# A TEORIA DA IMPREVISÃO NO DIREITO PRIVADO

Pelo DR. AMILCAR FREIRE DOS SANTOS

## CAPÍTULO I

### § 1.º — NOÇÕES GERAIS

#### 1 — A Teoria da Imprevisão: Necessidades práticas a que vem dar satisfação.

Nos contratos a longo prazo, sempre que entre o momento da celebração do contrato e o momento da sua execução medeia um considerável espaço de tempo, pode dar-se o caso de, por uma guerra ou por qualquer outro acontecimento impossível de prever no momento da celebração do contrato, se modificar totalmente o condicionalismo económico que existia no momento em que o contrato foi concluído.

E dessa modificação pode resultar que, se o contrato for executado no seu teor inicial, fique arruinado um dos contraentes e enriquecido o outro, sem que este último tivesse activa e legìtimamente contribuído para isso.

Surge, assim, como processo técnico para dar satisfação a essas necessidades da vida económica, a teoria da imprevisão.

Popescu, no seu «Essai d'une théorie de l'imprevision en droit français et comparé», formula do modo seguinte aquela teoria:

«Quando, a seguir à guerra ou a qualquer outro acontecimento impossível de prever no momento da conclusão do contrato, a alta dos preços atinge uma proporção tal, que não só tem um carácter excepcional, mas ultrapassa em muito as previsões que poderiam ter sido razoàvelmente feitas na época da convenção, estando inteiramente subvertida a economia do contrato, a parte lesada tem o direito de pedir aos tribunais, na falta de acordo amigável com a

outra parte, a rescisão do contrato ou a sua suspensão durante um certo período, para evitar a ruína a que estaria exposta se executasse o contrato».

## 2 — Actualidade deste estudo.

É, sobretudo, depois de acontecimentos de extrema gravidade e repercussão na vida económica que se activa o estudo da teoria da imprevisão.

Após a guerra de 1914-1918 surgiram numerosos estudos sobre esta teoria, sem que, no entanto, se tivesse chegado a uma unidade de doutrina.

A discussão tomou novo incremento com a eclosão da nova guerra de 1939-1945, em virtude das circunstâncias impostas a quase todos os países pela nova hecatombe.

As condições económicas tanto dos países vencidos como dos vencedores são precárias, atingindo em alguns deles o verdadeiro caos.

Embora Portugal não tivesse entrado activamente nesta guerra, não deixou, contudo, de lhe sofrer as consequências, mormente no campo económico.

A escassez de matérias-primas fez paralisar muitas indústrias e as que não paralisaram viram-se sèriamente embaraçadas para cumprir os seus compromissos, em virtude dos materiais importados ficarem por preços exorbitantes, que se foram repercutir assustadoramente no preço dos produtos.

Além da escassez das matérias-primas, a crise de transportes motivada pela mobilização, agravada com o risco da navegação, conduziu igualmente a uma tal alta de preços, que um contrato concluído em período normal não poderia ser executado durante ou logo após a guerra no seu teor inicial, sem arruinar um dos contraentes e enriquecer o outro.

Esta situação anormal continua, não obstante o termo da guerra. Continua a incerteza no campo económico, os preços oscilam assustadoramente e pode dar-se até o caso de certos produtos desaparecerem de um momento para o outro.

Nestas circunstâncias, compreende-se a actualidade do nosso estudo e o seu consequente interesse prático.

### 3 — Domínio de aplicação da teoria da imprevisão.

Fizemos apenas uma vaga formulação da teoria da imprevisão.

Cumpre, antes de mais, fixar a extensão da doutrina, o seu domínio de aplicação.

É sabido que dois dos princípios fundamentais em matéria contratual são os princípios da autonomia da vontade e o da irretratabilidade das convenções. Princípios que estão, afinal, em íntima conexão, visto que a irretratabilidade das convenções resulta do respeito devido à vontade humana.

Definindo posições, deve dizer-se desde já que os defensores da teoria da imprevisão reconhecem que ela terá de ser sempre uma regra excepcional e que o princípio que subsiste é o de que as convenções legalmente celebradas fazem lei entre as partes.

A teoria da imprevisão não se aplica senão a certos contratos e sob certas condições.

Só é possível pretender aplicá-la a certos contratos, divergindo, porém, os autores quanto aos contratos a que ela se poderá aplicar.

Enquanto uns a limitam aos contratos de prestações sucessivas ou trato sucessivo, como v. g., Radonant (1), outros como Osti (2) e Medeiros da Fonseca (3) entendem que a teoria se aplica a todos os contratos que comportem obrigações a termo (qui habent dependentiam de futuro). Basta que seja distinto o momento da formação do contrato daquele em que o mesmo se executa para que o princípio possa ser evocado.

Esta corrente, aliás, está vencedora entre os partidários da doutrina e com razão, pois não seria lógico manter a limitação pretendida, em face dos fundamentos apresentados.

E, mesmo em relação a esses contratos, a teoria só é de aplicar dadas as seguintes condições:

*a*) que sobrevenha, independentemente de toda a culpa do interessado, uma mudança radical das circunstâncias de facto que existiam à data da celebração do contrato;

---

(1) Du cas fortuit et de la force majeure, pág. 65.

(2) Rev. di diritto civile, 1913, pág. 473.

(3) Caso fortuito e teoria da imprevisão, pág. 197.

*b*) que essa mudança tenha sido humanamente impossível de prever e que não tenha havido para o contraente obrigação de a prever e de a suportar, como uma «alea» ligada à natureza do contrato;

c) enfim, que a mudança seja tal que, se o interessado a tivesse podido prever, sem dúvida que se não teria obrigado ou, pelo menos, não o teria feito senão em outras condições.

## § 2.º — NOÇÕES HISTÓRICAS

Antes de entrar pròpriamente no estudo da teoria da imprevisão, convém fazer uma resenha histórica desta instituição, desde o Direito romano até ao Direito moderno.

### 4 — Aplicação da teoria da imprevisão, desde o Direito romano até ao século XVI.

A aplicação da teoria da imprevisão encontra-se já no Direito romano e, embora os jurisconsultos romanos não tivessem elaborado uma teoria geral desta instituição, aplicaram, contudo, o princípio em alguns casos.

O jurisconsulto Paulo dizia: «*In stipulationibus id tempus spectatur quo contrahimus*». *O que interessa nos contratos não é o momento da execução mas o momento da convenção.*

Africanus num texto de «*Solutionibus et liberationibus*» diz: «*Tacite enim inesse haec conventio stipulationi videtur si in eadem causa maneat*». Parece que existe uma cláusula tácita, segundo a qual a obrigação 'executa-se se ficar na mesma situação da que existia no momento da conclusão do contrato».

Os filósofos romanos também se preocuparam com esta questão e chegaram à conclusão que não se podia obrigar alguém a executar se as condições não fossem as mesmas que as que existiam no momento da conclusão da convenção.

É desta opinão Cícero no «De Officiis (1.10 e III. 25.) e com mais precisão ainda Séneca que no «De beneficiis» nos diz: «*Omnia*

*esse debent eadem, quae fuerunt, cum promiterem, ut promitentis fidem teneas»*. Tudo deve conservar-se no mesmo estado em que estava no momento da celebração para que se possa exigir o seu cumprimento ao promitente».

Estas ideias dos filósofos romanos foram influenciar os canonistas dos séculos XII e XIII.

Graciano, no seu livro «*Decretum*», desenvolve as ideias de Cícero e de Séneca chegando às mesmas conclusões.

Mais tarde Bartolomeu de Brescia e Santo Tomaz de Aquino no seu livro «*Summa Theológica*» seguem o mesmo caminho.

As ideias dos canonistas tiveram aplicação no Direito Canónico e perante os tribunais eclesiásticos.

