹ –, nas *lacunas inautênticas*, previstas pelo art. 437.º, não há espaços carecidos de regulação – não falta regulação; “há uma regulação inadequada, podendo, esse facto, resultar, ou não, do conteúdo contratual”⁵². Enquanto nas *autênticas lacunas*, previstas pelo art. 239.º, haveria “um mero espaço vazio que se possa, com certa liberdade, preencher”⁵³; nas *lacunas inautênticas*, previstas pelo art. 437.º, haveria um espaço cheio, preenchido, “contratualmente regulado”, ainda que contratualmente regulado de uma forma inadequada ou injusta⁵⁴.

45 António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 1110.

46 António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 1110.

47 António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 1110.

48 António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 1112.

49 António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 1078.

50 António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 1078.

51 António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 1079.

52 António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 1079.

53 António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 1079.

54 António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, cit., pp. 1079-1080.

3. Entendendo, como entendemos, que *o ponto de partida para reconstituir a justiça do contrato há-de procurar-se na vontade actual ou, na falta da vontade actual, na vontade hipotética das partes*, estamos convencido de que que o conceito de *lacuna do contrato* desempenha tão-só a função de determinar as condições em que os critérios do art. 239.º devam aplicar-se e de que que o resultado da *interpretação*, desde que *complementadora* ou *integradora*, ou da *integração das lacunas* do contrato pode consistir em *modificá-lo* ou em *resolvê-lo*.

O contrato pode ser incompleto, lacunoso, por lhe faltar precisamente uma *clausula resolutive*. Em vez de se aceitar, sem mais, um certo conceito de *lacuna contratual* ou de se aceitar, sem mais, que o conjunto dos critérios relevantes para a *integração* das lacunas contratuais do art. 239.º deve distinguir-se do conjunto dos critérios relevantes para a *modificação* ou para a *resolução* do contrato do art. 437.º, deveria porventura comparar-se os critérios do art. 239.º e do art. 437.º do Código Civil. Se os critérios do art. 239.º permitissem dar uma resposta satisfatória a todos os casos do art. 437.º do Código Civil, deveria adaptar-se o conceito de *lacuna do contrato*, de forma a que a alteração das circunstâncias fosse representada como uma lacuna e a que os dois artigos, 239.º e 437.º, fossem representados como critérios complementares de *interpretação complementadora* ou de *integração de lacunas*. Se os critérios do art. 239.º não permitissem dar uma resposta satisfatória a todos os casos do art. 437.º, e só se o não permitissem deveria distinguir-se as duas questões⁵⁵.

O critério clássico, tradicional, de distinção entre as duas actividades, entre a actividade de interpretar e a actividade de completar ou de integrar, pressupõe que a primeira, a actividade de interpretar, consista em determinar o sentido de um comportamento, ainda que de um comportamento que põe a valer uma norma, e que a segunda, que a actividade de completar ou de integrar, consista em determinar uma norma “para certo aspecto carecido de regulação”⁵⁶.

Ora, com a *deslocação* do objecto da interpretação da *declaração* para a *regulação*⁵⁷, a actividade de interpretar e a actividade de completar ou de integrar são só dois *aspectos* ou dois *momentos* de um *continuum* – o aplicador do direito deveria “procurar as soluções mais adequadas para o conflito de interesses”⁵⁸ e, ao procurar as soluções mais adequadas para o conflito de interesses, deveria considerar como hori-

55 O problema do art. 239.º do Código Civil seria então, e só então, o de uma *justiça subjectiva*, directa ou indirectamente ligada à vontade das partes. Seria justo, no sentido do art. 239.º, o resultado que correspondesse àquilo que as partes teriam querido ou àquilo que as partes deveriam ter querido. O problema do art. 437.º seria então, e só então, o de uma *justiça objectiva* – o resultado do art. 437.º poderia ser justo, ainda que não correspondesse nem àquilo que as partes teriam querido, nem àquilo que as partes deveriam ter querido.

56 Maria Raquel Rei, *Da interpretação da declaração negocial no direito civil português* (dissertação de doutoramento), Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010, p. 34.

57 Como preconiza Manuel Carneiro da Frada, “Sobre a interpretação dos contratos”, cit. – p. ex., ao sustentar que “[o] preceito contratual não vive abstractamente, desligado de uma intencionalidade concreta e preso a um mundo de significações ideais, sem conexão com o mundo real a que se quer aplicar” (p. 14).

58 Manuel Carneiro da Frada, “Sobre a interpretação dos contratos”, cit., p. 16 – falando do “conflito de interesses que se instalou perante aquilo que foi pactuado”.

zonte, como “horizonte imprescindível”, uma ideia de justiça, concretizada em algum *equilíbrio*, alguma *racionalidade* e alguma *razoabilidade*^{59, 60}. Existindo, como existe, um *continuum* entre a interpretação e a integração dos contratos, o critério clássico, tradicional, de distinção poderá porventura ser substituído por um critério análogo ao critério convocado para distinguir a interpretação e a integração das lei – o critério do *texto*. A interpretação estará ainda dentro e a integração, já fora dos limites do texto. O art. 238.º, n.º 1, di-lo para os negócios formais – “a declaração [não pode] valer com um sentido que não tenha um mínimo de correspondência no texto do respectivo documento, ainda que imperfeitamente expresso” – e, ainda que o art. 236.º não o diga, o princípio poderá valer para todos os negócios, formais ou não formais. Os princípios e as regras contidos no texto do contrato podem ser suficientes ou podem ser insuficientes para resolver um caso concreto – e, desde que sejam insuficientes para o resolver, poderá pôr-se o problema das lacunas.

O ponto está em que as lacunas, da lei ou do contrato, são sempre incompletudes *contrárias a um plano*⁶¹. As lacunas da lei são incompletudes contrárias ao *plano da lei* – nas lacunas da lei, falta uma disposição que, de acordo com sua *teleologia imanente*, a lei deveria conter⁶². As lacunas do contrato, incompletudes contrárias ao *plano do contrato*⁶³ – nas lacunas do contrato, falta uma cláusula, falta uma disposição contratual, que, de acordo com a sua *teleologia imanente*, o contrato deveria conter. O conjunto das cláusulas contratuais contém um *espaço em aberto*, ou um espaço *em branco*, que deve ser *fechado*, ou que deve ser *preenchido*, para permitir o cumprimento⁶⁴ – o ponto que as declarações de vontade não contemplaram, que as partes não regularam, precisa de ser regulado,

59 Manuel Carneiro da Frada, “Sobre a interpretação dos contratos”, cit., p. 16.

60 Contestando contudo um conceito de interpretação centrado “no apuramento das regras a aplicar a um negócio jurídico”, vide Maria Raquel Rei, *Da interpretação da declaração negocial no direito civil português*, cit., p. 45 – ainda que possível, seria um “conceito pouco útil do ponto de vista científico, pois na ‘interpretação’ seriam incluídas operações que têm pouco de comum entre si (provavelmente, o único ponto em comum é, precisamente, contribuir para determinar os efeitos que um negócio jurídico produz no ordenamento jurídico) – como a interpretação da lei, a aplicação da lei, a interpretação da declaração negocial (no sentido aqui utilizado, a composição dos efeitos do negócio, a integração de lacunas, a deteção das invalidades, o aproveitamento dos negócios, etc.”.

