REVISTA OA | DOUTRINA

Doutrina

Processo	Data do documento	Relator
5725790b3dbbd009844f_l	31 de dezembro de 2020	Manuel Carneiro da Frada

DESCRITORES

”a Alteração Das Circunstâncias à Luz do Covid 19”

SUMÁRIO

N.D.

TEXTO INTEGRAL

A ALterAÇÃO DAS CirCUnStÂnCiAS À LUZ DO COViD-19

teses e reflexões para um diálogo Por Manuel Carneiro da Frada(*)(**) em breve síntese, são estas as principais teses e reflexões que, considerando a experiência do Covid-19, propomos para a compreensão do sentido da alteração das circunstâncias enquanto causa possível de resolução ou modificação dos contratos na nossa ordem jurídica. i) O Covid-19 realiza com facilidade os pressupostos da resolução ou da modificação dos contratos por alteração das circunstâncias nos termos do art. 437.º/1 do Código Civil (CC). no presente caso, a anormalidade da alteração das circunstâncias em que as partes alicerçaram a decisão de contratar foi acompanhada de uma total imprevisibilidade, requisito este, porém, que a lei justificadamente não exige. A imprevisibilidade é, não obstante, um elemento a ter em conta na determinação

da anormalidade. Só pode, no entanto, ter um papel dogmático entendida enquanto imprevisibilidade concreta, pois a imprevisibilidade abstracta não é requisito necessário da aplicação do art. 437.º/1. na presente situação pandémica, ocorrem normalmente ambas(1). (*)* Doutor em Direito. Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. (**) Dedicamos este escrito a Augusto Silva Dias, que partiu precocemente. O texto desenvolve e complementa teses que apresentamos em conferência/palestra via web sobre o tema em 29 de Abril de 2020, a convite da Universidade Lusófona (Porto). Juntaram-se também algumas indicações bibliográficas para conveniência de uma referenciação mínima do que se expõe. (1) Cf. MAnUeL CArneirO DA FrADA/MAriAnA FOnteS DA COStA, «Sobre os efeitos das crises financeiras na força vinculativa dos contratos», in XX Estudos Comemorativos dos 20 anos da FDUP, ii, Porto, 2017, 184-185.

154

MAnUeL CArneirO DA FrADA

também se não verifica a excepção à resolução ou modificação do contrato se a exigência das obrigações assumidas pela parte lesada em virtude da alteração se situar no âmbito dos riscos próprios do contrato (e, desse modo, não houver contrariedade à boa fé na exigência de tais obrigações): a situação pandémica vivida encontra-se patentemente bem para lá desse âmbito. Pelo que nem sequer se torna necessário invocar o favor da resolução/modificação que a nossa lei prevê, correspondente à solução de regra/excepção que decorre da estruturação da norma quanto a este requisito para casos incertos, de non liquet(2). na nossa ordem jurídica há um ónus da prova e/ou da argumentação que impende sobre a parte que queira prevalecer-se do disposto no art. 437.º/1, in fine (relativo aos riscos próprios do contrato), para paralisar a eficácia da alteração das circunstâncias. ii) As “grandes alterações das circunstâncias” representam o reduto mais firme e irredutível da aplicação do art. 437.º/1(3). O Covid-19 realiza uma alteração desse tipo porque a emergência sanitária

surgida representa a modificação (brusca) de uma condicionante geral da coexistência social, com impacto generalizado e, em muitos casos, brutal, na possibilidade e forma da interacção e cooperação de um número indeterminado de sujeitos(4). A índole tão particular da alteração que se instaurou não pode ordinariamente ser resolvida, como acontece neste género de alterações, mediante o recurso às regras comuns de distribuição do risco, próprias dos diversos tipos de contratuais, que foram predispostas pelo legislador. A orientação pelo contrato atingido não é possível, precisamente porque o contrato não quis nem pretendeu regular as bases da coexistência social, nem repartir os riscos dos respectivos pressupostos. Verifica-se facilmente, tanto uma inadequação de disposições específicas, como uma insuficiência da disciplina normativa geral de outras e menos particulares formas de