Os glosadores não se ocuparam da questão mas os post-glosadores seguiram as ideias dos canonistas e generalizaram-nas.

Bártolo, chefe desta escola, declara que em todos os casos de «renúncia» presume-se a cláusula «*rebus sic se habentibus*».

Baldo aplica a cláusula a todas as promessas quando diz: «*rebus sic se habentibus loquimur, sic et promisiones intelligentum rebus sic se habentibus*».

Mais tarde Jason de Mayno considera a cláusula subentendida em todos os contratos.

Foram os post-glosadores que mudaram a fórmula «rebus sic stantibus» tal qual hoje ainda se denomina, por vezes.

### 5 — **Desenvolvimento e apogeu.**

Desta forma, a cláusula R. S. S. afirma-se plenamente no domínio do Direito nos séculos XIV a XVI; desenvolve-se a doutrina em torno dela, aceita pelo direito comum; dá lugar a copiosa literatura, atingindo o período áureo até meados do século XVIII.

Consagrada nos primeiros Códigos de origem germânica, fez o Código bávaro, de 1756, depender a sua aplicação de três requisitos: alteração de circunstâncias que não proviesse de *mora*, de *facto* ou *culpa* do devedor, de tal maneira que não fosse fácil prevê-la; e de tal monta que, segundo a opinião desinteressada e honesta de uma pessoa normal, o devedor não teria consentido em obrigar-se, se suspeitasse da sua superveniência.

### 6 — Decadência.

Nos fins do século XVIII e início do século XIX, entrou a cláusula em decadência. Os autores começaram a mostrar-se cada vez menos favoráveis à sua admissão, procurando limitar os casos de aplicação.

Os novos códigos, elaborados no princípio do século passado, entre os quais o Código de Napoleão e o Código Civil italiano, não lhe fazem qualquer referência.

Afirmam-se os princípios da autonomia da vontade humana e da irretratabilidade das convenções.

Tudo parecia indicar que a cláusula «*rebus sic stantibus*» passaria a constituir mera erudição histórica se não surgissem, de quando em quando, algumas decisões judiciais aplicando-a, como a sentença do Tribunal de Cassação de Turim, de 16 de Agosto de 1900.

Esses julgados, posto que raros, voltaram a atrair a atenção da doutrina para a regra esquecida. Em torno dela, investigando o seu fundamento jurídico, o seu campo de aplicação e os seus efeitos, fizeram-se estudos novos.

E a guerra de 1914, com as suas imprevistas consequências, veio dar ao assunto a mais palpitante actualidade, que perdura nos dias em que vivemos.

## CAPÍTULO II

## FUNDAMENTO DA TEORIA DA IMPREVISÃO

### 7 — Noções gerais.

A teoria da imprevisão que com este nome apenas surgiu depois da guerra de 1914-1918, lutou com uma grande dificuldade: não tinha base legal. Correspondia apenas a um sentimento de justiça, que não era suficiente para que a doutrina pudesse ser aplicada pelos tribunais.

Deste modo, os adeptos da teoria procuraram em todos os países uma base legal nas disposições dos respectivos códigos civis.

Trabalho difícil, que os autores procuraram resolver das mais diversas maneiras.

Esta é a razão por que vamos encontrar para a teoria da imprevisão os mais diversos fundamentos, pelos autores considerados como os meios técnicos capazes de enquadrar a teoria da imprevisão nos diversos sistemas de direito positivo.

## § 1.º — FUNDAMENTO DA TEORIA DA IMPREVISÃO COM BASE NA NOÇÃO DE FORÇA MAIOR

### 8 — Como pode a força maior fundamentar a teoria da imprevisão.

Os autores que pretendem encontrar na noção de força maior o fundamento da teoria da imprevisão têm de força maior um conceito diferente do que clàssicamente se tem.

Adiante se verá qual o conceito clássico de força maior. Mas podemos dizer já que se clàssicamente se tem entendido que a força maior só exonera do cumprimento das obrigações assumidas quando coloca o devedor na *impossibilidade de cumprir.*

Os escritores que pretendem fundamentar na força maior a teoria da imprevisão entendem que a ameaça de ruína financeira, o encargo excessivo que representa o cumprimento da obrigação das novas e imprevistas condições económicas, constitui caso de força maior (1).

Nesta orientação a simples *dificuldade* de cumprimento da obrigação, a impossibilidade relativa ou onerosidade excessiva, deveria exonerar o devedor do cumprimento da obrigação.

### 9 — Rejeição desta fundamentação na doutrina e jurisprudência francesas e italianas.

a) *Razão deste número.*

A construção que sumàriamente deixamos exposta para fundamentar pela força maior a teoria da imprevisão foi feita em vários países.

---

(1) Prof. Barbosa de Magalhães, Gaz. da Rel. de Lx., vol. 37, págs. 129-131.

Interessa-nos, sobretudo, considerar a maneira como a essa construção reagiram a doutrina e jurisprudência francesas e italianas, pela profunda semelhança que existe entre os códigos civis francês, italiano e português.

O exemplo da doutrina e jurisprudência francesas e italianas pode servir-nos.

b) *A doutrina e jurisprudência francesas.*

A maior parte da doutrina francesa sempre considerou como requisitos da força maior os seguintes:

1.º — Que o acontecimento oponha um obstáculo intransponível à execução da obrigação, isto é, que torne esta execução *absolutamente impossível*;

2.º — Que o acontecimento seja irresistível;

3.º — Que o acontecimento seja actual e que fosse imprevisível quando da celebração do contrato;

4.º — Que o acontecimento não tenha sido ocasionado por culpa do devedor;

5.º — Finalmente, o devedor não deve ter tomado à sua conta todos os casos fortuitos previstos ou imprevistos.

É claro que para a demonstração que pretendemos fazer apenas nos interessa o primeiro requisito da força maior: que o devedor se encontre diante de uma *impossibilidade absoluta* de executar a obrigação.

Certos autores empregam as palavras «*impedir de executar*», outros a expressão semelhante «*impossibilidade absoluta de executar*»; mas qualquer que seja a expressão empregada, todos prosseguem a mesma ideia, a saber: para que um acontecimento possa constituir força maior capaz de desvincular o devedor das suas obrigações, esse acontecimento deve opor um obstáculo intransponível à execução dos seus compromissos.

Desta opinião são, entre outros, Demolombe, Laurent, Demogue, Planiol.

Quanto à jurisprudência francesa, afirma Rodorant que sempre tem sido no sentido de considerar como requisito de força maior a impossibilidade absoluta de cumprir. Há excepções, mas são raríssimas.

c) *A doutrina e jurisprudência italianas.*

As necessidades que em França se verificaram e que levaram a tentar fundamentar a teoria da imprevisão pela noção de caso fortuito ou força maior, também em Itália, e neste país sobretudo, levaram a procurar seguir o mesmo caminho.

Também aqui se tentou fundamentar a teoria de imprevisão ou «teoria de la soprevenienza», numa extensão da noção de força maior, propondo assimilar a impossibilidade absoluta de cumprir, exigida para a aplicação desta última, há muito grande dificuldade de executar as obrigações nascidas de um contrato, resultante do facto de elas se tornarem muito onerosas.

A questão foi muito debatida.

A substituição da noção de impossibilidade absoluta e objectiva, considerada como uma das condições de força maior, pela noção mais elástica de impossibilidade relativa e subjectiva, foi tentada pela doutrina italiana com base no art.º 1.224.º do antigo Código Civil italiano, que dispunha:

«... a diligência que cada um deve pôr para o cumprimento de uma obrigação deve ser sempre a de um bom pai de família».

Ora, dizia a doutrina, é à luz desta disposição que é preciso interpretar o art.º 1.226.º do Código Civil italiano, que fala de força maior.

Não se pode, por consequência, obrigar um devedor a executar, se ele pôs toda a diligência de um bom pai da família ou se um acontecimento, pelas suas consequências, impõe a este, para executar as suas obrigações, um esforço que ultrapassa os limites da diligência normal.

