

O DEVER DE RENEGOCIAR O CONTRATO

Mitos e realidades de uma ideia errante

Pelo Prof. Doutor Manuel Carneiro da Frada()*

SUMÁRIO:

1. Introdução; as incertezas do tema. **2.** A ambiguidade da expressão, a tendência actual e a nossa posição (em síntese). **3.** O dever de renegociação e a autonomia privada: paradoxos e dificuldades perante o sistema de fontes; dever de meios e vinculação ao fim. **4.** A determinabilidade mínima do contrato modificativo como condição *sine qua non* do dever de renegociar. **5.** O dever de renegociar e o *poder* de renegociar. **6.** O dever de renegociar enquanto dever de colaboração com vista a um ajustamento razoável do contrato. **7.** A modificação (por renegociação) do conteúdo contratual vs. *v.g.*, uma novação ou transacção; alusão ao erro sobre a base do negócio. **8.** O dever de renegociar de boa fé como falso dever de renegociar, enquanto (tão só) dever de uma conduta correcta na negociação. **9.** O dever de renegociar e a sua configuração à luz da regra da conduta de boa fé e do sistema de fontes das obrigações. **10.** A configuração do dever de renegociar e a sua relação com a fisionomia do direito à adaptação do contrato, potestativo ou de crédito. **11.** (*cont.*) O impacto da estrutura creditícia ou potestativa da posição activa a que se ordena o dever de renegociar no tipo de tutela. **12.** Um dever geral de renegociar em virtude de uma alteração das circunstâncias? **13.** O ajustamento de contratos duradouros para lá do campo da alteração das circunstâncias. **14.** (*cont.*) Dever de renegociar, integração de lacunas e adaptação do programa contratual. **15.** A tutela do dever de renegociar (*rectius*, de ajustar o contrato); alusão breve à desvinculação por inexigibilidade. **16.** (*cont.*) A tutela do dever de renegociar de boa fé. **17.** Epílogo.

(*) Doutor em Direito. Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

O presente estudo destina-se a um volume dedicado ao Doutor António Pinto Monteiro. Um agradecimento é devido a António Barbosa da Frada por algumas sugestões providas do seu saber e experiência na (re)negociação de contratos duradouros.

1. Introdução; as incertezas do tema

I — Propomo-nos clarificar o dever de renegociar à luz das principais coordenadas dogmáticas que para o efeito se impõe considerar, esconjurando algumas mitificações que lhe vão associadas e que fazem dele uma espécie de ideia errante a pairar, incerta, no direito fazendo dos contratos da actualidade; em especial no território da alteração das circunstâncias e das relações duradouras.

De facto, apesar da ambiguidade de interpretações que facilmente permite — ou talvez, antes, por causa dela —, este dever experimenta uma conjuntura favorável, concitando simpatias múltiplas na novel doutrina.

Os tempos ainda muito recentes da Covid-19 nada mais fizeram do que exacerbar essa tónica: afinal, se sujeitássemos em larga escala os contratos afectados pela pandemia, em vez de a intervenções autoritárias do legislador, a uma renegociação, conseguir-se-iam certamente, com a participação activa das partes, resultados equitativos e optimizadores do desenvolvimento do tráfico jurídico; assim promovendo, em tempos difíceis, um ambiente de paz social.

Entretanto, a tragédia na Ucrânia, na vastidão dos seus efeitos, veio proporcionar outro campo fértil para a testagem da oportunidade da renegociação dos contratos e a proliferação das suas variadas experiências.

Mas o dever de renegociar é em qualquer caso invocado como procedimento tendencialmente justo e remédio especialmente idóneo para responder a perturbações do programa obrigacional nos contratos duradouros (especialmente também no contexto internacional onde é alegadamente tido, até, como expressão das exigências da *lex mercatoria*⁽¹⁾); mesmo das

(1) Estabelecem, os Unidroit Principles (SECÇÃO 2: HARDSHIP):

ARTIGO 6.2.1

(Obrigatoriedade do contrato)

Quando o cumprimento de um contrato se torna mais oneroso para uma das partes, tal parte continua, ainda assim, obrigada a cumprir o contrato, ressalvadas as disposições seguintes a respeito de hardship.

ARTIGO 6.2.2

(Definição de hardship)

Há hardship quando sobrevêm fatos que alteram fundamentalmente o equilíbrio do contrato, seja porque o custo do adimplemento da obrigação de uma parte tenha aumentado, seja porque o valor da contraprestação haja diminuído, e

- a) os factos ocorrem ou se tornam conhecidos da parte em desvantagem após a formação do contrato;
- b) os factos não poderiam ter sido razoavelmente levados em conta pela parte em desvantagem no momento da formação do contrato;

que possam não ultrapassar o limiar da relevância em sede de alteração das circunstâncias. Com efeito, tais contratos fazem sentir, a par da importância da estabilidade necessária ao relacionamento entre as partes, a da sua flexibilidade perante um evoluir de “pressupostos extracontratuais do contrato” que não foi ou pôde ser antecipado, surgindo esse dever como instrumento (de compromisso) para o efeito.

Às vezes, por fim, é a perduração da relação duradoura que pode perigar e as partes acautelam a hipótese de uma denúncia, resolução ou revogação, sujeitando aquela de entre elas que pretenda extingui-la a um dever de renegociar antes os termos de uma possível prorrogação do contrato ou então dessa mesma extinção.

Supõe-se que o envolvimento e o empenhamento de ambas as partes numa renegociação pode criar, num contrato, mais valor para distribuir entre elas do que a interferência de um juiz. Facto é, porém, que qualquer uma delas pode entender que tiraria mais vantagens de uma atitude não cooperante. A renegociação opera, pois, num terreno dilemático para qualquer uma das partes, daí podendo resultar dissídios e uma conflitualidade entre elas.

II — Apesar da simpatia que concita, o dever de renegociar encontra-se envolto em muitas incertezas e penumbras do ponto de vista jurídico. Dever susceptível, como a prática demonstra, de ser clausulado pelas partes, ou dever, também, de direito objectivo, a complementar o disposto no art. 437.º/1 do Código Civil⁽²⁾? Apesar de este, inexplicavelmente, o não

c) os factos estão fora da esfera de controle da parte em desvantagem; e

d) o risco pela superveniência dos fatos não foi assumido pela parte em desvantagem.

ARTIGO 6.2.3

(Efeitos da hardship)

1 — Em caso de hardship, a parte em desvantagem tem direito de pleitear renegociações. O pleito deverá ser feito sem atrasos indevidos e deverá indicar os fundamentos nos quais se baseia.

2 — O pleito para renegociação não dá, por si só, direito à parte em desvantagem de suspender a execução.

3 — À falta de acordo das partes em tempo razoável, cada uma das partes poderá recorrer ao Tribunal.

4 — Caso o Tribunal considere a existência de hardship, poderá, se for razoável,

- a) extinguir o contrato, na data e condições a serem fixadas, ou
- b) adaptar o contrato com vistas a restabelecer-lhe o equilíbrio.

Veja-se também o favor de que gozam os deveres de renegociação nos PECL (Principles of European Contract Law) — aí o art. 6.111(2) e (3) — e ainda, mas limitadamente, o art. III — 1:110 do DCFR (Draft Common Frame of Reference).

(²) Todas as disposições citadas sem indicação de proveniência pertencem, em princípio, ao Código Civil.

mencionar, cingindo os efeitos das alterações das circunstâncias à resolução e à modificação — subentenda-se — determinada pelo juiz? E dever de meios, ou dever de resultado? Quando não previsto pelas partes, dever a afirmar em todos os contratos, ou apenas nalguns, e em quais? Se de direito objectivo, independente de uma alteração das circunstâncias ou tão-só dela decorrente? Expressando uma concretização da regra de conduta segundo a boa fé, como dever acessório geral? Sancionável e, se sim, com que consequências?

III — O favor de que goza o dever de renegociar prender-se-á com constituir ele facilmente uma manifestação de um certo impressionismo jurídico, muito em voga na actualidade; uma tendência, que, furtando-se ao árduo trabalho da estruturação dogmática, se acoita por vezes por detrás de ideias sugestivas revestidas de expressões versáteis⁽³⁾.

Por outras palavras, o êxito do dever de renegociar e a empatia que espontaneamente gera resultam em larga medida do optimismo nebuloso que facilmente se associa a essa expressão plástica e ambígua.

No entanto, poucos serão os temas que, como o dever de renegociar, colocam a tão melindrosa como actual questão da articulação entre a autonomia privada e a vinculação contratual.

As considerações que se seguem não podem, no entanto, esquadriñar exaustivamente as modalidades e o tipo de deveres de renegociar que a prática jurídica aponta. Propõem-se apenas algumas linhas-mestras para uma melhor compreensão de uma figura fugidia; principalmente porque nela a liberdade contratual se pode confundir com o espaço da adstrição.

E, como facilmente se perceberá, muitas dessas considerações se ajustam também, com as necessárias adaptações, ao simples dever de negociar um contrato, ainda que fora do âmbito da pretensão de modificação de um contrato pré-existente. Ambos, por conseguinte, teremos em mente.

IV — Num tema importante do direito dos contratos, a doutrina hesita, por entre equivocidades e inconsistências. Alguns defendem resolutamente um dever de renegociar em caso de alteração das circunstâncias,

⁽³⁾ Nada há, por suposto, contra a força das expressões, mesmo se de conteúdo inseguro. Mas elas não eximem o jurista de uma estruturação dogmática. Assim, o dever de renegociar poderia considerar-se uma manifestação, por exemplo, da “contratação mitigada” de que se vem falando entre nós — vide MENEZES CORDEIRO, *Tratado, II, Parte Geral*, 5.ª ed. (com a colab. de António B. Menezes Cordeiro), Coimbra, 2021, pp. 229-230 —, embora a locução se preste a equívocos.

outros mostram-se mais comedidos ou, até, reticentes⁽⁴⁾. E fazem curso, mesmo entre autores de referência, posições sincréticas, procurando conciliar em fórmulas redondas o dificilmente compaginável.

Ao mesmo tempo que parece pensar-se, por exemplo, que, em sede de alteração das circunstâncias, não existe entre nós uma obrigação de renegociação em sentido próprio, devendo essa renegociação assentar numa base voluntária, diz-se concomitantemente que o princípio da boa fé, aplicável ao longo de toda a vida do contrato — e assim, naturalmente, como a lei expressa, também quando este é afectado por perturbações que o desequilibram de forma acentuada e tornam o seu cumprimento excessivamente oneroso —, pode fazer surgir um dever desse tipo. Temos, pois, que o dever de renegociar, a não ser que fosse pactuado pelas partes, não seria geral, mas apresentaria um fundamento geral; poderia existir ou não, consoante as circunstâncias, sem todavia ficar claro em quais, e em que se traduz por fim o referido dever.

(4) Entre os mais favoráveis, sobretudo no âmbito das relações duradouras, NUNO PINTO DE OLIVEIRA, v.g. *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 582, ss., para o qual, estando preenchidos os requisitos da relevância da alteração anormal das circunstâncias, a cláusula geral da boa fé originaria para as partes um dever jurídico de renegociação do contrato); generosamente também, ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA e MADALENA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Incumprimento Resolutório: uma Introdução*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 128, ss., e ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Desvinculação Programada do Contrato*, Coimbra, 2021, p. 309, ss. Em sentido diverso, porém, e com bons motivos, CATARINA MONTEIRO PIRES, *Contratos. I. Perturbações na Execução*, Coimbra, 2019, p. 196, assim como, extensamente, GONÇALO ANDRADE E CASTRO, «Dever de renegociar e modificação do contrato pelo juiz», in *Estudos em Honra de João Soares da Silva* (coord. Carlos Osório de Castro, Coimbra, 2021, esp. p. 108. Comedidamente também MARIANA FONTES DA COSTA, *Da Alteração Superveniente das Circunstâncias*, Coimbra, 2017, p. 481, ss., e HENRIQUE SOUSA ANTUNES, «A alteração das circunstâncias no direito europeu dos contratos», in *CDP 47*, 2014, p. 17. Com posições próximas ou similares das que defendemos pode ver-se, mais recentemente, DIOGO COSTA GONÇALVES, «Crise e renegociação dos contratos no Direito português e brasileiro — Algumas reflexões», in *RFDUL*, Número temático *Covid-19 e o Direito*, Lisboa, 2020, 149, ss.

No espaço da lusofonia, o tema tem merecido muita atenção no Brasil, nomeadamente pela mão de Judith Martins Costa. Veja-se, por último, na sequência da pandemia e com ampla perspectiva comparada, JUDITH MARTINS COSTA/PAULA COSTA E SILVA, *Crise e Perturbações no Cumprimento da Prestação/Estudo de direito comparado luso-brasileiro*, S. Paulo, 2020, pp. 89, ss., e 316, ss.

Destaque ainda para a discussão do tema na Alemanha; especialmente na sequência da proposta de Norbert Horn, no âmbito dos estudos para a reforma do direito das obrigações tedesco, de introduzir um dever legal de renegociar por alteração das circunstâncias ou denúncia ad nutum do contrato (referências várias nos autores acima citados). Crítico, MICHAEL MARTINEK, «Die Lehre von den Verhandlungspflichten — Bestandaufnahme, Kritik... und Ablehnung», in *AcP 198* (1998), p. 329, ss.

Uma ampla perspectiva crítica da “análise económica” da responsabilidade contratual e pré-contratual, com atenção à renegociação do contrato, é oferecida por PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, I, Coimbra, 2008, p.356.

V — Propomo-nos, pois, contribuir para o esclarecimento de uma problemática que se reconhece ou adivinha evanescente e incerta.

Antes de mais, do dever de renegociar enquanto exigência hipoteticamente fundada no direito objectivo. Para lá, aí, do campo daquelas normas que possam especificamente prever ou impor, em certos domínios como o do arrendamento ou do processo especial de recuperação de empresas, o dever de renegociar — ou mais genericamente, de adoptar formas e procedimentos específicos de ajustamento (não automático) dos contratos⁽⁵⁾.

Porque, se as partes convencionaram um dever desse tipo, o que acima de tudo importa é interpretar o que disseram e seguir aquilo que estabeleceram: estamos no campo da autonomia privada onde impera o *pacta sunt servanda*.

De todo o modo, também os deveres de renegociação resultantes de um contrato estão sujeitos, segundo a sua natureza, a múltiplas impositações dogmático-rationais que se desenvolverão. A nossa análise abrange-os também.

2. A ambiguidade da expressão, a tendência actual e a nossa posição (em síntese)

I — Parece predominar actualmente, ainda que de forma difusa, o entendimento de que o dever de renegociar é amplo, constitui um mero dever de meios (sem vinculação do sujeito à modificação do contrato, que poderia ou não ocorrer em função das circunstâncias), e é susceptível de ser imposto pelo direito objectivo, *ex bona fidei*; independentemente de convenção nesse sentido, em diversas situações, e em especial perante uma alteração das circunstâncias.

Temos, porém, por acertado o entendimento diametralmente oposto.

A nossa opinião é, em síntese, a de que o dever de renegociar, quando não convencionado pelas partes, nem é amplo, nem é de meios (no sentido

⁽⁵⁾ *Colorandi causa*, assim tem ocorrido ciclicamente, no arrendamento, com a previsão de mecanismos de interacção das partes com vista à actualização de rendas ou com vista a uma transição de regimes contratuais por força de lei imperativa (cf., por exemplo, os arts. 27.º e segs. da Lei n.º 6/2006, de 27 de Fevereiro [NRAU]).

Veja-se ainda, no âmbito do direito vigente da recuperação de empresas, o disposto nos arts. 17.º-D e seguintes do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.

de totalmente desacoplado de uma adstrição pelo resultado), nem é susceptível de surgir *ex bona fidei*.

Importa, portanto, prestar um modelo de compreensão dogmática do dever de negociar alternativo a esse *mainstream* doutrinário. Por forma a favorecer a limpidez conceptual, a inteligibilidade e a coerência do sistema jurídico, particularmente no que toca às fontes das obrigações.

II — A falta de clareza jurídica que rodeia o dever de renegociar resulta, antes de mais, de ele se apresentar susceptível de abarcar uma multiplicidade de realidades.

Desde logo, atendendo a um seu significado potencialmente *bifronte*. Com efeito, pode ser concebido como

- i) *dever relativo à organização de um processo negociatório*, que adstringe o sujeito a um conjunto de etapas, protocolos ou procedimentos objectivos e específicos, recortados com precisão e tendentes a proporcionar espaço a uma negociação com vista à modificação do contrato — por exemplo, (a) a obrigatoriedade de tomar a iniciativa de conversações visando uma possível modificação do contrato mediante o estabelecimento de um calendário de reuniões para o efeito, ou (b) a vinculação a elaborar de um estudo verificada uma certa ocorrência com impacto no contrato (v.g., terminado o prazo desse contrato) para averiguar os termos da sua hipotética prorrogação, ou (c) a prestar informações que, vencendo assimetrias informativas, habilitem a contraparte a fazer uma proposta em ordem a uma prorrogação contratual, etc.,
- ii) ou então compreender-se enquanto dever de puro comportamento tendo por objecto a *actividade negociatória* em sentido estrito, de busca dialógica (dentro do processo previsto) de uma (possível) modificação do contrato.

Por outro lado, mesmo esta actividade ou conduta propriamente negociatória concebe-se ou (α) como desvinculada relativamente à obtenção de um consenso, ou (β) em que o sujeito se encontra juridicamente comprometido com a adaptação do contrato, orientando-se, nessa medida, para um resultado que é devido.

Todas são compreensões legítimas do “dever de renegociar”, que podem, na sua diversidade, contaminar a discussão jurídica do tema.

