

Faculdade de Direito de Lisboa

UM ESTUDO SOBRE  
A PRESSUPOSIÇÃO

Relatório apresentado na disciplina de Direito Civil na parte  
escolar do mestrado

PEDRO PAES DE VASCONCELOS

Ano lectivo de 1997/98

## Um estudo sobre a pressuposição

1. Nota prévia.
2. A Teoria da Pressuposição.
3. A influência da pandectística.
4. A pressuposição e os elementos acessórios.
5. O papel da vontade na pressuposição.
6. A pressuposição como “condição não desenvolvida”.
7. A pressuposição e a causa.
8. A pressuposição e a condição.
9. Mecanismos da pressuposição.
10. Formas da pressuposição.
11. Pressuposição de facto e de direito.
12. Pressuposição expressa e tácita.
13. A pressuposição de passado, de presente e de futuro.
14. A pressuposição de factos passados e presentes e o erro sobre a base do negócio.
15. A pressuposição de futuro e a alteração de circunstâncias.
16. A pressuposição e o problema da causa.
17. Conclusão.

## 1. Nota prévia

Windscheid nasceu em Dusseldorf<sup>1</sup>, tendo optado pelo Direito por influência de Savigny. Licenciou-se em Bonn, tornou-se Professor em Basileia em 1847 e em Greifswald (onde se tornou amigo de Jhering). Em 1858 foi para Munique, em 1871 para Heidelberg e em 1875 para Leipzig. Foi membro da primeira comissão para o Código Civil (devido ao grande prestígio alcançado com a sua obra *Lehrbuch des Pandektenrechts*). As suas obras mais relevantes são *Die Lehre von der Voraussetzug* (1850)<sup>2</sup>, *Die actio des römischen Rechts vom Standpunkte der bürgerlichen Rechts* (1856)<sup>3</sup>, *Das römischen Recht in Deutschland* (1855), *Savigny* (1879). No entanto, a sua obra mais importante e mais influente foi *Lehrbuch des Pandektenrechts* (1862)<sup>4</sup> e o seu mais discutido legado para a Ciência do Direito foi a Teoria da Pressuposição.

---

<sup>1</sup> Ver, sobre o autor, FRANZ WIEACKER, *História do Direito Moderno*, tradução da 2ª edição de 1967, por A. M. Botelho Hespanha, Ed. Gulbenkian, págs. 509-511.

<sup>2</sup> Infelizmente não foi possível obter esta obra.

<sup>3</sup> Infelizmente não foi possível obter esta obra.

<sup>4</sup> A importância da obra ultrapassou o próprio autor, sendo continuada a editar sob a direcção de outros autores. No entanto, a última edição a ser editada sob a direcção de Windscheid foi a 7ª, datada de 1891.

## 2. A Teoria da Pressuposição

O problema da alteração de circunstâncias, que durante muito tempo foi tratado com base na *Cláusula Rebus Sic Stantibus*, tinha, com o surgimento da terceira sistemática, a possibilidade de evolução que nunca tinha tido. No entanto, por mera obra do acaso, tal não sucedeu de imediato<sup>5</sup>.

O acaso revelou-se na falta de situações reais que fizessem surgir o problema de tal modo que houvesse necessidade de o reformular. A chamada alteração de circunstâncias foi, no entanto, chamada à colação em consequência da guerra franco-prussiana de 1848.

Windscheid, em 1850, na sua obra "*Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*"<sup>6</sup>, procedeu à reformulação do problema da alteração das circunstâncias, propondo uma nova teoria: a teoria da pressuposição<sup>7</sup>.

A teoria da pressuposição é algo de muito mais vasto do que apenas uma reformulação da teoria da alteração das circunstâncias que, na altura, era dogmaticamente

---

<sup>5</sup> ANTÓNIO DE MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, vol. II, Lisboa, 1984, pág. 91.

<sup>6</sup> WINDSCHEID, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung (1850)*, apud LUÍS SILVEIRA, *A teoria da Imprevisão nos Direitos Civis Alemão e Português - Tentativa de Confronto*, 1961-1962, pág. 19.

<sup>7</sup> Esta teoria já havia sido apresentada pelo autor em *Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit des Rechtsgeschäfte (1847, reimp. 1969)*, pp. 271-297, embora de forma não sistematizada

estruturada nos quadros da velha cláusula *rebus sic stantibus* de Bártolo. A teoria da pressuposição, em Windscheid, é uma consequência lógica de uma reformulação da teoria da causa e é, acima de tudo o cavalo de batalha da nova teoria da causa de Windscheid. A nova teoria da causa de Windscheid é fundamentalmente composta de dois elementos: uma nova construção voluntarista da causa, enquanto fundamento do negócio e o efeito da causa assim construída na vida do negócio.

A teoria da pressuposição de Windscheid é uma resultante não só das suas opções doutrinárias no que respeita à causa dos negócios jurídicos, mas também do sistema jurídico em cujo ambiente juscultural o autor se inseria.

Windscheid, tal como outros autores seus contemporâneos e integrados no mesmo sistema jurídico e valorativo, seguia uma construção positivista científica do Direito, a “*qual deduzia as normas jurídicas e a sua aplicação exclusivamente a partir do sistema, dos conceitos e dos princípios doutrinários da ciência jurídica, sem conceder a valores extra-jurídicos a possibilidade de confirmar e infirmar as soluções jurídicas*”<sup>8</sup>. Windscheid, nesta questão, seguia Savigny, que por sua vez era influenciado por Kant. Segundo a construção assim elaborada, “*a ordem jurídica não constitui*

---

<sup>8</sup> FRANZ WIEACKER, ob. cit., pág. 492.

*uma ordem ética, mas apenas a possibilita*<sup>9</sup>

Windscheid construiu, desta forma, a sua teoria através da interpretação e da aplicação das fontes, mormente das Pandectas, procurando obter um sistema jurídico formal e logicamente ordenado, coeso e harmónico, sem que para tal deixasse intervir considerações extra-jurídicas. Não se quer com isto dizer que o trabalho de Windscheid tenha sido um trabalho meramente exegético. Pelo contrário, Windscheid procurava fundamentar todas as soluções num único e mesmo sistema formal de regras e conceitos. Sistema este tendencialmente fechado, que seria constituído pelas Pandectas. Todos os casos teriam a sua solução nas fontes, quer pela aplicação directa destas, quer pela dedução de novos conceitos a partir destas.

A teoria da pressuposição surge no âmbito do direito alemão, direito alemão este que era constituído em parte significativa pelo Direito das Pandectas. Era o Direito das Pandectas que constituía o sistema interno do direito civil comum alemão. Por isso, é necessário compreender o sistema de funcionamento das Pandectas, de forma a bem entender a teoria da pressuposição e a razão pela qual Windscheid a formulou e como o fez. É necessário compreender em que é que consiste o sistema jurídico germânico contemporâneo de Windscheid, em que é que consiste a pandectística, o direito das Pandectas.

---

<sup>9</sup> FRANZ WIEACKER, ob. cit., págs. 492.

### 3. *A influência da pandectística.*

A pandectística foi o sistema de direito privado comum alemão de origem romana.

O processo de recepção do Direito Romano na Alemanha decorreu desde, pelo menos, o séc. XIV. No entanto só a partir da segunda metade do séc. XVI é que se pode considerar essa recepção como completa.

Ao contrário do que seria de esperar, a recepção do Direito Romano foi imposta não por via legal, mas por via jurisprudencial<sup>10</sup>. Foram os Tribunais os primeiros e os principais motores da recepção do Direito Romano na Alemanha. Essa recepção foi efectuada pela, cada vez mais frequente, fundamentação das sentenças no Direito Romano. As razões que levaram os Tribunais a recorrer ao Direito Romano em vez de recorrerem ao Direito Alemão propriamente dito, prendem-se com dois factores principais. Por um lado, verificava-se uma falta de segurança e sistematicidade no Direito Alemão<sup>11</sup>. Por outro lado, e em

---

<sup>10</sup> O facto de um país receber como seu um direito estrangeiro já é, só por si, um acontecimento invulgar - assim FRANZ WIEACKER, *ob. cit.*, pág. 129.

<sup>11</sup> O Direito Alemão "indígena" - nas palavras de Windscheid - era um Direito fundamentalmente consuetudinário, o que implicava um elevado grau de incerteza e de insegurança (de tal modo que era conhecido pelo *jus incertum*). Este Direito era composto por um vasto conjunto de regras mas que, em virtude de uma falta de princípios jurídicos sistematizadores, tinha dificuldades em acompanhar a evolução dos

sentido contrário, o Direito Romano apresentava-se como um direito com um grau aceitável de segurança e com uma sistematização e profundidade muito relevantes<sup>12</sup>. Assim, os Tribunais começaram a aplicar o Direito Romano não como um Direito, mas antes como o Direito, como o sistema jurídico vigente na Alemanha<sup>13</sup>.