A jurisprudência, porém, não admitiu esta interpretação: o tribunal da cassação de Turim, por uma decisão de 8 de Abril de 1921, rejeitou-a, declarando:

«Esta doutrina procura o seu fundamento no art.º 1.224.º do Código Civil, mas este artigo, ao dizer que a diligência que cada um deve usar para o cumprimento da sua obrigação deve ser sempre a de um bom pai de família, supõe o cumprimento desta obrigação; a falta de cumprimento, pelo contrário, é seguida pelos art.os 1.218.º, 1.225.º e 1.226.º, al. 2.ª, segundo os quais o devedor se torna responsável se não cumpre exactamente a sua obrigação

ou se não consegue provar que a inexecução provém de uma causa estranha que o impediu de dar ou de fazer aquilo a que se obrigou.

Por consequência — prosseguiu o tribunal — o devedor deve estar colocado numa tal situação que, apesar de todos os seus esforços, lhe seja absolutamente impossível executar os seus compromissos; ora, ele não se encontra numa situação semelhante quando a obrigação é ainda susceptível de execução, mesmo com um certo esforço ou sacrifício pecuniário».

Assim, em Itália, este ensaio da doutrina de tornar elástica a noção de força maior para que ela pudesse oferecer um fundamento à teoria da imprevisão, não resultou; e a jurisprudência ficou fiel a esta concepção: que não há força maior se não houver impossibilidade absoluta de executar.

## 10 — Rejeição desta fundamentação na doutrina e jurisprudência portuguesa.

A doutrina portuguesa, na sua quase unanimidade, sempre tem entendido clàssicamente o conceito de força maior.

O Dr. Guilherme Moreira (1), diz:

«Se, em virtude de uma causa que lhe não é imputável, o devedor não fica na impossibilidade de cumprir a obrigação, mas a prestação se torna mais onerosa, não se dá a isenção de responsabilidade pelo não cumprimento, visto que, embora se tornasse mais difícil cumprir a obrigação, o devedor não fica inibido de a cumprir».

O Prof. Dr. Vaz Serra (2) diz que a responsabilidade contratual se funda no facto objectivo do não cumprimento. Esta doutrina, continua o mesmo professor, é tradicional e clàssicamente sustentada por Pothier e acolhida, segundo a generalidade dos intérpretes, pelo Código Civil francês, fonte do nosso nesta parte.

É, pois, a que deve entender-se também sancionada no nosso Código.

O art.º 705.º diz que o contraente que falta ao cumprimento do contrato se torna responsável pelos prejuízos que causa ao outro

---

(1) Instituições, vol. I, págs. 120-121.

(2) in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, ano X.

contraente, salvo tendo sido *impedido* por facto do mesmo contraente, por força maior ou por caso fortuito, para o qual de nenhum modo haja contribuído.

A palavra *impedido* inserta no art.º 705.º, não é mais que a palavra *empêché* do art.º 1.148.º do Código Civil francês, onde unânimemente a doutrina francesa vê consagrada a teoria da impossibilidade absoluta.

Nas suas lições de «Obrigações», têm também os Profs. Doutores Galvão Teles e Paulo Cunha sustentado que a palavra *impedido* do art.º 705.º exclui o efeito liberatório da *simples dificuldade* ou *onerosidade excessiva da prestação.*

Rejeitam, portanto, também, um conceito atenuado de caso fortuito que possa fundamentar a teoria da imprevisão.

Também Diogo de Paiva Brandão (1) sustenta que não é possível enquadrar a teoria da imprevisão dentro da teoria da força maior.

Aceita o conceito tradicional de força maior, de que é requisito essencial a *impossibilidade absoluta* de execução.

E diz que, aplicada ao problema da imprevisão, a teoria da força maior conduzirá a resultados desastrosos. «Teríamos de considerar, é claro, o requisito da impossibilidade como abrangendo a *mera dificuldade* ou *impossibilidade relativa,* noção perigosamente vaga e discutível.

No meio desta quase unanimidade da doutrina, é divergente, que o saibamos, apenas a opinião do Prof. Barbosa de Magalhães, expressa no estudo já referido.

A nossa jurisprudência, como parece natural dada a firmeza da doutrina, também tem quase uniformemente entendido como requisito da força maior a impossibilidade de cumprir, com exclusão da mera dificuldade.

Solução em sentido diverso, por nós conhecida, é apenas a proferida pelo Supremo Tribunal de Justiça, no Acórdão de 28 de Novembro de 1922.

---

(1) Considerações sobre o problema da imprevisão, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, suplemento ao vol. XVIII, pág. 180.

### 11 — **Conclusões.**

Entendemos que é impossível enquadrar a teoria da imprevisão no nosso sistema de direito positivo através da noção de força maior.

Esta nossa opinião resulta dos argumentos expendidos nas páginas precedentes e que podem, talvez, resumir-se por esta ordem:

1.º — O Código Napoleónico, fonte do nosso, sempre foi interpretado, nas disposições que à força maior se referem, como exigindo uma *impossibilidade*, que a doutrina francesa precisa dizendo que tem de ser objectiva ou geral.

Do mesmo modo devem interpretar-se as disposições do nosso Código Civil que à força maior se referem.

2.º — À face do novo Código Civil, não são admissíveis as subtilezas de interpretação que a doutrina italiana fez do art.º 1.224.º.

Isto porque não se encontra no Código Civil português preceito correspondente ao preceito referido do antigo Código Civil italiano.

3.º — É sem dúvida a única concepção correcta de força maior a que exige como requisito da força maior a impossibilidade de cumprir, como resulta claramente do art.º 705.º do nosso Código Civil, que só considera liberado o devedor quando este tiver sido *impedido* de cumprir, por caso fortuito ou de força maior.

Ora, o devedor não pode considerar-se impedido de cumprir enquanto o cumprimento lhe é possível, ainda que mais difícil.

## § 2.º — A TEORIA DA IMPREVISÃO COM BASES NOUTRAS TEORIAS

### 12 — **Noções gerais.**

Uma vez posta de parte a força maior ou caso fortuito para servir de base à teoria da imprevisão, os juristas de vários países procuraram basear a doutrina noutras teorias.

As teorias existentes podem classificar-se em dois grupos:

1.º Grupo — Reduzem a imprevisão a um problema de apreciação da vontade contratual.

2.º Grupo — Atribuem à teoria fundamentos diversos gerais, fazendo do instituto uma aplicação dos princípios da equidade e boa-fé, ou uma manifestação directa, mais elevada, da regra moral ou da noção de direito ou justiça, combinando, às vezes, uns e outros elementos.

SECÇÃO I

## A JUSTIFICAÇÃO DA DOUTRINA PELA ANÁLISE DA VONTADE CONTRATUAL

### 13 — A doutrina da cláusula tácita.

A justificação do pretendido efeito de desonerar o devedor sempre que, em resultado de perturbações económicas impossíveis de prever, o cumprimento da obrigação assumida se tornava excepcionalmente oneroso, foi primeiramente tentada através da cláusula tácita *rebus sic stantibus et in eodem statu manentibus.*

Daí o nome da doutrina da cláusula «rebus sic stantibus», mantido até há pouco tempo, para fundamentar a faculdade de revisão, rescisão ou revogação dos contratos cujo cumprimento se tornasse excepcionalmente oneroso.

Foi só depois da guerra 1914-1918 que se começou a usar o nome de *teoria da imprevisão* e se procuraram outros meios técnicos mais perfeitos, capazes de a justificar, diferentes do secular processo da cláusula tácita.