Centrar-nos-emos principalmente no dever de renegociar em sentido estrito; naquele que se não esgota, por vontade das partes, na mera propi-

ciação de fases e procedimentos tendentes a abrir ou garantir um espaço para a renegociação propriamente dita, e em que está em causa um empenho pessoal do sujeito, de promoção de um consenso contratual modificativo do contrato originário.

III — Em todo o caso, o dever de renegociar pode equacionar-se em situações específicas, por força da lei ou da vontade das partes. Por exemplo,

- i)* verificada uma alteração das circunstâncias; ou
- ii)* independentemente de previsão das partes, da necessidade de preservar o programa ou o escopo contratual comum em contratos de longa duração, ocorrida uma modificação da situação de facto subjacente (mesmo que ela não integre propriamente uma alteração das circunstâncias para efeito do art. 437.º/1), como eixo da articulação entre a estabilidade e a flexibilidade que esses contratos carecem de ter; ou ainda, mais amplamente,
- iii)* quando as partes tenham previsto um dever desse tipo para afrontar uma eventual alteração das circunstâncias,
- iv)* ou, simplesmente, para concretizar, adaptar ou complementar mais tarde, em caso de necessidade, o programa contratual dos contratos que celebraram.

IV — Onde se afirme, o dever de renegociar visa possibilitar uma modificação do contrato mediante uma actividade de cooperação do sujeito em ordem a uma modificação do contrato, nesse sentido, para uma conduta bilateral. Distingue-se, pois, das cláusulas de adaptação automática dos contratos (como as de indexação imediata de preços em função de certos índices).

3. O dever de renegociação e a autonomia privada: paradoxos e dificuldades perante o sistema de fontes; dever de meios e vinculação ao fim

I — A nitidez da compreensão dogmática do dever de renegociar implica o estabelecimento de uma separação clara entre o espaço da liberdade contratual e o âmbito da vinculação dos sujeitos. Independentemente de por onde passe, ou possa correr concretamente a linha de fronteira, só

essa distinção preserva a autonomia privada como domínio do livre arbítrio do sujeito — a englobar também o seu livre alvedrio de não contratar (a liberdade negativa de contratar)⁽⁶⁾ —, extremando-a do campo do dever.

O dever de renegociar tem como referente um contrato (*rectius*, a modificação de um contrato existente), assim trazido para a órbita do “dever”. Pelo que a adequada identificação do correspondente terreno da adstrição, implica a clara identificação das situações em que há um dever de contratar.

Tal dever, uma vez que é expressão de uma heteronomia que limita o sujeito, requer uma justificação — leia-se, uma fonte idónea para se poder afirmar.

Pelo que, num sistema, como o nosso, assente na autonomia privada, a regra apenas pode ser a da necessidade de uma justificação positiva do dever de contratar.

Só há, portanto, um dever de contratar quando um facto jurídico idóneo vincule o sujeito a celebrar um contrato (por exemplo, um contrato-promessa, ou uma lei que imponha o contrato a entidades fornecedoras de bens e serviços essenciais)⁽⁷⁾.

Quer dizer que, perante este jogo de princípio/excepção, o dever de contratar apenas pode admitir-se quando positivamente justificado. Na dúvida não o há.

II — O dever de renegociar encontra-se, pois, umbilicalmente articulado com as fontes do dever de contratar: mesmo sem respondermos, por

(6) Sem uma esfera que garanta ao sujeito um “quero, posso e mando”, ele não é livre. O facto de a liberdade haver de ser eticamente orientada não exclui ser ela postulada pela dignidade da pessoa; pessoa que, por ser livre, pode também usar mal, ou não convenientemente, a sua liberdade. E tal sem ignorar que para o Direito toda a liberdade participa do horizonte de sentido da própria juridicidade, não podendo, portanto, deixar de ser compreendida em termos ético-jurídicos. O que implica ter também a liberdade os seus limites, mesmo se esses limites se não traduzem em restrições formais extrínsecas ao espaço dessa liberdade, como paradigmaticamente ocorre no abuso do direito. Cf. o nosso *O conceito de dignidade da pessoa humana/Um mapa de navegação para o jurista*, Católica Law Review, IV, n.º 2, p. 152, ss.; ainda, desenvolvidamente, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Estudos de Teoria Geral do Direito Civil*, Lisboa, 2017, p. 66, ss.

(7) Nada obsta a que o dever de contratar possa ficar sujeito a uma condição, ou a uma ocorrência que o extinga automaticamente, ou de o adstrito invocar uma circunstância plausível ou uma justificação razoável perante a outra para o não fazer. Em qualquer caso, trata-se de um dever que, como tal, não existe enquanto não se demonstrar uma fonte que concretamente o origine validamente. De resto, o estabelecimento de um meio de tutela meramente penitencial para a sua infração, por exemplo, o pagamento de uma quantia a título de cláusula penal, ou, no contrato-promessa, a constituição de um sinal, com exclusão da execução específica, não afasta a existência de um dever. A natureza do dever é compatível com a modelação da sua intensidade pelas partes (do ponto de vista da tutela que possa merecer).

ora, à questão fulcral de saber se a actividade de renegociação tal qual é comumente entendida pode corresponder ou não, de um dever efectivo de contratar, certo é que o intérprete-aplicador não pode furtar-se à pergunta-chave de quais as fontes idóneas de um dever desse género em Portugal.

Neste aspecto, entende-se maioritariamente entre nós que, sem prejuízo de as partes também o poderem estabelecer mediante a celebração de um contrato-promessa, a própria boa fé — logo e sintomaticamente no campo da vizinha *culpa in contrahendo* — poderia originar, realmente, um dever de contratar, ao menos em certas circunstâncias⁽⁸⁾.

Facto é, porém, que um dever desse tipo — de celebrar um contrato *ex vi* da boa fé — não se encontra *apertis verbis* consagrado no Código Civil português. E com boas razões: a nosso ver, ele não passa de uma quimera, perigosa para a autonomia dos sujeitos e não suportada pela melhor interpretação do sistema de fontes das obrigações. As constelações de hipóteses relevantes podem e devem ser resolvidas com recurso a outros instrumentos dogmáticos; designadamente, como propomos, à teoria da (responsabilidade *pura* pela) confiança⁽⁹⁾.

Tornando-se assim imediatamente questionável como é que o dever de renegociar haveria de poder brotar tão só *ex bona fidei*, tal qual o apresentam alguns.

III — Em todo o caso, quando não existe uma vinculação do sujeito à modificação de um contrato, não se vê como possa haver um qualquer dever de renegociar (de busca dialogante de um consenso). Se ele se encontra livre relativamente à adaptação do contrato, também não faz sentido admitir-se qualquer dever de o renegociar.

Este só pode, portanto, afirmar-se quando a modificação do contrato se apresentar, de alguma forma, vinculativa para ele. É paradoxal admitir um dever incidente sobre uma actividade caracterizada por um fim que é, afinal, livre de ser ou não alcançado por ele (cuja realização está comple-

⁽⁸⁾ Entre os que defendem, nalguns casos, um dever de contratar “*in contrahendo*”, veja-se, por exemplo, MENEZES CORDEIRO, já em *Da Boa Fé no Direito Civil*, Coimbra, 1984, I, p. 551, ss., e, por último, em «O princípio da boa fé e o dever de renegociação em contextos de “situação económica difícil”», in *II Congresso de Direito da Insolvência* (coord. Catarina Serra), Coimbra, 2014, pp. 58-59, assim como em *Tratado*, II, *cit.*, pp. 229-230; para outras indicações, mas procurando diferenciar situações, numa orientação de subscrever, MARIANA FONTES DA COSTA, *Ruptura das Negociações Pré-contratuais e Cartas de Intenção*, Coimbra, 2011, p. 53, ss.

⁽⁹⁾ Debateremos amplamente este tema no nosso *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra, 2003, pp. 458, ss., 502, ss., 537, 792, ss. (n. 883) e 836, ss., com referências.

tamente subordinada ao seu livre alvedrio). Como se fizesse sentido dizer-se que se tem de ir, ou deve ir... a lado nenhum. Com razão se diria que nos deparamos aqui com mais uma metamorfose do conhecido paradoxo do “dever livre” (em Direito).

O dever de renegociar (em sentido estrito, quando não se esgote na observância externa de um certo processo) só é, pois, um dever, quando há um fim cuja realização é vinculativa para o sujeito, sob pena de não ser dever (jurídico) algum.

IV — Assim, quando as partes estabelecem, v.g., que na hipótese de uma disputa sobre a interpretação ou integração das cláusulas do seu contrato, “diligenciarão” ou “dialogarão sobre modos de composição de interesses a fim de obter uma solução para o diferendo” não parece, considerando o sentido destas expressões, haver propriamente um dever de alcançar uma saída consensual para essa crise contratual. Não tendo sido prevista uma vinculação das partes a certo parâmetro de solução (por exemplo, a uma interpretação ou integração que garanta certos objectivos), parece que importará então distinguir o que correspondeu ou se apresenta como decorrência objectiva de uma autonomia privada que já foi exercida no passado, pois não se pode exigir às partes que se desviem agora do que tenha sido implicado pelo seu exercício, modificando o contrato que celebraram.

V — Um mero “dever de conversar” ou de “entabular conversações” não parece por seu turno franquear a fronteira do dever jurídico.

A não ser que a sua observância seja apetrechada por alguma sanção em caso de violação. Tal significará, na verdade, que as partes se vincularam efectivamente a uma forma de preencher o contrato, de acordo com certos critérios — mesmo se não explicitados ou muito indeterminados —, perante obstáculos que afectam as condições concretas da exequibilidade desse contrato, e sem pôr em causa a sua subsistência.

Do mesmo modo — cremos — quando se prevê que uma delas apresente, no termo da relação contratual, uma proposta “razoável” ou “séria” à outra em ordem à sua prorrogação, permanecendo todavia a outra livre de a aceitar ou não: nesta hipótese, embora o fecho do contrato dependa da aquiescência daquela, para o proponente há já uma vinculação, e a actividade negociatória em causa não é livre.

Diversa é, no entanto, a previsão pelas partes de, caso quieriam renegociar um contrato, o fazerem *de boa fé*. Este dever não vincula à actividade de renegociar em si. Incide antes sobre o modo de ela ser levada a

cabo, em cumprimento ou não, de um dever. Este dever já não é obviamente atingido pelo referido “paradoxo do dever livre”.

VI — Por referência à conhecida dicotomia entre deveres de resultado e deveres de meios, o dever de renegociar propriamente dito, para ser um “real e verdadeiro” dever jurídico, não é, portanto, concebível como mero dever de meios em que o escopo visado se não imponha ao sujeito e esteja na disponibilidade dele, mas enquanto dever de fim com que o sujeito se encontra comprometido; e muito embora tal fim haja, segundo esse dever, de ser alcançado de determinado modo, em maior ou menor medida conformável pela iniciativa e a conduta dos sujeitos.

O dever de renegociar até pode ter sido consagrado pelas partes no contrato com expressões que sugerem tratar-se de um mero dever de meios. Só que apenas é um verdadeiro dever se o fim — a adaptação do contrato — for tido por elas como vinculativo. (Não se estranhando, por isso, a previsão de sanções, ou a devolução da competência de ajustamento do contrato a terceiros em caso de incumprimento).

De outro modo, a actividade negociatória é totalmente livre, comandada pelo livre arbítrio. Com o que a existência de um verdadeiro dever jurídico é posta em causa. A discricionariedade que exista no dever de renegociar é, portanto, rigorosamente vinculada: o espaço de liberdade que ele possa conter apresenta-se estritamente determinado pelo fim em vista do qual é concedido.

VII — Na realidade, os deveres de meios são todos finalisticamente orientados. Os meios apenas o são — e só podem ser exigidos — em função do fim que os estruturam e conformam enquanto deveres jurídicos. Assim ocorre com os deveres de meios do médico ou do advogado. Embora não assegurem ao beneficiário a saúde ou o vencimento da lide — e apenas o emprego de meios idóneos para os alcançar —, visam alcançá-los.

O paralelo permite uma observação: estes últimos deveres são de meios essencialmente porque o resultado depende de circunstâncias que estão fora do controlo do sujeito. Ora, no âmbito dos (autênticos) deveres de renegociar, a adaptação do contrato depende exclusivamente deles. Pelo que no dever de renegociar o espaço entre a conduta e o resultado almejado é mais curto. Na realidade, ele tem como referência ou integra-se num verdadeiro dever de resultado (a modificação do contrato).

Simetricamente, só há um direito a renegociar o contrato — *v.g.*, de concessão de crédito — se e na medida em que assista ao sujeito um direito à alteração do contrato.

VIII — O fim vinculativo a que se encontra endereçado o dever de renegociar, além de requisito do dever, determina naturalmente também o seu âmbito e conteúdo. Dele decorrem os critérios segundo os quais o contrato há-de ser modificado, o que se projecta nas condutas das partes para o efeito requeridas e visadas com o estabelecimento do dever de renegociar.

Tratando-se de um dever imposto por lei, importa atender à teleologia das normas que o prevêm, umas vezes mais, outras menos explicitadas. Sirva de exemplo os deveres de negociação que impendem sobre os credores em sede de processo especial de recuperação de empresas: os objectivos prosseguidos pelo legislador esclarecem o alcance e os termos em que se concretiza o dever de renegociar.

Nada de diverso ocorre perante deveres “negociais” de renegociar: há antes de mais que saber se as partes se vincularam a uma modificação do contrato, e quais, então, os fins visados por essa modificação, ainda que permanecendo indeterminado o seu conteúdo. Também eles esclarecem o âmbito e o conteúdo do dever de renegociar.

IX — Importa naturalmente ter presente que o facto de a modificação ser vinculativa para as partes não quer dizer que ela tenha necessariamente de ocorrer, especialmente quando a sobrevivência do contrato (de acordo com o conteúdo modificado) dependa de factores alheios ao controlo das partes como o são em princípio condutas de terceiros (estranhos à esfera de risco de cada uma das partes): por exemplo, de autorizações do Estado, ou da passagem de licenças urbanísticas, energéticas, de actividade, ou ambientais que estejam no âmbito da discricionariedade administrativa. A não concessão de tais licenças ou autorizações poderá determinar a caducidade, naturalmente, do dever de renegociar⁽¹⁰⁾.

X — Sem prejuízo do exposto, o espaço entre a ausência total de compromissos em ordem a um contrato modificativo e a vinculação à celebração desse contrato está aberto à modelação da autonomia privada. Podem, assim, as partes estabelecer para cada uma delas, no âmbito do que possam designar por deveres de (re)negociar, vinculações diferentes, e/ou de intensidade diversa, excluindo, em todo o caso, a exigibilidade da celebração de um contrato modificativo, mas prevendo, em seu lugar, outras consequências.

⁽¹⁰⁾ Mas só caberá em rigor falar de um dever de renegociar na medida em que a adaptação do contrato seja devida, ainda que este se encontre condicionado pro factores externos.

Assim, podem simplesmente querer vincular-se a um dever de renegociar de boa fé, dever esse que, incidindo apenas sobre o modo como as negociações hajam de decorrer, e não sobre o seu resultado, parece que manterá incólume a liberdade de qualquer delas celebrar ou não o contrato, o que incluirá também o direito a recusar negociações com esse fim.

Mas pode também estabelecer-se como conteúdo do dever de renegociar o dever de uma delas apresentar uma proposta razoável (v.g., para a prorrogação do contrato), atribuindo à outra um direito contratual de opção, de a aceitar ou não; mesmo salvaguardando a possibilidade de o devedor da proposta a não apresentar embora sujeitando-o a outra consequência (que não a celebração forçosa do contrato) — por exemplo ao pagamento de uma cláusula penal como preço de arrependimento: o que pode estipular-se validamente, até por argumento *a fortiori* do regime do contrato-promessa, que permite, em princípio, a exclusão da execução específica por acordo das partes.

A vontade das partes decide.

4. A determinabilidade mínima do contrato modificativo como condição *sine qua non* do dever de renegociar

I — O fim não é, muitas vezes, suficiente para a fixação da concreta conduta que possa constituir o objecto do dever de renegociar. Muito embora possam dele extrair-se, em conformidade com a sua índole, critérios gerais para essa fixação.

A dificuldade não é, porém, de natureza diversa da de outros casos em que a prestação objecto de uma obrigação se não apresenta determinada, carecendo de o ser.

Certo é que a índole do dever como vínculo jurídico requer que seja possível a determinação do seu objecto.

Quer dizer que quando as partes dispuseram elas mesmas o dever de renegociar, e apresentaram também os critérios gerais de uma adaptação do contrato (por exemplo, num contrato de fornecimento, em função do preço médio do bem ou dos seus componentes no mercado, ou, numa empreitada, tendo em conta o custo de certos factores de produção, como a energia, ou considerando antes qualquer concreto objectivo a prosseguir com a adaptação do contrato), o dever de renegociar se especifica em ordem à realização do fim pretendido pelas partes.

Já tratando-se de deveres de renegociar fundados no direito objectivo, caberá ao intérprete-aplicador perguntar o que é que, face aos propósitos da lei, permite atingi-los de modo razoável⁽¹¹⁾.

Na ausência de critério — legal ou negocial — para determinar a prestação, vigora supletivamente, na nossa ordem jurídica, o da equidade (cf. art. 400.º/1). No limite, quando as partes não estejam de acordo, será o tribunal a decidir o que ela implique (cf. art. 400.º/2)⁽¹²⁾. A equidade auxilia, pois, ao preenchimento daquele mínimo da determinabilidade que tem de apresentar o dever de prestar.

É sempre o critério substancial da igualdade — do nivelamento dos pratos da balança da justiça — que subjaz à equidade: o “justo meio” da Justiça, que o é também da justiça contratual. No limite, e na ausência de outros factores, ele teria de ser matematicamente apurado, a metade para cada um já reclamada na celebrada lenda de Salomão⁽¹³⁾.