O Direito Romano vigorava não como um sistema único mas como sistema subsidiário. Só quando não existisse fonte de direito que regulasse especificamente o caso é que se recorria ao Direito Romano. Este sistema era uma resultante do conceito medieval de Direito em que *“o círculo jurídico mais reduzido precede o mais vasto e que este apenas tem uma vigência subsidiária em relação aos direitos pactados {Willkür}, aos direitos das cidades, das cortes, das repartições e dos territórios”*<sup>14</sup>. O direito das Pandectas era limitado sobretudo pelo Direito alemão “indígena”<sup>15</sup>, sendo ainda alterado pelo

---

tempos e, em especial, do comércio.

<sup>12</sup> Um dos factores positivos do Direito Romano era o de se encontrar compilado, o que permitia uma muito maior segurança na sua aplicação.

<sup>13</sup> Às qualidades do Direito Romano aliou-se a ideia de que o Sacro Império Romano-Germânico não era mais do que a continuação do Império Romano, pelo que o Direito Justiniano tinha força de lei.

<sup>14</sup> FRANZ WIEACKER, ob. cit., pág. 145.

<sup>15</sup> A limitação do Direito das Pandectas pelo direito “indígena” não era, em termos práticos, muito relevante. Tal devia-se à recepção de regras de processo escrito. O Tribunal só tinha de indagar oficiosamente do direito escrito; nos casos em que o direito não fosse escrito cabia a quem o invocasse prová-lo. Sendo o direito “indígena” alemão um direito fundamentalmente consuetudinário, a sua aplicação prática era rara, chegando mesmo todo o direito “indígena” não escrito a desaparecer; o direito alemão “indígena” escrito, por sua vez, persistiu embora com alterações. FRANZ WIEACKER, ob. cit., págs. 144-146.

Direito Canônico, pelo Direito consuetudinário e pelo Direito imperial alemão<sup>16</sup>.

O Direito Romano que vigorava era o que resultava da codificação de Justiniano<sup>17</sup> segundo os ensinamentos da Escola de Bolonha<sup>18</sup>, e não o Direito Romano clássico<sup>19</sup>. Com este conteúdo o Direito Romano foi recebido como um todo, como um sistema, e não norma a norma.

Há ainda que referir que a dissolução do Sacro Império Romano-Germânico, provocada em 1803 por Napoleão, não extinguiu a vigência do Direito Romano na Alemanha. Assim, embora a existência do Sacro Império Romano-Germânico fosse referida como uma das razões da recepção do Direito Romano na Alemanha<sup>20</sup>, este, ao ser recebido como direito interno, passou a fazer parte do sistema alemão de direito, não carecendo mais da ligação entre os dois impérios romanos para fundamentar a sua vigência. A ligação entre o Sacro Império Romano-Germânico operou, pois, apenas como mais uma causa para a recepção. A partir da recepção o

---

<sup>16</sup> WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, tradução italiana da obra *Lehrbuch des Pandektenrechts*, por Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa, Unione Tipografico Editrice, Milano - Roma - Napoli, 1902, vol. I, §§ 1 e 2.

<sup>17</sup> Por isso o nome *Direito das Pandectas* - nome atribuído ao Digesto de Justiniano.

<sup>18</sup> FRANZ WIEACKER, ob. cit., págs. 135 e segs.

<sup>19</sup> FRANZ WIEACKER, ob. cit., págs. 139-140.

<sup>20</sup> As razões pelas quais o *usus modernus pandectarum* foi recebido na Alemanha tem muito mais a ver com as qualidades intrínsecas desse sistema do que com razões históricas - refira-se que a lenda lotária só surgiu no início do séc. XVI, altura em que o processo de recepção se encontrava quase completo.

Direito Romano na Alemanha era direito interno, não carecendo de outras razões para ser aplicado.

O Direito das Pandectas - o *usus modernus pandectarum* - era parte estruturante fundamental do direito alemão.

Sendo assim, Windscheid, tal como qualquer autor inserido na pandectística, tinha de conformar as suas teorias e as suas construções jurídicas com o direito positivo vigente, com o Direito das Pandectas. Windscheid teria, por isso, de fundamentar a teoria da pressuposição no âmbito do Direito das Pandectas.

#### 4. *A pressuposição e os elementos acessórios.*

Para Windscheid, eram cláusulas acessórias dos negócios jurídicos limitadoras da vontade a *condição*, o *termo* e a *pressuposição* (*Voraussetzung*)<sup>21</sup>.

A doutrina enumerava como factos através dos quais a vontade expressa se pode limitar a si própria a *condição*, o *termo* e o *modo*. Windscheid discordava desta enumeração. Não no que respeita à condição e ao termo, mas no que respeita ao modo.

---

<sup>21</sup> WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd. 1, 9. Auf., Scientia Verlag Aalen, 1963, §97.

Na doutrina contemporânea de Windscheid o modo era entendido como uma limitação da vontade *em que não era diminuído o valor da liberalidade*. Windscheid não concordava que o modo fosse tratado em sede de teoria geral do negócio jurídico, quando era uma figura cujo único elemento especial era económico - a não diminuição de valor da liberalidade - e não jurídico<sup>22</sup>. Não compreendia, ou melhor, não concordava que se tratasse, em sede de teoria geral do negócio jurídico, dos problemas da diminuição de valor no modo.

Para Windscheid, na parte geral da teoria do negócio jurídico dedicada às limitações da vontade dever-se-ia tratar das autolimitações da vontade que afectassem os efeitos jurídicos produzidos pela declaração de vontade. Windscheid concordava que o modo também reunia estas características, pois se fosse incumprido, o efeito jurídico do negócio era revogável. No entanto, para Windscheid o funcionamento do modo nada tinha de especial. O que sucedia era que, em caso de incumprimento do modo, o efeito jurídico resultante do negócio não correspondia à "*verdadeira vontade*" do autor da declaração.

Windscheid entendia que se devia tratar em geral dos casos de elementos acessórios das declarações de vontade, através das quais o efeito jurídico querido poderia encontrar-

---

<sup>22</sup> WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, ob. cit., vol. I, §97, nota 1. Windscheid refere e critica Savigny a este propósito. SAVIGNY contém a passagem criticada por Windscheid em *System des heutigen Römischen Rechts*, 3 Bd., Veit und Comp., Berlin, 1840, §128, pág. 230.

-se numa posição em que não correspondesse à “*verdadeira vontade*” do autor da declaração. Para essa figura geral, Windscheid propõe o nome de *pressuposição*.

Deste modo, Windscheid enumera como elementos acessórios do negócio jurídico com função de autolimitação da vontade a *condição*, o *termo* e a *pressuposição*.

##### 5. *O papel da vontade na pressuposição.*

Segundo Windscheid, quem emite uma declaração de vontade sujeita a uma pressuposição pretende, tal como quem emite uma declaração condicionada, o efeito jurídico resultante do negócio, desde que se verifique um determinado estado de coisas<sup>23</sup>.

A parte, ao emitir uma declaração de vontade sujeita a uma pressuposição, emite-a na convicção da verificação de certas circunstâncias. Esta convicção é de tal forma relevante que, caso a parte não tivesse representado como certas as circunstâncias, não teria celebrado o negócio, ou tê-lo-ia subordinado a uma condição.

É a este “nexo psicológico”<sup>24</sup> existente entre a

---

<sup>23</sup> WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, ob. cit., vol. I, §97.

<sup>24</sup> LUÍS SILVEIRA, *A teoria da Imprevisão nos Direitos Civis Alemão e Português - Tentativa de Confronto*, 1961-1962, pág. 19.

declaração negocial e as circunstâncias subjectivamente representadas como certas pelo declarante que Windscheid dá o nome de pressuposição.

Para Windscheid, as relações jurídicas derivam da eficácia jurídica plena da vontade das partes.

É sobre o conceito de direito subjectivo que Windscheid constrói o seu sistema geral de conceitos jurídicos. Para o autor, direito (subjectivo) é o domínio supremo da vontade concedido pela ordem jurídica<sup>25</sup>. A vontade a que Windscheid se refere é uma vontade psicológica<sup>26</sup>, uma vontade subjectiva. Não é um conceito objectivo de vontade.