A doutrina da cláusula tácita não é processo técnico que dê justificação ao facto de se poder rescindir um contrato cuja execução se tornou mais onerosa. Essa doutrina pode expor-se, resumidamente, da maneira seguinte:

Quando contratam, as partes encontram-se determinadas pelas condições de facto então existentes, pelo ambiente objectivo no meio do qual se encontram.

O seu acordo não vale senão relativamente a esses elementos contemporâneos da sua formação; e só o facto da sua simultaneidade

deve ligar a manutenção ou a desaparição de um à manutenção ou à desaparição dos outros.

Se, mais tarde, em resultado de uma mudança impossível de prever, o meio vem a transformar-se tão radicalmente que se encontra em contradição absoluta e irremediável com a vontade primitivamente manifestada, esta não pode já actuar e o vínculo de obrigação que criou deve desaparecer.

Numa palavra: este laço é considerado como subordinado à continuação do estado de facto que existiu na base das estipulações; credor e devedor não encaram, implìcitamente, e execução da sua convenção senão *rebus sic stantibus*.

Esta cláusula estaria, assim, implícita, subentendida, em todos os contratos comportando obrigações sucessivas ou a termo.

## 14 — Crítica desta doutrina.

Esta doutrina pode dizer-se que é absolutamente artificial e que nada explica.

É essa mesma a razão por que está definitivamente abandonada.

Na verdade, afirma-se apenas uma ligação entre o ambiente e a vontade contratual, eficaz ao ponto de esta última poder ser destruída quando aquele sofre certas modificações.

Mas qual a justificação técnica da eficácia desta ligação?

A doutrina da cláusula «rebus sic stantibus» limita-se apenas a afirmar que essa cláusula está *subentendida*, está *implícita* na vontade contratual.

Mas isto é artificial, não corresponde à verdade dos factos.

## 15 — A teoria da pressuposição de Windscheid.

«A pressuposição, escreve Windscheid (1), é uma condição não desenvolvida (uma limitação da vontade, que se não desenvolveu ao ponto de se tornar uma condição).

Quem manifesta a sua vontade sob pressuposição, tal como

(1) Diritto delle pandette, vol. I, § 97, citado pelo Prof. Galvão Teles, «Dos contratos em geral», pág. 205.

aquele que emite uma declaração de vontade condicionada, só quer o efeito jurídico, caso se dê certo estado de coisas, mas não chega a fazer depender a existência do efeito desse estado de coisas.

A consequência disto é que o efeito jurídico subsiste e perdura, se bem que falhe a pressuposição.

Mas tal não corresponde ao verdadeiro, ao profundo querer do autor da declaração de vontade e, portanto, a substância do efeito jurídico, quando formalmente justificada, não tem substâncialmente razão que a justifique. Em virtude disso, o prejudicado pela declaração de vontade pode, ou defender-se por meio de excepção contra as pretensões que na mesma declaração se fundam, ou intentar contra aquele em cuja vantagem se produziu o efeito jurídico numa acção tendente a fazê-lo cessar».

A pressuposição, na terminologia de Windscheid, não é mais do que o motivo ou conjunto de motivos essenciais de que a parte todavia não fez depender a eficácia do negócio jurídico, ou a convenção de que esses motivos correspondem à realidade.

Certas circunstâncias, presentes ou futuras, actuaram no espírito do contraente como motivos essenciais, de tal sorte que, se o sujeito soubera que essas circunstâncias se não verificavam ou não viriam a verificar-se, não teria contratado (1).

### 16 — A pressuposição e a teoria da imprevisão.

A pressuposição, como a entende Windscheid, abrange o passado, o presente e o futuro.

Quer dizer: os motivos essenciais do acto, de que a parte não fez embora depender a eficácia do negócio jurídico, esse estado de coisas, podem dizer respeito a circunstâncias que o contraente supõe já verificadas, supõe que se verificam no momento em que contrata ou supõe que se verificarão no futuro.

A imprevisão será, na orientação que vimos examinando, a pressuposição referente ao *futuro*.

Os contraentes celebram o contrato na pressuposição de que se mantenha de futuro o condicionalismo económico que existia no momento da celebração do contrato.

---

(1) Prof. Galvão Teles, obra citada, pág. 205.

Num contrato de prestações sucessivas, por exemplo, os contraentes estão na pressuposição de que as condições económicas do meio se hão-de manter sensìvelmente iguais enquanto durar a execução do contrato.

17 — **Exame crítico desta construção.**

Examinando a teoria da pressuposição em face do direito português, rejeita-a o prof. Galvão Teles, com argumentos decisivos.

A pressuposição referida ao presente ou ao passado e não verificada, é apenas a clássica figura do erro.

Esse erro, nos termos dos art.os 656.º e seguintes e 689.º e seguintes do Código Civil, torna *anulável* o contrato, mas devem dar-se os requisitos aí consignados e, nomeadamente, os dos art.os 660.º a 662.º.

Por exemplo, se o erro versar sobre um motivo individual e este motivo não for pertinente ao objecto do contrato ou à pessoa do outro contraente, só tornará anulável a convenção se o contraente enganado houver declarado expressamente que só em razão dessa causa contratara e esta declaração tiver sido expressamente aceite pela outra parte.

Ora, segundo a concepção de Windscheid, conquanto se não verificasse este condicionalismo, o enganado, com fundamento na falsa pressuposição de que partira, poderia alcançar por meio da rescisão (strictu sensu) um resultado prático igual ou semelhante ao da anulação, e isso era absurdo.

Como bem diz o Prof. Galvão Teles; o legislador daria com a mão esquerda o que recusava com a direita.

Partindo daqui, argumenta assim o Prof. Galvão Teles: «não faria sentido que o erro — falsa pressuposição relativo ao presente ou ao passado — estivesse sujeito ao apertado condicionalismo dos art.os 660.º a 662.º; e que a *imprevisão* — falsa pressuposição relativa ao futuro — fundamentasse a rescindibilidade do contrato, não obstante a ausência do mesmo condicionalismo».

Aceitamos inteiramente esta argumentação, que perfilhamos.

Acresce que seria altamente perigosa a aceitação da teoria da pressuposição e, portanto, em certa medida, a teoria da imprevisão.

Em primeiro lugar, porque é uma teoria puramente subjectiva e que comporta uma análise psicológica da vontade, coisa bastante difícil de verificar.

Em segundo lugar, prejudicaria a estabilidade das convenções, consagrada pelo Código Civil (art.º 702.º) e que é tão necessária para manter a confiança nas relações individuais e sociais.

18 — **A teoria da superveniência de Osti.**

Começa Osti por distinguir o *acto de vontade* da *determinação da vontade.*

No conteúdo duma promessa de execução futura, haveria assim o concurso de um *acto de vontade,* consistente na declaração dela constante, acto volitivo perfeito, e de uma *determinação da vontade,* dependente ainda da actuação posterior mediante subsequente acção voluntária do ajuste, no momento da execução.

Ora, segundo Osti, a tutela jurídica da vontade contratual tem por fundamento uma avaliação do conteúdo da mesma, do ponto de vista da utilidade social; por condição, a real formação de uma relação consensual, isto é, a combinação e fusão das vontades individuais numa unidade orgânica do conteúdo voluntário e de outro lado a aplicabilidade prática de uma sanção.

*A ordem jurídica só reconhece e consagra portanto a vontade dirigida a constituir uma obrigação, atendendo a que visa conseguir um certo resultado concreto, para cuja obtenção é aquela normalmente meio idóneo. De onde resulta que falhando esse resultado ou sendo diverso daquele a que normalmente deveria conduzir a obrigação, a própria razão da tutela jurídica exige que se possa eliminá-la.*

Osti passa depois a estudar o conteúdo real da vontade, *em estado de determinação na promessa da execução futura,* a que chama *vontade marginal.*

Para este ilustre jurista, o conteúdo da vontade marginal na promessa unilateral é constituída pela representação antecipada que faça o estipulante da actividade que deverá desenvolver e dos sacrifícios que terá de fazer para cumprir a prestação. Para isso concorrem duas ordens de representações: de um lado, as dificuldades objectivas, gerais, que poderão surgir, com abstracção da pessoa do próprio agente, decorrentes das circunstâncias de tempo e lugar, tendo em vista a natureza intrínseca da própria prestação; de outro lado, os reflexos particulares de tais dificuldades sobre a economia individual do promitente.