61 Cf. António Menezes Cordeiro (com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro), *Tratado de direito civil*, vol. II – *Parte geral. Negócio jurídico – Formação. Conteúdo e interpretação. Vícios da vontade. Ineficácia e invalidades*, 4.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2014, pp. 766-799.

62 Cf. Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito* (título original: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*), 3.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997, pp. 524 ss.

63 Cf. António Menezes Cordeiro (com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro), *Tratado de direito civil*, vol. II – *Parte geral. Negócio jurídico – Formação. Conteúdo e interpretação. Vícios da vontade. Ineficácia e invalidades*, cit., p. 768 – concluindo que “[a] verdadeira lacuna negocial terá assim de apresentar os seguintes requisitos: – representar um ponto que, pela interpretação, devesse ser regulado pelo contrato; – sendo inaplicáveis regras supletivas, existentes ou a encontrar nos termos do art. 10.º; – e mantendo-se, não obstante, válido o negócio”.

64 Cf. Manuel de Andrade, *Teoria geral da relação jurídica*, vol. II – *Facto jurídico, em especial negócio jurídico*, cit., pp. 324-325 – “[p]elo menos quando a regulação do ponto lacunoso for indispensável para das execução ao restante conteúdo das declarações negociais”.

“seja por razões de pura ordem prática – sem as regras em falta, o negócio torna-se inexecutável – seja por razões de justiça – sem elas, [o negócio] torna-se injusto”⁶⁵.

Ora, em tema de *plano do contrato*, deverá distinguir-se duas concepções.

A concepção mais *subjectivista* deduz o *plano do contrato* daquilo que as partes teriam querido – a lacuna negocial corresponderia a uma “cláusula que as partes teriam querido contemplar no negócio que celebraram”⁶⁶ –, a concepção mais *objectivista* deduz o *plano do contrato*, em alternativa, daquilo que as partes teriam querido ou daquilo que as partes deveriam ter querido – a lacuna consistiria, p. ex., na falta uma disposição regulatória sem a qual o programa contratual acordado não se realizaria de forma completa ou, ainda que se realizasse completamente, não se realizaria de forma adequada ou equilibrada (“... de forma a obter uma solução razoável, ajustada aos interesses em jogo”⁶⁷).

A concepção mais *subjectivista* do *plano do contrato* tem como corolário uma definição mais *restrita* de *lacuna do contrato*, ou de *lacuna do negócio jurídico*.

Em consonância com a concepção *subjectivista*, não haveria lacuna negocial em duas hipóteses. Em primeiro lugar, não haveria lacuna contratual perante um aspecto, ou perante um ponto, sobre o qual as partes não tivessem chegado a acordo – perante um ponto “que uma das partes queria ter regulado de um modo e outra de outro”⁶⁸. Em segundo lugar, não haveria lacuna negocial perante um ponto que as partes deviam ter querido e não tivessem querido regular – perante um ponto que as partes deviam ter regulado de um determinado modo, se fossem razoáveis ou sensatas⁶⁹.

“A lacuna [seria] uma omissão no negócio efectivamente celebrado, não no negócio que deveria ou poderia ter sido celebrado”⁷⁰.

65 António Menezes Cordeiro (com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro), *Tratado de direito civil*, vol. II – *Parte geral. Negócio jurídico – Formação. Conteúdo e interpretação. Vícios da vontade. Ineficácia e invalidades*, cit., p. 767.

66 Cf. Maria Raquel Rei, anotação ao art. 239.º, in: António Menezes Cordeiro (coord.), *Código Civil comentado*, Livraria Almedina, Coimbra, 2020, pp. 702-704 (702).

67 Cf. Evaristo Mendes / Fernando de Sá, anotação ao art. 239.º, in: Luís Alberto Carvalho Fernandes / José Carlos Brandão Proença (coord.), *Comentário ao Código Civil – Parte geral*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014, pp. 547-551 (548).

68 Cf. Maria Raquel Rei, anotação ao art. 239.º, in: António Menezes Cordeiro (coord.), *Código Civil comentado*, cit., p. 704: “[n]esses casos, estamos perante a falta de acordo”.

69 Cf. Maria Raquel Rei, anotação ao art. 239.º, in: António Menezes Cordeiro (coord.), *Código Civil comentado*, cit., p. 704: “[n]esses casos, há um negócio mal negociado, ou um negócio inconveniente ou até injusto: não há uma lacuna”.

70 Maria Raquel Rei, anotação ao art. 239.º, in: António Menezes Cordeiro (coord.), *Código Civil comentado*, cit., p. 704.

A concepção mais *objectivista* do *plano do contrato*, essa, tem como corolário uma definição mais *ampla* de *lacuna do contrato*, ou de *lacuna do negócio jurídico* – em consonância com a concepção *objectivista*, haveria lacuna negocial em cada uma das duas hipóteses descritas. Os critérios legais aplicar-se-iam a todos os casos em que a regulação fosse necessária para que o contrato fosse cumprido, ou para que o resultado do cumprimento fosse um resultado satisfatório (fosse uma “solução razoável, ajustada aos interesses em jogo”).

Entre os dois termos da alternativa, estamos convencido de que deve dar-se preferência ao segundo – à concepção *objectivista* do *plano do contrato*.

O critério da lacuna deve corresponder aos critérios da integração da lacuna – e, entre os critérios da integração do art. 239.º do Código Civil está a boa fé.