Para Windscheid, a vontade não vale por si. O valor que Windscheid atribui à vontade não resulta de considerações éticas sobre a pessoa e a vontade. Aliás, considerações éticas desta ordem seriam incongruentes com a construção dogmática em que o autor se inseria, que recusava a intromissão, no Direito, de valores extrajurídicos<sup>27</sup>. O valor jurídico da vontade é atribuído pela ordem jurídica. O direito subjectivo, enquanto poder da

---

<sup>25</sup> WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, ob. cit. , vol. I, §37.

<sup>26</sup> Windscheid, neste campo partilha a opinião com Puchta. No entanto para Windscheid a vontade é psicológica, enquanto para Puchta a vontade é uma categoria ética, tendente à realização da pessoa - neste sentido KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, 2ª ed., Ed. Gulbenkian, Lisboa, pág. 33.

<sup>27</sup> Não podendo fundamentar o valor jurídico da vontade na sua dignidade enquanto decorrência da pessoa ética, Windscheid tinha que necessariamente fundá-la na ordem jurídica. Só desse modo é que o sistema estaria formalmente correcto.

vontade, enquanto domínio da vontade, é resultado de a ordem jurídica considerar a vontade como juridicamente relevante. Assim, a vontade que vincula no direito subjectivo é, em última análise, a vontade da ordem jurídica, não a vontade do titular do direito<sup>28</sup>. Mesmo quando a ordem jurídica retira o conteúdo de uma norma jurídica da vontade de uma pessoa, quando constitui a vontade da pessoa como critério decisório, é a norma que tem força jurídica própria, não a vontade da pessoa<sup>29</sup>.

Apesar de Windscheid não atribuir à vontade juridicidade imediata e autónoma, mas apenas porque atribuída pela ordem jurídica, isso não significa que a vontade não seja importante. Windscheid constrói, como se viu, toda a teoria do direito subjectivo sobre a vontade.

Assim, para este autor, a vontade é a causa única das “relações jurídicas”. A pressuposição aparece, contudo, não como vontade, mas como algo exterior a esta. Como elemento exterior à vontade, a pressuposição só valerá se puder a ela ser reconduzida.

---

<sup>28</sup> Windscheid recorre a esta posição sobre a vontade - que retira de Thon - para evitar as críticas de que foi alvo nas primeiras edições do Direito das Pandectas, no que respeita aos direitos subjectivos em que a vontade da pessoa não intervinha - como no caso dos incapazes. No entanto, também esta nova explicação foi alvo de críticas que diziam tratar-se de um mero jogo de palavras e que, como tal, não resolvia a contradição ínsita na posição de Windscheid sobre a relevância da vontade - neste sentido CARLO FADDA e PAOLO EMILIO BENZA, *Diritto delle Pandette*, tradução para italiano e comentário à obra *Lehrbuch des Pandektenrechts*, comentário ao §37 do Vol. I.

<sup>29</sup> WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, ob. cit. , vol. I, §37, nota 3.

A recondução da pressuposição à vontade e a sua força jurídica, em Windscheid, assenta numa construção voluntarista do direito em geral e do negócio jurídico em particular, que permite uma distinção muitíssimo subtil, entre a *vontade declarada* e a *verdadeira vontade*, isto é, *vontade objectiva* e *vontade subjectiva*. Nesta construção, a pressuposição não é elemento da vontade, nem é elemento do negócio. A pressuposição é a mera convicção subjectiva de que certas circunstâncias existem, ou se vão verificar. No entanto, embora não seja um elemento da vontade, surge como um factor sem o qual a vontade não teria sido emitida. É uma condicionante da vontade, um motivo da formação da vontade. Assim, mesmo sendo um elemento exterior à vontade, é-lhe atribuída relevância jurídica, pois é, em última análise, reconduzida à vontade. A pressuposição vale, pois, por ser reconduzível à vontade humana, ganhando assim a juridicidade que a Pandectística reconhecia à vontade negocial.

A pressuposição pode ser constituída pela indicação da primeira intenção (*erste Absicht*) do declarante. Nesses casos, se se frustrar a intenção que presidiu à declaração, o efeito da declaração não corresponde à "*verdadeira vontade*" do autor da declaração. Não significa isto que Windscheid aceite toda e qualquer intenção como juridicamente relevante. Fazê-lo seria criar uma insegurança extrema. Só quando a primeira intenção for indicada, é que se poderá tomá-la em consideração. Esta posição não se compatibiliza facilmente

com as doutrinas actuais quanto à relevância da intenção face ao negócio jurídico. No entanto, esta opinião é compreensível quando dentro da construção de Windscheid.

Windscheid é um voluntarista subjectivo. A vontade que é relevante é, para o autor, a que traduz o querer do declarante. Não a vontade que os outros entenderam, ou a vontade que deveriam ter entendido, mas sim o que foi querido. Se ao emitir a vontade o declarante indica que essa vontade se destina a realizar determinada intenção, então o declarante está a reconduzir a intenção à vontade, está a ligar a intenção à vontade. A intenção não vale por si, mas apenas enquanto elemento que permite aferir qual a verdadeira vontade. Apenas enquanto elemento acessório da vontade que a limita.

Como a pressuposição não é elemento da vontade, a falta de verificação das circunstâncias pressupostas não implica que se trate de um caso de falta, ou vício da vontade. Não implica que as consequências sejam as de uma falta de vontade.

Se faltasse a vontade, o negócio seria directamente impugnável, ou não produziria efeitos. Não se tratando, na pressuposição, de uma verdadeira falta de vontade, mas antes de uma violação dos limites da "*verdadeira vontade*", a reacção já não poderia ser a mesma. Seria necessário reagir a este facto através de *actio* ou de *exceptio*. Os efeitos do negócio jurídico encontrar-se-iam formalmente

fundamentados de acordo com a vontade declarada, razão pela qual enquanto não fosse revogado o negócio, a declaração de vontade, aquele produziria efeitos. Tendo em consideração a sua desconformidade com a “*verdadeira vontade*”, com a vontade psicológica limitada pela pressuposição, o negócio poderia ser revogado<sup>30</sup>

6. A pressuposição como “*condição não desenvolvida*”.

A construção da pressuposição de Windscheid deriva da construção da doutrina das *conditiones*. Segundo Windscheid a pressuposição é uma “*condição não desenvolvida*”<sup>31</sup>.

Embora possa, hoje, parecer estranho o recurso a fórmulas de Direito Romano para a resolução de problemas, há que ter em atenção que o sistema jurídico alemão contemporâneo de Windscheid era, como já se viu, fundamentalmente constituído pelo direito comum. Mas esta razão, só por si, não explica porque Windscheid constrói a pressuposição como uma condição, embora “*não desenvolvida*”.

---

<sup>30</sup> WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, ob. cit., vol. , §97.

<sup>31</sup> WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, ob. cit. , vol. I, §97.

Windscheid recorre a esta construção da pressuposição como condição “não desenvolvida” fundamentação por duas razões. Uma consequente do método por ele seguido, outra que por necessidade de integração da sua construção no sistema do Direito Romano próprio do “usus modernus”.

Windscheid procurava construir um sistema fechado, em que das fontes se pudesse retirar a solução para todos os casos, mesmo que se tratasse de uma solução nova<sup>32</sup>. Ao referir que a pressuposição era uma condição, embora não desenvolvida, Windscheid está a reconduzir o problema da pressuposição ao da condição, de modo a demonstrar que o sistema de conceitos insito nas fontes resolve também a questão da pressuposição. Assim Windscheid, embora crie uma figura de certo modo nova, consegue reconduzi-la às fontes, mantendo a integridade do sistema fechado. Assim construída, a pressuposição não desafia a integridade formal e lógica do sistema.

---

<sup>32</sup> Segundo WINDSCHEID, “Nas fontes falta uma expressão técnica fixa para aquilo que aqui se chama pressuposição. Têm-se usado as expressões conditio, causa, modus. Esta última expressão vem usada especialmente para indicar o ónus aposto a uma liberalidade, sem que todavia com ela se aponte precisamente para a pressuposição insita por natureza no ónus” – *Diritto delle Pandette*, ob. cit. §97, nota 2.. Resulta, pois, que para Windscheid a pressuposição era uma figura já existente nas fontes romanas, muito embora não especificamente nominada. Assim conseguiu Windscheid deduzir a pressuposição do sistema das fontes.

7. *A pressuposição e a causa.*

A outra razão prende-se com a causa de juridicidade das obrigações no Direito Romano, a *causa civilis obligandi*.