(2) Cf. MAnUeL CArneirO DA FrADA/MAriAnA FOnteS DA COStA, «Sobre os efeitos das crises financeiras na força vinculativa dos contratos», in XX Estudos Comemorativos dos 20 anos da FDUP, ii, Porto, 2017, 188-189. (3) Para a especificidade deste tipo de alteração, com referência à designação que lhe deu Kegel (e pela qual se tornou também conhecida entre nós), cf. Werner FLUMe, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, ii, Das Rechtsgeschäft, 4.ª ed., Berlin, etc., 1992, 518 ss. (4) Sobre este tipo de situações também já o nosso “Crise financeira e alteração das circunstâncias/Contratos de depósito vs. contratos de gestão de carteiras”, in Forjar o Direito, 2.ª ed., Coimbra, 2019, 78-80.

perturbação do programa prestacional (v.g., os arts. 795.º e 1040.º do CC), sem prejuízo da necessidade de um aproveitamento pleno e intensivo das possibilidades oferecidas pelo direito comum do não cumprimento das obrigações(5). Por outro lado, perante este tipo de alteração das circunstâncias, a mora do devedor não impede só por si, sem ponderações suplementares, a invocação do disposto no art. 437.º/1, devendo o art. 438.º sofrer a

correspondente redução teleológica. iii) O desafio colocado pelo Covid-19 aos tribunais no âmbito do art. 437.º/1 mostra a insuficiência de algumas explicações dogmáticas para a relevância da alteração das circunstâncias no âmbito dos contratos. Sem negar a importância e a pertinência de critérios subjectivistas — sobretudo em outras ordens jurídicas, como a alemã, que a relacionam com a vontade hipotética das partes, assim favorecendo soluções para a alteração das circunstâncias por via da interpretação (complementadora) ou da integração negocial(6) —, parece claro que uma emergência como a do Covid-19 coloca essencialmente um problema de justiça objectiva do contrato. não importa a vontade, actual ou hipotética, das partes. O apelo à vontade razoável constituirá também uma simples etiquetagem formal para um problema que é, nuclearmente, de justiça contratual objectiva e que o direito português vigente resolve com recurso às noções (legais) objectivadas de "princípios da boa fé" e "equidade". A justiça contratual que se trata de realizar mediante o art. 437.º/1 do CC tem de ter sempre em conta as representações e as condutas das partes no âmbito do contrato atingido, aí residindo a explicação mais plausível para a utilização, pelo legislador, da locução central "boa fé". Mas não se trata de corresponder ainda, de algum modo, a essa vontade, quanto de realizar a justiça contratual considerando o que essa vontade manifestou(7). (5) Pode ver-se, nesse sentido, a sinopse oferecida por MigUeL OSóriO De CAStrO, em "O impacto das medidas de combate ao coronavírus no cumprimento dos contratos", correspondente a conferência/palestra via web da Universidade Lusófona (Porto), tida em 27 de Abril de 2020. (6) Cf. o actual § 313 do BgB. Para uma exploração desenvolvida do elemento hipotético da vontade das partes na temática da alteração das circunstâncias (que, por certo, merece e deve ser aproveitado), cf. MAriAnA FOnteS DA COStA, Da Alteração Superveniente das Circunstâncias (em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais), Coimbra, 2017, 337 ss, e passim. (7) Defendemo-lo no nosso Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil, Coimbra, 2003, 863-864,

e nota 966. reconduzindo também a alteração das circunstâncias a um problema de justiça objectiva, mas muito crítico, a propósito da boa fé, em relação a “uma intonação subjectiva que só complica”, Oliveira Ascensão, Direito Civil/Teoria Geral (Relações e Situações Jurídicas), iii, Coimbra, 2002, 202, 210.