A concepção *subjectivista* do plano do contrato faria com que houvesse uma divergência entre os dois critérios – ainda que a lacuna consistisse na falta de uma disposição que as partes *teriam querido*, poderia ser integrada pela disposição que as partes *deveriam ter querido* –; a concepção *objectivista* do plano do contrato, essa, faz com que haja uma convergência entre os dois critérios. A lacuna que consistisse na falta de uma disposição que as partes *teriam querido* deveria ser integrada pela disposição que as partes *teriam querido* e a lacuna que consistisse na falta de uma disposição que as partes *deveriam ter querido* deveria ser integrada pela disposição que as partes *deveriam ter querido*, segundo a *boa fé*. Ora a concepção *objectivista* de *plano* convoca a ideia de um *contrato ideal* – e, como o *contrato* resulte sempre de um *diálogo*, como o conceito de *contrato* é sempre um conceito *dialógico*, poderá aproximar-se o *contrato ideal* do contrato concluído em *situação ideal de diálogo*⁷¹.

Os adeptos das teorias do discurso, como, p. ex., Habermas e Günther, distinguem quatro condições constitutivas de uma situação ideal de diálogo: Em primeiro lugar, que todos os interessados possam participar no diálogo (“participação universal”); em segundo lugar, que cada um dos participantes tenha um conhecimento ilimitado; em terceiro lugar, que cada um dos participantes tenha uma liberdade ilimitada; e, em quarto lugar, que todos os participantes tenham um tempo ilimitado para se pronunciarem⁷².

71 Vide, p. ex., Jürgen Habermas, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* (título original: *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*), Guerini, Milano, 1996, pp. 55-101; John Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1999 – cujo conceito de posição original foi apreciado, desenvolvidamente, por Samuel Freeman, “Original Position”, in: *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2012 Edition), in: WWW: < <http://plato.stanford.edu/archives/spr2012/entries/original-position/> > –; Jürgen Habermas, “Reconciliation Through the Public Use of Reason: Remarks on John Rawls’ Political Liberalism”, in: *The Journal of Philosophy*, vol. 92 (1995), pp. 109-131; John Rawls, “Reply to Habermas”, in: *The Journal of Philosophy*, vol. 92 (1995), pp. 132-180.

72 Jürgen Habermas, “On the Cognitive Content of Morality”, in: *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 96 (1996), p. 356; Klaus Günther, *Der Sinn für Angemessenheit*, Suhrkamp, Frankfurt-am-Main, 1988, p. 4; sobre o conceito de uma situação ideal de diálogo, vide, p. ex., Nuno Manuel Pinto Oliveira, *O direito geral de personalidade e a “solução do dissentimento”. Ensaio sobre um caso de “constitucionalização” do direito civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 70-73.

A primeira condição constitutiva da *situação ideal de diálogo* será provavelmente inadequada aos contratos – em todo o caso, aos contratos mais comuns.

Em toda a regra, os interessados no contrato são as partes, e só as partes.

Em lugar de uma *participação ilimitada, universal*, será (só será) necessária a *racionalidade* e a *razoabilidade* de todos os participantes.

A racionalidade está ligada às questões pragmáticas⁷³ e a razoabilidade está ligada às questões éticas e às questões morais⁷⁴. Entre a racionalidade e a razoabilidade, – entre o racional e o razoável, – a diferença está sobretudo em que o racional não abrange a forma particular da sensibilidade moral “que está subjacente ao desejo de cooperação equitativa enquanto tal”⁷⁵.

Enquanto agir *racionalmente* consistirá em adoptar os meios adequados à prossecução dos seus fins, ou à satisfação dos seus interesses, agir *razoavelmente* consistirá em aceitar ou em propor e, em todo o caso, em respeitar *termos equitativos de cooperação* – ou seja, em respeitar termos de cooperação que se pode esperar que sejam aceites ou propostos e, em todo o caso, respeitados pelos destinatários, em condições de liberdade e de igualdade⁷⁶.

O *contrato ideal* corresponderá àquele que as partes teriam concluído, desde que a sua *liberdade contratual* fosse exercida em *situação ideal de diálogo* – ou seja, desde que tivessem um conhecimento ilimitado de todas as circunstâncias presentes e de todas as circunstâncias futuras, desde que tivessem uma liberdade ilimitada e desde que actuassem ou exercessem a sua liberdade ilimitada de acordo com critérios de *racionalidade* e de *razoabilidade*.

Entre o conceito de contrato *ideal* e o conceito de contrato *completo* – de um *complete contract*, de um *fully-specified contract*, ou de um *vollständige Vertrag*, – como construído ou reconstruído através da *análise económica do direito*⁷⁷, há uma relação de semelhança. Os contratos incompletos seriam contratos *reais* e os contratos completos seriam contratos *ideais*, simplesmente *pensados* – haveria um contrato completo, e só haveria um contrato completo, se as partes, aquando da conclusão do contrato, chegassem a um acordo sobre a atribuição / sobre a distribuição de

73 Sobre o conceito de questões pragmáticas, *vide* por todos Jürgen Habermas, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, cit., p. 190: “As questões pragmáticas põem-se na perspectiva de quem – agindo no quadro de determinadas finalidades e preferências – procura os meios mais apropriados para a realização dos seus fins”

74 Sobre o conceito de questões éticas e morais, *vide* por todos Jürgen Habermas, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, cit., pp. 190-193.

75 John Rawls, *O liberalismo político* (título original: *Political Liberalism*), Editorial Presença, Lisboa, 1997, pp. 73-74.

76 John Rawls, *O liberalismo político*, cit., p. 76.

77 Cf. designadamente Hans-Bernd Schäfer / Claus Ott, *Lehrbuch des ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, Springer, Berlin / Heidelberg, 2012, pp. 460-465 – explicando que a função do direito dos contratos, de todo o direito dos contratos, é a reconstrução do contrato completo, pela lei ou pelo juiz (através da interpretação e da integração).

todos os riscos relacionados com a sua execução⁷⁸. Em termos em tudo semelhantes ao contrato concluído em situação ideal de diálogo, o contrato completo deveria considerar todos os acontecimentos possíveis⁷⁹, descrever todos os riscos e distribuir todos os riscos descritos, da forma adequada aos interesses recíprocos das partes⁸⁰.

