

O DIREITO ROMANO E AS REGRAS DE DIREITO EUROPEU DOS CONTRATOS QUE DETERMINAM O PREÇO A PAGAR PELA PRESTAÇÃO COM UM VALOR MUITO DIFERENTE DO INICIAL: PARA UMA REVISÃO DO PARADIGMA NORMATIVO DO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS

EDUARDO VERA-CRUZ PINTO

Universidade de Lisboa

I.1. As regras da tradição europeia (UNIDROIT)

As tentativas frustradas e frágeis de unificação do Direito contratual europeu ⁽¹⁾, no âmbito de um projecto de Código Europeu Comum de Direito Privado ⁽²⁾, revelam a importância da fonte comum romana ⁽³⁾, seja na sua vertente clássica ⁽⁴⁾ seja na concretização codificada justinianeia ⁽⁵⁾ (habitualmente fun-

⁽¹⁾ Ver, por todos, António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, II, *Direito das Obrigações*, Tomo I, 2009, pp. 237-250.

⁽²⁾ Desde 1989, ver “Resolução sobre um esforço de harmonização do direito privado dos Estados-membros”, in *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, n.º C 158, de 26 de Junho de 1989, pp. 400 e ss.; “Resolução sobre a harmonização de certos sectores do direito privado dos Estados-membros”, in *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, n.º C 377, de 29 de Dezembro de 2000, pp. 323 e ss., n.º 28; *Princípios de Direito europeu dos Contratos*, Comissão para o Direito europeu dos Contratos, presidida por Ole Lando, edição italiana de C. Castronovo, Milão, 2000; *Projecto preliminare di Codice europeo dei contratti*, Accademia dei giuristi privati europei, Giuseppe Gandolfi, Milão, 2001. No actual estado das coisas não se pode falar de um direito privado comunitário. Cfr. António Menezes Cordeiro, *Da Modernização do Direito civil*, I, *Aspectos Gerais*, Almedina, 2004, p. 138. Ver, v. g., João da Mota campos, *Manual de Direito Comunitário*, 3.ª ed., Lisboa, 2002; Fausto de Quadros, *Direito da união Europeia*, Almedina, 2004, pp. 319 e ss. Lembro, de passagem, que já em 1929, a pedido de Vittorio Scialoja ao Brasil, Clóvis Beviláqua elaborou um parecer jurídico sobre a unificação do Direito Privado. Cfr. Clóvis Beviláqua, *Unificação do Direito privado*, in *Roma e América*, 22, 2006, pp. 241-248.

⁽³⁾ Ver AA.VV. *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al progetto dei Principles of European Contract law della Commissione Lando*, dir. de G. Luchetti e A. Petrucci, Bolonha, 2006; Aldo Petrucci, “Radici Romanistiche ed Evoluzione del Contratto in Dinaro in Materia contrattuale”, in *Roma e América*, 23, 2007, pp. 3-29.

⁽⁴⁾ Ver Jorge Adame Goddard, *El concepto de contrato en el derecho romano clásico*, in *Roma e América*, 22, 2006, pp. 91-113.

⁽⁵⁾ Ver Sandro Schipani, *Rileggere i Digesti: interpretare, viluppare, unificare I Diritto*, in *Roma e América*, 22, 2006, pp. 203-238.

didadas no *ius commune*) ⁽⁶⁾, na eventual regulação futura de um direito comum europeu dos contratos ⁽⁷⁾.

Tal regulação, insistimos, não cabe ao direito comunitário, mas ao direito comum europeu ⁽⁸⁾; logo não pode ser feita aqui através de Directivas da União Europeia transpostas para a legislação interna dos Estados-membros, numa visão monolítica e totalitária do princípio do primado do Direito da União sobre o direito estadual, mas da aceitação de um conjunto de princípios e de valores comuns, porque de Direito Romano ⁽⁹⁾.

(6) Cfr. S. Schipani, Armonizzazione e unificazione del diritto: diritto romano comune in materia di obbligazioni e contratti in América Latina, in Roma e América, 17, 2004, pp. 33-55. Sobre a tensão *ius commune* e *iura propria* na baixa Idade-Média, entre a muita bibliografia existente, ver G. Gorla, Unificazione legislativa e unificazione giurisprudenziale, in Foro it., 1977, V, pp. 91 e ss.; H. Coing, Europaisches Privatrecht, Bd. I, Munique, 1985, pp. 7 e ss.; H.-P. Mansel, Rechtsvergleichung und europaische Rechtseinheit, in JZ, 1991, pp. 533 e ss.; P. Grossi, Globalizzazione, diritto, scienza giuridica, in Foro it., 2002, V., pp. 155 e ss.;

(7) Não necessariamente pela via da codificação uniformizadora. Ver, por exemplo, António Menezes Cordeiro, Da Modernização do Direito civil, I, Aspectos Gerais, Almedina, 2004, pp. 139-145; Tratado de Direito Civil Português, II, Direito das Obrigações, Tomo I, 2009, pp. 234 e ss. “A ideia de europeização das obrigações”; Dário Moura Vicente, Direito Internacional Privado. Ensaio, Vol. I, Almedina, 2002, pp. 7-33, “Um Código Civil para a Europa? Algumas reflexões”; Miguel Teixeira de Sousa, Direito Processual Civil Europeu (texto policopiado), Relatório para as provas de habilitação ao título de professor agregado, 2004. Sobre o assunto ver também: AA.VV. Manuel Lopes Porto e outros, Um código Civil para a Europa = A Civil Code for Europe = Un Code Civil pour l'Europe, Coimbra, Coimbra Editora, 2002; Teresa Sila pereira, Proposta de reflexão sobre um código Civil Europeu”, in Revista da Ordem dos Advogados, 2004, n.º 64, Vol. I/II, Nov. de 2004; José Simões Patrício, Do euro ao Código Civil europeu? Aspectos da convergência legislativa, Coimbra, Coimbra Editora, 2001; Susana Faria Maltez, A elaboração de um código civil europeu, Relatório de mestrado, FDL, 2002; AA.VV. Study group on a European civil code, Principles, definitions and model rules of european private law, coord. Christiam von Bar et al. Munique, sellier, 2008; Reforma do Direito Civil na Europa: a economia de mercado e as suas regras: XXIV Colóquio europeu realizado em Kromeriz, 1994, Lisboa, Gab. Europeu do Ministério da justiça, 1994. Por último, ver F. Galgano, La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio, in Contr. E impr., 2000, pp. 928 e ss.