A causa, no Direito Romano, era aquele elemento sem o qual não tinha lugar o nascimento da obrigação contratual<sup>33</sup>.

O sistema romano de fundamentação das obrigações era um sistema estruturalmente judicial e judiciário. Uma obrigação só produzia efeitos jurídicos se existisse uma acção judicial própria para impor esses efeitos<sup>34</sup>. Sendo que as acções judiciais eram típicas, típicas eram também as causas.

O mero consenso não tinha, só por si, valor jurídico<sup>35</sup>. Isto significava que a vontade não fundava os contratos só por si. Para que determinado contrato produzisse obrigações, era necessário, ou que o contrato fosse um contrato nominado, ou que, sendo inominado, tivesse *causa*. Tanto num caso como no outro o resultado era o mesmo, só que com etapas lógicas distintas.

Os contratos nominados eram constituídos pelo consenso e pelo *nomen*, produzindo efeitos em razão desses

---

<sup>33</sup> M<sup>a</sup> DEL CARMEN GETE-ALONSO Y CALERA, *Estructura y funcion del tipo contractual*, Bosch, Barcelona, 1979, pág. 399.

<sup>34</sup> WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, ob. cit., vol. I, §44, M<sup>a</sup> DEL CARMEN GETE-ALONSO Y CALERA, ob. cit., págs. 394-400.

<sup>35</sup> O pacto, sendo constituído pelo mero consenso, produzia efeitos jurídicos, mas apenas quando exercido através de uma excepção.

dois elementos. Ao *nomen* correspondia sempre uma acção típica. Aliás, só tinham *nomen* os contratos aos quais correspondia uma acção típica. Existindo uma acção típica para impor as obrigações decorrentes desse contrato, o contrato produzia efeitos jurídicos, sem que fosse necessária a existência de uma causa como nos contratos inominados<sup>36</sup>.

Os contratos inominados não tinham, como a expressão indica, *nomen*. Não tinham, portanto, uma acção típica que lhes atribuísse eficácia jurídica. Nestes casos, era necessária uma causa específica a que correspondesse uma acção que lhes atribuísse juridicidade. As causas aceites eram *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des* e *facio ut facias* (*datio vel factum*). A estas causas correspondia uma acção geral, a *actio praescriptis verbis*.

Para que a pressuposição produzisse efeitos jurídicos seria necessária uma acção judicial. Sendo a pressuposição uma figura nova, tal acção não existiria, sendo necessária uma *causa*, de tal forma que fosse aplicável uma *actio praescriptis verbis*. No entanto, à pressuposição não correspondia nenhuma daquelas causas. Sendo, todavia, a pressuposição construída como uma condição, embora “não desenvolvida” já poderia beneficiar das acções aplicáveis às condições. Existindo acções judiciais que abrangessem a

---

<sup>36</sup> Nestes casos não era necessária uma causa específica pois existia uma acção típica. No entanto, tal não invalida que mesmo os contratos nominados tivessem conteúdos típicos que fundamentavam o próprio negócio - *consensus, res, literis e verbis*. Era a esse conteúdo que correspondia determinada acção típica.

pressuposição, esta podia já produzir efeitos jurídicos. Assim, Windscheid pode, deste modo, recorrer às acções referentes à condição<sup>37</sup> para tornar a pressuposição juridicamente eficaz.

#### 8. *A pressuposição e a condição.*

Como se pode verificar, a pressuposição é construída com uma estrutura muito semelhante à de uma condição.

Trata-se, tal como na condição, de uma forma de limitação da vontade negocial do declarante, da pessoa que se vincula no negócio - do pressuponente - pois este apenas quer o efeito jurídico, apenas quer o negócio, se se verificar certo estado de coisas.

No entanto, a pressuposição apresenta diferenças significativas face à condição.

Desde logo, a condição é uma cláusula do negócio, sendo *necessário o acordo de vontades* quanto a ela. A *pressuposição*, ao contrário, *não carece de acordo* para produzir efeitos. A pressuposição é sempre de um dos declarantes do negócio. É, contudo, necessário que a

---

<sup>37</sup> *Conditio causa data causa non secuta, conditio sine causa, actio bonae fidei* - nos casos em que a pressuposição se incluisse num *contractus bonae fidei*.

pressuposição seja cognoscível para a outra parte<sup>38</sup>. Repare-se que não se vai ao ponto de exigir o efectivo conhecimento da pressuposição. Apenas é necessário que a pressuposição seja cognoscível.

Por outro lado, enquanto na condição o declarante toma como *incerto* o estado de coisas, na pressuposição, o estado de coisas é tido como *certo* e existente<sup>39</sup>. Não se duvida da sua existência, antes tem-se a certeza (pressupõe-se) da sua verificação. Verifica-se uma certeza subjectiva, quer dizer, uma convicção, em relação à verificação das circunstâncias, mas não uma certeza objectiva. Como teoria marcadamente voluntarista, o elemento objectivo é simplesmente desconsiderado.

Além disto, na pressuposição, o declarante não faz depender o efeito jurídico da verificação das circunstâncias, ao contrário da condição. A pressuposição constituiria assim, para Windscheid, uma “condição não desenvolvida” (“*unentwickelte Bedingung*”). Esta condição não estaria desenvolvida pois, em vez de o declarante dizer “*eu só quero o efeito jurídico se se verificarem estas circunstâncias*”, ele diz “*eu quero o efeito jurídico, mas não o teria querido se não se verificassem as circunstâncias*”. Se o estado de coisas que constitui a pressuposição não existir, deixar de existir, ou não

---

<sup>38</sup>WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, ob. cit. , vol. I, §98, e MENEZES CORDEIRO, *Da Alteração de Circunstâncias*, Lisboa, 1987, pág. 27.

<sup>39</sup> MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, 3ª Reimpressão, Livraria Almedina, Coimbra, 1972, pág.405.

se concretizar, a relação jurídica não se poderá manter contra a vontade do declarante pressuponente.

Finalmente, assim como na sua construção, a pressuposição é diferente da condição, os seus efeitos diferem desta figura jurídica.

Caso a pressuposição se verificasse falsa, o efeito jurídico resultante do negócio seria eficaz, ao contrário do que acontece na condição.

O efeito jurídico encontrava-se formalmente fundamentado de acordo com a “*vontade efectiva*”, com a vontade formal objectiva, declarada no negócio jurídico. No entanto, o efeito jurídico resultante do negócio não estaria de acordo com a “*verdadeira vontade*” da parte, com a vontade material subjectiva do declarante.

Como já vimos, na teoria da pressuposição, Windscheid introduz, neste particular, uma dualização entre a “*vontade efectiva*” e a “*verdadeira vontade*”, para explicar o mecanismo “quase condicional” da pressuposição, referindo expressamente que o faz apenas para facilitar a compreensão da teoria. No entanto, quando Windscheid diz que estabelece esta distinção apenas por motivos didácticos, di-lo porque, para o autor, a vontade relevante é a psicológica e não a declarada. Deste modo, a vontade relevante é para Windscheid a “*verdadeira vontade*”, não a “*vontade efectiva*”. A “*vontade efectiva*” é apenas uma vontade aparente, pois é

apenas um reflexo exterior da vontade psicológica. Enquanto espelho, não pode valer contra a “*verdadeira vontade*”. A forma não pode valer contra a substância.

Nestes termos, o efeito jurídico não se encontrava materialmente legitimado, pois a parte não o aceitaria se tivesse previsto correctamente a situação verificada. Ou seja, o efeito jurídico não estava de acordo com a vontade do declarante. Questão que para um voluntarista é suficiente para considerar o efeito como não fundamentado.

Windscheid aceita, como eventualmente possível, a hipótese de o negócio que não corresponda à “*verdadeira vontade*” nunca produzir efeitos jurídicos. Entende, apesar de tudo, que o efeito jurídico deve ser mantido, sendo afastado, indirectamente, através do direito de acção e de excepção, protegendo-se desse modo os interesses da parte que se fundou na pressuposição. Isto porque entende que não se pode destruir retroactivamente o facto de em certo momento o declarante ter declarado querer aquele efeito jurídico.

O declarante teve vontade de celebrar aquele negócio jurídico, pelo que o negócio não sofreu nenhuma limitação directa (como, por exemplo, uma condição). No entanto, na formulação da vontade interveio uma pressuposição, pelo que a vontade sofreu um “condicionamento” que vai, em última análise, condicionar o modo como esta vai ser construída.

Assim, caberia à parte prejudicada o direito de impedir

o efeito jurídico, quer por meio de acção, quer por meio de excepção.