A pressuposição do contrato completo é a de que as partes se comportem de forma racional; de que disponham de todas as informações relevantes e de que, dispendo de todas as informações relevantes, decidam em condições justas – logo, sem dolo, sem coacção ou sem influência de um poder de monopólio⁸¹. Entre as pressuposições do contrato completo, como construído pela análise económica do direito, e as pressuposições do contrato ideal, como re-construído, há uma diferença, só uma diferença sensível. O contrato completo remete para o conceito de *racionalidade*; para a ideia de que *cada uma das partes pretenderá aumentar as vantagens globais resultantes do contrato*⁸². O contrato ideal, esse, remete *cumulativamente* para os conceitos de *racionalidade* e de *razoabilidade*; para a ideia de que cada uma das partes (só) pretenderá aumentar as vantagens globais resultantes do contrato, *desde que a sua pretensão seja realizável em termos equitativos de cooperação*⁸³. Independentemente do arquétipo, do modelo ou do paradigma preferido, o preço de um contrato completo ou de um contrato ideal deverá corresponder às expectativas das partes relativas a cada um dos riscos descritos⁸⁴ – consoante o risco seja atribuído a quem estiver do lado da oferta ou a quem estiver do lado da procura, consoante seja mais provável que se concretize do risco atribuído a quem estivesse do lado da oferta ou que se concretize o risco atribuído a quem estivesse do lado da procura, o preço será mais elevado ou menos elevado – o alienante, quando suporte um risco de concretização mais provável, tenderá a exigir um preço mais elevado e o adquirente, quando suporte um risco de concretização mais provável, tenderá a conseguir um preço menos elevado⁸⁵.

O critério da lacuna encontra-se na comparação entre o contrato concluído e o contrato que as partes teriam concluído, ou deveriam ter concluído, em *situação ideal de diálogo*. Em primeiro lugar, haverá uma lacuna quando as partes não tiverem chegado a um acordo sobre a atribuição / sobre a distribuição de todos os riscos relevantes para a execução do contrato e, em segundo lugar, haverá uma lacuna quando o acordo

78 Hans-Bernd Schäfer / Claus Ott, *Lehrbuch des ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, cit., p. 432.

79 Como, p. ex., a impossibilidade, a mora ou o cumprimento defeitoso.

80 Ou seja, deveria atribuir cada um dos riscos a uma das partes e determinar qual a prestação que a parte que suporta o risco deve realizar (p. ex., diminuição do preço, indemnização pelo interesse positivo, indemnização pelo interesse negativo).

81 Hans-Bernd Schäfer / Claus Ott, *Lehrbuch des ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, cit., p. 450.

82 Em consequência, cada uma das partes deverá suportar o risco que possa, com o menor custo, assegurar ou prevenir – Hans-Bernd Schäfer / Claus Ott, *Lehrbuch des ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, cit., p. 450.

83 Em consequência, cada uma das partes só deverá suportar o risco que possa, com o menor custo, assegurar ou prevenir, desde que o risco seja suportável *em termos equitativos de cooperação*.

84 Hans-Bernd Schäfer / Claus Ott, *Lehrbuch des ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, cit., p. 432.

85 Hans-Bernd Schäfer / Claus Ott, *Lehrbuch des ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, cit., p. 432.

a que as partes tiverem chegado não signifique uma atribuição / uma distribuição de todos os riscos relevantes em termos equitativos. O conceito amplo de lacuna deverá abranger as lacunas originárias e as lacunas supervenientes. A *lacuna originária* define-se como a ausência de uma regulamentação, posta a valer pelas partes, para um *problema contemporâneo da conclusão do negócio*. O *ponto omissis* prende-se com uma situação económica e jurídica que já existia. A *lacuna superveniente*, essa, define-se como a ausência de uma regulamentação para um *problema novo*. O *ponto omissis* prende-se com uma situação económica e jurídica que ainda não existia – a *lacuna superveniente* decorre “da alteração, em vida do contrato, da situação económica e/ou jurídica existente, na data em que ele foi celebrado”⁸⁶. Enquanto na *lacuna originária*, a falha regulativa se manifestaria logo no momento inicial da conclusão do negócio, na lacuna superveniente, manifestar-se-ia em momento subsequente – manifestar-se-ia no momento da execução do negócio⁸⁷.

A lacuna originária pode ser desconhecida ou conhecida, não-intencional ou intencional – será desconhecida, não-intencional, desde que as partes não prevejam o problema e será conhecida, intencional, desde que as partes prevejam o problema e, não obstante, optem por não o resolver⁸⁸.

“Se Adão e Eva quisessem chegar a acordo sobre a distribuição de todos os riscos do seu comum projecto de provarem o fruto da árvore proibida, ainda estariam sentados no Jardim do Paraíso, entretidos com as suas negociações”⁸⁹.

A lacuna superveniente, essa, será sempre desconhecida e não intencional.

Considerando que o *fim da interpretação* deve reconduzir-se a um *subjectivismo* e, dentro dos subjectivismos, a um *subjectivismo actualista*, os contratos duradouros põem, e põem sempre, o problema das *lacunas supervenientes*.

O *regulamento contratual*, como todo o *regulamento*, pode conter *lacunas*; ora um subjectivismo actualista “alarga [...] o campo das lacunas (supervenientes) em relação ao que decorreria do mero objectivismo actualista”⁹⁰.

86 Cf. Evaristo Mendes / Fernando de Sá, anotação ao art. 239.º, in: Luís Alberto Carvalho Fernandes / José Carlos Brandão Proença (coord.), *Comentário ao Código Civil – Parte geral*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014 [= disponível em: WWW. < [http://www.evaristomendes.eu/ficheiros/Evaristo_Mendes_Interpretacao_e_integracao_do_negocio_juridico_\(Final\).htm](http://www.evaristomendes.eu/ficheiros/Evaristo_Mendes_Interpretacao_e_integracao_do_negocio_juridico_(Final).htm) >].

87 António Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil*, vol. II – *Parte geral. Negócio jurídico – Formação. Conteúdo e interpretação. Vícios da vontade. Ineficácia e invalidades*, 4.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2014, p. 777.

88 Cf. Hans-Bernd Schäfer / Claus Ott, *Lehrbuch des ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, cit., pág. 432: Elevados custos de transacção, em especial elevados custos de informação, fazem com que alguns contratos só sejam possíveis se os seus riscos forem especificados de uma forma incompleta, imperfeita”.

89 Hans-Bernd Schäfer / Claus Ott, *Lehrbuch des ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, cit., p. 432.

90 Manuel Carneiro da Frada, “Sobre a interpretação dos contratos”, cit., p. 17.

4. O problema das *lacunas do contrato* poderá resolver-se através da interpretação complementadora⁹¹, da interpretação integradora⁹² ou da integração do contrato⁹³. Os autores portugueses tendem a tomar termos interpretação complementadora, interpretação integradora ou interpretação integrativa como equivalentes da *ergänzende Auslegung* do direito alemão e da *integração das declarações negociais* do art. 239.º do Código Civil português.

a) O alcance do art. 239.º do Código Civil deve circunscrever-se através de um *princípio da prioridade das soluções negociadas sobre as soluções não negociadas*.