O estipulante supõe que a sua actividade se desenvolva nas condições *objectivas* e *subjectivas* representadas, o que constitui a *entidade económica* da prestação em relação a ele.

No caso de uma troca de promessas, a averiguação da vontade marginal apresenta maior complexidade.

A representação e consequente vontade de efectivar a troca de prestações, é comum a dois ou mais promitentes. Cada um dos estipulantes representa-se e quer a prestação, ou contraprestação, não só com as dificuldades, sacrifícios e utilidades inerentes à execução normal da própria prestação, considerada de um ponto de vista objectivo, mas ainda com os reflexos particulares, subjectivos, que se haja também representado.

Estes, todavia, não tendo qualquer interdependência lógica com a própria prestação, não se poderiam considerar compreendidos entre os elementos do acordo contratual.

Sòmente as representações relativas às condições que dizem respeito à *entidade económica objectiva* da prestação fariam parte do acordo, constituindo a *vontade marginal,* pela relação de causa e efeito que teriam com a mesma prestação.

Na falta de um acordo expresso, o conteúdo da vontade contratual não poderia, assim, ser diverso do que resulta do sentido objectivo das declarações, segundo as condições de *inteligência* normais e em circunstâncias análogas.

Osti conclui por afirmar que a *vontade marginal* se deve considerar parte integrante do acordo contratual sòmente quando tenha por substracto a representação de um efeito concreto atinente à entidade objectiva da prestação, e uma tal representação que se deva considerar percebida pela outra parte a conexão lógica e psicològicamente necessária com a vontade declarada no acto obrigatório, segundo os critérios emergentes da natureza e das condições concretas da própria estipulação.

O ilustre jurista italiano deduz desses princípios vários critérios gerais para aplicação prática e concreta do seu conceito de superveniência, frisando: que esta deve ser *imprevisível* para ambos os contratantes, podendo também consistir num evento actual desconhecido e cuja verificação não fosse possível prever; que a mesma tanto pode resultar da verificação de um facto imprevisto, como da não ocorrência de um evento normalmente esperado; que a impre-

visibilidade deve ser apreciada tendo em consideração o momento em que a prestação deve ser cumprida; e que a superveniência não deve ser determinada por acções ou omissões culposas do obrigado, sòmente podendo invocá-la o contratante a quem prejudica (1).

### 19 — Apreciação da doutrina de Osti.

Pugliese (2), criticando a doutrina da superveniência de Osti, diz que, quando se trata de resolver um problema jurídico e não filosófico, é preciso atender às normas legais que regulam a formação do contrato, inspiradas em razões de elevado alcance social.

Segundo o mesmo jurista, a lei não atende ao período anterior ao contrato. *As representações psíquicas de cada um acerca dos sacrifícios ou vantagens que auferirá não têm relevância jurídica.* Essas avaliações e cálculos, justos ou injustos, confirmados ou desmentidos, não seriam senão os motivos pelos quais o estipulante se decide a declarar o próprio consentimento.

A vontade marginal consistiria, em boa substância, naqueles motivos.

Não há dúvida, acentua ainda Pugliese, que a execução da promessa *exige um novo acto de vontade. Mas isto é psicologia, não é direito.* Pelo direito, a liberdade de querer cessa quando se contrai a obrigação, depois, o obrigado nada mais tem de querer, «porque o querer, em sentido jurídico, pressupõe, por lógica necessidade, o poder de não querer». Pode-se desobedecer à lei, mas ninguém pensa que haja a liberdade de desobedecer-lhe.

O direito não toma em consideração senão aquele «*vinculum juris*» sobre o qual se firmou o consentimento, mediante o acordo de antagónicas declarações de vontade.

*Pouco importa a normalidade ou anormalidade da situação no momento da execução do contrato.*

O que merece consideração é o *querido,* sem que tenha relevância, nos limites da autonomia do negócio jurídico, as qualidades económicas que hajam sido desejadas, tendo a lei deixado às partes a liberdade e responsabilidade da avaliação.

---

(1) Riv. di diritto civile, vol. V, págs. 691 a 696.

(2) Riv. Del diritto commerciale, 1924, vol. I, pág. 310.

Pensamos também que as representações psíquicas dos estipulantes sobre os sacrifícios ou vantagens que lhes advirão da obrigação assumida não tenham, e não devem ter, relevância jurídica.

Se o vínculo obrigatório existe e não houve *erro* que vicie o consentimento, as representações psíquicas dos estipulantes não podem invalidar o negócio jurídico.

## 20 — A teoria do erro de A. Giovene.

Giovene sugeriu uma nova teoria que encontra o fundamento específico da teoria da imprevisão num vício de vontade.

Este jurista italiano começou, como fez Osti, por estudar o processo volitivo no negócio jurídico.

Distingue igualmente *acto de vontade* da *determinação de vontade,* pretendendo que haja entre esta e as representações psíquicas uma relação de causa para efeito.

Para Aquile Giovene, no caso de se verificar a divergência entre o suposto e a realidade, falhando as representações objectivas que serviram de base à determinação da vontade, em virtude da superveniência imprevista, haverá erro, que permite a anulação do acto jurídico, por se tratar de consentimento viciado.

Procura responder à possível objecção de inexistência de erro na hipótese, baseada no argumento de que só a superveniência de acontecimentos posteriores revela a faculdade das representações, não existindo assim nenhuma divergência, no momento do contrato, entre o suposto e a realidade, razão pela qual Serbesco entendera não poder aplicar a teoria do erro para justificar a teoria da imprevisão.

Giovene diz que, se o promitente só se obriga supondo que a sua antecipada representação corresponde à futura entidade económica da prestação, é evidente que sòmente com a realização concreta da aludida entidade se poderá verificar se houve ou não erro.

Pergunta o mesmo jurista:

Faltando uma tal correspondência, a que tempo se poderá colígar o erro de representação, senão aquele em que a vontade actuou na promessa? O evento que revela a divergência é posterior, mas o promitente, ignorando que isso sucederá e supondo o contrário, estará em erro no próprio momento do acto pelo qual se vincula.

Reconhece que, na realidade, haverá na hipótese um erro sobre o valor, desde que versa sobre a avaliação da entidade económica da prestação. Apesar disso considera-o *substancial*.

Resumindo a doutrina de Giovene, temos:

*a*) Relação de causa e efeito entre a representação da *entidade económica da prestação* e a *determinação de vontade* de modo que, quando se verifica a falsidade da primeira, pela superveniência de acontecimentos imprevistos, deve reconhecer-se a existência de erro da parte do estipulante.

*b*) Ocorrência de erro em sentido técnico, apesar de se revelar sòmente em virtude de um evento posterior à data da declaração de vontade.

*c*) Considera erro sobre o valor o resultado da divergência entre as representações do promitente e a realidade, posteriormente verificada; mas merece, não obstante, a mesma tutela jurídica concedida ao erro sobre as qualidades substanciais, contràriamente ao ensinamento comum.

## 21 — Apreciação crítica da doutrina de A. Giovene.

A doutrina deste jurista italiano não foi acatada pacìficamente, dando origem a muitas objecções contrárias, entre as quais se salienta a de Osilia, que chega a *excluir, na hipótese, a existência do erro em sentido técnico*. Não existe erro no momento do contrato, afirma Osilia, porque não pode haver divergência entre a representação psíquica e uma realidade futura, que não existe ainda; não há erro quando a realidade se torna actual, porque neste momento entre a realidade e a percepção não há divergência. A discordância verifica-se apenas entre a representação passada e a realidade actual.