Como já se viu, Windscheid coloca a pressuposição no lugar do modo, mas depois entende que a pressuposição é uma condição não desenvolvida. A aparente confusão entre os dois conceitos não passa disso mesmo<sup>40</sup>. A pressuposição está a meio caminho entre o modo e a condição. Não porque seja uma figura intermédia, mas porque no seu percurso funcional opera, quer com semelhança com o modo, quer com semelhança com a condição.

#### 9. *Mecanismos da pressuposição.*

A pressuposição afecta o negócio jurídico em dois momentos distintos.

Num primeiro momento, a pressuposição afecta a formação da vontade. Aqui a vontade é afectada por um conjunto de circunstâncias que são pressupostas pelo declarante. E é afectada de uma forma peculiar. A vontade não é condicionada por essa pressuposição. A vontade é *modulada* (moldada) pela pressuposição. Isto é, a vontade vai

---

<sup>40</sup> Aliás a distinção entre condição e modo é, de certa forma, problemática. Sobre a distinção entre condição e modo, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. III, Lisboa, 1992, págs. 416-420 e SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, 3 Bd., Veit und Comp., Berlin, 1840, §128.

ter uma estrutura interna resultante da pressuposição em que se funda. Mesmo que a pressuposição não seja expressa, a modulação da vontade pela pressuposição existe, está presente. Assim, na formação da vontade, a pressuposição opera com semelhanças em relação a um modo, opera de certa forma modalmente. A vontade influenciada por uma pressuposição é uma vontade modal, modalizada, moldada. Assim, a pressuposição engloba, dentro das várias hipóteses de aplicação, o *modus*. Se a uma liberalidade for imposto um *modus*, então estamos perante um caso em que a vontade declarada está sujeita a uma pressuposição, pressuposição esta que é a de que o beneficiário da declaração de vontade vai fazer algo, vai cumprir o encargo.

A pressuposição é, para Windscheid, uma figura que traduz a modelação de que a vontade psicológica foi alvo. Sendo que a vontade psicológica é que funda a declaração, é que é sua causa-fundamento<sup>41</sup>, trata-se então de uma figura que traduz a modelação da causa (entendida enquanto causa-fundamento e não como causa-função).

Num segundo momento, temos a chamada *condição não desenvolvida*. Neste momento já estamos perante o negócio propriamente dito, e não perante a simples vontade (enquanto causa-fundamento do negócio). A vontade, ao reflectir-se no negócio, vai neste deixar o seu cunho. A

---

<sup>41</sup> Embora, como se viu, apenas porque a ordem jurídica o permite e lhe atribui essa eficácia

decorrência da vontade no negócio vai ser constituída, entre outras coisas, pela pressuposição. O conteúdo desta limitação seria verbalizado assim: “eu quero o efeito jurídico, mas não o quereria se não se verificassem as circunstâncias”. Esta é que seria uma limitação negocial constituída pela pressuposição enquanto condição não desenvolvida.

Para Windscheid a vontade psicológica é a causa-fundamento do negócio. Embora no Direito Romano a *actio* fosse elemento fundamental da eficácia jurídica das obrigações, Windscheid entende que a acção é uma consequência da existência da obrigação, e não a sua causa<sup>42</sup>. No entanto, não se afasta da necessidade de existência de uma acção destinada a fazer valer a obrigação. Não lhe atribui força de causa-fundamento, mas também não a exclui do sistema.

Assim a causa-fundamento das obrigações negociais é, para Windscheid, a vontade psicológica do declarante. Esta vontade psicológica é a que resulta da vontade efectiva, da “*verdadeira vontade*”. Quando a vontade declarada se encontra sujeita a uma pressuposição, a “*verdadeira vontade*” é a que resulta da conjunção entre a vontade declarada e os limites impostos pela pressuposição.

Se uma pessoa emite uma declaração de vontade apenas porque considerou como certas determinadas

---

<sup>42</sup> WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, ob. cit. , vol. I, §44.

circunstâncias, então a vontade subjectiva é esse complexo. Pode criticar-se a relevância dessa vontade subjectiva. Mas é mais difícil criticar o próprio conceito de vontade subjectiva em si.

#### 10. *Formas da pressuposição.*

Windscheid indica quatro casos de pressuposição:

1. prestação sob a pressuposição de *que o destinatário irá fazer algo;*
2. prestação sob a pressuposição de *que o seu autor irá fazer algo;*
3. prestação sob a pressuposição de *que ocorrerá um acontecimento independente da vontade das partes;*
4. prestação sob a pressuposição de *que ocorrerá uma relação dependente, em simultâneo, de actuações do autor da prestação e do destinatário, ou de actuações de um deles e de factores estranhos à sua vontade.*

Ou seja: *causa propter quam dedit, secuta non est* (causa do negócio, ou que foi a base do negócio, mas que não veio a verificar-se). Embora alguns dos casos de pressuposição dependessem da participação da outra parte no negócio – caso 1 – nem sempre isso sucedia. Assim ficava inviabilizado o recurso à *causa romana da datio vel factum*<sup>43</sup>,

---

<sup>43</sup> A *datio vel factum*, enquanto sinalagma não abrangia casos de pressuposição em que a outra parte no negócio nada fizesse em troca ou nada desse em troca.

pois, de acordo com ela, exigia-se sempre a participação da outra parte, o que era incompatível com os casos em que a pressuposição consistia na certeza de que algo iria suceder, ou não iria suceder independentemente da vontade das partes. Para esses casos não havia *causa*, que permitisse recorrer à *actio praescriptis verbis*.

#### 11. *Pressuposição de facto e de direito.*

Para Windscheid, a pressuposição tanto podia ser de facto como de direito, ou seja, o estado de coisas que o pressuponente tomava como certo, tanto podia consistir em acontecimentos fácticos, como numa relação jurídica. Assim, o cumprimento do encargo pelo beneficiário da liberalidade, ou a celebração de um outro negócio, podiam constituir uma pressuposição. Também podia ser uma pressuposição um determinado facto, como seja o da adequação de determinado terreno para o cultivo de arroz. Windscheid não retira diferenças de regime de a pressuposição ser de facto ou de direito, o que leva a concluir que se trata mais de uma unificação<sup>44</sup> do que uma divisão.

Através da unificação da pressuposição de facto e de direito, Windscheid atribui relevância ao erro de direito sobre

---

<sup>44</sup> Também MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, 3<sup>a</sup> Reimpressão, Almedina, Coimbra, 1972, pág. 404, faz esta unificação entre a pressuposição de facto e de direito, reconduzindo a

o conteúdo e efeitos do contrato, e também do direito vigente. Atribui também efeito, reflexamente, efeitos à alteração superveniente do direito.

Deste modo, se alguém emitir uma declaração de vontade sob a pressuposição da vigência de uma regime jurídico que não está em vigor, ou de que esse regime jurídico virá a entrar em vigor, ou não virá a ser alterado no futuro, e essa pressuposição se vier a revelar falsa, poderá, segundo o sistema proposto por Windscheid, revogar essa declaração negocial.

#### *12. Pressuposição expressa e tácita.*

Windscheid entende que a pressuposição tanto poderia ser expressa como tácita, tendo em qualquer caso os mesmos efeitos.

Na pressuposição expressa, o pressuponente declara a pressuposição<sup>45</sup>. Logo esta fica formalmente incluída no negócio. É o caso do declarante que indica qual a sua intenção ao emitir a declaração de vontade. Neste caso, a intenção fica incluída no negócio como pressuposição. Trata-

---

pressuposição à questão da causa.

<sup>45</sup> O próprio Lenel, acérrimo crítico da teoria da pressuposição, aceitou a pressuposição expressa como forma de limitação da vontade - CARLO FADDA e PAOLO EMILIO BENZA, ob. cit., comentário ao §97, nota \*, do Vol. I, pág. 1951 .

-se da inclusão dos motivos, da intenção, na vontade negocial. Windscheid entende que os motivos, a intenção, podem ser juridicamente relevantes. Aliás, quando se impõe a determinado negócio uma condição, está-se a juridicizar o motivo por detrás da condição. Se o motivo pode ser elevado a condição, então também pode ser elevado a pressuposição, uma vez que a pressuposição é construída à semelhança da condição<sup>46</sup>.

É também o caso de alguém atribuir algo a outrem fazendo recair sobre essa pessoa um encargo<sup>47</sup>.

Apesar de o declarante indicar que celebra o negócio por entender como certas determinadas circunstâncias, sujeitando a vontade a uma pressuposição, tal não implica que a pressuposição passe a ser parte integrante do clausulado do negócio. A pressuposição, embora seja uma limitação da vontade, não integra o negócio de forma a tornar-se uma cláusula do mesmo<sup>48</sup>.