A *autonomia privada* tem como corolário que o conteúdo do contrato deve ser determinado *em primeira linha* pelos sujeitos da relação contratual, pelas partes, e só *em segunda linha*, ou seja: só *subsidiariamente*, por sujeitos estranhos à relação contratual – p. ex., pelo tribunal. Ehrlicke fala, de forma impressiva, de um princípio do *primado da renegociação*⁹⁴. Existindo uma lacuna, a integração extrajudicial, através de uma renegociação do contrato, deverá ter precedência ou prioridade sobre a integração judicial⁹⁵ – e, na integração extrajudicial, através de uma renegociação do contrato, cada uma das partes está adstrita a *um dever de conduta conforme a um padrão ou standard de razoabilidade*.

O caso da *liberdade de conclusão ou não conclusão* e o caso da *liberdade de cooperação ou de não cooperação para a adaptação de um contrato perturbado* são casos distintos. Confrontando-se com a alternativa de contratar ou de não contratar, “de vincular-se juridicamente ou não”, pode sustentar-se que a liberdade do sujeito está ainda *fora do direito*⁹⁶. O sujeito é ainda “arbitrariamente livre”⁹⁷. Baptista Machado fala, impressivamente, de uma “liberdade de arbítrio”⁹⁸, de uma “liberdade de exercício arbitrário”⁹⁹,

91 Expressão preponderante na doutrina e na jurisprudência alemãs [cf. designadamente Werner Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. II – *Das Rechtsgeschäft*, 4.ª ed., Springer, Berlin / Heidelberg, 1992, pp. 321-331; Otto Sandrock, *Zur ergänzende Vertragsauslegung im materiellen und internationalen Schuldvertragsrecht. Methodologische Untersuchungen zur Rechtsquellenlehre im Schuldvertragsrecht*, Springer, Wiesbaden, 1966; Wolfram Henckel, “Die ergänzende Vertragsauslegung”, in: *Archiv für die zivilistische Praxis*, vol. 160 (1960), pp. 106-126; Ulrich Ehrlicke, “Zur Bedeutung der Privatautonomie bei der ergänzenden Vertragsauslegung”, in: *Rabels Zeitschrift für das ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 60 (1996), pp. 661-690].

92 Cf. João Baptista Machado, “A cláusula do razoável”, in: *Obra dispersa*, vol. I – *Direito privado. Direito internacional privado*, Scientia Juridica, Braga, 1991, pp. 457-621 (esp. nas pp. 482-485).

93 Expressão preponderante na doutrina, na jurisprudência e na legislação portuguesas.

94 Ulrich Ehrlicke, “Zur Bedeutung der Privatautonomie bei der ergänzenden Vertragsauslegung”, cit., pp. 685-688.

95 Ulrich Ehrlicke, “Zur Bedeutung der Privatautonomie bei der ergänzenden Vertragsauslegung”, cit., p. 685.

96 Cf. João Baptista Machado, “A cláusula do razoável”, in: *Obra dispersa*, vol. I, Scientia Juridica, Braga, 1991, pp. 457-621 (464).

97 João Baptista Machado, “A cláusula do razoável”, cit., p. 464.

98 João Baptista Machado, “A cláusula do razoável”, cit., p. 463.

99 João Baptista Machado, “A cláusula do razoável”, cit., p. 468 (nota n.º 24).

de um “arbitrio contingente”¹⁰⁰, de um “arbitrio subjectivo”¹⁰¹ e de uma “liberdade da vontade empírica”¹⁰². Confrontando-se com a alternativa de cooperar ou de não cooperar para a adaptação de um contrato perturbado, não pode, porém, sustentar-se que a liberdade do sujeito esteja *fora do direito*. O sujeito não é já “arbitrariamente livre”. O contrato significa o trânsito da subjectividade para a inter-subjectividade¹⁰³; significa o trânsito do anormativo para o normativo¹⁰⁴; do *arbitrio* para a *liberdade*; do padrão de conduta de um *homem empírico* para o padrão de conduta de um *homem (racional e) razoável*¹⁰⁵. O *trânsito* da subjectividade para a inter-subjectividade significa a adstrição a um dever de boa fé – e, dentro dos corolários do dever de boa fé, a um dever de cooperação¹⁰⁶.

Entre os corolários do dever de *cooperação construtiva* está (pode estar) um dever ou um ónus de (re)negociação do contrato *afectado* ou *perturbado*. O dever de *cooperação construtiva* concretiza-se, designadamente, no dever de *participação construtiva* na reconformação do conteúdo das relações contratuais¹⁰⁷.

b) Esgotada a possibilidade de uma resolução do problema através de uma *negociação* ou de uma *re-negociação*, o art. 239.º do Código Civil enuncia dois critérios para a integração das lacunas do contrato – o primeiro corresponde à vontade conjectural ou hipotética *de ambas as partes*¹⁰⁸ e o segundo, à boa fé.

O aplicador do direito deveria começar pela vontade conjectural ou hipotética¹⁰⁹. O critério da boa fé desempenharia duas funções. Em primeiro lugar, desempenharia

100 João Baptista Machado, “A cláusula do razoável”, cit., pp. 463 e 465.

101 João Baptista Machado, “A cláusula do razoável”, cit., 463.

102 João Baptista Machado, “A cláusula do razoável”, cit., 463.

103 João Baptista Machado, “A cláusula do razoável”, cit., pp. 466 e 469.

104 João Baptista Machado, “A cláusula do razoável”, cit., 466.

105 João Baptista Machado, “A cláusula do razoável”, cit., p. 469.

106 O acórdão do Supremo Tribunal Federal alemão de 30 de Setembro de 2011 fala, impressivamente, de um dever de *cooperação construtiva* entre as partes do contrato – cf. *Neue Juristische Wochenschrift*, 2012, pp. 373-376

107 Sobre o acórdão do Supremo Tribunal Federal alemão de 30 de Setembro de 2011, vide a anotação de Lorenz Kähler, in: *Juristische Rundschau*, 2012, pp. 454-460 e, desenvolvidamente, Jan D. Lüttringhaus, “Verhandlungspflichten bei Störung der Geschäftsgrundlage”, in: *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 213 (2013), pp. 266-298; ou Christoph Thole, “Renaissance der Lehre von der Neuverhandlungspflicht bei § 313 BGB?”, in: *Juristenzeitung*, 2014, pp. 443-450.

108 Cf. designadamente Maria Raquel Rei, anotação ao art. 239.º, in: António Menezes Cordeiro (coord.), *Código Civil comentado*, cit., p. 704: “Nos contratos é necessário que a vontade hipotética traduza a vontade de ambas as partes. Não haveria contrato (e, portanto, não estaremos perante uma lacuna) se apenas uma das partes houver previsto (ou previsto nestes moldes) o ponto omissis”.