II — Por contraste, caso não seja possível determinar com um mínimo de precisão a conduta objecto de um dever de renegociação, não há dever (válido). É o que ocorre no espaço do livre arbítrio: se as partes apenas anunciaram a disponibilidade ou a mera intenção de renegociação futura de um contrato, a actividade renegociatória terá sido entendida certamente por elas enquanto liberdade. Não há então um verdadeiro dever.

Por isso ainda, quando só uma das partes se vincula — por exemplo, a apresentar uma proposta —, a outra, se for tida como livre de a aceitar ou não, não tem qualquer dever de renegociar.

(11) Por vezes é o próprio ordenamento que densifica o conteúdo do dever de negociar. Exemplo hoje marcante é o da negociação dos credores em sede de recuperação de empresas. Para uma reflexão de fundo sobre o tema e os objectivos dessa negociação é incontornável, na doutrina lusa, NUNO PINTO DE OLIVEIRA, «Responsabilidade pela perda de uma chance de revitalização?», in *II Congresso de Direito da Insolvência* (coord. Catarina Serra), Coimbra, 2014, 153, ss. Veja-se também MENEZES CORDEIRO, «O princípio da boa fé e o dever de renegociação em contextos de “situação económica difícil”», *cit.*, p. 64, ss. Extensamente sobre o tema também, numa perspectiva mais procedimental-processual, A. SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, II, 3.ª ed., Coimbra, 2022, 125, ss., 311, ss., 393, ss. e *passim*. A Resolução do Conselho de Ministros n.º 43/2011, de 25 de Outubro, veio, neste âmbito, fixar princípios orientadores para a renegociação, com orientações patentemente transponíveis para o que nosso tema. Sobre esta pode confrontar-se também o comentário de MARIA DE FÁTIMA REIS SILVA, *Processo Especial de Revitalização/Notas práticas e jurisprudência recente*, 1.ª ed., Porto, 2012.

(12) Veja-se, a propósito da diferenciação entre indeterminação e indeterminabilidade da prestação, FERNANDO FERREIRA PINTO/ISABEL TEIXEIRA DUARTE, *Comentário UCP ao Código Civil, Direito das Obrigações, Das Obrigações em Geral*, Lisboa, 2018, p. 33, ss.

(13) Mas mostrando, naturalmente, também os excessos e limites do formalismo matemático.

Pertence, porém, ao campo da autonomia negocial, como dissemos, que as partes possam conformar os seus deveres (dir-se-á) com uma intensidade variável, moldando correspondentemente, ao menos dentro de certos limites, a tutela que para eles preveem. Exemplo paradigmático é, recorde-se, a vinculatividade diminuída que apresenta a obrigação de contratar emergente de um contrato-promessa sinalizado, de que o sujeito se pode via de regra eximir mediante a satisfação de um preço do arrependimento traduzido na perda do sinal ou na sua restituição em dobro.

Assim, podem também estipular, v.g., que uma proposta que uma delas apresente, ou que uma adaptação do contrato que suscite em certas circunstâncias (só) possa ser recusada pela outra (desde que) com justa causa. (O critério do sacrifício exigível pode então libertar o sujeito da sua vinculação. Numa lógica diferente da do contrato-promessa sinalizado acima referido em que esse argumento não colhe, ficando o sujeito adstrito às consequências, embora limitadas, de um incumprimento.)

III — Por seu turno, a introdução, no âmbito da renegociação, de um critério de justificabilidade (de necessidade de fundamentação) perante a outra parte introduz um parâmetro bilateral de ponderação. A conduta de, afinal, não contratar, ao ter de ser justificada, deixa de ser arbitrária: pois as razões para o efeito hão-de ser oponíveis à outra. Fica esse comportamento sujeito, pois, à “razoabilidade intersubjectiva”, para usar a expressão cunhada por Baptista Machado⁽¹⁴⁾.

Transpôs-se então já o limiar da vinculação contratual; a desistência ou a recusa já não são totalmente livres, surge um reduto de vinculatividade, ainda que porventura pequeno, em que desponta um dever de contratar (de modificar um contrato). Há espaço para se falar de um genuíno dever de renegociação.

Diferentemente se o sujeito se afirmou apenas comprometer-se a considerar razoavelmente uma proposta que lhe chegasse. Aí nada mais haverá, de ordinário, senão uma disponibilidade para contratar no futuro, em termos que então ele venha a ponderar. Tal será insuficiente para mostrar uma vontade de vinculação à celebração de um contrato modificativo⁽¹⁵⁾.

⁽¹⁴⁾ Cf. na “A cláusula do razoável”, in *Obra Dispersa*, I, Braga, 1991, esp. pp. 459, 462, ss., o que poderia bem considerar-se a última lição do saudoso Professor.

⁽¹⁵⁾ A linha da distinção é fina. Quem se obriga apenas a ser razoável não se vincula ainda a um contrato. nem evidencia uma vontade segura nesse sentido, nem a boa fé o obriga a tal: cf. já BAPTISTA MACHADO, *ibidem*.

5. O dever de renegociar e o *poder* de renegociar

I — Importa perguntar se pode acolher-se certo tipo de entendimento do que é o conteúdo do dever de negociar ou de renegociar, correspondente a um sentido muito comum da expressão agora a expor.

Com efeito, se por negociar se quer referir uma actividade do sujeito que, na perspectiva da celebração de um contrato, procura maximizar para si mesmo os proveitos e lançar sobre a contraparte os ónus e sacrifícios de um acordo, usando a seu bel-prazer — e desejavelmente com “engenho e arte” — uma ou várias estratégias em vista desse objectivo (porventura explorando inadvertências, assimetrias informativas, estados de necessidade, dependências, impositações da coerência argumentativa ou restrições económicas da contraparte), então essa atitude só pode conceber-se como legítima num quadro de liberdade de negociar, isto é, quando o sujeito tem a liberdade de celebrar ou não um contrato. Entendendo-se, assim, por negociar uma habilidade, ou a combinação ideal, com ela, de uma experiência acumulada e de um conjunto de circunstâncias favoráveis — que se faz frutificar de acordo com um plano estratégico, com a sagacidade e o talento do sujeito e das suas *soft skills*, reservando sem limite proveitos para si e procurando tirar partido das vulnerabilidades da outra parte —, ela não pode ser objecto de um dever.

Na verdade, a renegociação como condução astuta e inteligente de um processo que tem por fim captar para si vantagens à custa da outra parte e alijar ou diminuir custos — lançando-os sobre ela — só se compreende como uma actividade na disponibilidade do sujeito.

II — Renegociar, neste sentido tributário da linguagem comum, apenas é, portanto, configurável como objecto de um *poder*, não de um dever⁽¹⁶⁾.

Porque, e de outro ângulo, se o sujeito se encontra vinculado a um certo fim negocial, então a renegociação — com o significado (usual) apontado — é inconcebível. Estando ele adstrito a esse resultado, no espaço demarcado por essa adstrição, tudo o que ele deste queira divergir é ilegítimo.

⁽¹⁶⁾ Importa, concomitantemente, distinguir entre normas de conduta — o espaço do dever —, e normas de poder. Sobre o tema, conquanto noutro contexto, veja-se PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anónimas*, Coimbra, 2012, p. 104, ss. *Vide*, ainda, as percutientes considerações de MIGUEL GALVÃO TELES, *Obrigações de Emitir Declaração Negocial*, 1963-2021, Coimbra, 2012, sobre a questão de saber se “é concebível um dever de querer” (sendo que, no presente contexto, nos interessa o que o autor designa de “faculdade de querer”).

Quando age tão-só para incrementar os seus proveitos e diminuir os seus sacrifícios não está, assim, do ponto de vista subjectivo, a cumprir um qualquer dever jurídico de renegociar⁽¹⁷⁾.

Por contraste, se o móbil do sujeito é, apesar de tudo, esse, e se este for reconhecido também como válido pelos critérios jurídico-normativo aplicáveis — quando for, pois, lícita, para o Direito, essa atitude —, então tal significa que estamos no contexto da autonomia privada e da liberdade contratual: o sujeito é livre de contratar ou não, e de condicionar(-se) como quiser essa decisão; pelo que tal é incompatível com um genuíno dever de renegociar.

6. O dever de renegociar enquanto dever de colaboração com vista a um ajustamento razoável do contrato

I — Uma vez, pois, que o dever de renegociar só o é se tiver por referente uma modificação ou uma adaptação do contrato vinculativas para o sujeito, ele apenas é susceptível de ser concebido como um dever de ajustar de modo colaborativo um contrato em função de certos critérios de conteúdo que se impõem ao sujeito.

Tratando-se de um dever estabelecido no contrato, é certamente possível que, devidamente interpretado, possa consubstanciar uma promessa, bilateral ou unilateral de uma das partes, à celebração de um contrato modificativo (havendo então de considerar-se a aplicação do regime do contrato-promessa, sem prejuízo do esbatimento da determinação do objecto contratual usualmente presente neste tipo de contratos); ou que signifique a concessão, à outra parte, de um direito potestativo de adaptação do contrato, certamente de acordo com parâmetros de equilíbrio e razoabilidade.

Em qualquer uma destas duas situações o dever de renegociar perde autonomia perante um dever negocial de contratar ou face à criação negocial de uma sujeição a direito de opção alheio (condicionado ou não).

II — Diferentemente se ele significa, quando estipulado, o reconhecimento a priori das partes de que, sobrevinda uma certa situação, o contrato carece de ser completado, o que haverá de fazer-se por acordo das partes.

⁽¹⁷⁾ Admitir que pode ter havido, apesar disso (e ainda que excepcionalmente), cumprimento do dever de renegociar (se a conduta se harmonizou, não obstante, da que lhe era objectivamente pedida) implica ignorar totalmente o papel do fim do agente na acção de cumprimento.

Na verdade, parece que, enquanto dever autónomo, o dever de renegociar se há-de compreender, essencialmente, *como dever de cooperação ou colaboração em ordem à modificação do contrato*⁽¹⁸⁾, enquanto dever, pois, *de promover construtivamente o ajustamento ou a adaptação de um contrato*.

E tal independentemente da origem do dever: enxertado num contrato por vontade das partes — nesse caso como dever de prestar secundário assente na autonomia privada das partes, não autónomo, instrumental no contexto do programa contratual, em ordem à sua realização e à prossecução dos fins do contrato propiciados pelos deveres principais de prestação (que são também as que manifestam e expressam a causa do contrato) ou antes um dever incidente sobre as partes desse mesmo contrato por força da lei, se é esta a determinar heteronomamente o ajustamento do contrato e que as partes o promovam.

III — Sendo esse o entendimento possível, afinal, do dever de renegociar, o que pode então, genericamente, considerar-se pertencer ao seu conteúdo?

Regerá, naturalmente, antes de mais, a vontade das partes. Todos os protocolos por elas instituídos, todos os procedimentos ou processos *ex voluntate* previstos e tendentes à adaptação do contrato são evidentemente devidos.

Já quando nada se estabelece, ou as partes se referem, singelamente, a um dever de renegociação, parece que esse dever implicará, no mínimo, um dever de não recusar infundadamente uma proposta de adaptação consensual do contrato apresentada pelo titular do direito à adaptação (desde que razoável).

Discutível é se o onerado com o dever de renegociação tem de apresentar uma proposta razoável de adaptação do contrato. Cremos que um comportamento positivo desse tipo não será, de ordinário, exigível, sem prejuízo de circunstâncias especiais — por exemplo, a detenção de informação necessária pelo sujeito, ou cuja confidencialidade o onerado com o dever queira manter — poderem determinar solução diversa⁽¹⁹⁾. Bastará não poder recusar uma proposta razoável que lhe seja apresentada.

(18) De harmonia com a notícia de NUNO PINTO DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 265, assim se expressa também o Supremo Tribunal Federal alemão. Este ainda, pertinentemente, o entendimento do autor expresso em «Responsabilidade pela perda de uma chance de revitalização?», *cit.*, p. 159, ss.

(19) Outra pode ser a orientação da lei em certos sectores específicos do ordenamento. Assim, no campo da revitalização de empresas, sobre o dever de apresentar uma proposta razoável em ordem a essa revitalização, cf. NUNO PINTO DE OLIVEIRA, «Responsabilidade pela perda de uma chance de revitalização?», *cit.*, p. 171, ss.

Pensamos, finalmente, que o titular do direito de adaptação, quando também sobre ele recaia o dever de renegociar, tem por sua vez o dever de (caso a outra parte o não faça) apresentar uma proposta razoável, assim como o de não recusar infundadamente a proposta que a contraparte lhe apresente.

A bilateralidade do padrão da razoabilidade a que deve obedecer o ajustamento do contrato manifesta-se⁽²⁰⁾.

IV — Não se diga que esta “desgradação” aparente do dever de renegociar a uma conduta colaborativa em relação a uma modificação do contacto de vida nega a sua importância ou ignora o seu enorme relevo na contratação moderna. É que, qualquer que seja o seu sentido exacto, e ultrapasse ela ou não o consentido pela natureza do dever correspondente a renegociação permite encontrar, à margem do sistema judiciário, soluções adequadas para superveniências e percalços contratuais de acordo com as aspirações das partes; o que se apresenta extremamente desejável e, sem dúvida, de incentivar no tráfico jurídico-negocial.

7. A modificação (por renegociação) do conteúdo contractual vs. v.g., uma novação ou transacção; alusão ao erro sobre a base do negócio

I — Para lá, pois, do nevoeiro semântico que paira sobre a expressão “dever de renegociar”, a actividade das partes é vinculada e, nessa medida, nada podem pretender renegociar “oportunisticamente” ao seu abrigo, devendo antes colaborar e cooperar entre elas em ordem a um ajustamento do contrato que é, para um onerado com aquela adstrição, devido.

Mas a modificação do contrato opera logo que elas, tenham-se atido ou não a essas exigências, alteram efectivamente o contrato inicial. Que, no cumprimento desse seu dever de renegociar — entendido sempre como dever de cooperar em ordem à modificação do contrato —, as partes possam consciente ou inconscientemente, divergir do que era pedido pela medida e termos do ajustamento a que estavam vinculadas, ultrapassando-

⁽²⁰⁾ Recorde-se de novo a percuciente lição de BAPTISTA MACHADO, *ibidem*, a respeito da designada “cláusula do razoável”.

-os, decorre da sua liberdade (geral) de modificar o contrato precedentemente instaurado entre elas a seu bel-prazer, e do poder de disposição que, por acordo, têm sobre a relação contratual que dele brotou (cf., lapidariamente, o art. 406.º/1).

Não há nada de ilegítimo nisso. No limite, as partes podem mesmo ter decidido proceder, em vez de a uma modificação — que respeitaria a identidade da relação contratual, apesar da alteração da sua fisionomia —, antes a uma *novação integral* do programa obrigacional precedentemente instaurado entre elas⁽²¹⁾. Se assim resolveram, apesar de a lei ou convenção prévia entre elas lhes impor uma mera adaptação do contrato, é exclusivamente “assunto seu”. Nada obsta a um exercício desse tipo da sua autonomia privada.

II — Não é, portanto, aquela divergência — dir-se-á entre o âmbito do *dever* de renegociar e o resultado do exercício do *poder* de renegociar — que, por si mesma, põe em causa a eficácia de tal modificação.

Mas especialmente quando assim ocorre, a modificação voluntariamente empreendida pelas partes pode ter elementos, em especial, de *transacção* sobre a relação pré-existente; sendo por isso também particularmente susceptível de ser atingida por um erro sobre a base do negócio.

Além deste, do mesmo modo o dolo, e outros vícios da vontade são naturalmente susceptíveis de afectar um acordo modificativo. Não o ocorrendo, se no cumprimento do dever de renegociar, as partes estabeleceram um acordo que, por defeito, divergiu do que era pedido pela medida e termos do ajustamento a que estavam vinculadas, é ainda possível verificarem-se outras figuras, como, v.g., uma remissão, total ou parcial, de dívidas pré-existentes. As partes podem ainda, por exemplo, conformar a relação de liquidação da fase pretérita do contrato, ou antes em ordem ao futuro, mediante a estipulação de formas de compensação, ou de *dationes in solutum* ou *pro solvendo*. Tudo cabe, nos termos gerais, no acordo modificativo.

(21) Para a distinção, precisamente a propósito da renegociação, entre as duas figuras, cf. elucidamente, na jurisprudência, o acórdão do STJ de 17.12.2020 (relatora MARIA JOÃO VAZ TOMÉ), acessível in <www.dgsi.pt>.

8. O dever de renegociar de boa fé como falso dever de renegociar, enquanto (tão só) dever de uma conduta correcta na negociação

I — O fulcro da nossa posição é o de que nem os sujeitos nem a lei podem determinar um dever de negociar (de meios), descomprometido de um certo objectivo.

Retóricas à parte, um dever desse género não existe se o sujeito apenas se vinculou a apresentar uma proposta, verificadas certas circunstâncias, quando nada se diga ou exija sobre os termos a que essa proposta deve obedecer; como não existe se lhe assistia apenas — menos ainda — o dever de simplesmente perguntar sobre o interesse ou a disponibilidade alheia para um certo entendimento, *v.g.*, para um encontro destinado a aferir a viabilidade de uma renovação ou modificação do contrato, ou se apenas lhe incumbia o dever de responder afirmativa ou negativamente a uma proposta alheia nesse sentido. Em todos esses casos, estamos ainda no reino da liberdade contratual.

II — Mas resguardemo-nos de rigorismos ou derivas conceptualistas, que arriscam escamotear o essencial.