A pressuposição tácita poderia surgir como uma verdadeira declaração resultante, não do conteúdo da declaração de vontade, mas antes das circunstâncias que acompanham a emissão da declaração de vontade. Neste caso

---

<sup>46</sup> CARLO FADDA e PAOLO EMILIO BENZA, ob. cit., comentário ao §97, nota \*, do Vol. I, pág. 1049.

<sup>47</sup> Ou seja, é o caso do modo.

<sup>48</sup> Uma limitação da vontade que afecta, em última análise, a própria subsistência do negócio sem ser, no entanto, integrada no próprio negócio só se compreende numa teoria voluntarista.

não se declara a pressuposição expressamente. Ao emitir a declaração de vontade não se refere que se celebra o negócio porque se considera como certo um dado estado de coisas. No entanto, das circunstâncias que rodeiam a emissão da declaração de vontade, pode retirar-se “com toda a probabilidade” que esta foi emitida sujeita a uma pressuposição, isto é, limitada por uma pressuposição.

Para Windscheid a pressuposição tácita tem dois regimes diversos, conforme se trate de um negócio *inter-vivos* ou de um negócio *mortis-causa*.

Nos negócios *inter-vivos*, a pressuposição deveria, não só resultar genericamente das circunstâncias que rodeiam a emissão da declaração, mas também ser cognoscível para a pessoa a favor de quem é emitida<sup>49</sup>. Ou seja, é necessário que o destinatário da declaração pudesse reconhecer a essencialidade das circunstâncias que constituíam a pressuposição, mesmo tendo em consideração que essas circunstâncias e a sua relevância não foram expressamente reveladas. Trata-se, por isso, de um regime muito semelhante ao da pressuposição expressa.

Os requisitos para a eficácia jurídica da pressuposição nos negócios *mortis-causa* são, como já se disse, diferentes. Apesar de a pressuposição ter, do mesmo modo, que resultar

---

<sup>49</sup> Especialmente no caso de alteração de circunstâncias - WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, ob. cit., vol. I, §98, nota 5.

das circunstâncias que rodeiam a emissão da declaração de vontade, já a cognoscibilidade da pressuposição para o beneficiário da declaração não é exigida.

Basta, segundo Windscheid<sup>50</sup>, que no momento em que a declaração de vontade é submetida à valoração jurídica das circunstâncias concomitantes, se possa retirar a convicção que o testador tinha verdadeiramente querido somente sob a pressuposição de um determinado estado de coisas. Windscheid não exige a cognoscibilidade para o beneficiário da declaração, mas também não retira a cognoscibilidade em absoluto, pois terá sempre que ser uma declaração tácita e, como tal, cognoscível.

A razão que leva Windscheid a aligeirar as exigências para a eficácia da pressuposição nos negócios *mortis-causa* prende-se com o respeito pela vontade dos mortos. Se se provar que determinada disposição testamentária foi feita sob pressuposição, essa limitação da vontade deve ser respeitada, independentemente de ser cognoscível para o seu beneficiário. Ou seja, se uma determinada deixa testamentária foi feita por o testador tomar como certo, por exemplo, um casamento futuro do beneficiário dessa liberalidade, caso não venha a ser celebrado o casamento, a liberalidade pode ser revogada.

---

<sup>50</sup> WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, ob. cit. , vol. I, §98.

13. *Pressuposição de passado, de presente e de futuro.*

A pressuposição tanto pode ser de passado, de presente ou de futuro. Ou seja, pode referir-se a um estado de coisas que se pensa já verificadas no passado, que se verifica no presente, ou que se virá a verificar no futuro.

Já vimos que a pressuposição é construída, por Windscheid, como uma condição não desenvolvida, e que uma das principais diferenças é que, enquanto na condição há incerteza quanto à verificação do estado de coisas, na pressuposição há certeza quanto a estado de coisas que se julga verificado<sup>51</sup>.

Uma outra diferença entre a pressuposição e a condição parece agora tornar-se patente.

A condição pode ser definida actualmente como uma *“cláusula acessória pela qual as partes subordinam a eficácia dos seus negócios a um acontecimento futuro e incerto”*<sup>52</sup>. A condição é, portanto, sempre de futuro, sempre referente a um estado de coisas a verificar no futuro. Se fosse esta a definição de condição aceite por Windscheid, verificar-se-ia

---

<sup>51</sup> Embora, sendo esta certeza uma certeza meramente subjectiva, possa o pressupponente estar em erro acerca desse estado de coisas.

<sup>52</sup> JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria Geral*, cit., Vol. III, pág. 390.

uma diferença, pois, enquanto a pressuposição pode ser de passado, de presente, ou de futuro, a condição só poderia ser de futuro.

No entanto, a definição de condição dada por Windscheid não é a mesma que é actualmente geralmente aceite.

Para o autor, condição é a “adição”, o “acrescento” feito a uma declaração de vontade pela qual o efeito jurídico indicado como querido deve ter lugar somente com a verificação de uma certa circunstância<sup>53</sup>. Quanto a esta parte do conceito não há diferenças relevantes naquilo que agora temos em estudo. No entanto, para Windscheid, a circunstância a que se refere a condição pode verificar-se no passado, no presente ou no futuro. A condição no Direito das Pandectas tinha, portanto, uma construção não totalmente coincidente com a actual.

Sendo assim construída a condição, Windscheid também constrói a pressuposição desse mesmo modo.

Como vimos, a pressuposição pode ser de passado, de presente ou de futuro. No entanto, é possível distinguir a pressuposição em duas categorias com regimes diferentes. Uma constituída pela pressuposição de passado e de presente, outra constituída pela pressuposição de futuro.

---

<sup>53</sup> WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, ob. cit. , vol. I, §86.

Nos casos de pressuposição de passado ou presente, a vontade negocial é declarada sob a pressuposição de algo ter ou não acontecido ou de alguém ter ou não feito algo. Quando isso não sucede, o negócio é revogável. Nestes casos estamos muito próximos da figura do erro sobre a base do negócio, pois o pressuponente entende como certo um estado de coisas que afinal não é verdadeiro. A consequência é a geral para a não verificação da pressuposição - a revogabilidade da declaração. No entanto, é uma situação em que o pressuponente poderia ter tido um conhecimento do verdadeiro estado de coisas.

Na pressuposição de futuro a situação já é diferente. Nestes casos, a vontade é declarada na pressuposição de que algo irá ou não acontecer, ou de que alguém irá ou não fazer algo. Nunca se pode, como uma certeza total, prever o futuro. Razão pela qual a possibilidade de a pressuposição se não vir a verificar é muito superior à dos casos das pressuposições de passado ou de presente. Para Windscheid, a pressuposição não é apenas uma figura destinada a dar solução à questão hoje conhecida como da alteração de circunstâncias e que à data era tratada como *clausula rebus sic stantibus*. A pressuposição era uma figura geral que abrangia todos os casos em que era possível que os efeitos jurídicos do negócio não se encontrassem de acordo com a “verdadeira vontade”. Ou que, neste caso da pressuposição de futuro, viessem, após a declaração de vontade, a estar em desacordo com a “verdadeira vontade”. Também o modo era abrangido por esta

figura, tal como todos os casos em que alguém declara a vontade com a certeza de que algo iria acontecer. Nestes casos, em que o modo não é cumprido, não se verifica uma alteração de circunstâncias. A alteração de circunstâncias é uma alteração no mundo real, não é um incumprimento de uma limitação da vontade.

Assim, embora a pressuposição de futuro abranja, também, as situações de alteração de circunstâncias, não se limita a esses casos, sendo antes uma figura geral que abrange todas as situações em que os efeitos do negócio podem estar ou vir a estar em desconformidade com a vontade psicológica do pressuponente.

*14. A pressuposição de factos passados e presentes e o erro sobre a base do negócio.*

Como vimos, a teoria da pressuposição tenta unificar o problema da influência no negócio das circunstâncias que influenciam a vontade. Como tal, entre outros, abrange o problema da alteração de circunstâncias, e abrange também o chamado erro sobre a base do negócio. A aplicação da pressuposição neste campo far-se-ia da mesma forma, com a diferença que as circunstâncias pressupostas seriam passadas ou presentes. Seria um caso de pressuposição de passado ou de presente. Aqui, já não se verificaria um problema de as circunstâncias tidas como certas não virem a

verificar-se, ou virem a extinguir-se. O problema é o de as circunstâncias que modelaram a vontade não existirem tal como pressupostas.