156

MAnUeL CArneirO DA FrADA

A presente epidemia situa-se para lá de tudo o que as partes podiam razoavelmente cogitar e não há, nesse sentido, um critério “intracontratual” que, por si, o permita resolver. iV) O cerne normativo do art. 437.º/1 é constituído pela locução “princípios da boa fé”. ela dá expressão a imperativos indeclináveis de justiça (tendo em conta, como se disse, as representações e as condutas das partes), face aos quais a exigência das obrigações assumidas não pode proceder. esse núcleo constitui o ponto central de referência da interpretação e aplicação do preceito. A ele se ordenam, reciprocamente e em rede, o significado e papel dos vários requisitos e pressupostos da resolução ou modificação do contrato(8). V) As “grandes” alterações de circunstâncias são gerais, e totalmente alheias a condutas ou áreas de influência das partes, a cujo domínio e controlo escapam completamente. O Covid-19 é delas um exemplo particularmente eloquente. Por isso, a boa fé impõe que a ocorrência não deva ser aproveitada unilateralmente por um dos sujeitos em detrimento do outro, nem penalize arbitrariamente um dos contraentes. Afinal, a perturbação ocorrida tem a sua origem, ou provém de uma esfera manifestamente “neutra” em relação a qualquer das partes (ou, se se preferir, “comum” a elas). na medida em que provoca uma alteração global de parâmetros fundamentais da coexistência social, o Covid-19 deve ser encarado, do ponto de vista jurídico, como um risco a que todos os contraentes, membros de “uma mesma comunidade de risco”, estão expostos. nenhum sujeito, parte num contrato, pode pretender eximir-se aos seus efeitos à custa do outro, nem devem

permitir-se benefícios fortuitos a uma das partes que impliquem o prejuízo da outra(9). Os contratos não podem converter-se em casos de windfall profit de uns à custa de outros, pois tal contraria os ditames da justiça. Vi) O equilíbrio da balança da Justiça significa que a justa medida é constituída pelo justo meio. Pelo que a repercussão jurídica do Covid-19 deve ser repartida de harmonia com um princípio de igualdade. nos contratos com prestações recíprocas a cargo de ambas as partes, realizá-lo-á, no limite, a razão da (8) Cf. MAnUeL CArneirO DA FrADA, "Crise financeira e alteração das circunstâncias/Contratos de depósito vs. contratos de gestão de carteiras", in Forjar o Direito, cit., esp. 75-76. (9) Ibidem, 87 ss.

A ALterAÇÃO DAS CirCUnStÂnCiAS À LUZ DO COViD-19

157

metade aritmética no sacrifício (50% para cada uma). nos contratos de fim comum, a participação nas perdas implicará uma medida de proporcionalidade atendendo ao contributo de cada um (a isenção de perdas de algum deles configuraria, no cenário de pandemia que atravessamos, um exemplo particularmente expressivo de uma cláusula "leonina"). A cada tipo de contrato corresponde uma estrutura de (distribuição de) risco que carece de ser considerada. Vii) A ideia regulativa (ou o valor) da igualdade não pode nem deve ser entendida em termos formais. impede-o a regra (objectiva) da "equidade", à qual se encontra subordinada, por determinação legal, a intervenção do juiz em sede de alteração das circunstâncias(10). e compreensivelmente. Uma grande alteração das circunstâncias como a que o Covid-19 provocou pode atingir em termos muito diversos as partes num contrato. Pelo que as soluções jurídicas para uma situação como a presente serão inevitavelmente diversas, consoante essas repercussões e as circunstâncias particulares dos sujeitos envolvidos. A equidade implica, porém, o respeito pelo equilíbrio e a proporcionalidade de base do contrato, tal como configurado pelas partes. Há, pois, que partir da "equação económica do

contrato” originária(11). A superveniência de uma alteração das circunstâncias não legitima uma correcção do seu conteúdo em nome da mera (garantia de uma) equivalência das prestações. Viii) A igualdade é, portanto, uma igualdade de sentido material: equitativo. Pode, nalguns casos, ser difícil concretizá-la. tratando-se de operar uma modificação do contrato em virtude da pandemia, as partes encontram-se adstritas a aceitar essa medida. está, contudo, em causa um processo dinâmico (ainda) em curso, sem desfecho antecipável e com muitas incertezas. não podem excluir-se, portanto, novas alterações que obriguem a supervenientes modificações ao abrigo de uma mesma e única convocação do art. 437.º/1; assim como, se necessário, a sucessivas e repetidas convocações deste preceito.