109 Cf. designadamente Fernando Andrade Pires de Lima / João de Matos Antunes Varela (com a colaboração de Manuel Henrique Mesquita), anotação ao arts. 239.º, in: *Código civil anotado*, vol. I – *Artigos 1.º-761.º*, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1987, pp. 226-227 (226) – “Como regra, deve atender-se à vontade presumível dos declarantes” – ou Maria Raquel Rei, anotação ao art. 239.º, in: António Menezes Cordeiro (coord.), *Código Civil comentado*, cit., p. 704: “A partir dos elementos disponíveis do negócio (sentido jurídico apurado, elementos de interpretação), o intérprete deve construir a vontade que as partes teriam tido se se tivessem apercebido da existência de lacuna e tivessem regulado o ponto omissis”.

uma função complementadora – aplicável, p. ex., aos casos em que houvesse divergência entre as vontades hipotéticas de cada uma das partes do contrato¹¹⁰ – e, em segundo lugar, desempenharia uma função correctiva ou correctora – aplicável aos casos em que os resultados da vontade hipotética fossem contrários à boa fé¹¹¹. Começando pela vontade conjectural ou hipotética, o aplicador do direito deveria comparar os resultados da aplicação dos dois critérios, do critério da boa fé e do critério da vontade hipotética, e desde que os resultados do critério da vontade conjectural ou hipotética fossem contrários à boa fé deveria aplicar exclusivamente o critério da boa fé¹¹². Em consequência, o critério da boa fé seria um limite – e, desde que o limite da boa fé fosse ultrapassado, como o critério exclusivo de integração do contrato¹¹³.

O texto da lei dá lugar a dúvidas sobre o sentido do termo vontade conjectural ou hipotética e sobre a relação de precedência ou de prioridade entre os dois critérios, entre os critérios da boa fé e da vontade hipotética.

Quanto ao termo *vontade conjectural* ou *hipotética*, discute-se se deve tomar-se em sentido naturalístico ou em sentido não-naturalístico, em sentido normativo – e, desde que deva tomar-se em sentido normativo, se a vontade hipotética relevante será uma vontade hipotética subjectiva ou objectiva¹¹⁴.

Quando à relação de precedência ou de prioridade entre os dois critérios, entre os critérios da boa fé e da vontade hipotética, das duas, uma. Ou bem que a vontade hipotética é entendida em sentido naturalístico, como uma vontade *quase real*¹¹⁵, e a boa fé está *fora* da vontade hipotética. Ou bem que a vontade hipotética é entendida em sentido normativo, e a boa fé está *dentro* da vontade hipotética.

110 Fernando Andrade Pires de Lima / João de Matos Antunes Varela (com a colaboração de Manuel Henrique Mesquita), anotação ao arts. 239.º, in: *Código civil anotado*, vol. I – *Artigos 1.º-761.º*, cit., p. 226 – o critério da boa fé aplicar-se-ia em especial aos casos de divergência “entre a vontade presumível de uma das partes e a vontade presumível da outra”.

111 Cf. designadamente Maria Raquel Rei, anotação ao art. 239.º, in: António Menezes Cordeiro (coord.), *Código Civil comentado*, cit., p. 704: “A boa fé estabelece um limite à vontade hipotética como critério de integração de lacunas: é necessário que o preceito obtido não seja contrário à boa fé”.

112 Cf. designadamente Manuel Pita, anotação ao art. 239.º, in: Ana Prata (coord.), anotação ao art. 239.º, in: Ana Prata (coord.), *Código Civil anotado*, vol. I – *Artigos 1.º a 1250.º*, Livraria Almedina, Coimbra, 2017, pp. 292-293 (293): “A directiva [do art. 238.º] é a de que, em matéria de integração, as duas vontades [– a vontade hipotética individual ou subjectiva e a vontade hipotética objectiva, conforme à boa fé –] devem ser comparadas e que, em caso de contradição, prevalece a vontade hipotética objectiva imposta pela boa fé”.

113 Cf. designadamente Maria Raquel Rei, anotação ao art. 239.º, in: António Menezes Cordeiro (coord.), *Código Civil comentado*, cit., pág. 704: “A boa fé funciona simultaneamente como limite e critério alternativo, em caso de ultrapassagem do limite”.

114 Cf. desenvolvidamente António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, cit., pp. 1070-1072 (nota n.º 643) ou António Menezes Cordeiro (com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro), *Tratado de direito civil*, vol. II – *Parte geral. Negócio jurídico – Formação. Conteúdo e interpretação. Vícios da vontade. Ineficácia e invalidades*, cit., pp. 770-775.

115 Expressão de Evaristo Mendes / Fernando de Sá, anotação ao art. 239.º, in: Luís Alberto Carvalho Fernandes / José Carlos Brandão Proença (coord.), *Comentário ao Código Civil – Parte geral*, cit., p. 548.

O problema está em que, em qualquer das duas hipóteses, o art. 239.º suscita dúvidas. Se a boa fé estiver fora da vontade hipotética, discute-se a legitimidade de aplicar ao contrato uma disposição contrária àquela que ambas as partes teriam querido¹¹⁶. Se a boa fé estiver dentro da vontade hipotética, discute-se a necessidade de distinguir os dois critérios¹¹⁷. A vontade hipotética em sentido naturalístico deveria determinar-se através de uma indagação efectiva¹¹⁸ – e a indagação efectiva seria, em substância, uma indagação psicológica¹¹⁹. A vontade hipotética em sentido não naturalístico, normativo, poderia determinar-se a partir de uma perspectiva (mais) subjectiva ou (mais) objectiva.

A partir de uma perspectiva mais subjectiva, em que a vontade hipotética seria a vontade que as partes teriam tido se tivessem procedido *racionalmente*. *A partir de uma perspectiva mais objectiva*, em que a vontade hipotética seria a vontade que as partes teriam tido se tivessem procedido *razoavelmente*.

Estando em causa a reconstrução de uma vontade hipotética subjectiva, seria ainda necessária uma indagação psicológica – para determinar o fim que as partes tiveram, ou o fim que as partes teriam tido. As cláusulas do contrato deveriam determinar-se através da aplicação de uma ideia de racionalidade – o aplicador do direito deveria fazer com que o regulamento contratual contivesse os meios necessários para realizar o fim que as partes tiveram, ou do fim que as partes teriam tido. Estando em causa a reconstrução de uma vontade hipotética objectiva, não seria já necessária nenhuma indagação psicológica. As cláusulas do contrato deveriam determinar-se sobretudo através da aplicação de uma ideia de razoabilidade – o aplicador do direito deveria fazer com que o regulamento contratual fosse um regulamento justo. Em vez de indagações psicológicas, a interpretação complementadora, integadora ou integrativa exigiria uma consideração objectiva ou uma ponderação objectiva das situações existentes, tendo em conta as declarações negociais e os fins das partes¹²⁰.