Sendo o dever de renegociar uma expressão plástica, o que importa derradeiramente — trata-se de uma consabidíssima directriz cardinal do direito dos contratos — é a interpretação do que as partes quiseram. Na verdade, sob esse mesmo epíteto, podem elas ter querido tão só impor-se mutuamente, de forma expressa, um dever de actuar de boa fé em qualquer actividade negociatória futura que, ao abrigo da sua liberdade contratual (ainda que porventura pretendida intangível), quisessem vir a desenvolver.

Quando assim é, o dever pactuado incide sobre o “modo”, e não sobre o “se” ou o “quando” dessa negociação. Nesse sentido, não restringe directa e propriamente a liberdade de celebrar ou recusar um certo contrato.

As partes limitam-se tão só a impor-se a si mesmas, *motu proprio*, o que a lei aliás sempre lhes assinalaria: um procedimento correcto nas negociações. Sem se comprometerem — repete-se — directamente com a celebração do contrato, se essa adaptação não era devida; e mantendo então, portanto, incólume a sua liberdade de desistir do processo negocial. (Sem que essa desistência possa, por conseguinte, alguma vez, ser considerada ilícita ou passível de uma responsabilização, designadamente por *culpa in contrahendo*.)

Mesmo assim pode uma estipulação desse tipo ser útil. Gera-se, por um lado, uma vinculatividade especial, assente no próprio comprometi-

mento autonómico das partes, que se sobrepõe à heteronomia da lei, reforçando as razões da obrigatoriedade do seu acatamento para os sujeitos.

Por outro lado, surgindo com frequência no contexto da determinação pelas partes de um procedimento formal tendente a abrir a possibilidade de modificar o contrato — portanto, de um processo renegociatório negocialmente determinado —, definem-se então também por vezes condutas concretas tidas pelas partes como expressão da boa fé, assim alargando ou especificando, para além de todas as dúvidas, o que a lei lhes pudesse já impor de modo indeterminado (também por força da regra de conduta de boa fé na execução do contrato, e tendo designadamente em conta o que o ordenamento jurídico dispõe genericamente para toda a actividade negociatória, em sede de responsabilidade pré-contratual, *ex vi* do art. 227.º/1).

III — Como quer que se apresente, a mera estipulação contratual de uma negociação de boa fé é já, à luz do exposto, compatível, com o uso, nessa negociação, de todos os expedientes e técnicas úteis à maximização dos proveitos próprios e à oneração da contraparte no contrato a celebrar, desde que lícitos e honestos.

Melhor se dirá, portanto, que um dever com este conteúdo representa um falso dever de renegociar. É, apenas, *summo rigore*, um dever de comportamento de boa fé na renegociação (livre) do contrato.

IV — Uma vinculação desse teor é negocial. Estabelecida pelas partes, ela insere-se na teia dos deveres de prestação que compõem uma certa relação contratual. Encontra-se, portanto, sujeita às vicissitudes respectivas, com consequências dogmático-operativas distintas das dos meros deveres *in contrahendo*, provenientes do direito objectivo.

Pode, por exemplo, o incumprimento desse dever conferir à outra parte uma excepção de não cumprimento, ou determinar a resolução do contrato à luz do sinalagma contratual. Está, por outro lado, dependente da validade ou eficácia do contrato em que se enxerta. Compreendendo-se, à luz da sua natureza negocial, a estipulação de cláusulas penais, ou outras — como de alienação ou aquisição potestativas de acções —, que sancionem o incumprimento do dever em causa. Temos sempre uma *culpa post pactum*, que representará com frequência um cumprimento defeituoso do contrato em que se insere a cláusula.

Distingue-se, pois, igualmente pelo regime, o dever negocial de negociar de boa fé dos deveres de consideração ou de protecção dos legítimos interesses pessoais ou patrimoniais da contraparte que decorrem para

as partes que decidem negociar por força do direito objectivo e da regra de conduta segundo a boa fé; deveres que se apresentam largamente imunes a tais vicissitudes da relação contratual em que se inserem⁽²²⁾.

9. O dever de renegociar e a sua configuração à luz da regra da conduta de boa fé e do sistema de fontes das obrigações

I — Mas voltemos ao dever de renegociar propriamente dito, enquanto dever de cooperação na adaptação do contrato.

Se as partes o não convencionam, a lei não o impõe também com carácter de generalidade. De modo especial: assim como a boa fé pré-contratual não pode estabelecer por si — e ao contrário do que muitos admitem — qualquer dever de celebrar o contrato, assim também a regra de uma conduta segundo a boa fé que vigora durante toda a execução do contrato (cf. o art. 762.º/2) não gera um dever de adaptar esse contrato e, assim, de o renegociar. Pois a modificação só ocorre, à partida, se e na medida em que o sujeito *quiser*: (cf. o art. 406.º/1, não há modificação sem acordo).

Trata-se de uma indicação da lei difícil de ultrapassar para quantos advogam um dever de renegociar *ex boa fidei*. De facto, a liberdade contratual tanto se comprime quando se obriga alguém a celebrar um contrato, como se se adstringe alguém a modificar um contrato contra a sua vontade.

Não existe nenhum dever geral de celebrar um acordo modificativo de um contrato. Este, ao menos, o princípio. A mesma fonte idónea que se exige para a vinculação a um programa contratual se requer também para a sua modificação. Outra solução seria dissonante e não se perceberia facilmente. (Diferente, como se dirá, é a sujeição das partes ao preenchimento de uma lacuna contratual, ou, especialmente nos contratos duradouros, à necessidade de suportarem uma adaptação do contrato com vista à exequibilidade do programa contratual ou preservação do seu fim, tendo em conta uma superveniência que o possa ter afectado. Aí é a própria vinculatidade do contrato para as partes, tal qual foi querido por elas, que requer a modificação).

⁽²²⁾ Desenvolvidamente, o nosso *Contrato e Deveres de Protecção*, Coimbra, 1994, p. 60, ss., e 92, ss., e *passim*, assim como, mais recentemente, *Deveres (ditos) "acessórios" e o arrendamento*, ROA 73, I, Lisboa, Jan.-Mar. 2013, esp. p. 273, ss.

Pelo que a regra de conduta segundo a boa fé não pode ser, por si mesma, fonte geral de um dever de renegociar, já que não constitui também fonte de um dever de celebrar um contrato. No nosso sistema, a vinculação dos sujeitos a um dever de prestar (estabelecido *ex novo* ou por modificação de um dever pré-existente) só pode surgir de um contrato (mais raras vezes, de um negócio unilateral) e, fora desse âmbito, apenas quando a lei o estabeleça. Fazer da boa fé uma fonte de um dever de contratar “rompe” o sistema de fontes das obrigações instituído, que não a prevê entre elas.

II — Bem se compreende, por isso, que os deveres decorrentes da boa fé não levem a uma alteração do programa obrigacional, uma vez que eles se limitam a comandar o *modo* de execução desse programa (sem alterar as vinculações das partes). Seria estranho que um mero dever de comportamento houvesse de conduzir a uma modificação do programa obrigacional.

III — Deste modo, também a interrupção ou a ruptura de negociações que tenham sido empreendidas voluntariamente pelas partes num contrato fora do âmbito de um dever contratual de renegociar não pode nunca gerar uma responsabilidade por *culpa in contrahendo*. Pois tal implicaria fazer da regra de conduta segundo a boa fé uma fonte da obrigação de contratar, causa suficiente, assim, do surgimento dos deveres de prestar que a esse contrato se pretendesse estabelecer.

O abandono das (re)negociações é pois, em si, sempre lícito e não censurável, se tais (re)negociações forem livres e não corresponderem a qualquer dever. E tal, ainda quando a ruptura do processo negocial possa dar lugar a uma responsabilidade pela confiança criada. Ilícita é neste aspecto apenas a não advertência, de uma parte à outra, de que as negociações não tinham um propósito sério, ou mantê-las quando desaparecera já qualquer interesse em contratar. Ilícito, por outras palavras, é tão-só criar ou manter indevidamente expectativas, não propriamente frustrá-las.

Existe certamente uma responsabilidade (pré-contratual) por ruptura das negociações, mas ela não se encontra vinculada a qualquer violação do dever de celebrar um contrato, antes se apresenta como uma situação de *responsabilidade pura pela confiança*⁽²³⁾.

(23) Cf. o nosso *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, *cit.*, pp. 458, ss., 502, ss., 537, 792, ss. (n. 883), 836, ss. e *passim*. Nesse sentido também DIOGO COSTA GONÇALVES, *op. cit.*, p. 160, n. 19.

IV — Uma vez que o dever de renegociar não pode nascer tão só *ex bona fidei* ele apenas é susceptível de surgir na órbita de um direito à adaptação do contrato fundado adrede, com cuja realização o onerado há-de então cooperar (*ex bona fidei*).

Serão, em todo o caso relativamente restritas as condições de afirmação de um dever colaborativo deste tipo. Quando as partes não o prevejam, o direito objectivo raramente o imporá. Na verdade, apresentando-se o dever de renegociar como um dever de *facere*, ele constitui um dever de conduta positiva para o sujeito. Como tal, requer-se sempre um fundamento justificativo suficiente para o afirmar: *in dubio, pro libertate*. Não está em causa a mera proibição da obstaculização a uma adaptação do contrato, naturalmente ilícita.

V — Com efeito, quando o sentido a que há-de obedecer a modificação do contrato seja inequívoco e/ou a sua realização esteja dependente de uma conduta do sujeito, caso este se recuse a colaborar sem motivo algum, obrigando a outra parte (titular do direito à modificação do contrato) a recorrer a terceiros (a quem tenha sido conferida uma competência secundária para ajustar o contrato em caso de falta de consenso das partes) ou, mesmo, à tutela judicial do seu direito, existe certamente uma violação do comportamento exigível.

Uma conduta segundo a boa fé proíbe em geral todo o comportamento que desnecessariamente obrigue a outra parte a recorrer a essa tutela.

A provocação indevida de uma lide escusada não constitui, porém, a violação de um dever de renegociar. Pois o que se exige do sujeito é apenas que ele não obstaculize o exercício de um direito de adaptação do contrato que cabe à outra parte: que dê a sua aquiescência voluntária, que preste o seu consentimento extrajudicialmente ao seu exercício, ou que contribua, mediante uma conduta que só dele depende, para a modificação do contrato a que a outra parte tem direito e que não tem motivo sério para recusar⁽²⁴⁾.

(24) Provocar a litigância de outrem sem motivo não é, de resto, um ilícito privativo das relações contratuais. O celebrado exemplo da constituição da servidão de passagem em favor do prédio encravado como forma de ilustrar aos estudantes, na pedagogia da Teoria Geral do Direito Civil, o direito potestativo e o seu exercício ilustra-o. Obviamente que se o titular do prédio serviente não faculta a passagem, nem acorda na escrituração voluntária da respectiva constituição, nem escolhe — mesmo não negando o respectivo direito potestativo — a faixa de terreno por onde se exercerá a passagem, actua ilicitamente e torna-se responsável pelo prejuízo causado ao credor. *Mutatis mutandis*, no campo dos contratos.

10. A configuração do dever de renegociar e a sua relação com a fisionomia do direito à adaptação do contrato, potestativo ou de crédito

I — Entendendo-se o dever de renegociar como dever de promover o ajustamento ou cooperar com uma modificação do contrato que é devida, o ponto de referência do seu conteúdo desloca-se para o direito correspondente. Este último pode ser entendido como potestativo ou creditício. Assim, ele é susceptível de configurar-se como instrumental (mediante a apresentação de propostas, ou de informações a tanto dirigidas, etc.) relativamente a um *poder potestativo* de modificação do contrato conferido à contraparte (encontrando-se o onerado numa situação de *sujeição* em relação a essa modificação), ou desenhar-se antes enquanto integrador ou preparatório do cumprimento de um *dever* de assentir na modificação do contrato, emitindo uma declaração negocial nesse sentido. Em qualquer dos casos: *ex bona fidei*, como dever acessório de conduta, ou, se instituído pelas partes, comungando das características de um verdadeiro dever de prestar, ao serviço de outro direito, potestativo ou creditício. (Aliás, embora os deveres de prestação correspondam a direitos de crédito, eles podem ordenar-se também a posições potestativas. A nossa ordem jurídica conhece vários deveres de prestar orientados para a celebração potestativa de contratos. Pense-se nas obrigações a cargo do onerado com uma preferência [real], v.g., de notificar o titular do direito para preferir).

Por outro lado, o direito de adaptação do contrato pode sofrer mutações na sua natureza. Assim, havendo as partes estabelecido um *direito de crédito à modificação do contrato*, podem elas também ter determinado secundariamente um poder modificativo unilateral susceptível de ser usado se o correspondente dever (de emitir uma declaração negocial modificativa) não tiver sido acatado: a previsão de cláusulas de *tag along* ou de *drag along* em caso de falhanço de uma “renegociação” poderia constituir um bom exemplo de tal.

Não se altera a natureza do dever de renegociar.

II — O direito de modificação do contrato — ao qual se encontra ordenado o dever de renegociar — pode, portanto, ser entendido, quer enquanto direito potestativo a modificar unilateralmente o seu conteúdo, como enquanto direito à emissão de uma declaração negocial modificativa da outra parte⁽²⁵⁾.

(25) NUNO PINTO DE OLIVEIRA, no estudo de referência de que é autor (*op. cit.*, p. 265), reconhece e desenvolve estas duas dimensões possíveis do direito à modificação do contrato. No que respeita ao

São possibilidades, ambas, abstractamente possíveis. O que importa é o que a vontade das partes ou a lei determinam.

Duvidosa será a solução a considerar subsidiariamente, perante o silêncio ou a inconcludência dos elementos interpretativos. Dir-se-á ser mais consentâneo com a igualdade das partes que informa todo o direito civil a natureza não potestativa, meramente creditícia, do direito à modificação do contrato: privilegiando-se de algum modo, e em maior extensão, a possibilidade de uma intervenção activa do devedor na produção de efeitos jurídicos que o atingem; um conteúdo que não é, assim, deixado à determinação unilateral, ainda que judicialmente revisível, do titular do direito à modificação.

Por outro lado, importa, porém, reconhecer que obrigar o sujeito a emitir uma declaração negocial pode compreender-se como mais gravoso da sua liberdade do que expô-lo simplesmente a uma modificação do negócio, por isso que nenhum *facere* então se lhe exige (mesmo contrariando a sua vontade).

Mas relevará sobretudo a perspectiva da contraparte, titular do direito à adaptação do contrato. O seu interesse, se a sua posição for meramente creditícia, só consegue realizar-se através da mediação de outrem. É um direito, portanto, bem mais frágil do que se fosse configurado como potestativo.

Esta, sem dúvida, uma razão que milita em favor da natureza potestativa do direito ao ajustamento do contrato: a simplicidade e a eficácia da tutela. Assim, se a adaptação do contrato se fundar no direito objectivo parece razoável partir-se da preferência deste por este tipo de direito.

Por outro lado, aí onde a lei habilita o sujeito a requerer ao juiz a modificação do contrato, como em sede de alteração das circunstâncias, nos termos do art. 437.º/1 do CC, deferindo ao juiz, na íntegra, a palavra sobre determinação do teor da modificação, a sua posição é claramente potestativa, complementada embora por um acto judicial.

III —O dever de renegociar não é, em qualquer caso, autónomo do direito à adaptação do contrato por que se orienta.

Enquanto dever de promover essa adaptação, ele pode surgir como autêntico dever de prestar, instituído por vontade das partes, ou imposto

direito à modificação do contrato *ex vi* do art. 437.º/1, opina por uma construção dinâmica, gradualista: esse direito seria inicialmente um direito de crédito (a um comportamento da parte não prejudicada), convertendo-se em caso de violação ou não chegando as partes a um acordo, numa posição potestativa. Aqui divergimos: parece-nos que o direito à modificação *ex vi* do art. 437.º/1 é apenas (e *ab initio*) potestativo.

pela lei enquanto dever decorrente da regra de conduta segundo a boa fé instrumentalmente, em ordem a uma mais fácil adaptação.

Assim, o dever, *v.g.*, de o sujeito se disponibilizar a uma reunião, facultar uma informação, responder a uma proposta, ou justificar a recusa de uma proposta que lhe seja apresentada, pode também consubstanciar matéria de um dever de prestar ou, antes, de um dever de conduta decorrente da boa fé. Tudo depende de esse dever integrar ou não o programa obrigacional instituído pelas partes e/ou ser determinado especificamente pela lei.

IV — Não que a distinção seja irrelevante. Pelo contrário: o regime dos deveres de prestar e dos meros deveres de conduta é, como já se disse, muito diferente⁽²⁶⁾. Certo, em qualquer caso, é que o foco estará sempre no direito à adaptação, potestativo ou creditício.

A concessão, pela lei ou por contrato, a uma das partes no contrato de um direito potestativo à modificação não é, aliás incompatível com um dever da outra de colaborar activamente na sua modificação. Em todo o caso, onde não se lhe exija a emissão de uma vontade negocial enfraquecerá em geral o papel do dever de renegociar, por isso que a contraparte pode unilateralmente proceder a essa modificação dispensando a colaboração alheia.

V — Mas, o cumprimento da obrigação de renegociar não requererá necessariamente a emissão de declarações negociais tendentes à revisão do contrato. Aliás, muitas das declarações reclamadas do sujeito serão meras declarações de ciência (informações) tendentes a possibilitar essa adaptação, a operar unilateralmente ou não.

Por outro lado, será estreito o espaço para um dever de colaboração activa, decorrente apenas da boa fé, a intervir no preâmbulo do exercício do direito à modificação do contrato pela outra parte.