(10) Sobre a equidade e as mais exigências, pode ver-se o nosso «A equidade (ou a “justiça com coração”)/A propósito da decisão arbitral segundo a equidade”, in Forjar o Direito, cit., 671 ss. (11) Cf., desenvolvidamente, PeDrO PAiS De VASCOnCeLOS/PeDrO LeitÃO PAiS De VASCOnCeLOS, Teoria Geral do Direito Civil, 9.ª ed., Coimbra, 2019, 382.

158

MAnUeL CArneirO DA FrADA

iX) Verificada uma situação epidémica com as características da presente, todo o exercício de poderes conferidos pelos contrato — modificado ou não — a uma das partes deve também ser exercido de forma equitativa, de harmonia com o que as circunstâncias exigem. O critério do art. 400.º/1 converge com o do art. 437.º/1. A partir do momento da celebração do contrato deixa de ser possível aos sujeitos um exercício arbitrário da sua autonomia. O contrato funda um espaço (jurídico) de razoabilidade intersubjectiva a que as partes se encontram reciprocamente vinculadas(12). X) em qualquer caso: a distribuição de custos e benefícios entre as partes num contrato, por força do art. 437.º/1, perante a superveniência de uma emergência como a actual, não precisa de ser, nem pode muitas vezes ser, “aritmética” (no sentido de matematicamente igual,

ainda que esse constitua o critério subsidiário último). Como questão de justiça distributiva numa relação comutativa que é, tal distribuição implica, por exemplo, atenção à capacidade das partes de controlar ou mitigar o processo de desenvolvimento dos danos, e de absorver ou repercutir os prejuízos definitivos. Dois dos critérios fundamentais — o da dominabilidade ou direccionabilidade do risco, e da absorção (ou externalização) dos prejuízos — carecem de ser completados: por exemplo, pela exigência de tratamento igual dos clientes (especialmente no caso de empresas que prestam, de modo universal, bens e serviços essenciais), ou pela necessidade de assegurar uma medida proporcionada de manutenção ou satisfação das condições de vida de cada um (constituindo um limite o mínimo existencial imposto pela dignidade da pessoa humana, que a cada um deve ser garantido). Xi) O princípio da igualdade não deve, portanto — repete-se —, ser entendido em termos formais, antes materiais. Perante grandes alterações das circunstâncias, na concretização das referidas exigências da justiça distributiva nas relações comutativas intervêm também ponderações constitucionais, que podem conduzir a uma hierarquização dos bens contratuais a preservar num cenário de pandemia como o Covid-19. Há, então, um âmbito de confluência legitima e metodologicamente exigível entre o art. 437.º/1 e, designadamente, o regime constitucional dos direitos fundamentais. (12) enfatizou-o BAPtiStA MACHADO, «A cláusula do razoável», in Obra Dispersa, i, Braga, 1991, 457 ss.

A ALterAÇÃO DAS CirCUnStÂnCiAS À LUZ DO COViD-19

159

Sem prejuízo, nas grandes alterações das circunstâncias (como a epidemia do Covid-19), a prossecução de objectivos “transcontratuais” gerais — tal qual v.g., a preservação de interesses difusos em matéria energética ou ambiental, e/ou a satisfação de certas necessidades só possível pela solidariedade de todos, porventura intergeracional — requererão normalmente uma resposta geral, “para lá” das relações contratuais concretas, de natureza política, escapando,