Outro contraditor de Giovene é Pugliesi, que diz que a realidade futura é tomada como termo de confronto com a representação que dela faz o promitente. Essa existe já no momento da representação, não como facto material, mas como facto suposto. Os dois termos não seriam representação psicológica e realidade material, mas representação e realidade suposta.

A divergência, pois, revelada entre a realidade suposta e a material, constituiria erro.

Ambos, porém, concordam na irrelevância jurídica do erro sobre o valor, que o próprio Giovene não nega ser o que existiria na espécie, acentuando que as representações não são senão motivos não compreendidos no conteúdo do negócio e que passam sobre o vínculo jurídico sem deixar traços.

Osilia faz notar que *qualidades substanciais* são as atinentes à entidade física e material da coisa, seja a própria natureza desta, como é a matéria (ouro, prata, ferro, etc.) sejam aquelas qualidades que, segundo o comércio comum ou a vontade contratual concreta, se devem entender convencionadas como imprescindíveis. Enquanto que o valor é apenas a relação que se estabelece entre os bens e as necessidades, alterável de momento a momento com o variar daquela mesma relação.

O Prof. Dr. Galvão Teles diz que as qualidades do objecto devem ser latamente entendidas, considerando-se como tais, inclusive, a *substância* e o *valor*. Não repugna chamar qualidades de um objecto à sua muita ou pouca valia e ao facto de na sua composição entrar ouro ou prata. Mas, acrescenta o ilustre Professor, se estas circunstâncias não se ajustam à noção de qualidades, nem por isso ficam fora do art.º 661.º, que as abrangerá na expressão inicial, «o erro sobre o objecto do contrato», com latitude bastante para compreender mais coisas além da identidade.

Quanto a nós, parece-nos que o erro não pode ser fundamento para a teoria da imprevisão, pois entre ambos existe uma diferença irredutível.

Enquanto que pelo erro o vício é inicial, isto é, que o contratante, sujeito dum erro sobre uma das obrigações que ele assumiu, sofre um prejuízo no seu património desde o momento da formação do contrato, pela imprevisão, a convenção que é perfeita no momento da sua conclusão, não se torna prejudicial para o devedor senão pela continuação no futuro, quando o acontecimento imprevisto e suas consequências fizeram já a sua obra.

Cremos que esta diferença é essencial para pôr de lado esta teoria.

SECÇÃO II

## FUNDAMENTOS DIVERSOS PARA JUSTIFICAR A TEORIA

### 22.º — Fundamentação da teoria da imprevisão através do conceito de boa-fé.

Reiteradamente tem-se apresentado a boa-fé, que é uma regra de aplicação geral em matéria contratual, a que expressamente se referem vários códigos estrangeiros, como fundamento da doutrina favorável à rescisão dos contratos, no caso de superveniência de circunstâncias imprevistas.

Tal foi a opinião de Wendt que, segundo Osti (1), quebrou lanças em favor desse princípio por ele considerado uma válvula de segurança para a conveniente aplicação do direito ao caso concreto, pela impossibilidade em que se encontra o legislador de prever todas as particularidades que possam surgir na prática.

Também Naquet recorreu à boa-fé, que entende dever dominar na interpretação das leis e dos contratos, para justificar a teoria da imprevisão, sendo esse, aliás, um dos argumentos a que recorreu a jurisprudência na Alemanha, na Hungria, na Suíça e na Polónia, para acolher a tendência revisionista (2).

O raciocínio dos que pretendem fundamentar na boa-fé a teoria da imprevisão, é o seguinte:

Os contratos devem ser executados de boa-fé. Ora, diz-se, haverá má-fé da parte de um credor em reclamar do seu devedor a execução de um contrato cujas condições se transformaram inteiramente depois do momento da sua celebração, ao ponto de impor encargos imprevistos: o credor não tem o direito de exigir a ruína do devedor.

### 23 — Apreciação crítica desta fundamentação.

Pretender fundar na boa-fé a teoria da imprevisão, implica a prévia fixação do que se deve entender por boa-fé.

---

(1) Riv. di diritto civile, vol. IV, 1913, pág. 664.

(2) Niboyet, Travaux de la semaine international de droit, vol. II, pág. 190.

Sem pretender fixar o conceito rigoroso de boa-fé, o que se nos afigura extremamente difícil, reconhecemoes, no entanto, que, pelo menos em dois sentidos, se emprega aquela expressão.

A expressão de boa-fé aparece, umas vezes, como noção próxima da noção de equidade; outras vezes, significando o respeito à palavra dada, o respeito à *fé* jurada.

Empregam no primeiro sentido a expressão boa-fé os escritores que pretendem através dela fundar a teoria da imprevisão. Quando dizem que é contrário à boa-fé exigir a execução do contrato tornado excessivamente oneroso, querem dizer que a execução do contrato nessas circunstâncias é contrária *à equidade*.

Emprega no segundo sentido a expressão de boa-fé, por exemplo, Carnelutti (1), quando diz que o cumprimento do contrato de boa-fé significa cumprir o contrato em obediência à intenção comum dos contratantes.

É esta, aliás, a razão por que o princípio da boa-fé é invocado pelos partidários das duas correntes contrárias: os que aceitam e os que não aceitam a teoria da imprevisão.

Como advertiu Niboyet, esta expressão boa-fé oferece o singular perigo de conduzir em duas direcções diametralmente opostas. E isto exactamente porque, umas vezes, pretende-se, invocando-a, fugir à execução de um contrato cuja execução se afigura injusta, contrária à equidade; outras vezes, invocando-a, pretende-se executar, custe o que custar, a obrigação livremente assumida.

Nestes dois sentidos da expressão boa-fé encontram-se, afinal, os dois mais elevados princípios que informam a ciência do direito: o princípio da *justiça* e o princípio da *segurança*.

Boa-fé no primeiro sentido é justiça; no segundo é segurança.

Tudo está, portanto, em saber qual o sentido em que a expressão boa-fé foi escolhida pelo nosso legislador de contratos.

Não temos dúvida que a expressão boa-fé, referida à execução dos contratos, não pode ter outro sentido que não seja o de respeito à palavra dada.

Dispõe o art.º 702.º do nosso Código Civil:

«Os contratos legalmente celebrados devem ser pontualmente

---

(1) Teoria geral do Direito, pág. 409.

cumpridos; não podem ser revogados ou alterados, senão por mútuo consentimento, salvas as excepções especificadas na lei».

Estabelece-se, neste artigo, o princípio do respeito à palavra dada.

Este artigo corresponde ao art.º 1.134.º do Código Civil francês.

Mas, enquanto neste, depois de se dizer o mesmo que se diz no art.º 702.º do nosso Código, se acrescenta que «elas (as convenções) devem ser executadas de boa-fé», no art.º 702.º do nosso Código suprimiu-se essa alínea.

Esta eliminação significa, pelo menos, que se considera essa alínea redundante. E a redundância estará em a alínea suprimida significar o mesmo que o corpo do artigo, quer dizer, em a expressão *boa-fé* ter o sentido de rigorosa observância da palavra dada.

O nosso Código assegura as condições de a vontade das partes se manifestar livre e esclarecidamente; mas impõe, à «outrance», a rigorosa observância dessa vontade».

## 24 — Fundamentação da teoria da imprevisão através da noção moral de equivalência das prestações.

É este o caminho seguido por Voirin (1).

A questão da imprevisão poria em foco o conflito inelutável entre essas duas noções que representam interesses rivais: de uma parte, a noção de moralidade superior que requer a equivalência das prestações (justiça comutativa); e, de outro lado, uma noção económica de segurança, cuja satisfação absoluta exigiria o respeito fiel das convenções nas condições fixadas.