Recorde-se a plasticidade e equivocidade do dever de renegociar. Não pode estar em causa uma vinculação concreta do sujeito a um processo de adaptação do contrato especificamente estabelecido pelas partes (mais ou menos “protocolado”, com previsão de calendários de reuniões, trocas de informações, prazos de resposta, etc.), pois semelhantes fixações procedimentais decorreriam então da vontade das partes e não propriamente da regra de conduta de boa fé. Como não está em causa o mero

⁽²⁶⁾ Pode ver-se, de novo, o nosso *Contrato e Deveres de Protecção*, cit., 60, ss., 92, ss., e *passim*, e, ainda, *Deveres (ditos) “acessórios” e o arrendamento*, ROA 73, I, Lisboa, Jan.-Mar. 2013, esp. p. 273, ss.

dever de aceitar, concordar ou dar aquiescência a uma proposta de modificação feita por outrem (que remete o interprete-aplicador facilmente para o campo dos contratos-promessas unilaterais ou das cláusulas e dos direitos de opção).

De resto, já se disse, estamos fora do âmbito do mero dever de não obstaculizar sem motivo uma modificação a que a outra parte tem direito: como ocorre com qualquer direito subjectivo — sem especificidade alguma aqui —, aquele contra quem ele é exercível não pode dificultá-lo sem motivo.

Pelo que o dever de renegociar fundado na regra de conduta segundo a boa fé se cingirá essencialmente, na ausência da adstrição do sujeito a quaisquer concretos procedimentos tendentes à adaptação do contrato que possam ser queridos pela contraparte, (i) à disponibilidade para um contacto prévio, preparatório de uma adaptação extrajudicial (sem vinculação sua, repete-se, à forma concreta por que possam ter sido pensados os contactos desse tipo) (ii) ao dever de responder a uma proposta que tenha sido feita, (iii) ao dever de não recusar injustificada ou irrazoavelmente uma proposta do titular do direito à modificação do contrato, (iv) eventualmente ao dever de prestar uma ou mais informações destinadas a possibilitar o exercício do direito à adaptação do contrato.

VII — A dificuldade de autonomizar um dever de renegociar resulta, por fim, de poder entender-se esse dever como integrante da posição jurídica ao qual se ordena, o direito à modificação do contrato. Assim, mesmo o dever de prestar informações — por exemplo sobre uma estrutura de custos ou de proveitos — que possa pretender-se estar em certas circunstâncias incluído no dever de colaborar activamente nessa modificação, é também susceptível de ser entendido como integrando o conteúdo do direito à adaptação do contrato. Certamente que esse dever só existirá da parte daquele que se encontra vinculado à adaptação na medida em que a referida informação lhe seja realmente exigível, em especial face ao que possam também ser legítimos interesses seus na sua não divulgação (por exemplo, por versar segredos comerciais, ou outras matérias sensíveis para o sujeito e o desenvolvimento da sua actividade num contexto concorrencial). Em todo o caso, estaremos o mais das vezes no âmbito de aplicação dos arts. 573 e segs; o que leva a perguntar, perante este dever de prestar *ex lege*, qual afinal o relevo da admissão de que a conduta em causa decorre de um dever de renegociar por via da regra de conduta segundo a boa fé.

11. (*cont.*) O impacto da estrutura creditícia ou potestativa da posição activa a que se ordena o dever de renegociar no tipo de tutela

I — A configuração do direito à adaptação do contrato projecta-se no recorte da tutela do sujeito em caso de violação do dever de renegociar. O espaço estreito deste último faz com que essa tutela desague na tutela daquele direito.

Assim, se o dever de renegociar se ordena ao cumprimento da obrigação de celebrar certo contrato modificativo de outro anteriormente celebrado, emitindo a correspondente declaração negocial, a analogia com o contrato-promessa é patente.

Há naturalmente que determinar o conteúdo da modificação visada pelo direito correspondente, para proceder depois à execução específica do referido dever de contratar⁽²⁷⁾. Mas não obsta uma eventual indeterminação inicial do conteúdo do contrato modificativo: o contrato-promessa pode perfeitamente instituir uma obrigação de contratar não totalmente especificada *ab initio* no seu objecto. Por isso, tal como na obrigação emergente de um contrato-promessa, determinado que seja o conteúdo do contrato modificativo, nada obsta a que essa modificação seja obtida mediante uma sentença que substitua a declaração negocial do faltoso.

A acção terá, assim, uma dimensão declarativa prévia, necessária para a produção deste último efeito.

As partes gozam, é certo, da possibilidade processual de, por acção ou por impugnação/excepção, exercerem o contraditório sobre a alteração do contrato a realizar. Assim, tal como o cumprimento do dever de renegociar dá lugar a um negócio concretizador das exigências que subjazem ao direito de adaptar o contrato — apresentando-se nessa medida o negócio modificativo como *negócio determinativo* do programa obrigacional que o contemplou⁽²⁸⁾ —, também a actividade do juiz será determinativa, pois declara o direito de cada uma das partes no contexto do contrato que contém a cláusula de renegociação ou a ela sujeito por força da lei.

(27) Diversamente, neste ponto como noutros da tutela do sujeito, ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Desvinculação Programada do Contrato*, cit., p. 301, ss., cujas considerações se explicam por a Autora ter em mente hipóteses de não vinculação das partes à adaptação do contrato.

(28) Cingindo-se a renegociação à determinação do conteúdo do contrato em ordem ao cumprimento das exigências do contrato ou da lei, a modificação operada tem a natureza de um negócio determinativo. Sobre este género de negócios pode ver-se TIAGO SOARES DA FONSECA, *A Transacção Civil/Na litigância extrajudicial e judicial*, Coimbra, 2018, p. 404, ss.

II — É diferente a tutela de um direito potestativo à modificação do contrato. Neste caso, o juiz declara alterado o contrato sem se substituir propriamente a uma declaração negocial do faltoso, de que já se prescindia *ab initio* e que não é necessária. Precisamente por isso, esta acção não é susceptível de ser paralisada por circunstâncias que possam eximir, temporariamente ao menos, o devedor do seu cumprimento (como a impossibilidade subjectiva de emitir uma declaração negocial); pois falamos agora de um poder potestativo, de exercício unilateral, ao qual se contrapõe uma mera sujeição: o juiz declara simplesmente modificado o contrato de harmonia com o âmbito desse poder.

Mas também nesta hipótese pode o juiz ter de determinar antes o conteúdo preciso do exercício possível do direito potestativo à modificação do contrato, observando-se naturalmente o contraditório.

III — Num caso como noutro, rege a vontade das partes, que pode naturalmente prever outras consequências para a infracção do dever de renegociar por elas estabelecido. Assim, pode o titular do direito à adaptação do contrato, perante o incumprimento, pela outra parte, do dever de renegociar, prescindir da realização em espécie do seu interesse contratualmente assegurado mediante uma acção de cumprimento, e preferir recorrer a meios substitutivos, porventura mais práticos ou expeditos, de satisfação dos seus interesses; por exemplo a *call* ou a *put options*; previstas para o caso de falta de colaboração na adaptação do contrato.

Em qualquer dos casos, a tutela facultada pela ordem jurídica ou pelo contrato ao titular do direito à adaptação do contrato pode apresentar-se condicionada pelas partes à verificação de requisitos. Por exemplo, desenvolver-se no âmbito de uma ou várias *cláusulas escalonadas* de resolução de diferendos contratuais, mediante as quais se organizam as fases de um processo de adaptação do contrato querido, antes de tudo, como consensual⁽²⁹⁾. Há então que obedecer à vontade que as partes expressaram.

⁽²⁹⁾ Quanto às consequências da infracção dos deveres correspondentes (instituídos pelas cláusulas escalonadas), distinguindo consoante o dever de negociar decorre da lei ou do contrato, cf. PAULA COSTA E SILVA, *Perturbações no Cumprimento dos Negócios Processuais*, Lisboa, 2020, 66, ss.

12. Um dever geral de renegociar em virtude de uma alteração das circunstâncias?

I — Perguntemo-nos agora se, independentemente da livre iniciativa das partes de renegociarem um contrato, existe ou não, especificamente, um dever geral e *ex lege* de o fazer, ocorrida uma alteração das circunstâncias.

Um dever desse tipo não está *apertis verbis* previsto no direito português, que estatui apenas a modificabilidade do contrato, verificados os pressupostos do art. 437.º/1.

II — O preceito apresenta um complexo jogo de regra-excepção entre a resolução e a modificação do contrato, de que resulta uma certa proeminência da primeira sobre a segunda.

De modo sumário: o lesado pela alteração pode à partida resolvê-lo e, se preferir modificá-lo, não lhe é consentido impô-lo arbitrariamente à outra parte⁽³⁰⁾.

É certo que, requerida pelo lesado a resolução, a outra parte pode opor-lhe a modificação, nos termos do art. 437.º/2. Mas é preciso que esta seja exigível, pois a modificação também não lhe pode ser imposta se não for justificadamente.

Ao lesado assiste, pois, uma alternativa entre duas pretensões à sua escolha: resolver ou modificar. Mesmo que uma modificação do contrato permita responder adequadamente ao problema colocado pela alteração das circunstâncias, pode no entanto resolvê-lo se a outra parte não exigir (não obstante poder) essa modificação: a modificação é um contra-direito, uma excepção que ela usa apenas se quiser.

Parece desenhar-se uma chave explicativa: a ordem jurídica portuguesa leva longe o respeito da autonomia privada em matéria de alteração das circunstâncias. Não impõe a nenhuma das partes uma modificação, ainda que abstractamente viável. Só o faz caso ela seja pretendida por alguma delas e se apresente exigível à outra.

A bilateralização da regra, reclamada pela igualdade, determina também que, quando é requerida a modificação, a contraparte deve poder

(30) Sobre o tema em geral veja-se o desenvolvido estudo de NUNO PINTO DE OLIVEIRA, «Em tema de alteração das circunstâncias: a prioridade da adaptação/modificação sobre a resolução do contrato», in *Edição Comemorativa do Cinquentenário do Código Civil* (coord. Elsa Vaz de Sequeira e Fernando de Oliveira e Sá), Lisboa, 2017, 255, ss., apresentando aprofundadamente diversos modelos de articulação possível entre a resolução e a modificação do contrato.

optar pela resolução, se esta lhe não for exigível⁽³¹⁾. A razoabilidade protege, na verdade, ambas as partes.

III — Parece resultar do exposto que, numa situação de empate ou de *non liquet* sobre a consequência apropriada à superveniência de uma alteração das circunstâncias, deve preferir-se a cessação do contrato.

Pouco adianta a distinção doutrinal entre a frustração do fim do contrato (*Zweckvereitelung des Vertrages*) ou a perturbação da equivalência das prestações (*Äquivalenzstörung*) para separar a diversidade de consequências: onde não esteja clara ou se preste a dúvidas qual a consequência mais idónea, deve privilegiar-se a resolução. Trata-se de uma directriz que se impõe às partes em caso de dissídio entre elas sobre a consequência a aplicar e, igualmente, ao intérprete-aplicador: afinal, elas deram a sua aquiescência a um certo conteúdo contratual, não a outro.

IV — Sem prejuízo, a lei prevê de facto, no art. 437.º/1, um direito à modificação do contrato que opera em múltiplas situações. Não estabelece, porém, um dever de renegociar. A modificação do contrato é concedida, aparentemente, tão só como objecto de um direito potestativo de unilateralmente a produzir.

E, em nosso entender, com excelentes razões. Certamente porque a lei está consciente de que, retóricas ou ingenuidades à parte, os litígios entre as partes chegam a uma fase judicial gorada que foi, muitas vezes, a possibilidade de um entendimento prévio entre elas.

Quer dizer: a ordem jurídica subentenderá, na sabedoria prática apnágio do direito civil, que a judicialização do conflito ocorreu o mais das vezes precisamente em virtude do fracasso das tentativas de renegociação que com probabilidade já ocorreram. Pelo que, agora, só o juiz pode valer, e o que importa é apurar se assiste ao sujeito que desencadeia a tutela jurisdicional o direito à modificação que se arroga, e concretamente com que conteúdo. Foi certamente esse realismo que convenceu a lei da inutilidade de impor às partes um período de tentativa de ajuste prévio, por acordo, de tal modificação para poupar a intervenção judicial e como requisito desta.

⁽³¹⁾ Assim resolveríamos a divergência existente em torno da questão de saber se o sujeito pode ou não preferir resolver o contrato quando é deduzida contra ele uma pretensão modificativa do mesmo: se a modificação lhe não for exigível, pode; caso lhe seja exigível, não pode. O ónus da prova decide: pertence-lhe a demonstração da não exigibilidade. Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil/Teoria Geral, III (Relações e Situações Jurídicas)*, Coimbra, 2002, pp. 203-204.

Não convém esquecer que a contraparte do afectado por uma alteração das circunstâncias tem já, perante o direito à modificação que a este é conferido, um incentivo, um *onus práctico* de aceitar de modo voluntário uma modificação desse contrato, de harmonia com o adágio “*mais vale um mau acordo do que uma boa demanda*”⁽³²⁾: a disponibilidade para “renegociar” pode prevenir-lhe os riscos de uma decisão excessiva do juiz.

Assim, se o litígio chega ao juiz, será porque tal incentivo não produziu resultado. De nada interessará reabrir, para as partes, um espaço de renegociação do contrato.

V — Será o mesmo tipo de realismo que, embora a par de outros argumentos, contribuirá a justificar também — diga-se de passagem — a abstenção da lei em impor às partes, nos contratos de duração indeterminada, uma renegociação em caso de vontade de denúncia *ad nutum* por alguma delas, mesmo fora da ocorrência de uma alteração das circunstâncias. Certamente porque, embora a possibilidade de denúncia *ad nutum* se apresente como uma forma de tutelar a autonomia das partes, protegendo-as de vinculações perpétuas ou excessivas, é sempre possível uma renegociação caso as partes o queiram e se mantiver para elas, nalguma medida, o interesse num contrato desse tipo; apresentando-se uma delas a denunciar o contrato, terá sido porque a possibilidade de entendimento se gorou ou esgotou, não valendo a pena insistir.

É verdade que essa denúncia pode surgir com surpresa, e causar, por exemplo, a inutilidade de disposições, ou a frustração de investimentos feitos pela contraparte. Mas a posição desta já é acautelada, mesmo onde a lei nada preveja, ao abrigo do que chamámos a *responsabilidade pura pela confiança*⁽³³⁾. Assim, se o sujeito não quer prosseguir a relação, a lei, que não o vincula a continuá-la, também o não obriga à renegociação de um contrato que ele realmente não pretende.

VI — Uma outra razão existe em favor da aparente desvalorização pelo legislador de uma cláusula geral de renegociação dos contratos por alteração das circunstâncias: a suspeita ou a convicção de que, seguindo as

(32) Na Alemanha, o § 313 I do BGB abre aparentemente a qualquer das partes a possibilidade de requerer a adaptação do contrato. Defendendo a existência de deveres de renegociação e as suas virtualidades em ordem à satisfação do direito à adaptação do contrato, cf. JAN LÜTTRINGHAUS, «Verhandlungspflichten bei Störung der Geschäftsgrundlage/Ein Beitrag zur Dogmatik und Durchsetzung von Anpassungsanspruch und Verhandlungspflichten nach § 313 Abs. 1 BGB», in *AcP* 213 (2013), p. 267, ss.

(33) Cf. o nosso *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, cit., nos locais supra referidos.

regras da experiência, se uma das partes se encontra afectada por uma alteração das circunstâncias, a renegociação a que ela se sujeite nessas condições será demasiadas vezes ocasião para a outra parte obter vantagens excessivas, desproporcionadas ou leoninas, explorando a sua dependência ou fragilidade. Habilitá-la a recorrer ao juiz sem ter de percorrer previamente a etapa de uma renegociação cheia de riscos, exime-a, assim, de tais perigos e do ónus de demonstrar que o insucesso das negociações foi devido à contraparte.

Mas também o lesado por uma alteração das circunstâncias pode querer aproveitar-se do direito que lhe assiste para impor à outra parte uma modificação que não era devida.

Com o contrato, de facto, as partes encontram-se frequentemente “amarradas” a uma situação de monopólio bilateral recíproco⁽³⁴⁾, numa posição que pode ser de vulnerabilidade para qualquer delas. Pode, por conseguinte, surgir facilmente uma coacção moral de tipo económico exercida pela outra, ou a tentação desta de explorar em seu proveito a situação daquela para obter benefícios desproporcionados. Constituem-se pois também, facilmente, hipóteses de usura — para que os preceitos relativos à defesa da concorrência ou à concorrência desleal proporcionam critérios muito relevantes —, ou, em último termo, de abuso do direito.

VII — A ordem jurídica políctica naturalmente os procedimentos e os conteúdos dos contratos adaptativos celebrados pelas partes após uma alteração das circunstâncias que conduza *ex lege* a uma modificação do contrato.

Os deveres (de direito objectivo) que impendem sobre as partes têm uma natureza dúplici: corresponderão certamente a deveres pré-contratuais (*in contrahendo*) do contrato modificativo, mas serão também deveres acessórios de conduta contratuais, enxertados na relação contratual atingida pela superveniência e a modificar de acordo com o direito objectivo.

A diferente qualificação pode importar para diversos efeitos. Em tese, os deveres acessórios integrantes da relação contratual apresentar-se-ão *ex rerum natura* mais abrangentes e exigentes, por isso que radicam sempre, mediatamente, numa relação voluntariamente instaurada pelas partes, a cujo

⁽³⁴⁾ Acompanhamos o diagnóstico e a expressão de WOLFGANG HAU, *Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag*, Tübingen, 2003, pp. 72-73, 152-153. Diversa foi a situação alegada no acórdão do STJ de 6.12.2012 (relatora ANA PAULA BOULAROT), disponível em <www.dgsi.pt>, em que se discutiu a alegada repercussão de uma coacção moral aquando da renegociação de um contrato de fornecimento de materiais exercida pelo seu adquirente num contrato celebrado pela contraparte com outrem para promoção dos referidos produtos junto desse mesmo adquirente.

desenvolvimento justo se ordenam, ocorrida a superveniência⁽³⁵⁾. Tais deveres respondem com precisão à configuração concreta que essa relação apresenta. Consideram o passado da relação, não apenas o futuro contrato modificativo, como ocorre tipicamente com os deveres meramente pré-contratuais.