nessa medida, ao âmbito do art. 437.º/1. Xii) As grandes alterações das circunstâncias, quando surgem, desencadeiam normalmente um quase inevitável espaço de tensão entre o legislador e os tribunais. O primeiro, na tentativa de dar uma resposta genérica, mediante a autoridade da lei, a problemas social ou economicamente sensíveis e transversais, que requerem visão estratégica de conjunto e uniformidade de critério. Os segundos porque, sem deixarem de respeitar e reconhecer as responsabilidades próprias do legislador, se não podem demitir de julgar hic et nunc, segundo o Direito, com recurso a critérios universalizáveis (cf. o art. 8.º/3), problemas concretos de justiça contratual. A tensão agrava-se quando as intervenções legislativas são desiguais e criam distorções no sistema jurídico. Opções políticas singulares seguidas, em pontos concretos do sistema, pelo legislador (por exemplo, no arrendamento) podem provocar "réplicas" imediatas em muitos outros âmbitos à luz do princípio da igualdade, frustrando esse princípio cardinal se não forem correspondidas. nenhuma lei ou legislador — com ou sem motivações políticas — se encontra, com efeito, acima, ou consegue escapar ao juízo sindicante do valor superior da Justiça que imediatamente convoca o art. 437.º/1. não constitui certamente vocação dos tribunais solucionar com carácter de generalidade os problemas socio-económicos colocados por uma grande alteração das circunstâncias (como a presente pandemia). É mesmo muito de saudar o seu comedimento e a sua abstenção de procurar transformar de forma pretoriana as estruturas socio-económicas. Mas o poder jurisdicional não está, nem por isso eximido do controlo que, segundo o Direito, lhe compete — por missão (originariamente) própria (e não delegada pelo legislador) — do controlo da exigibilidade das obrigações assumidos pelos contratos ao abrigo do art. 437.º/1. Cabe, portanto, ao legislador evitar, com a ponderação, o equilíbrio e a não extemporaneidade das suas decisões, intervenções dos tribunais no conteúdo dos contratos em contextos de decisão para estes por vezes, de outra forma, muito complexos e difíceis.

De todo o modo, o surgimento de regras legais instituindo em certos domínios um ius singulare para responder aos desafios do Covid-19 não permite, por argumento a contrario sensu, ilações (automáticas) no sentido da preclusão do controlo dos tribunais para lá do âmbito dessas normas (ou, mesmo, sobrepondo-se a elas, caso a evolução das circunstâncias determine a desadaptação dessas regras para resolver adequadamente as perturbações contratuais surgidas). Xiii) A fronteira entre o "jurídico" e o "político" nem sempre se apresenta, como bem se sabe, fácil de traçar. Mas é absolutamente essencial a um estado de Direito. Cabe à esfera política responder, mediante os actos legislativos adequados, aos problemas que a epidemia causa, tomando para o efeito as correspondentes decisões estratégicas de orientação e conformação económicosocial. Aos tribunais compete, porém, assegurar, no plano de cada contrato, que essas decisões não deturpem grosseiramente a justiça perante a realidade a que se vão aplicar, sabido que todas as decisões do poder legislativo só são legítimas enquanto as leis por ele dimanadas forem expressão do Direito(13). Aliás, as irrupções e modificações legislativas num cenário de pandemia ou em qualquer outro de "grande alteração das circunstâncias" podem configurar, também elas, uma alteração das circunstâncias susceptível de justificar a resolução ou a modificação de um contrato ao abrigo do art. 437.º/1. O mesmo se diga das determinações administrativas num cenário de crise, sanitária ou outra. Os actos de autoridade — legislativa, política, monetária, etc. — com impacto relevante no "ambiente" em que os contratos foram celebrados constituem exemplos clássicos de alteração das circunstâncias(14). (13) na lapidar fórmula de Paulus: «Non ut ex regula ius summatur, sed ex iure, quod est, regula fiat» (não é da regra que promana o Direito, antes, a regra faz-se a partir do Direito que é): cf. OLiVeirA ASCenSÃO, O Direito/Introdução e Teoria Geral, 13.ª ed., Coimbra, 2005, 498.