É no predomínio da ideia moral que Voirin vai encontrar o fundamento da antiga cláusula R. S. S.

Não nega que a segurança seja um grande desiderato na vida económica e social, para garantia das transacções e desenvolvimento dos negócios. Reconhece que os próprios jurisconsultos moralistas e mesmo os canonistas não levaram jamais a sua intransigência ao

---

(1) De l'imprévision dans les rapports de droit privé, citado por A. Medeiros da Fonseca, obra citada, pág. 219.

ponto de reclamar do direito o respeito absoluto da justiça comutativa, que não representaria senão um ideal.

Mas a compreensão da justiça comutativa não poderia chegar à sua eliminação total.

É preciso adoptar uma técnica, conciliatória das noções igualmente respeitáveis, sendo a noção de segurança limitada por um mínimo de moralidade, que se harmonize com a consciência média dos indivíduos.

Em tais condições, conclui Voirin, se um contrato se celebra tendo em vista realizar certos fins para cada um dos contraentes, em um dado estado social e económico, e se resulta de eventos supervenientes que esse estado se modifique, transformam-se as necessidades e os valores, os estipulantes encontrar-se-ão, nesse novo estado, em face de compromissos que não correspondem aos dados objectivos primitivos.

E essa situação exige a atenção do jurista, porque fere a consciência média dos indivíduos.

## 25 — **Apreciação crítica desta doutrina.**

Uma observação deve fazer-se: não é possível — nem o pretende o próprio Voirin — que a equivalência objectiva das prestações seja elevada a condição normal da validade dos contratos.

Erigir em regra geral de direito o princípio da equivalência objectiva, seria um resultado desastroso para a segurança das convenções, condição fundamental do progresso da vida económica.

As necessidades do comércio jurídico exigem a estabilidade das obrigações assumidas.

Que esta estabilidade não é prejudicada por um desiquilíbrio no valor das prestações, devido a eventos supervenientes à celebração do contrato, resulta claramente do facto de a nossa lei ser expressa em não consagrar a *teoria de lesão* (art.º 1.582.º do Cód. Civil, respeitante à compra e venda, aplicado por analogia aos restantes contratos).

Se a lesão inicial não invalida o contrato, muito menos poderão atribuir-se efeitos semelhantes à lesão superveniente e imprevista.

## 26 — Fundamentação da teoria da imprevisão pela própria noção de direito.

Muitos juristas encontram o fundamento da teoria da imprevisão na própria noção de direito, não sentindo necessidade de recorrer à regra moral para justificar as teorias.

Bonnecase (1) acha que, embora o direito seja impotente para realizar, sòzinho, sem a ajuda da moral, a sua obra de harmonia em alguns domínios, como o direito de família, todavia, em matéria de direito patrimonial, é uma noção que se basta a si própria. O direito é um elemento de equilíbrio entre pretensões e interesses contrapostos e ditaria por si mesmo a solução na questão de imprevisão, impedindo que uma das partes comprometida numa relação jurídica esmagasse a outra em seu benefício.

Para Bonnecase são emanações directas da noção do direito, o *enriquecimento sem causa,* o *abuso do direito* e a *imprevisão.* O mesmo autor diferencia-as estabelecendo entre elas uma certa hierarquia.

Diz ele que o enriquecimento sem causa manifesta a influência da noção de direito na ausência dum meio de direito positivo autorizando o restabelecimento do equilíbrio entre dois patrimónios; a acção de *in rem verso* seria assim uma acção supletiva do direito positivo.

Pelo contrário, a noção do *abuso do direito* é um preservativo em relação ao direito positivo, impedindo-o de se desviar do seu fim e de conduzir à injustiça debaixo de uma legalidade aparente. O abuso do direito ocuparia assim um grau mais elevado que o enriquecimento sem causa na hierarquia das noções, que domina, de uma maneira permanente, o direito positivo.

Quanto à *imprevisão,* prossegue Bonnecase, encontra-se colocada por baixo do abuso do direito porque vem não sòmente manter o direito positivo no seu domínio próprio, mas ainda ferir e contrariar o direito positivo. Este exige, com efeito, que os contratos sejam fielmente executados; ao vir permitir ao juiz modificá-los no interesse de um dos interessados, é evidente que a noção de imprevisão

---

(1) Traité theorique et pratique de droit civile, de Baudry-Lacantinerie, Suplement, III, 306, 314 e 315.

conduz à transformação do direito positivo. Daí o domínio restrito da aplicação desta noção.

O mesmo autor considera, entretanto, a teoria da imprevisão como de intervenção excepcional, funcionando apenas nos casos em que um acontecimento imprevisto de origem humana ou natural, piorou a condição de uma categoria inteira de devedores.

## 27 — Apreciação crítica desta doutrina.

Não há dúvida que são emanações do direito, quer dizer, do sentimento de justiça, a teoria do enriquecimento sem causa, a teoria do abuso do direito e a teoria da imprevisão.

O Direito não é, porém, constituído, apenas, por emanações do sentimento de justiça. Ao lado deste, há outros elevados princípios — Segurança, Liberdade, Utilidade Social — que também se impõem, e o Direito não é mais que o resultado da conciliação de todos esses elevados princípios.

Mas essa conciliação é feita pelo legislador. E o trabalho do intérprete, quando está em frente daquilo que lhe parece uma exigência do sentimento de justiça, mas que se não encontra regulada na lei, não consiste apenas em verificar essa exigência. Há que ver, antes de mais nada, se a existência de outros princípios que o legislador tomou em consideração não exclui a regulamentação que nos parece justa.

O facto da teoria da imprevisão ser conforme ao sentimento de justiça, não basta para que se imponha aos tribunais; é preciso buscar-lhe *base legal,* e foi isso que se fez em relação ao abuso de direito e terá de se fazer em relação à teoria do enriquecimento sem causa e teoria da imprevisão.

## 28 — Conclusões.

a) *De jure condito.*

Expostos e apreciados os diversos processos que têm sido tentados para dar à teoria da imprevisão uma base legal e depois de os apreciarmos em face da nossa legislação, chegamos à conclusão que

a *imprevisão* não é de acolher no direito positivo português. Assim o impõe o art.º 702.º do Código Civil que dispõe.

«Art.º 702.º — Os contratos legalmente celebrados devem ser pontualmente cumpridos; nem podem ser revogados ou alterados, senão por mútuo consentimento, *salvas excepções especificadas na lei*».

Ora, uma vez que na lei não podemos enquadrar a teoria da imprevisão, a conclusão a tirar é a de que entre nós vigora, sem a restrição que lhe imporia a teoria da imprevisão, o princípio da irretratabilidade das convenções.

Há apenas um caso em que a nossa lei consagra a teoria da imprevisão. É o caso do art.º 1.401.º, § único, do Código Civil, relativo à empreitada.

«Art.º 1.401.º — § único. — Se esse aumento (o do preço) exceder 20 por cento e resultar da desvalorização da moeda, *o empreiteiro terá o direito de rescindir o contrato*, desde que o dono da obra se não queira sujeitar a indemnizá-lo por esse excesso; no caso inverso o mesmo direito assiste ao dono da obra».

Fora deste caso, não é de aceitar no direito positivo português a teoria da imprevisão.

b) *De jure condendo.*

O entendermos que não é de aceitar, à face do direito positivo português, a teoria da imprevisão, não quer dizer que ela não devesse ter sido aceite, em alguns casos, e que não devesse o nosso legislador, à semelhança do moderno legislador italiano, tê-la consagrado legislativamente nesses casos.

Entendemos que deve continuar a ser princípio fundamental em matéria de contratos o princípio da irretratabilidade das convenções. Mas há, parece-nos, casos em que este princípio deve ceder, em face das exigências da Justiça.