Em todo o caso, o enquadramento pré-contratual possível de tais deveres garante-lhes uma certa imunidade perante uma eventual ineficácia do contrato inicial, v.g., decorrente de uma invalidade originária ou do exercício do direito de resolução por uma das partes com eficácia *ex tunc*⁽³⁶⁾.

VIII — Ocorrida uma alteração das circunstâncias, a rejeição de uma atitude *naïf* justifica, pois, que a lei defira ao juiz o poder de intervir no contrato e de determinar unilateralmente o seu conteúdo⁽³⁷⁾.

Não que o conteúdo da modificação seja arbitrário: a própria lei determina que a modificação deve ser feita segundo juízos de equidade⁽³⁸⁾. Ora, nada impede que as partes colaborem activamente na determinação do que é postulado por esse critério. Ou que hajam mesmo de o fazer ao abrigo do dever de cooperação com o tribunal quando solicitadas por este. Pode, assim, o juiz começar por determinar um período para as partes se autodeterminarem com vista a essa modificação, de modo a diferir a sua intervenção para uma fase posterior, no caso de as partes se não entenderem⁽³⁹⁾. No âmbito desta renegociação *ope iudicis*, supervisionada pelo tribunal⁽⁴⁰⁾, podem ainda as partes ser convocadas a apresentar concretas propostas de modificação do contrato ou a pronunciar-se sobre elas, a prestar informação (técnica, financeira, etc.), ou a consentir em peritagens para o efeito por determinação do tribunal, sob pena de terem de se sujeitar a uma modificação decretada pelo juiz sem esses elementos, com o perigo de esta vir a revelar-se profundamente desajustada.

(35) Sobre a vinculação do art. 437.º/1 à justiça da relação contratual, cf. o nosso *Alteração das Circunstâncias e Justiça do Contrato*, Principia, Lisboa, 2021, esp. p. 31, ss.

(36) Cf. o nosso *Contrato e Deveres de Protecção*, *cit.*, p. 92, ss.

(37) Não importará se o legislador histórico teve presentes todos argumentos que alinhámos no texto em benefício da posição que acabou por tomar. Pois, metodologicamente, o que importa é o respeito do critério decisório determinado à luz de todos os elementos interpretativos disponíveis.

(38) Com as devidas adaptações, valem no universo dos contratos diversas considerações expendidas no nosso “A Equidade (ou a “Justiça com Coração”)/A propósito da decisão arbitral segundo a equidade”, in *Forjar o Direito*, 2.ª ed., Coimbra, 2019, p. 671, ss.

(39) Assim já MANUEL CARNEIRO DA FRADA e MARIANA FONTES DA COSTA, “Discussing the (ab)normality of financial crises as a relevant change of circumstances under Portuguese law”, in *The Effects of Financial Crises on the Binding Force of Contracts — Renegotiation, Rescission or Revision*, Başak Baçoğlu Editor, Springer, 2015, p. 238.

(40) Recordando alguns casos célebres da arbitragem internacional, cf. JUDITH MARTINS COSTA/PAULA COSTA E SILVA, *op. cit.*, p. 106, ss.

Por seu turno, podem as partes propor ao juiz uma concreta configuração do acordo modificativo em concretização do critério legal da equidade. Tudo depende do modo como se apresenta articulado, no acto postulativo correspondente, o pedido de uma concreta modificação do contrato com a equidade que também invoquem e solicitem: pedidos que não serão o mais das vezes excludentes de soluções diversas e que não coagem, portanto, o juiz ao sentido do critério de equidade concretamente sugerido ou apresentado, em nome do princípio processual do pedido; podendo ele, portanto, depois de ouvir as partes para evitar decisões-surpresa, determinar outra medida de equidade sem ofender esse princípio⁽⁴¹⁾.

IX — Será muitas vezes árduo encontrar a solução modificativa apropriada. Fórmulas densificadoras traçadas em abstracto — como a que bem recordou o nosso Supremo Tribunal ao afirmar que a equidade obriga a seguir «regras da boa prudência, do bom senso prático, da justa medida das coisas, da criteriosa ponderação das realidades da vida, dos parâmetros de justiça relativa e dos critérios de obtenção de resultados uniformes»⁽⁴²⁾ — são certas, mas têm de ser confrontadas com a realidade concreta e essa pode, na sua complexidade, escapar facilmente ao juiz.

Abre-se aqui, naturalmente, um campo de colaboração das partes com o tribunal. Está em causa a dificuldade de encontrar uma *right answer* mesmo num eventual *hard case*. Por isso, a colaboração das partes não é propriamente falando renegociatória dos termos do contrato, antes auxiliar da determinação do seu conteúdo segundo o parâmetro da equidade que a lei emprega também, em geral, como sabemos, para a determinação da prestação (cf. o art. 400.º/1).

13. O ajustamento de contratos duradouros para lá do campo da alteração das circunstâncias

I — Uma atenção, embora agora breve, merece ainda a alegação de que as relações contratuais que se protelam no tempo implicariam um dever de renegociar para as partes sempre que se verificasse a necessidade de as ajustar à variação das condições de execução do contrato; e tal inde-

(41) Criticando aparentemente esta solução cf. GONÇALO ANDRADE E CASTRO, *op. cit.*, 116-117.

(42) Acórdão do STJ de 4.5.2010, sumário disponível em <www.stj.pt>.

pendentemente da verificação do requisito da anormalidade da alteração das circunstâncias previsto na lei para a adaptação do contrato, tido por demasiado exigente para compreender as modificações a que inevitavelmente estão expostas essas relações no seu substrato fáctico⁽⁴³⁾ (aludindo-se mesmo a um fenómeno de evolutividade contratual próprio destas)⁽⁴⁴⁾.

O dever de renegociar, se bem que rejeitado como dever geral, haveria de considerar-se pois ínsito, ao menos, em todas essas relações em virtude da necessidade — co-natural a estas — de se adaptarem a superveniências várias durante o tempo da sua vigência; e mesmo que não estivessem satisfeitos os apertados requisitos do art. 437.º/1⁽⁴⁵⁾. Assim, v.g., a subida deslizando de preços de matérias-primas ou da força de trabalho com que o devedor haveria de cumprir legitimaria uma actualização da contraprestação: ainda que abstractamente antecipável como possível ou sem que ela haja de considerar-se, em rigor, anormal. Seria essa, pois, uma marca d'água dos contratos ditos “relacionais”, mais focados na “relação” do que no consenso inicial, em que a perduração no tempo da relação implicaria justamente a renegociação⁽⁴⁶⁾. Esta proporcionaria a chave da articulação necessária entre a estabilidade da relação e a sua flexibilização. Compreendendo-se por isso bem que muitos destes contratos prevejam

⁽⁴³⁾ Esse tipo de pretensão reflectiria, entre outras, a especificidade dessas relações face ao comum das relações contratuais (como particularidade dos contratos ditos “relacionais”); veja-se a propósito desta categoria, procurando neles especificidades em sede de pressupostos e consequências da alteração das circunstâncias, MARIANA FONTES DA COSTA, *Da Alteração das Circunstâncias*, cit., pp. 75, ss., e 519, ss.

⁽⁴⁴⁾ Cf. JUDITH MARTINS-COSTA, «A cláusula de hardship e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração», in *Revista de Arbitragem e Mediação* (coord. Arnaldo Wald), ano 7-25, abril-junho de 2010, p. 16, ss. (falando também de contratos incompletos contendo na sua estrutura um projecto de adaptação à realidade). Cf. ainda, da reputada Autora e de GUILHERME NITSCHKE, «Contratos duradouros lacunosos e poderes do árbitro: questões teóricas e práticas», in *Revista de Arbitragem*, Belo Horizonte, n.º 2, Jul.-Dez. 2012, p. 63, ss.

⁽⁴⁵⁾ Cf., a propósito, CATARINA MONTEIRO PIRES, *Direito das Obrigações, Em Tempos de Calamidade/Reflexões durante um ano de pandemia*, Coimbra, 2021, alertando justificadamente para que o dever de renegociar se pode basear, nestas relações, na regra de conduta segundo a boa fé do art. 762.º, n.º 2.

⁽⁴⁶⁾ Foi esse o objecto de uma proposta feita ao legislador alemão para reforma do direito das obrigações. Tal proposta veio efectivamente a ser rejeitada por este. A ICC hardship-clause (na formulação de Março de 2020) dá ainda um conhecido exemplo geral do que se afirma em texto: “A parte em uma relação contratual é obrigada a adimplir suas obrigações ainda que factos tornem o cumprimento do contrato mais oneroso do que se podia razoavelmente esperar ao tempo da sua celebração. 2. Não obstante o parágrafo 1.º desta Cláusula, quando a parte comprovar que: a) o cumprimento das suas obrigações contratuais se tornou mais oneroso devido a um evento que não poderia ter sido razoavelmente levado em consideração ao tempo da conclusão do contrato e que b) o evento ou suas consequências não poderiam ter sido razoavelmente evitados ou superados, as partes estão obrigadas, dentro de um prazo razoável do recurso a esta Cláusula, a renegociar os termos do contrato de uma forma que permita a razoável superação das consequências do evento.

realmente um dever de renegociar em face de ocorrências que, por uma forma ou outra, alterem o equilíbrio do contrato ou constituam obstáculos à sua execução, e não possam razoavelmente considerar-se terem sido levadas em conta aquando da sua celebração⁽⁴⁷⁾.

Pensamos, porém, que o papel assim assinalado ao dever de renegociar, se apresenta, mais uma vez, hipostasiado, reconduzindo-se, tal como preconizamos, a um dever das partes de colaborarem numa modificação razoável do contrato; e tal sem prejuízo de, como veremos, esse dever poder ter, especialmente no contexto das relações duradouras, referentes dogmáticos específicos gerais que importa recordar.

II — Temos presentes, principalmente, os contratos ditos “relacionais” submetidos ao direito privado. Pois os contratos públicos que manifestam tipicamente as características e necessidades apontadas estão sujeitos a ponderações específicas e a um regime próprio⁽⁴⁸⁾. Compreende-se que no domínio da contratação pública seja residual o espaço da renegociação. (Mas não, diga-se de passagem, o tema de fundo nela em causa — da adaptação dos contratos duradouros —, que pertence a uma teoria geral dos contratos⁽⁴⁹⁾).

⁽⁴⁷⁾ Por exemplo, nos contratos de concessão de obras ou serviços, sobretudo quando alicerçados em “project finance” — a renegociação, verificados determinados pressupostos, é hoje muitas vezes imposta pelas entidades financeiras para aceitarem financiar. Está em causa, derradeiramente, o direito a modificar o contrato. A prática mostra também que muitas vezes também são criados apoios ou instâncias externos, “*ab initio*”, para acompanharem e/ou até definirem “*prima facie*” os termos das renegociações — seja os DRB (Dispute Resolution Board) no âmbito dos Contratos “FIDIC” ou os CPAL (Comités de Prevenção e Resolução de Litígios), seja ainda, v.g., a submissão *ad hoc* a um Painel Financeiro da resolução de questões surgidas (antes ainda da sua arbitrabilidade), como ocorreu na factualidade subjacente ao acórdão do STJ de 30.11.2021 (relator VIEIRA E CUNHA), disponível em <www.dgsi.pt>.

⁽⁴⁸⁾ Referimo-nos em especial ao Código dos Contratos Públicos em vigor, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, e posteriormente objecto de várias alterações. Não obstante, é de realçar que, no seu art. 282.º/2, o legislador consagrou, com grande amplitude, um direito à reposição do equilíbrio financeiro do contrato “quando, tendo em conta a repartição do risco entre as partes, o facto invocado como fundamento desse direito altere os pressupostos nos quais o cocontratante determinou o valor das prestações a que se obrigou, desde que o contraente público conhecesse ou não devesse ignorar esses pressupostos”; numa formulação que excede manifestamente o âmbito da alteração anormal e imprevisível das circunstâncias constante do art. 314.º/1, a) desse diploma.

⁽⁴⁹⁾ Sem desconhecermos que o regime do reequilíbrio financeiro destes contratos surgiu para responder a exigências próprias do direito público, cremos que ele reflecte também exigências que se colocam no plano de uma teoria geral dos contratos. Importante, também a essa luz, a doutrina publicista sobre o tema. Cf., *colorandi causa*, TIAGO AMORIM, «A reposição do equilíbrio financeiro dos contratos administrativos», in *Comentário ao Código de Contratos Públicos*, II, 4.ª ed., Lisboa 2021 (advogando a necessidade de conjugar a prossecução do interesse público com a manutenção da equação económico-financeira subjacente ao contrato).

III — Por outro lado, importa abstrair dos mecanismos, mais ou menos sofisticados, para a adaptação do contrato previstos por muitas daqueles contratos (ditos) relacionais duradouros a que nos referimos: v.g., mediante cláusulas de *hardship* prevendo consequências especificadas, de ajustamento do contrato automático ou não; muitas vezes através da institucionalização de instâncias próprias que o adequam e o complementam perante a evolução das circunstâncias; convocando com frequência métodos alternativos de resolução de litígios como a mediação e a arbitragem, esta última, tanto enquanto expressão de uma função genuinamente jurisdicional de resolução de litígios, como na adaptativa ou de revisão, a cargo de um terceiro, de uma relação contratual *ex vi* do art. 400.º/2; instâncias que podem mesmo constituir-se em órgãos de gestão paritária do contrato ou em comissões de acompanhamento dele, falando-se então em contratos organizacionais⁽⁵⁰⁾. É que nos interessa especificamente a obrigação de renegociação, e não outras formas de adaptação do contrato, ainda que estas possam conviver com ela, como muitas vezes acontece.

IV — Em todo o caso: no âmbito das relações duradouras estabelecidas por tempo indeterminado, o sistema jurídico confere, como princípio, às partes um poder de denúncia *ad nutum*. Pelo que, quando assim é, não faz sentido impor-lhes uma renegociação do contrato: dar-se-lhes-ia com uma mão o que depois se lhes tiraria com a outra. Não se compreenderia que a liberdade de desvinculação fôsse anulada por um dever e uma vinculação.

14. (cont.) Dever de renegociar, integração de lacunas e adaptação do programa contratual

I — A questão cinge-se, portanto, àquelas relações que se protelam no tempo e relativamente às quais não está em causa um direito de lhes pôr termo. Só que neste caso, não se trata, de novo se diga, de atribuir aos seus sujeitos um poder de reequacionar livremente os termos da sua vinculação

⁽⁵⁰⁾ Veja-se elucidativamente JÚLIO VIEIRA GOMES, “Cláusulas de hardship”, in *Contratos/Actualidade e evolução* (org. Pinto Monteiro), UCP Porto, 1997, esp. p. 178, ss., 180, 199 (onde, *inter alia*, se alude à posição de Teubner vendo em tais contratos uma figura híbrida entre o contrato e as organizações, e introduzindo por isso, para eles, o neologismo “controrgs”, e chamando a atenção também de que as instâncias decisórias instituídas para a adaptação do contrato procedem a “mini-julgamentos” a tal respeito, muitas vezes segundo uma lógica não jurídica, isto é “reconvertendo num problema de homens de negócios o que se tinha transformado numa disputa de juristas”).

— um poder de negociar —, sob pena de uma ofensa frontal ao *pacta sunt servanda*. Se a alteração no substrato fáctico do contrato se encontra aquém do limiar a partir do qual a ordem jurídica as legitima por alteração anormal das circunstâncias, a uma resolução ou modificação do contrato, o dever de renegociar que se poderia pretender existir neste tipo de relações tem de apresentar objectivos também eles incompatíveis com a discricionariedade que é inerente ao exercício da autonomia privada, cingindo-se a um dever de colaboração com uma adaptação do contrato devida.

O que fundamentalmente estará em jogo nestas hipóteses é, ou

- i) o preenchimento de uma lacuna contratual surgida em virtude de uma variação no aludido substrato fáctico que se apresentava já ao menos em abstracto antecipável, mas para a qual as partes não previram uma resposta adaptativa — revelando-se pois uma incompletude do contrato —, ou
- ii) se tratará essencialmente de, na ausência de uma lacuna, reconhecer, em virtude dessa variação, um dever de adaptar o contrato em nome da própria *exequibilidade do programa obrigacional* e/ou para a *realização do fim contratual* ao qual estejam vinculadas (na ausência, pois, dos requisitos do art. 437.º/1).

Assim, se uma entidade se obriga a prestar determinados serviços a outra pelo período de 20 anos, caso se dê um aumento progressivo dos custos de tais serviços (por exemplo, em virtude de uma inflação contínua) que afecte significativamente a justiça do contrato sem que o contrato tenha previsto uma indexação do valor da contraprestação em função desse aumento, a actualização de preços pode impor-se ou por colmatação de uma lacuna, em nome da necessidade de respeitar o âmbito e termos da vinculação contratual recíproca e do seu equilíbrio.

Do mesmo modo, se duas entidades celebram entre si uma parceria para montar e explorar conjuntamente uma central de produção de energia pelo período de 25 anos e se modificam entretanto os pressupostos financeiros ou enquadramento legal da actividade — como de modo quase inevitável ocorrerá em contratos de longa duração (sem que possa falar-se de uma alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a sua decisão de contratar) —, a adaptação do contrato poderá eventualmente ser devida. No cerne estará muitas vezes a *vis atractiva* do fim contratual com que as partes se acham comprometidas: graças à força centrípeta que esse mesmo fim exerce sobre o programa obrigacional, determinando uma sua especificação ou concretização diferente da inicialmente prevista.