A teoria da pressuposição é uma teoria que, em última análise, vai procurar dar solução à questão da influência da causa-fundamento sobre o negócio. Vista a teoria da pressuposição deste ângulo, compreende-se a razão pela qual Windscheid unifica o problema, quer a pressuposição seja de passado, presente ou futuro. Em qualquer destes casos, a vontade psicológica foi declarada com uma limitação. Se o negócio, se os efeitos do negócio, não respeitarem essa limitação da vontade, dever-se-à dar ao pressuponente a possibilidade de revogar o negócio. A teoria da pressuposição nem é uma teoria da alteração de circunstâncias, nem é uma teoria do erro sobre a base do negócio. A teoria da pressuposição é uma teoria da causa enquanto fundamento de juridicidade do negócio jurídico, e dos seus efeitos sobre o negócio jurídico.

A teoria da pressuposição, ao abranger no seu âmbito, tanto o erro sobre a base do negócio, como a alteração de circunstâncias, vem demonstrar que o problema fundamental nestas figuras é um problema de causa-fundamento e dos seus efeitos no negócio jurídico.

15. *A pressuposição de futuro e a alteração de circunstâncias.*

Levanta-se agora o problema de saber se a teoria da pressuposição trás algo de útil para a questão da alteração de circunstâncias, enquanto integrada no ordenamento jurídico português ora vigente.

Da mera interpretação literal do art. 437º do Código Civil resulta que o que aí se prevê não é a teoria da pressuposição. Pelo menos, não é a teoria da pressuposição na sua versão pura, muito embora, tendo em consideração que a solução a dar a este problema evoluiu ao longo dos séculos e que uma das teorias que influenciou essa evolução foi, precisamente, a teoria da pressuposição de Windscheid.

A referência que no art. 437º do Código Civil se faz às circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar aproxima-se da pressuposição. Também na teoria da pressuposição determinadas circunstâncias podem afectar o negócio.

Em parte alguma do art. 437º do Código Civil se diz que circunstâncias são essas e porque é que relevam de tal forma no negócio. Deixa-se, pois, em aberto a fundamentação dogmática do mecanismo jurídico contido no art. 437º do Código Civil.

A teoria da pressuposição poderia, eventualmente, dar

um contributo ao indicar quais as circunstâncias relevantes.

No entanto, não se pode separar uma parte da teoria da outra parte da mesma teoria. Para se poder aceitar que as circunstâncias são aquelas que foram pressupostas pelo declarante, é necessário ter em consideração que se está perante uma teoria voluntarista subjectivista, que toma como ponto de partida dogmático a vontade humana, e que se baseia nas *conditiones* do direito comum.

Embora o velho sistema das *conditiones* esteja de algum modo presente no nosso Código Civil, designadamente no enriquecimento sem causa, o que não inviabiliza o funcionamento do art. 437º nesses moldes, *o recurso à vontade humana como único elemento em que assenta o sistema civil é já bastante problemático.*

De isso mesmo é um reflexo a complexidade da teoria da pressuposição. Windscheid, para conseguir fundar a alteração de circunstâncias na vontade humana, tem de construir a pressuposição como reconduzível àquela (à vontade). O que levanta vários problemas, uma vez que parte da assunção de que a vontade que parece resultar da declaração do pressuponente não é, efectivamente, a vontade que funda o negócio.

A vontade do pressuponente, na construção de Windscheid, é a que resulta do negócio dentro dos parâmetros da pressuposição. Assim, se a pressuposição não

se verificasse ou se frustrasse, o negócio não estaria, ou passaria a não estar, de acordo com a sua causa, logo seria impugnável por acção ou excepção. Entende-se aqui causa como fundamento da juridicidade do negócio.

Parece, no entanto, que esta voluntarização das circunstâncias não é a mais adequada à realidade. Existe apenas porque - na perspectiva de Windscheid, na esteira do jusracionalismo tardio - a única causa do negócio, o único fundamento da vinculação negocial, é a vontade e, logo, tudo a ela deve ser reconduzido.

O que se passa é diferente. Na alteração de circunstâncias, não podemos dizer que a vontade afinal era outra, e as circunstâncias já não estão de acordo com a vontade. A vontade dos contraentes é a declarada na conclusão do negócio. A causa-fundamento do negócio é que não é só e apenas a vontade humana. A causa do negócio, enquanto causa-fundamento, deve ser entendida como não só a vontade, mas também como sinalagma, como equilíbrio interno, como justiça interna do contrato. Causa-fundamento, neste sentido, deve ser um complexo de que são partes integrantes a vontade negocial e o equilíbrio interno do contrato. Só se um negócio respeitar a vontade declarada e respeitar o equilíbrio interno é que se pode considerar o negócio como devidamente fundado face à ordem jurídica.

Windscheid, ao tentar centrar toda a sua teoria num voluntarismo absoluto, encontra barreiras que não consegue

ultrapassar cabalmente.

Embora a teoria da pressuposição seja uma teoria muito bem sistematizada, a sua falha encontra-se num elemento de base. O problema é que, não se tratando a alteração de circunstâncias de uma questão relativa, directa ou indirectamente, à vontade, esta não o consegue resolver de forma aceitável.

Na alteração de circunstâncias, aquilo que muda, que é alterado, é algo que vem de fora do negócio e da vontade das partes. É o mundo real. É a realidade fáctica. É claro que uma alteração da realidade fáctica pode ter relevância jurídica. Mas uma coisa é uma alteração da realidade fáctica circunstante, que tem reflexos na ordem jurídica e outra coisa é uma alteração dentro da ordem jurídica (na vontade negocial por exemplo).

Windscheid, ao tentar integrar esta alteração de circunstâncias unicamente na vontade, teve de dizer que a vontade do declarante não é o que este declara, mas toda a vontade enquanto elemento puramente psicológica. Com todos os motivos, fins e condicionantes do querer.

Ora, o Direito não pode admitir este conceito de vontade. Este conceito de vontade torna a vontade de tal forma ampla e difusa que tudo o que estiver contido na mente de uma pessoa será vontade. Uma pessoa é uma unidade indivisível e não é possível dizer que a vontade não foi

influenciada por toda a vida dessa pessoa, por todas as experiências, todos os seus querereres, todos os seus objectivos, etc. Isto, só por si, torna esta concepção de vontade totalmente insindicável e, portanto, dogmaticamente improdutiva.

Assim, a tentativa de explicação da alteração das circunstâncias através de uma perspectiva puramente voluntarista, como fez Windscheid, ficou votada ao fracasso.

16. *A pressuposição e o problema da causa.*

O problema que se levanta é o mesmo que tantas questões levantou e continua a levantar. É o problema da causa "*entendida como razão ou fundamento de juridicidade, como Grund*"<sup>54</sup>, como fundamento da juridicidade do contrato.

As circunstâncias que forem juridicamente relevantes sê-lo-ão por estarem ligadas à causa. As circunstâncias que não forem juridicamente relevantes serão tratadas como meros motivos sem reflexos no negócio.

Assim, só com um conceito adequado de causa é que se poderá resolver satisfatoriamente o problema da alteração de circunstâncias.

---

<sup>54</sup> PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, Lisboa, 1994, pág. 124.

Como já se viu, a vontade não consegue, só por si, resolver este problema. O problema não é o de o mundo que existe já não estar de acordo com a vontade. O problema é de que o mundo que existe já não está de acordo com o contrato, de tal modo que o contrato fica desequilibrado.

O contrato quando é ajustado, é concluído com determinado equilíbrio interno. Esse equilíbrio, tanto pode ser fixado por exclusivo acordo das partes, como resultar da influência da lei ou de outro elemento. O que importa é que se estabelece um equilíbrio inicial do contrato entre as prestações. Ou seja, fixa-se o sinalagma.

Não quer isto dizer que a prestação seja, ou tenha de ser, de valor económica e objectivamente equivalente ao da contraprestação. O sinalagma não resulta de um equilíbrio material, mas antes de um equilíbrio formal. O equilíbrio é o que resulta da negociação (ou do método através do qual foi elaborado o contrato – por exemplo, preços tabelados).

Como o contrato não existe num universo à parte, todas as alterações no mundo real podem influenciar o sinalagma. Este sinalagma, este equilíbrio e interdependência entre prestação e contraprestação, foi estabelecido sobre uma realidade, sobre um *status quo*, por exemplo, de os valores e contra-valores de certos bens. Se essa realidade se alterar, altera-se necessariamente o equilíbrio do contrato.