Quando a superveniência imprevista apenas acarreta para o devedor uma onerosidade maior, mas em nada vem melhorar a situação do credor, que apenas pretende os benefícios esperados e emergentes do contrato, não haverá iniquidade em exigir do primeiro o cumprimento da obrigação livremente contraída, pois o direito, no conflito de interesses a que ela dá lugar, não tem nenhuma razão para preferir o sacrifício do segundo.

A estabilidade das convenções, que é uma necessidade para as relações em sociedade, não conduz aqui a nenhuma injustiça. Neste caso é preferível deixar que só o legislador possa intervir, por meio da norma de emergência, para atender a crises que afectem interesses sociais relevantes.

Já não deve adoptar-se a mesma solução quando a superveniência imprevista e imprevisível, alterando profundamente o ambiente objectivo anterior, além de acarretar o sacrifício extremo do devedor, constitui para o credor uma fonte de locupletamento inesperado. Será conforme aos ditames da justiça manter a obrigatoriedade integral do contrato? Não se verificará assim um enriquecimento injusto, por ser para o credor emergente do acaso, enquanto para o devedor é causa de ruína? Porque é necessário reconhecer: não é o contrato a verdadeira fonte desse enriquecimento, mas sim a superveniência imprevista. E se é legítimo assegurar coactivamente a execução de um direito convencionado, constituirá talvez uma suprema injustiça permitir que assim se vá proporcionar a uma das partes, pelas circunstâncias supervenientes, vantagens novas e inesperadas, à custa da ruína e do sacrifício do outro contratante.

As exigências da noção económica de segurança têm um limite que não será possível ultrapassar sem ferir a consciência média dos indivíduos.

Assim como a noção do *abuso do direito,* hoje geralmente acolhida, impede que se procure desviar o direito positivo, cuja observância se assegura, da sua verdadeira finalidade — reprimindo a injustiça que se acoberta sob a capa de uma legalidade aparente, — assim também a *noção da imprevisão* estaria destinada a impedir que o salutar e necessário princípio da irretratabilidade das convenções pudesse, por sua vez, conduzir a injustos enriquecimentos.

Se uma tal regra fosse consagrada no direito positivo, dar-se-ia ao julgador o meio de evitar a iniquidade temida, sem quebra dos princípios tradicionais.

Atender-se-ia assim à impossibilidade subjectiva ou à onerosidade excessiva da prestação.

A consagrar-se tal disposição no nosso direito, ela só poderia ter um carácter excepcional, destinando-se apenas a beneficiar o devedor quando concorressem estes três elementos:

a) Alteração radical no ambiente objectivo existente ao tempo da formação do contrato, emergente de circunstâncias imprevistas e imprevisíveis;
b) Onerosidade excessiva para o devedor e não compensada por outras vantagens auferidas anteriormente, ou ainda esperáveis em face dos termos do ajuste;
c) Enriquecimento inesperado e injusto para o credor, como consequência directa da superveniência imprevista.

A norma com a noção de imprevisão a introduzir no nosso direito positivo privado aplicar-se-ia tanto a uma categoria de devedores como quando apenas houvesse um ou outro lesado. Assim impedir-se-ia a injustiça que viesse ferir um pequeno número.

### 29 — O exemplo do direito administrativo.

Vistas as condições excepcionais em que no direito civil português tem base legal e é, portanto, de aceitar a teoria da imprevisão, parece-nos útil uma breve referência ao que se passa no direito administrativo com respeito a tal teoria.

Dissemos que em todos os contratos a longo prazo é possível darem-se as circunstâncias que impusessem as teorias da imprevisão.

Contratos dessa natureza encontram-se no direito administrativo, tais como os contratos de concessão de serviços públicos, empreitadas de obras públicas, fornecimentos contínuos, etc.

Que acolhimento teve no direito administrativo a teoria da imprevisão?

É curioso referir que em França, enquanto os tribunais civis exigiam sempre a impossibilidade objectiva e absoluta para exonerar o devedor, o Conselho de Estado tomou em consideração a dificuldade excepcional, entendendo que o devedor não é obrigado a cumprir nas condições originàriamente previstas enquanto durarem as circunstâncias que criaram essa dificuldade excepcional.

Esta diversidade de situações compreende-se, se atentarmos no interesse colectivo que existe em não se interromper o funcionamento de um serviço público ou a regularidade de fornecimento.

Estas razões de interesse colectivo impõem a flexibilidade do contrato e não existem nos contratos de direito privado.

Entre nós, o Prof. Dr. Marcelo Caetano (1) diz que apesar de em Portugal se terem dado as mesmas circunstâncias que actuaram em França, não cumpre concluir, apressadamente, pela adopção integral da teoria jurisprudencial francesa da imprevisão.

Ao contrário do que sucedia em França, as questões suscitadas na execução dos contratos em que a administração intervinha não eram da competência dos Tribunais Administrativos, que tão sòmente conheciam da interpretação ou sentido das cláusulas de alguns contratos municipais (Cód. Adm. 1896, art.º 325.º, n.º 9).

Os Tribunais comuns a que tais questões pertenciam, chamados a pronunciar-se num pequeno número de casos, começaram por admitir a teoria, mas a seguir rejeitaram-na, de forma que não há jurisprudência fixada pelos Tribunais portugueses sobre a matéria.

A aplicação da *teoria da imprevisão* fez-se, pois, só por *via legislativa*, e é conforme as leis que deveremos tentar construi-la no nosso direito administrativo, em cuja elaboração, de resto, a jurisprudência tem sempre tido apagadíssimo papel.

Durante e após a guerra de 1914-1918 foram promulgados em Portugal vários decretos que consagram a teoria da imprevisão no Direito Administrativo.

Dentre os diplomas publicados durante e após a guerra de 1914--1918, destacamos os seguintes:

O decreto n.º 1.536, de 24 de Abril de 1918; o decreto n.º 5.335, de 26 de Março de 1919; o decreto n.º 14.668, de 28 de Novembro de 1927; o decreto n.º 18.078, de 28 de Outubro de 1928.

Durante a guerra que agora terminou, foram publicados vários decretos, entre os quais destacamos, pela importância que revestem, os decretos-leis n.ºs 32.439, de 24 de Novembro de 1942 e 34.073, de 31 de Dezembro de 1944.

Pela análise dos diplomas citados, vê-se que a legislação portuguesa consagra os seguintes princípios:

1.º — A superveniência de circunstâncias económicas excepcionais imprevisíveis à data da celebração do contrato administrativo e que tornem mais onerosa a sua execução pelo con-

---

(1) Prof. Dr. Marcelo Caetano, Manual do Direito Administrativo, págs. 558-564.

traente particular, justifica uma alteração da ordem contratual.

2.º — Os encargos excepcionais serão reparados:

*a*) por meio de revisão dos contratos com aumento dos preços dos fornecimentos ou das tarifas dos serviços concedidos, quanto aos contratos de fornecimento ou concessão;

*b*) pela atribuição de uma indemnização aos empreiteiros de obras públicas.

3.º — São considerados encargos excepcionais os que representam incomportável sacrifício, sob a forma de prejuízo;

4.º — Quer nos fundamentos, quer na parte dispositiva, o legislador considerou o aumento dos preços por virtude da guerra e dos encargos daí resultantes, umas vezes como no caso de força maior outras vezes baseando-se ùnicamente nos critérios de *justiça e equidade*, susceptíveis de justificar a rescisão do contrato.

Vê-se, assim, que o exame do direito administrativo português permite tirar conclusões diversas das que tiramos em face do direito privado, quanto à aceitação das teorias da imprevisão.

Mas esta diversidade de soluções não nos deve impressionar; é sempre de atentar na circunstância importantíssima que já referimos: que, nos contratos administrativos, razões de interesse colectivo impõem a flexibilidade dos contratos e que tais razões se não encontram no direito privado.

AMILCAR FREIRE DOS SANTOS