Entre a concepção naturalística e a concepção não-naturalística, normativa, da vontade conjectural ou hipotética, Baptista Machado¹²¹ e Menezes Cordeiro¹²² dão preferência à concepção normativa e, entre as concepções normativas subjectiva e objectiva, dão preferência a uma concepção objectiva:

116 Cf. Evaristo Mendes / Fernando de Sá, anotação ao art. 239.º, in: Luís Alberto Carvalho Fernandes / José Carlos Brandão Proença (coord.), *Comentário ao Código Civil – Parte geral*, cit., p. 548: “... se a vontade hipotética das partes houver de entender-se em sentido naturalístico, sendo ela comum ou convergente, mostra-se questionável, pelo menos na generalidade das situações, que em nome da boa fé se venha desatendê-la”.

117 Cf. Evaristo Mendes / Fernando de Sá, anotação ao art. 239.º, in: Luís Alberto Carvalho Fernandes / José Carlos Brandão Proença (coord.), *Comentário ao Código Civil – Parte geral*, cit., p. 548.

118 António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 1070 (nota n.º 643).

119 António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 1072 (nota n.º 643).

120 António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 1070 (nota n.º 643).

121 João Baptista Machado, “A cláusula do razoável”, in: *João Baptista Machado. Obra dispersa*, vol. I – *Direito privado. Direito internacional privado*, cit., pp. 482-483.

122 António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, cit., pp. 1070-1072 (nota n.º 643).

“... quando se refere a ‘vontade hipotética’ das partes (cfr. o art. 239.º do Código Civil) como factor de integração, [...] dev[e] entender-se [a] ‘vontade hipotética’, não como uma vontade psicológica (como vontade do homem empírico), mas como um critério normativo – quer dizer, como um critério de razoabilidade e boa fé, como vontade do ‘homem normativo’ ou homem razoável”¹²³.

Em lugar de uma ideia plural, não unitária, deveria reconhecer-se no direito civil português uma “... ideia unitária de interpretação complementadora, ligada à vontade hipotética objectiva das partes. Esta emerge de uma síntese entre o contrato, projectado das declarações de vontade individuais, é a boa fé, entendida como regra de ponderação objectiva, equilibrada e equitativa – mas não de equidade!”^{124, 125}. O critério da vontade conjectural ou hipotética significaria, tão-só, que o aplicador do direito está vinculado pelas *bases de valoração* aceites pelas partes¹²⁶ – e que, como o aplicador do direito esteja vinculado pelas *bases de valoração* aceites pelas partes, deveria atender-se ao contexto global do contrato, aos fins do contrato e à situação de interesses, configurada por cada uma das partes¹²⁷. O critério da boa fé, esse, significaria que, dentro do quadro correspondente ao contexto global, aos fins do contrato e à situação de interesses, deveria perguntar-se por “... aquilo que pode considerar-se como atribuível a cada uma das partes, no sentido de um justo equilíbrio de interesses”¹²⁸. Face à substituição dos critérios naturalísticos por um critério não naturalístico, normativo, a expressão vontade conjectural ou hipotética deveria considerar-se como “expressão... no essencial imprópria”¹²⁹.

5. Ora a a alteração das circunstâncias poderá representar-se como uma *lacuna superveniente* do contrato – e, desde que a alteração das circunstâncias possa representar-se como uma *lacuna superveniente*, o critério para a resolução dos problemas postos pela alteração das circunstâncias poderá e porventura deverá resultar de uma *vontade conjectural, hipotética*, em sentido *normativo*.

123 João Baptista Machado, “A cláusula do razoável”, in: João Baptista Machado. *Obra dispersa*, vol. I – *Direito privado. Direito internacional privado*, cit., pp. 483-484.

124 António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 1070 (nota n.º 643).

125 Em termos semelhantes, ainda que atribuindo alguma prioridade à concepção naturalística, Evaristo Mendes e Fernando de Sá sustentam que “[e]m princípio, num comum contrato bilateral de troca, na falta de elementos que lhe permitam concluir com razoável segurança que as partes concretas teriam efectivamente consagrado certa solução se tivessem pensado no assunto (vontade hipotética *quase real*). [o aplicador do direito] deve prioritariamente procurar determinar o que as mesmas partes que definiram o conteúdo conhecido do negócio, agindo de forma coerente, como pessoas razoáveis e de boa fé, e ponderando os interesses em jogo, teriam acordado se houvessem previsto o ponto omissivo; ou, noutros termos, deve procurar o modo como uma pessoa normal, razoável e de boa fé, pertencente ao círculo comum a ambas as partes, se fosse o caso, integraria a lacuna” [anotação ao art. 239.º, in: Luís Alberto Carvalho Fernandes / José Carlos Brandão Proença (coord.), *Comentário ao Código Civil – Parte geral*, cit., p. 551].

126 Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, cit., p. 423.

127 Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, cit., p. 423.

128 Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, cit., p. 423.

129 António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 1072 (nota n.º 643).

O contrato só será *tomado a sério* desde que o seu alcance seja limitado àquilo que as partes pensaram e quiseram regulamentar¹³⁰; como o contrato só será *tomado a sério* desde que o seu alcance seja limitado àquilo que as partes pensaram e quiseram, deverá dar-se uma definição ampla de lacuna, em termos de abranger e/ou de compreender os casos em que falta a regulamentação necessária para que o programa contratual convencionado se realize *de uma forma completa* ou *de uma forma adequada, racional e razoável* – “de forma a obter uma solução razoável, ajustada aos interesses em jogo”¹³¹.

O conceito de lacuna implícito no art. 239.º concretizar-se-ia através dos requisitos explícitos no art. 437.º; e o regime da integração de lacunas explícito do art. 239.º concretizar-se através dos efeitos do art. 437.º do Código Civil.

A *modificação do contrato* segundo a *equidade* converter-se-ia numa modificação do contrato segundo a *vontade hipotética*, em sentido *normativo*, e a *resolução* reservar-se-ia para dois tipos de casos: para aqueles em que a vontade hipotética, em sentido normativo, fosse no sentido do aditamento ao contrato de uma *cláusula resolutiva*; para aqueles que que a modificação do contrato segundo a *vontade hipotética*, em sentido *normativo*, fosse inadequada ou insuficiente para a reconstituição do contrato que as partes teriam concluído em alguma *situação ideal de diálogo*, ou em situação análoga a alguma *situação ideal de diálogo*.