Outras vezes é o próprio programa prestacional que carece de ser adaptado para ser exequível.

II — As situações são diferentes. A lacuna requer uma incompletude do contrato que tem de verificar-se já ao tempo em que foram emitidas as declarações iniciais. O horizonte de compreensão das partes aquando da celebração do negócio, a antecipabilidade do problema surgido, proporciona o seu critério e delimita o seu âmbito.

Ora, o respeito pelo fim comum do contrato que ambas as partes estão vinculadas a prosseguir pode determinar, para lá do espaço da lacuna, uma adaptação do contrato mediante a substituição de deveres uns por outros em função do evoluir da relação. Do mesmo modo quando superveniências obrigam a um ajustamento do programa previsto a fim de os próprios deveres de prestar poderem ser convenientemente executados.

Como bem se percebe, o programa obrigacional é constituído por deveres (de prestar) que não se encontram sempre todos no mesmo plano, nem têm todos a mesma consistência ou apresentam idêntica “resiliência” perante variações das circunstâncias: uns são subordinados a outros, uns principais, outros acessórios, uns substituíveis, outros não. A unidade dada pelo fim, ou a consideração do todo, permitem, implicam e justificam, por vezes, a modificação do programa contratual: sem ofensa alguma do *pacta sunt servanda, rectius*, antes precisamente para o poder realizar de modo adequado ou pleno. Especialmente nas relações duradouras, o programa obrigacional constituído pelos deveres de questões pode apresentar-se dinâmico, mudar em aspectos não essenciais, tal como um organismo vivo, mas manter-se nuclearmente o mesmo. Assim, se uma sociedade passa a sua sede estatutária para outro local, o lugar de cumprimento de certos deveres terá de considerar-se modificado.

Bem pode dizer-se que o contrato se constitui efectivamente — “replacando” agora a “descoberta” de Wilburg para o campo do direito objectivo da responsabilidade civil — num *sistema móvel*⁽⁵¹⁾. É sempre, em todo o caso, a interpretação da vontade das partes o *prius* que permite configurá-lo como tal, apontando também os limites das modificações que devam ser aceites por elas⁽⁵²⁾.

(51) Cf. também a respeito DIOGO COSTA GONÇALVES, *op. cit.*, pp. 152, ss., 170-172, 182, ss.

(52) A interpretação dos contratos, especialmente se duradouros, obriga à consideração de um conjunto de elementos interpretativos que, não tendo embora sido muitos deles nomeados pelo legislador, são harmónicos com os critérios legais gerais e se tornam adequados ao seu preenchimento. Cf. o nosso «Sobre a interpretação do contrato», in *Forjar o Direito*, 1.^a ed., Coimbra, 2015, p. 11, ss.

III — Importa, no entanto, ter presente que, ultrapassando-se o espaço da verdadeira lacuna, a adaptação do contrato corre o perigo grave de contrariar a vontade das partes, ao substituir a regulamentação por elas instituída (ainda que lacunosa) por outra. Há, portanto, que averiguar com muita prudência em que medida essa modificação é legítima, pois só o será se puder materialmente filiar-se ainda no exercício autónómico da autonomia privada, para realização acabada da vontade e das propostas das partes. De outro modo, periga o *pacta sunt servanda*. Particularmente entre partes sofisticadas e profissionais, na dúvida deve prevalecer o acordado. Importa combater o oportunismo.

IV — Nas constelações que consideramos há uma vinculação das partes a um fim comum. Quando assim é, o cumprimento do dever de prestar a cargo de cada uma delas encerra em si mesmo a vinculação à adaptação do contrato que possa impor-se para que esse dever seja cabalmente cumprido: se necessário com ajustamentos de parcelas ou partes do programa prestacional inicialmente estabelecido ou com a sua complementação.

É a própria preservação do núcleo do programa obrigacional que o reclama. Mudanças pequenas, mas sensíveis no plano das condições de realização do fim contratual que foram previstas podem ser suficientes. Por isso, os ajustamentos são susceptíveis de ocorrer mesmo aquém do limiar da relevância das superveniências para efeito de resolução ou modificação desse contrato por alteração das circunstâncias. Qualquer desvio da realidade com impacto no fim pode aliás desencadear pretensões de adaptação se se ultrapassa a álea que cada uma das partes assumiu inicialmente.

São, portanto, os próprios deveres de prestar estabelecidos em ordem a esse fim que se apresentarão “elásticos”, moldáveis à evolução dos acontecimentos. Não se torna necessária qualquer previsão independente de um dever autónomo de negociar relativamente ao dever de prossecução do fim (*Zweckförderungspflicht*).

V — Não estamos, assim, perante a emergência de qualquer dever lateral de conduta ou de um dever de colaboração entre as partes imposto ou decorrente da regra de conduta segundo a boa fé, antes perante a necessidade de proceder a especificações, modificações ou complementações de um ou mais deveres de prestar em nome de um cumprimento do contrato que continua a ser devido. A essa necessidade corresponde ordinariamente um poder potestativo de proceder à determinação do conteúdo contratual devido.

É dessa natureza, ainda, o direito de uma das partes ao preenchimento de uma lacuna contratual que supervenientemente se venha a verificar ter

ocorrido (de acordo com os critérios, legais ou contratuais, pertinentes). Só por exceção o direito à adaptação do contrato implicará o dever de proceder à emissão de declarações negociais.

A boa fé pode certamente determinar uma colaboração do sujeito nessa adaptação. Mas logo por aqui se vê — não havendo declaração de vontade a emitir — que à partida nada há propriamente a “negociar”, usando a expressão no sentido de exercício da autonomia privada.

VI — Torna-se essencial distinguir bem entre o fim do contrato propriamente dito e os interesses que cada uma das partes prossegue individualmente através dele (noutra terminologia, entre o fim primário e o/os fim/fins secundário/s do contrato para as partes). Falamos do primeiro, que conforma e modela os deveres de prestar. Os riscos que respeitam aos fins do contrato para cada uma das partes são de cada uma delas. Ao invés, tudo o que afecta o fim comum do contrato constitui risco comum, em princípio partilhável. É em relação a este fim — e apenas a este — que opera o dever de ajustamento do contrato.

A diferenciação entre contratos de (cooperação em ordem a um) fim comum, e meros contratos de troca auxilia à compreensão do exposto, apesar da imprecisão inerente aos “tipos” em causa. Mas cabe sempre às partes a última palavra: se definiram já, de uma vez por todas, os termos de uma relação, não há à partida possibilidade de a alterar, ainda quando a relação se protele ou projecte no tempo (caso dos contratos “fechados” ou “chave na mão”).

VII — Perante o direito de adaptar o contrato, e o concomitante dever ou a sujeição a essa adaptação, estamos no âmbito da vinculação e não da autonomia. O conteúdo da modificação não está na disponibilidade dos sujeitos, não podendo nem devendo qualquer um deles obstaculizar essa adaptação a que o outro tem direito.

Também aqui, quando não se encontram estabelecidos com precisão no contrato as condições em que nasce um direito à adaptação do contrato, nem se identificam os concretos comportamentos que as partes hajam então de observar em ordem a essa mesma adaptação, só parcimoniosamente se poderá aceitar a sua vinculação a comportamentos positivos em ordem a essa adaptação sob o nome de um dever de renegociar⁽⁵³⁾.

⁽⁵³⁾ Tal, em qualquer caso, sem que a regra de conduta segundo a boa fé deva, por isso, interpretar-se no sentido negativo, de mera proibição de um comportamento contrário às suas exigências: cf. sobre estas concepções e a concretização dessa regra, o nosso *Teoria da Confiança e Responsabi-*

Em qualquer caso, o direito à adaptação do contrato — potestativo ou creditício — e a sua tutela tendem a integrar ou absorver os comportamentos preambulares que possam ser devidos.

O que estará essencialmente em jogo será, de novo, a disponibilidade das partes para um contacto tendente a um início de conversações, um dever de exposição recíproca dos seus entendimentos e representações sobre o teor da modificação a alcançar, o facultar de alguma informação imprescindível para o exercício do direito de adaptação do contrato, ou a necessidade de responder de forma razoável e fundamentada às propostas de modificação que sejam apresentadas: tudo comportamentos instrumentais relativamente a um ajustamento do contrato.

VIII — De todo o modo, esse ajustamento terá de respeitar o equilíbrio contratual genético ou originário do contrato⁽⁵⁴⁾, o que requer, como se calcula, uma adequada hermenêutica desse mesmo contrato, que há-de presumir-se racional e economicamente razoável⁽⁵⁵⁾.

Por outro lado, um reequilíbrio do contrato — como objecto de um direito à adaptação do contrato — radicar-se-á na necessidade de preservar o sinalagma contratual e a sua projecção perante circunstancialismos em mutação⁽⁵⁶⁾. Se a equivalência das prestações for posta em causa, seja porque exorbita dos riscos alocados e aceites por cada parte, seja porque resulta de outros factores, alheios à parte que reivindica esse direito, o sinalagma pode suscitar um direito à reposição da equivalência; e esta constituirá então o “o alfa e o ómega” do dever de renegociar que as partes tenham estabelecido para o efeito, apontando também a medida e os termos da modificação contratual a alcançar.

IX — Diferente — e para lá do que pede o respeito do sinalagma — é o critério da modificação do contrato *ex vi* do art. 437.º/1; perante disrup-

lidade Civil, cit., p. 431, ss. Veja-se ainda, na doutrina recente, de modo próximo, RUI ATAÍDE, «Natura e regime jurídico dos deveres acessórios de conduta», in *Estudos de Direito Privado*, Lisboa, 2020, p. 517, ss. (diferenciando — p. 562 — os deveres de boa fé de feição negativa — expressão, para o Autor, do dever geral de cuidado — dos deveres destinados a “acautelar e substanciar os interesses visados pela regulação negocial”).

⁽⁵⁴⁾ Sobre o princípio do equilíbrio contratual veja-se RUI PINTO DUARTE, «O equilíbrio contratual como princípio jurídico», in *Estudos Jurídicos Vários 2000-2015*, Coimbra, 2015, 685, ss.

⁽⁵⁵⁾ Cf. DIOGO COSTA GONÇALVES, *op. cit.*, p. 154, referindo a propósito, de modo feliz, que o contrato representa um micro-sistema normativo reflectindo o equilíbrio contratual a sua teleologia. Veja-se ainda, desenvolvidamente, o nosso «Sobre a interpretação do contrato», *cit.*, p. 16, ss.

⁽⁵⁶⁾ Cf. também RUI PINTO DUARTE, mobilizando o princípio *pacta sunt servanda* no âmbito dos contratos comutativos. Nas palavras do autor, trata-se de viabilizar durante a execução do contrato “a reposição das proporções iniciais entretanto perdidas.” (*op. cit.*, p. 690).

ções, portanto, que representam uma alteração anormal das circunstâncias. De acordo com a lei, intervém a equidade. Esta requer certamente a atenção do que seja a equação económica inicial do contrato⁽⁵⁷⁾, mas não pode identificar-se acriticamente com esta, nem tem de a pretender reconstituir⁽⁵⁸⁾. O que se compreende, porque é o próprio contrato, no seu sentido, propósito e prestações originárias que fica posto em causa. De um outro ângulo: a modificação do contrato é agora *ex lege*, enquanto aquela de que vimos falando se apresenta *ex contractu*, reclamada por esse mesmo acordo.

Consequentemente, é bem diverso o dever de cooperação das partes em ordem à modificação do contrato (e o concomitante dever de negociar, com o conteúdo do que lhe assinalámos).

Quando esteja em causa a observância do programa obrigacional perante eventos que não consubstanciem alterações das circunstâncias para efeito do art. 437.º/1, o dever de cooperação é muito mais intenso do que face a ocorrências que dão lugar a este regime. No primeiro caso é da realização da autonomia privada dos contratantes que se trata. No segundo está em jogo um “remédio” do direito objectivo perante alterações que põem em causa o acto de autonomia privada das partes⁽⁵⁹⁾. E, de novo no primeiro, a intensidade desse dever será tanto maior quanto mais fortemente for imputável ao sujeito a necessidade de adaptação de um contrato (segundo um critério de intensidade de culpa ou de risco).

X — O que dizemos não exclui que as partes renegoceiem, nas relações duradouras, sempre que quiserem, os termos em que inicialmente contrataram. Essa renegociação representa um exercício da sua autonomia privada, que nada tolhe.

(57) Usando a expressão como sinónimo também do “projecto de justiça genético do contrato”, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS/PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 6.ª ed., Coimbra, 2019, p. 382.

(58) Aliás, sobretudo perante alterações pontuais, a modificação pode traduzir-se simplesmente no arbitramento de uma compensação pecuniária à parte lesada, sem modificar o teor do contrato. Semelhante consequência deve também admitir-se *ex vi* do art. 437.º/1: cf. o nosso «Sobre os efeitos de crises financeiras na força vinculativa dos contratos», in *XX Estudos Comemorativos dos 20 anos da FDUP*, Porto, 2017, 175, ss. (em co-autoria com MARIANA FONTES DA COSTA), 202-203.

(59) Quando o evento que desencadeia o referido dever de cooperação foi provocado culpavelmente pelo sujeito ou se deve imputar à sua esfera de risco, há, naturalmente, uma intensificação desse dever. (Sensível a este ponto no âmbito da negociação no processo de revitalização, NUNO PINTO DE OLIVEIRA, «Responsabilidade pela perda de chance de revitalização?», *cit.*, p. 161, ss., parecendo, no entanto, pronunciar-se antes em favor de uma especial intensificação do dever em sede de alteração das circunstâncias).

As partes estão naturalmente sujeitas às proibições que a lei lhes possa impor — por exemplo, do exercício da coacção moral ou da usura — assim como aos deveres então *in contrahendo* que lhes caibam. Mas no espaço próprio da renegociação como expressão da liberdade contratual não estão vinculadas à celebração de uma modificação do contrato.

15. A tutela do dever de renegociar (*rectius*, de ajustar o contrato); alusão breve à desvinculação por inexigibilidade

I — Fecharemos as nossas considerações com um apontamento sobre a tutela do dever de renegociar.

Preliminarmente: o dever de renegociar não é, juridicamente, um ónus. Ainda que o seu cumprimento possa representar um “ónus prático”, que poupe o sujeito ao perigo de consequências que de outra forma o poderiam atingir sem qualquer hipótese de controlo ou prevenção por parte dele (de acordo com o velho aforismo de que “mais vale um mau acordo do que uma boa demanda”).

Vimos, porém, que, enquanto dever inespecífico e indeterminado, ele se reconduz ou integra facilmente no direito à adaptação do contrato, creditício ou potestativo, ao qual necessariamente surge referido. A sua tutela acaba por se dissolver, compreensivelmente, na desta posição jurídica. De facto, uma actividade cooperante com vista a uma modificação do contrato não é passível de ser (directamente) imposta ao onerado com o dever de negociar. Daí a importância dos mecanismos indirectos de incentivo ou compulsão ao cumprimento.

Prevalece sempre a regulamentação das partes: substantivo-material — por exemplo, através do exercício de *call* ou *put options*, de cláusulas de *step-in* ou de *step-out*, da aplicação de multas contratuais —, ou de carácter procedimental ou processual, *v.g.*, a preclusão dos meios judiciais ou arbitrais enquanto não for tentada ou empreendida uma conversação.

Muitas vezes, as partes, que estabeleceram contratualmente para si a competência primária quanto a essa adaptação, conferem-na secundariamente, em caso de falta de entendimento entre elas, a um terceiro, ou a um tribunal (arbitral ou não).

II — A tutela do direito à adaptação do contrato assegura, antes de mais, a atribuição do bem jurídico objecto do direito ao seu titular, possibi-

litando assim a realização em espécie do seu interesse no que toca ao bem atribuído. Em causa, consoante os casos, a garantia própria dos direitos potestativos ou a protecção dos direitos de crédito (à emissão de uma declaração negocial), nos moldes já referidos.

Considere-se agora a tutela indemnizatória.

Mesmo quando o titular do direito dispõe de meios para conseguir, ainda que com recurso ao tribunal, a adaptação do contrato — e, subsequentemente, o cumprimento das obrigações dela emergentes —, pode haver lugar à produção de danos se o sujeito nega indevidamente o direito à adaptação ou não colabora nela, nos termos em que essa colaboração possa considerar-se devida.

Semelhante conduta consubstanciará certamente um incumprimento do contrato objecto do direito à modificação (dele) — porventura na modalidade de um cumprimento defeituoso seu (ou por violação de um dever de prestar *ex lege* ou *ex contractu*, ou por infracção de um dever geral decorrente da boa fé) —, gerador de responsabilidade *ex vi* do art. 798.º (Diferente é, exercido o direito de adaptar o contrato, a obstaculização ao programa contratual validamente modificado.)

III — A perturbação do exercício do direito de adaptação do contrato pode ser irremediável ou temporária.

A frustração definitiva do ajustamento do contrato que se mostre devido pode dar lugar, nos termos gerais, a uma indemnização medida pelo interesse contratual positivo (correspondente ao direito de adaptação do contrato contratual ou legalmente fundado).

Não há, genericamente falando, razão para cingir a indemnização à mera reparação do prejuízo da perda de *chance* — o simples desperdício de uma oportunidade de chegar a um acordo —, por isso que o sujeito responsável se encontrava vinculado a uma modificação contratual (que não pode, assim, ser tida juridicamente como mero *facto incerto*, dependente do arbítrio de alguém e insusceptível de determinação, se necessário, por um juiz)⁽⁶⁰⁾.