(14) não merece, pois, acolhimento a opinião de que, nos casos de contratos de swap de taxas de juro, recentemente muito discutidos entre nós na sequência da crise financeira de 2008, as oscilações de taxa, provocando perdas catastróficas a uma das partes, não eram susceptíveis de expressar uma alteração de circunstâncias relevante, a pretexto de integrarem os riscos próprios de tais contratos. tal perspectiva ignora que a intervenção do Banco europeu, impondo, em nome de uma certa política, taxas de juro baixas, alterou efectivamente as condições de uma fixação livre das taxas de juro no mercado, situando-se para lá da álea desses contratos. O art. 437.º/1 é-lhes, nessa medida, aplicável: nesse sentido, MAnUeL CArneirO DA FrADA/MAriAnA FOnteS DA COStA, «Sobre os efeitos das crises financeiras na força vinculativa dos contratos», cit., 191-192. (Para a articulação, nesse específico tema, da alteração das circunstâncias com outros possíveis meios de defesa dos sujeitos e entidades subscritoras de tais contratos, cf. MAnUeL CArneirO DA FrADA, «A responsabilidade dos intermediários financeiros por informação deficitária ou falta de adequação dos instrumentos financeiros», in O Novo Direito dos Valores Mobiliários/I Congresso sobre Valores Mobiliários e Mercados Financeiros, Coimbra, 2017, 401 ss.).

A ALterAÇÃO DAS CirCUnStÂnCiAS À LUZ DO COViD-19

161

XiV) em todo o caso, as decisões sobre as exigências da justiça contratual ao abrigo do art. 437.º/1 são quase sempre delicadas. Particularmente tratando-se, não de, pela negativa, rejeitar a eficácia de um contrato, por desconformidade com essas exigências, quanto de estabelecer, pela positiva, “a solução justa” a adoptar. É mais fácil fundamentar o injusto do que consensualizar o justo. Por essa razão, perante a ocorrência da actual epidemia, no caso de definitividade dos seus efeitos nas relações contratuais atingidas, é provável que os tribunais procurarão furtar-se a determinar directamente o conteúdo (justo, rectius equitativo) dos contratos e a modificá-los à margem de um acordo das partes.

Preferirão, sempre que possível, recorrer a operadores jurídico-dogmáticos mais neutros (em relação às exigências objectivas da justiça ou da equidade postuladas pelo art. 437.º/1), como os da impossibilidade, temporária ou parcial, do cumprimento, da inexigibilidade de cumprimento, da regra de conduta segundo a boa fé do art. 762.º/2, do conflito de direitos ou do abuso do direito(15): desse modo enfrentando perturbações no programa obrigacional sem recorrer ao art. 437.º/1 e ao poder de intervir no conteúdo dos contratos que o preceito lhes confere(16). revelar-se-á e confirmar-se-á, pois, previsivelmente, uma certa subsidiariedade do preceito na prática judiciária. XV) Compreende-se que uma cláusula de força maior possa, sobrevindo o Covid-19, exonerar o devedor do cumprimento, ou da responsabilidade por incumprimento. Contudo, em conformidade com a directriz de que nenhum sujeito parte num contrato pode querer eximir-se de forma unilateral às consequências de uma grande alteração das circunstâncias (como a presente pandemia), alijando a totalidade do risco contratual para a contraparte, essa cláusula não permite ao devedor lançar sobre o credor, (15) repare-se que tanto o abuso do direito como a regra de conduta da boa fé permitem a ponderação do comportamento (exigível) das partes, pelo que não está em causa a avaliação pura e simples, objectiva e directa, da justiça contratual. Mutatis muntandis se diga a respeito da tutela da confiança, também equacionável para resolver alguns problemas colocados pela pandemia. em geral para a perspectiva que temos da complexa articulação entre o abuso, a regra de conduta segundo a boa fé e a tutela da confiança, pode ver-se o nosso Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil, Coimbra, 2003, 670 ss, 850 ss, 857 ss, 863, e notas, e passim. (16) Veja-se a respeito, por isso, com muito interesse, as anotações aos preceitos do Código Civil correspondentes incluídas em “novo Corona Vírus e Crise Contratual” (coord. Catarina Monteiro Pires), da autoria de AnA PereStreLO De OLiVeirA, A. B. MeneZeS COrDeirO, CAtArinA MOnteirO PireS, DiOgO COStA gOnÇALVeS, MADALenA PereStreLO De OLiVeirA e MAriA De