Ao considerar o sinalagma, ou o equilíbrio contratual,

como um dos elementos da causa do contrato, uma alteração nesse equilíbrio poderá dar lugar a uma incompatibilidade, ou uma desconformidade, do contrato com a sua causa.

Não se quer dizer com isto que os contratos têm vida própria, completamente independente dos seus autores, ou das suas partes. Os contratos, só por si mesmos, não evoluem. A realidade é que evolui. E como os contratos existem no mundo real, uma alteração desse mundo, pode levar à necessidade de se alterar o contrato, com vista à sua readaptação às novas circunstâncias.

Alterando-se o mundo real em que o contrato está inserido, o equilíbrio resultante do contrato pode passar a estar em desacordo com o equilíbrio inicialmente fixado no contrato, com o sinalagma do contrato, conforme foi inicialmente fixado. Logo, o cumprimento dos termos literais do contrato – a sua execução à letra – poderá conduzir ao incumprimento do fundo do contrato. Seria a vitória da forma sobre a substância. O negócio jurídico que vincula as partes não é uma peça de papel escrito que tem que ser seguido cegamente. O que vincula as partes é a substância do contrato, não a sua forma. Logo, se com a alteração fáctica se verifica uma alteração da substância do contrato, este não pode ser cumprido, pelo menos nos termos que constam formalmente expressos no instrumento contratual. Há um conflito entre o cumprimento formal e o cumprimento substancial do contrato.

Nessas situações, o cumprimento (formal) do contrato implicaria a violação (substancial) do contrato.

Quando o art. 437º refere as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar, não se refere às circunstâncias que influenciaram a vontade, refere-se, antes, às circunstâncias que lhe influenciaram a causa-fundamento; ou seja, àquelas circunstâncias que presidiram à gênese do equilíbrio do contrato, à gênese do sinalagma.

#### 17. Conclusão

Windscheid constrói a teoria da pressuposição como uma figura de ordem geral, destinada a dar resposta aos problemas levantados pelos casos em que os efeitos jurídicos do negócio não se encontram de acordo com aquilo a que o autor chama, a “*verdadeira vontade*”.

Toda a teoria da pressuposição é influenciada por duas questões. Uma dessas questões é o sistema de direito positivo vigente na Alemanha. Esse sistema era constituído, em parte substancial, pelo *usus modernus pandectarum*, o que influenciava de modo determinante toda a teoria, especialmente no que se referia aos elementos necessários para que determinada figura fosse jurídica (causa-fundamento). A outra questão que influenciou o modo como Windscheid construiu a teoria da pressuposição foi o

conjunto de opções dogmáticas do autor. Windscheid é, por um lado, um voluntarista (na esteira do jusracionalismo), por outro lado um positivista cientifista. Assim, Windscheid faz recair o elemento fundamental do direito subjectivo e do negócio jurídico no império da vontade, o que explica a sua noção de “*verdadeira vontade*”. Para além disso, o autor procura deduzir das fontes todas as figuras jurídicas e fundamentar nelas todos os regimes, de forma a criar um regime formalmente coeso e lógico, um sistema fechado.

Em resultado do que se referiu, Windscheid constrói a pressuposição como uma condição, não só devido à efectiva semelhança das duas figuras, mas, e principalmente, para conseguir fundamentar nas fontes e nelas integrar esta figura.

A pressuposição não é, pois, construída como uma nova solução a dar à antiga questão da alteração de circunstâncias. É construída como uma figura geral de direito civil. A pressuposição é uma limitação da vontade, da vontade juridicamente relevante, da vontade que é causa-fundamento da declaração negocial e do negócio jurídico. Assim, da vontade declarada conjugada com a pressuposição, resulta, para Windscheid, a “*verdadeira vontade*”, que é causa-fundamento da declaração negocial e do negócio jurídico.

Mas a teoria da pressuposição não se limita a indicar uma “nova” modalidade de limitação da vontade; levanta, também, o problema da influência da causa-fundamento na

declaração negocial e no negócio jurídico.

Assim, da teoria da pressuposição resulta qual o conceito de “*verdadeira vontade*” para Windscheid, que é a causa-fundamento da declaração negocial e do negócio jurídico. Resulta, ainda, que para o autor, a causa-fundamento influencia directamente o negócio.

A pressuposição, à semelhança do modo como a condição era construída por Windscheid, pode ser de facto ou de direito, expressa ou tácita, de passado, de presente ou de futuro.

No entanto, a teoria da pressuposição, apesar da sua elevada estruturação, não consegue resolver cabalmente o problema da alteração de circunstâncias. Tal como o não conseguirá fazer qualquer teoria que se apoie unicamente na vontade. Na alteração de circunstâncias o que muda é o mundo real, mundo real este que serviu de critério para a fixação do equilíbrio interno do contrato, para fixação da interligação entre a prestação e a contraprestação. Será, por isso, necessário tomar sempre em consideração a alteração do equilíbrio e da justiça interna do contrato. Será necessário recorrer ao equilíbrio contratual e à interdependência das prestações, à justiça interna do contrato enquanto elemento da sua causa-fundamento. O contrato terá de ser modificado ou extinto, não porque já não corresponde à vontade das partes, mas porque o seu equilíbrio valorativo, porque a interdependência das prestações e porque a sua justiça

interna ficaram perturbados.

Windscheid levanta uma questão fundamental, que é a da causa-fundamento e da sua influência no negócio jurídico. E indica que, na alteração de circunstâncias, o problema é, antes de tudo, um problema de causa-fundamento. Embora não pareça correcto afirmar que a vontade, enquanto causa-fundamento, seja aquela que Windscheid indica, já quanto aos efeitos da causa-fundamento no negócio o autor aponta caminhos a ter em consideração.

## BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Manuel de

*Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, 3ª Reimpressão,  
Almedina, Coimbra, 1972.

ASCENSÃO, José de Oliveira

*Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. III, Lisboa, 1992.

BENSA, Paolo Emilio

*Diritto delle Pandette*, tradução para italiano e comentário à  
obra *Lehrbuch des Pandektenrechts* - com Fadda, Carlo.

CALERA, M<sup>a</sup> del Carmen Gete-Alonso y

*Estructura y funcion del tipo contractual*, Bosch, Barcelona, 1979.

CORDEIRO, António de Menezes

*Da Alteração de Circunstâncias*, Lisboa, 1987.

*Da Boa Fé no Direito Civil*, vol. II, Lisboa, 1984.

FADDA, Carlo

*Diritto delle Pandette*, tradução para italiano e comentário à  
obra *Lehrbuch des Pandektenrechts*, - com Bensa, Paolo Emilio.

LARENZ, Karl

*Metodologia da Ciência do Direito*, 2ª ed., Ed. Gulbenkian,  
Lisboa.

SAVIGNY, Friedrich Karl von

*System des heutigen Römischen Rechts*, 3 Bd., Veit und Comp.,  
Berlin, 1840.

SILVEIRA, Luís

*A Teoria da Imprevisão nos Direitos Cíveis Alemão e Português -  
Tentativa de Confronto*, 1961-1962.

VASCONCELOS, Pedro Pais de

*Contratos Atípicos*, Lisboa, 1994.

Wieacker, Franz

*História do Direito Moderno*, tradução da 2ª edição de 1967, por  
A. M. Botelho Hespanha, Ed. Gulbenkian.

WINDSCHEID, Bernhard

*Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd. 1, 9. Auf., Scientia Verlag  
Aalen, 1963.

*Diritto delle Pandette*, tradução italiana da obra *Lehrbuch des  
Pandektenrechts*, por Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa, Unione  
Tipografico Editrice, Milano – Roma - Napoli, 1902.

## ÍNDICE

1.	Nota prévia .....	1
2.	A Teoria da Pressuposição .....	2
3.	A influência da pandectística. ....	5
4.	A pressuposição e os elementos acessórios. ....	8
5.	O papel da vontade na pressuposição. ....	10
6.	A pressuposição como “condição não desenvolvida”. ....	15
7.	A pressuposição e a causa. ....	17
8.	A pressuposição e a condição. ....	19
9.	Mecanismos da pressuposição. ....	23
10.	Formas da pressuposição. ....	26
11.	Pressuposição de facto e de direito. ....	27
12.	Pressuposição expressa e tácita. ....	28
13.	Pressuposição de passado, de presente e de futuro. ....	32
14.	A pressuposição de factos passados e presentes e o erro sobre a base do negócio. ....	35
15.	A pressuposição de futuro e a alteração de circunstâncias. ....	37
16.	A pressuposição e o problema da causa. ....	41
17.	Conclusão. ....	44

Bibliografia