⁽⁶⁰⁾ Cf. porém ANDREAS NELLE, *Neuverhandlungspflichten/Neuverhandlungen zur Vertragsanpassung und Vertragsergänzung als Gegenstand von Pflichten und Obliegenheiten*, München 1993, pp. 324-325. No âmbito específico da negociação em processos de revitalização, diferentemente também NUNO PINTO DE OLIVEIRA, «Responsabilidade pela perda de uma chance de revitalização?», *cit.*, p. 183, ss. Neste campo, prevalecem, de resto, as consequências que o próprio legislador previu para a desistência das negociações e da falta de acordo entre credores; cf. a respeito também CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, Coimbra, 2018, p. 416, ss.

IV — O interesse no ajustamento do contrato é, em si, distinguível daquele que se apresenta próprio do dever de prestar a introduzir pela modificação do contrato, sendo a sua satisfação *condição sine qua non* deste último (que dele depende), o que torna o cômputo do dano mais complexo.

De todo o modo, o nosso sistema parece assimilar largamente estes dois interesses no lugar paralelo do contrato-promessa. O critério, aí, da indemnização por incumprimento do dever de contratar, é o do valor do objecto da prestação a que se refere o dever do contrato prometido (ainda que haja sinal), ou do direito a constituir ou a transmitir sobre ela (cf. o disposto no art. 442.º/2, 2.ª parte).

E compreende-se que assim seja: afinal, quando é direito de uma das partes a adaptação do contrato, também lhe cabe o valor da prestação que por essa adaptação ela podia obter. Derradeiramente é essa prestação que a ordem jurídica lhe quer atribuir com o direito ao ajustamento. O interesse contratual positivo do direito à adaptação do contrato sobrepõe-se, nessa medida, ao interesse contratual positivo no cumprimento do contrato modificativo⁽⁶¹⁾.

Não colhe o argumento de que pode não se saber qual o conteúdo do acordo que as partes teriam celebrado se houvessem adaptado de comum acordo o contrato. Como se disse, nos casos em que a adaptação é devida, o conteúdo desse acordo poderá sempre ser determinado, senão pelas partes, ou mesmo que elas infringam o dever de colaborar nessa adaptação, em último recurso através de um terceiro ou pelo tribunal, aplicando-se, na falta de outro, o critério da equidade (cf. o art. 400.º/1 e 2).

De resto, na determinação do montante do prejuízo a lei usa um critério alinhado com este, a que o juiz pode sempre recorrer. Nos termos do art. 566.º/3, quando não puder averiguar-se o valor exacto dos danos, é também de acordo com uma medida de equidade que, dentro dos limites provados, a indemnização deve ser arbitrada.

V — Assim, não há também motivo para limitar à partida a indemnização por incumprimento às despesas em que o sujeito incorreu tendo em vista a adaptação do contrato⁽⁶²⁾. Embora este prejuízo seja também sus-

(61) Não estará, porém, em causa, qualquer indemnização por incumprimento deste último contrato na parte que exceda o valor da prestação devida pela adaptação em falta, por exemplo, de um lucro cessante em virtude do incumprimento do contrato modificativo.

(62) Com razão, assim também PINTO MONTEIRO e JÚLIO GOMES, «A 'hardship clause' e o problema da alteração das circunstâncias (Breve apontamento)», in *Juris et de Iure/Nos 20 anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica* — Porto (org. Manuel Afonso Vaz e Azeredo Lopes), Porto, 1998, p. 24, reconhecendo embora que pode ser mais fácil para o interessado esta via de ressarcimento; optando diversamente pela indemnização pelo dito interesse contratual negativo, cf. MARIANA FONTES DA

ceptível de ser ressarcido — em alternativa a uma indemnização medida pelo interesse de cumprimento —, e possa ser mais fácil demonstrar e quantificar o dano sofrido pelo titular do direito ao ajustamento; especialmente para definir um limiar mínimo quando o juiz haja de recorrer ao art. 566.º/3. Certo é, na verdade, que as despesas feitas em função do contrato consubstanciarão normalmente um importante indício do montante do dano da frustração do interesse contratual positivo em virtude da presunção de rentabilidade que é inerente às transações económico-comerciais.

Esta indemnização não pode todavia ser cumulada com a indemnização do lucro cessante do contrato modificativo, que o titular do direito à indemnização também só obteria se suportasse as referidas despesas⁽⁶³⁾.

De resto, o dano de confiança decorrente da violação do dever de renegociação pode incluir a reparação dos custos de oportunidade em que o beneficiário do ajustamento incorreu tendo em vista essa modificação. (Imagine-se um contrato alternativo que o sujeito perdeu se acabou por ter de resolver o contrato em face do incumprimento definitivo da obrigação de adaptar o contrato).

VI — O exposto vale, *mutatis mutandis*, em caso de mero protelamento do sujeito em satisfazer o seu dever de cooperar com a modificação do contrato: os danos moratórios são, naturalmente, ressarcíveis.

VII — Nas situações em que o dever de renegociar se encontra especificado e se traduz na necessidade de o onerado adoptar certos procedimentos concretamente individualizados, os prejuízos da sua inobservância (mesmo que não haja vinculação à adaptação do contrato) são indemnizáveis nos termos gerais. Entre eles os dispêndios com negócios de substituição que a contraparte haja de realizar em virtude do referido incumprimento. Por exemplo, numa *joint venture*, se a sociedade não fornece uma informação que haveria de disponibilizar, ou não contrata o estudo de mercado que havia de ter apresentado para poder ponderar-se a prorrogação de um contrato que chegava ao seu termo, a outra poderá fazê-lo a expensas desta.

COSTA, *Da Alteração Superveniente das Circunstâncias*, cit., p. 481, assim como CATARINA MONTEIRO PIRES, *Direito das Obrigações*, cit., p. 65.

(63) Cf., em geral sobre o tema da presunção de rentabilidade, PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual Positivo e Interesse Contratual Negativo*, II, Coimbra, 2008, 1569; e ainda, amplamente sobre o tema das despesas inutilizadas e os diversos enquadramentos dogmáticos que ele tem recebido, MARIA DE LURDES PEREIRA, *A Indemnização de Despesas Inutilizadas na Responsabilidade Obrigacional*, Lisboa, 2020.

Tudo depende da concreta vinculação procedimental ou processual que tenha sido infringida. Casos haverá em que o prejuízo pode ser difícil de avaliar, regendo então o disposto no art. 566.º/3.

Noutros não existirá mesmo um dano indemnizável. Por exemplo, quando se estabeleceu apenas o dever de uma das partes apresentar à outra uma proposta no termo do contrato, em ordem a uma sua possível prorrogação, caso a outra assim o deseje. Se o conteúdo dessa proposta não se encontrar orientado por algum critério, estamos certamente no campo da autonomia privada do sujeito, que, se podia formular qualquer uma, se encontra numa situação valorativamente idêntica à daquele que podia não apresentar nenhuma. No limite estará apenas em causa uma opção deste, por natureza não condicionante da sua liberdade de celebrar um contrato. Diferentemente, se a proposta a fazer houver de se ater ao razoável ou ao equilibrado.

VIII — A tutela do dever de adaptação do contrato — e do concomitante dever de renegociar que dele é instrumental — não pode naturalmente ultrapassar o seu âmbito e o seu fundamento, nem implicar para qualquer das partes uma modificação que não tenha de suportar.

Quando assim for, será inexigível a continuação do contrato para ela. Ainda que as pretensões da contraparte possam justificar-se à luz dos seus interesses, elas são susceptíveis de implicar uma reprogramação ou um custo acrescido que esta não esteja em condições de suportar, habilitando-a, por isso, a desvincular-se⁽⁶⁴⁾.

O limiar a partir do qual o facto de se não conseguir manter o contrato (atento o esforço ou prejuízo significativo que tal poderia representar) legítima o sujeito a uma "desistência" do contrato, depende, naturalmente, do fundamento do direito à modificação prevista; podendo ser diferente consoante esta radique no art. 437.º/1, no art. 239.º, no art. 762.º/2, ou numa cláusula de ajustamento contratualmente prevista⁽⁶⁵⁾.

Em qualquer caso, tal direito de desvinculação só surge porque a modificação, ponderados os interesses e as circunstâncias de *ambos* os

⁽⁶⁴⁾ Poderá porventura falar-se de uma denúncia do contrato, embora esta figura se apresente especialmente conotada com o poder de pôr termo a relações duradouras sem prazo, ou então de oposição à renovação de relações contratuais no termo do prazo. (Note-se que na modificação do contrato que consideramos vai implícita uma certa "renovação" da relação contratual, o que constitui uma base para a analogia com estas últimas situações de denúncia).

⁽⁶⁵⁾ O conceito de inexigibilidade, conquanto usado na doutrina de referência (cf., nomeadamente, NUNO PINTO DE OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos Contratos*, cit., cap. 24) ou na legislação de ponta (veja-se o § 313 do BGB) é fluído, silenciando o fundamento que possa estar em causa para a desvinculação a que aludimos.

contraentes, se não apresenta nem equitativa nem razoável face a esses mesmos critérios (e a contraparte insiste nela).

Ora, sem prejuízo da sindicabilidade judicial ou arbitral (*ex post*) dessa desistência e da sua admissibilidade, cremos que quando está em causa uma adaptação do contrato por vontade das partes, a desvinculação contratual deverá considerar-se ordinariamente eficaz sem dependência de uma apreciação positiva por parte do órgão jurisdicional: quer pelas delongas que tal solução implicaria — “amarrando o sujeito” enquanto tal decisão não fosse proferida —, quer em nome do princípio de que a vontade de vinculação das partes teve apenas por referente indiscutível o teor inicial do contrato, pelo que uma dúvida sobre se alguma delas deveria consentir na sua modificação se tem de resolver contra essa mesma modificação.

16. (cont.) A tutela do dever de renegociar de boa fé

I — Diferente do dever de renegociar é o dever de renegociar de boa fé, isto é, de o fazer de forma correcta e leal (*fair dealing*).

O foco não está agora na actividade renegociatória em si mesma (se é ou não devida), mas no modo por que é exercida: seja no âmbito preparatório ou preambular de uma modificação do contrato vinculativa para as partes (ou para alguma delas), seja porque as partes podem *motu proprio* procurar alcançar um consenso no sentido da modificação do contrato, mesmo não estando vinculadas a tal ajustamento. Em qualquer situação, estão vinculadas pela regra da conduta segundo a boa fé, que perpassa toda a renegociação, devida ou não.

II — Esta actividade tem a natureza de um comportamento *in contrahendo*.

Subordina-se, pois, às respectivas regras e, em especial, à cláusula geral de responsabilidade do art. 227.º/1.

No caso de essa actividade se apresentar desenvolvida por simples iniciativa das partes no *terminus* da relação contratual com vista a uma sua possível prorrogação ou renovação, teremos uma *culpa in contrahendo* que se assume agora também como *culpa post pactum finitum*, sem que tal importe diferentes consequências de regime.

Contudo, se a actividade renegociatória se desenvolveu *ex contractu*, com o propósito ou no âmbito de uma adaptação do contrato a que o

sujeito se encontrava por qualquer modo vinculado, ela enxerta-se numa relação contratual prévia — cujas obrigações trata de cumprir —, encontrando-se, portanto, as partes sujeitas a deveres de conduta segundo a boa fé agora *ex vi* do contrato por força do do art. 762, nº. 2. Caso sejam violados esses deveres, teremos uma culpa *post pactum* (mas sempre *secundum pactum*, porque está em causa a infracção a um dever que emerge da relação contratual instituída, dever esse que se encontra umbilicalmente ligado à sua eficácia e vicissitudes). Depara-se um cumprimento defeituoso do contrato, com as consequências advenientes no plano da tutela jurídica para este tipo de incumprimento.

III — Sendo livre, a actividade renegociatória não tem de resultar na celebração de um acordo modificativo. As partes mantêm, por isso, a liberdade de interromper a qualquer momento as negociações que haviam encetado e mantinham com vista a esse acordo, sem que tal represente qualquer ilícito, contratual ou pré-contratual: mesmo que o façam arbitrariamente, sem razão justificativa alguma, posto que a boa fé — de harmonia com a qual certamente têm de desenvolver entre si quaisquer negociações que encetem — não as vincula à celebração de qualquer contrato; precisamente porque, como dissemos antes, ela não constitui uma fonte de obrigações. Assim, a posição daquele que tem direito a uma adaptação do contrato, estando a outra parte vinculada a promover essa adaptação do contrato, é diferente da daquele que tem uma mera expectativa da conclusão do negócio alicerçada apenas na forma como foi conduzida uma negociação⁽⁶⁶⁾.

Não obstante, poderá haver uma responsabilidade pela frustração do investimento de confiança feito por alguma delas em vista da celebração do acordo modificativo, caso essa confiança tenha sido provocada e depois defraudada por uma conduta da contraparte. A teoria da confiança, enquanto *responsabilidade pura pela confiança*, acolhe estas hipóteses⁽⁶⁷⁾. No mais, pertence ainda ao comportamento leal e honesto a que obriga a regra da boa fé, e à consideração que as partes mutuamente se devem, não encetar renegociações que se saiba conduzidas ao fracasso, ou sem a vontade séria de procurar um consenso contratual; como lhe corresponde não manter indevidamente expectativas alheias na possibilidade de obtenção desse consenso⁽⁶⁸⁾.

⁽⁶⁶⁾ Nesse sentido, muito pertinentemente, DIOGO COSTA GONÇALVES, *op. cit.*, 160.

⁽⁶⁷⁾ Cf. de novo o nosso *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, *cit.*, pp. 458, ss., 502, ss., 792, ss. (n. 883), 836 e *passim*.

⁽⁶⁸⁾ Cf. o nosso *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, *cit.*, pp. 466, ss., e 468, ss.

IV — Tem sempre de dar-se prevalência ao que as partes acordaram. E podem elas ter estabelecido uma obrigação de renegociar de boa fé.

Tal ocorre com muita frequência quando apresentam uma certa precariedade da vontade com respeito à obtenção de um certo objectivo possível mas que transcende o acordado já por elas, e/ou existe uma certa indeterminação das condutas a que elas se vincularam; configurando-se por isso o contrato que celebram como um *acordo em aberto* (*agreement with open terms*).

O dever de renegociar de boa fé de que agora falamos distingue-se do dever de boa fé fundado apenas no direito objectivo. Na verdade, ancorado que se encontra na vontade dos sujeitos, pode sobrepor-se-lhe, mas as partes recortá-lo-ão também com frequência, nos comportamentos que individualizem como devidos; o mais das vezes, de forma mais ampla relativamente ao que o direito objectivo, no silêncio delas, reclamaria⁽⁶⁹⁾.

Num acordo de negociação, as partes decidem soberanamente sobre a configuração das condutas exigíveis no seu caso particular. Já os ditames da boa fé que radicam na lei são gerais e indiferenciados, apenas havendo de ser concretizados na situação específica em que são chamados a intervir.

Diremos por isso que a violação do dever contratual de renegociar de boa fé será, em princípio, mais grave do que a infracção do dever legal de uma conduta de boa fé: pois esse dever ultrapassa o plano das exigências do direito objectivo e implica directamente a vontade dos sujeitos, havendo de ser observado em nome do *pacta sunt servanda* do qual é decorrência.

O dever negocial de renegociar de boa fé constitui, pois, um *plus* relativamente ao dever legal da conduta de boa fé *in contrahendo*⁽⁷⁰⁾, mas também *post pactum*. A sua falta de cumprimento é uma violação do *pacta sunt servanda*, sancionável por isso mesmo através de cláusulas penais ou outras que as partes tenham estabelecido, e susceptível de desencadear os meios de tutela que a ordem jurídica atribui ao contraente fiel em caso de inexecução culposa do contrato (v.g., resolução do contrato, pretensões indemnizatórias, excepção de não cumprimento). Pela natureza de que se reveste, encontra-se naturalmente dependente da validade e eficácia do contrato em que se insere, não ficando também imune às suas vicissitudes, que acompanha.

⁽⁶⁹⁾ Mas não necessariamente porque as partes podem querer preservar espaços de autodeterminação segura nas renegociações a que possam vincular-se, restringindo assim o que seria susceptível de considerar-se devido por força do direito objectivo.

⁽⁷⁰⁾ Nesse sentido já EDUARDO SANTOS JÚNIOR, «Acordos intermédios entre o início e o termo das negociações», *ROA* 57 (1997), p. 598, ss.

17. Epílogo

O presente tema propiciou já o comentário — acre, mas subtil e percuciente — de que “*on lie les boeufs par les cornes et les hommes par les paroles*”(71).

Não recusamos o repto lançado por uma expressão escorregadia como é a do “dever de renegociar”, e propusemo-nos desbravá-lo à luz de algumas coordenadas dogmáticas para o efeito imprescindíveis; esconjurando as suas mitificações, especialmente em tempos de “grandes alterações das circunstâncias”, como uma pandemia ou uma guerra.

De facto, só se souber ver-se livre delas, o jurista pode encontrar o sentido possível ou útil desse dever.

Como seja: numa época de pensamento líquido, muito atreita à exploração das sugestividades da linguagem, importa que o jurista não ceda a enlear-se em palavras e saiba reagir ao canto enganador das locuções falsamente apelativas e consensuais(72). Sensibilidades à parte, só o árduo trabalho de estruturação dogmática permite conferir justiça, racionalidade e previsibilidade às decisões judiciais e, deste modo, a todo o tráfico jurídico-negocial.

(71) Loysel, Jurisconsulto, séc. XVI (segundo PHILIPPE MALAURIE, LAURENT AYNÉS, *Cours de Droit Civil, Les Obligations*, 1985, p. 203), *apud* NELLE, *Neuverhandlungspflichten*, *cit.*, intróito.

(72) Veja-se, para uma amplíssima reflexão sobre o condicionamento do Direito pela linguagem, RAUL GUICHARD, *Estudos Mínimos sobre a Língua, o Direito e a Legística*, UCP Editora, Lisboa 2022.