LUrDeS PereirA, disponíveis em .

162

MAnUeL CArneirO DA FrADA

na totalidade, o risco da contraprestação, obrigando-o à sua realização ou impedindo a sua restituição. É, pois, inaceitável uma solução — ou, mesmo, uma regulação legal — que, não obstante a liberação do devedor, faça o credor suportar integralmente o risco da contraprestação. A liberação (total ou parcial) do devedor em consequência de um evento de força maior deve repercutir-se proporcionadamente na contraprestação, a fim de não criar desequilíbrios injustificáveis na distribuição do risco contratual. Diferentes são as situações em que as cláusulas de força maior circunscrevem apenas o programa obrigacional. nessa hipótese não há lugar à exoneração ou à redução da contraprestação, por isso que esta última também foi calculada ab initio em função das prestações assim delimitadas. XVi) O art. 437.º/1 é expressão de um cerne de justiça contratual inarredável pela vontade das partes, integrante da ordem pública (contratual), injuntivo e inderrogável por vontade das partes. não é, rigorosamente falando, supletivo. nenhuma disposição contratual pode ofender aquele cerne, que é — reitera-se — de ordem pública e exprime uma condição sine qua non da juridicidade. O legislador que ouse ofendê-lo — por exemplo, impondo numa parceria público-privada, a alocação das perdas decorrentes do Covid-19 a tão-só uma das partes — expõe-se evidentemente a uma apreciação de controlo por parte dos tribunais: um juízo, este, perfeitamente possível dentro dos parâmetros metodológicos aplicáveis e que, no limite, podem mesmo fundamentar decisões contra legem (na medida em que, sempre, intra ou secundum ius). XVii) A lesão, pelo legislador, do equilíbrio contratual no que toca à alocação do risco de uma grande alteração das circunstâncias como a presente pandemia não representa certamente uma violação da propriedade propriamente dita. É por isso questionável que se encontre abrangida pela garantia constitucional àquela assegurada pelo art. 62.º da Constituição, pese

embora a possibilidade de uma interpretação mais generosa desse preceito constitucional. Uma vez que o critério de uma eventual normatividade constitucional a este respeito se não pode extrair do alcance (pré-dado) dessa norma, torna-se claro que as condições e as exigências mínimas da justiça contratual (diferenciáveis das que são convocadas por um ius in re como a propriedade) não representam propriamente "matéria constitucional regulada".

A ALterAÇÃO DAS CirCUnStÂnCiAS À LUZ DO COViD-19

163

não é possível, nem metodologicamente desejável, confundir o alcance da constitucionalidade com o da juridicidade, assimilando esta àquela, e dissolvendo-a nela. De facto, há muito boas razões para rejeitar um certo "panconstitucionalismo" hoje em voga (de braço dado com um "positivismo constitucional" que absorveria todas as aspirações da justiça). Deste modo, o problema da admissibilidade, ou não, de determinações por via legal (infraconstitucionais) de uma distribuição do risco contratual que ofenda frontal e gravemente a justiça convoca incontornavelmente o problema dos limites da constitucionalidade (mesmo entendida em sentido material), e a necessidade de afirmar, para lá deles e acima da Constituição — sempre —, o campo constitutivo da juridicidade e o império do Direito. Porto, 10 de Junho de 2020

Fonte: https://portal.oa.pt