O raciocínio em favor da coordenação do problema da alteração das circunstâncias ao sistema da interpretação complementadora, da interpretação integradora ou da integração é de alguma forma confortada pelo direito comparado – em todo o caso, pelas conclusões de uma obra clássica, porventura da mais clássica entre todas as obras clássicas de direito comparado¹³².

Hein Kötz chamou há algum tempo a atenção para que o § 313 do Código Civil alemão “induz em erro, dando-nos a impressão de que, no § 313, está em causa uma derrogação, uma quebra, do princípio da vinculatividade contratual (*pacta sunt servanda*)”¹³³. “[O] contrato é a lei que as partes põem a valer entre si (*nach dem die Parteien angetreten sind*)” – e, como o contrato é a lei que as partes põem a valer entre si,

“[o] juiz deve tomá-la com ponto de partida para as suas considerações; não deve ser determinante a circunstância de o cumprimento se tornar inexigível,

130 Cf. Dieter Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, 8.ª ed., C. F. Müller, Heidelberg, p. 338.

131 O texto retoma a descrição do exemplo de Evaristo Mendes / Fernando de Sá, em anotação ao art. 239.º do Código Civil: “A aplicação do [art. 239.º do Código Civil] pressupõe, naturalmente, a existência de uma lacuna; e de uma lacuna *suprível*” – por exemplo, por “falta[r] uma disposição regulatória sem a qual o programa contratual acordado não se realiza completamente e de forma a obter uma solução razoável, ajustada aos interesses em jogo”.

132 Cf. Konrad Zweigert / Hein Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3.ª ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 1996, pp. 516-537.

133 Hein Kötz, *Vertragsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009, p. 412 – continuando com a afirmação de que as fórmulas do § 313 do Código Civil são fórmulas vazias (*Leerformeln*) e, como fórmulas vazias, conquanto bem-intencionadas, não permitem uma fácil coordenação dos casos aos seus conceitos.

ou de as consequências do cumprimento se tornarem inaceitáveis ou intoleráveis – determinante deve ser sim a *distribuição contratual dos riscos*, alcançada através da interpretação (complementadora) do contrato”¹³⁴.

Em lugar de uma derrogação, de uma quebra, do princípio da vinculatividade contratual, a modificação ou a resolução do contrato é uma *actualização do regulamento objectivo* ou da *regulamentação objectiva* posta a valer pelas partes. Em dois sentidos. Em primeiro lugar, no sentido mais técnico, mais filosófico, da palavra *actualização* – *passar da potência ao acto; tornar real*. Em segundo lugar, no sentido menos técnico da palavra *actualização* – *tornar mais actual, mais moderno*¹³⁵. Como todas as normas, contratuais ou legais, a regulação, o regulamento ou a regulamentação posta a valer pelas partes há-de tornar-se mais *actual*, mais *moderno*, para que possa tornar-se *real*. O raciocínio de Kötz coincide praticamente com o raciocínio de Vaz Serra – com a tese da *aplicação cumulativa dos arts. 239.º e 437.º do Código Civil*. O problema da *alteração das circunstâncias* seria, sempre, um problema da *integração de lacunas supervenientes*: “a alteração das circunstâncias basilares do negócio”, criando “uma situação que não está regulada”, ainda que “care[ça] de regulação”, corresponderia a uma lacuna¹³⁶. “[T]ratar-se-ia de preencher uma lacuna [do contrato] para uma situação não prevista”¹³⁷. Ora, como o problema da alteração das circunstâncias seria, sempre, um problema de integração de lacunas supervenientes, deveria aplicar-se cumulativamente o art. 239.º e o art. 437.º para que se completassem e esclarecessem reciprocamente: “o tribunal [deveria] fixar os efeitos jurídicos que as partes teriam estabelecido se houvessem previsto a nova situação e, preferentemente, os impostos pela boa fé”¹³⁸.

Os resultados da construção do problema da *alteração das circunstâncias* como um problema da *integração de lacunas supervenientes* concretizar-se-iam, p, ex., na relação de precedência ou de prioridade entre os dois efeitos da alteração das circunstâncias, entre o direito à modificação e o direito à resolução do contrato – a modificação e a resolução do contrato “não dev[er]iam produzir-se, sem mais, à escolha [das partes]”¹³⁹. Os critérios aplicáveis à relação entre os dois efeitos da alteração das

134 Hein Kötz, *Vertragsrecht*, cit., p. 412: “Com base na distribuição contratual, decidir-se-á se o risco da alteração das circunstâncias, ou da frustração das representações [sobre as circunstâncias existentes no passado ou no presente], deve ser suportada pelo autor ou pelo réu ou se, fora dos casos em que recaia sobre a parte por quem deva ser suportada, a parte prejudicada poderá exigir a modificação do contrato ou, se necessário, a sua resolução”.

135 Academia das Ciências de Lisboa, *Dicionário de língua portuguesa contemporânea*, vol. I – A-F, Verbo, Lisboa / São Paulo, 2001 – entradas *actualização* e *actualizar*.

136 Adriano Vaz Serra, “[Anotação ao] acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de Abril de 1978”, in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 111 (1978-1979), n.ºs 2361 e 2362 (pp. 338-352 e 354-356, respectivamente – em especial, na p. 348).

137 Adriano Vaz Serra, “[Anotação ao] acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de Abril de 1978”, cit., p. 349.

138 Adriano Vaz Serra, “[Anotação ao] acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de Abril de 1978”, cit., p. 349.

139 Adriano Vaz Serra, “[Anotação ao] acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de Abril de 1978”, cit., p. 348.

circunstâncias do art. 437.º, n.ºs 1 e 2, deveriam encontrar-se na *finalidade do contrato*, na *boa fé*, na *vontade conjectural ou hipotética das partes* e, em termos mais amplos e mais gerais, nas (em todas as) *circunstâncias atendíveis* do caso concreto¹⁴⁰.

O resultado só poderá ser reforçado pela constatação dos *perigos* de alguma *imprudência* – conquanto desvalorizada, a adequada interpretação das disposições relativas à *alteração das circunstâncias* é uma condição necessária para *evitar* que o *preço* das decisões políticas relacionadas com a sustentabilidade seja uma *destruição* das relações económicas; de relações económicas cuja *forma jurídica* mais comum é a de relações *contratuais*.

140 Adriano Vaz Serra, “[Anotação ao] acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de Abril de 1978”, cit., p. 348.