(8) Não sendo aqui o lugar para tratar do primado formal da Constituição sobre o Código Civil, ver sobre a diferença entre direito comunitário e direito europeu: A. Pizzorusso, Il patrimonio costituzionale europeo, Bolonha, 2002, pp. 30 e ss. e 39 e ss.; C. Scognamiglio, Prospective europees della responsabilità civile e discipline del mercato, in Europa e dir. priv., 2000, p. 339; L. Rodotà, La Carta come atto politico e documento giuridico, in AA.VV. Riscriveri i diritti in Europa, coord. A. Manzella et al., Bolonha, 2001, pp. 59 e ss.

(9) Cfr. A. Padoa-Schioppa, Il Diritto commune in Europa: riflessioni sul declínio e sulla rinascita di un modello, in L. Moccia (coord.), I giuristi e l'Europa, Roma e Bari, 1997, pp. 41 e ss.; A. De Vita, Al crocevia degli itinerari dei diritti europei, in Pol. Dir., 2000, pp. 557 e ss.; Fausto de Quadros, Direito da união Europeia, Almedina, 2004, pp. 85 e ss., sobre a relação entre o princípio da integração e o do respeito pelas identidades nacionais dos Estado-membros. Ver também Maria Luísa Duarte, Direito da União europeia e das Comunidades Europeias, Vol. I,

Assim sendo, o caminho está na intensificação do estudo do Direito Romano ⁽¹⁰⁾ como resposta ao experimentalismo doutrinário e judiciário que acompanha o legislador dividido entre o economicismo e o solidarismo na concretização privatístico-contratual ⁽¹¹⁾; na recusa de uniformizações normativas ditas pelo centralismo burocrático de Bruxelas ⁽¹²⁾; e, no plano metodológico, na perspectiva comparatística ⁽¹³⁾. Recordamos que a essência da Europa está na pluralidade nacional, linguística, cultural e de soluções legislativas ⁽¹⁴⁾. Um código pressuporia um Estado e esse, mataria a comunidade de Direito ⁽¹⁵⁾ e a Europa ⁽¹⁶⁾.

tomo I, Lisboa, 2001; Manuel Lopes Porto, *Teoria da integração e políticas comunitárias*, Coimbra, 2001; Rui Moura Ramos, *Das Comunidades à União Europeia*, Coimbra, 1994.

⁽¹⁰⁾ Estudo e não invocação da ideia abstracta de Direito Romano, no âmbito de discursos legitimadores de opções político-ideológicas com expressão normativa (nomeadamente ligadas ao individualismo liberal anglo-saxónico) sob o véu do formalismo e da Academia. Nem como base comum de uma “tradição civilística ocidental”, forjada pela autores na história dos dogmas (o cariz individualista do “sistema contratual romano” seria a base da tradição civilística ocidental, como pretende R. Zimmermann, *Diritto Romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi*, in *Riv. Dir. civ.*, 2001, I, pp. 709 e ss.; *Roman Law and European Legal Unity*, in AA.VV. *Towards a European Civil Code*. Ed. A. Hartkamp, et alli, Londres, etc., 1994, pp. 72 e ss.), mas não sustentada na criação jurisprudencial dos romanos.

⁽¹¹⁾ Ver Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, I — Parte Geral tomo I — Introdução, Doutrina geral, Negócio Jurídico, 3.^a ed. Coimbra, Almedina, p. 136; Fernando Araújo, *teoria Económica do Contrato*, Almedina, 2007, p. 8.

⁽¹²⁾ Ver P. Legrand, *Against a European civil Code*, in 60 *Modern Law rew.*, 1997, pp. 61 e ss., que entende o projecto do Código Civil como uma expressão de imperailismo cultural.

⁽¹³⁾ A única capaz de deitar por terra a ilusão de que vivemos em Estados que obedecem ao princípio da superioridade valorativa e hierárquica do Direito sobre a política. O mito do Estado de Direito, que existe apenas na retórica política e no discurso dos jurispublicistas, nos Estados dominados pela tradição napoleónica da Constituição/codificação, impede uma real vivência jurídica da liberdade (contra as liberdades) proclamada por Hegel e adiado pelo sistema legalista de supremacia da Política sobre o Direito. Os estudos de direito comparado revelam a difícil construção de uma “tradição ocidental” fundada no encontro dos sistemas continental e anglo-saxónico. Cfr. H. J. Berman, *Law and Revolution*, Cambridge e Londres, 1983, pp. 520 e ss.; A. Gambaro e R. Sacco, *Sistemi Giuridici comparati*, in *Trattato di Diritto Comparato*, dir. R. Sacco, Turim, 1996, pp. 41 e ss.

⁽¹⁴⁾ Ver C. von Bar, *Tort law: national variety and european perspective*, in *Europa e dir. priv.*, 1999, pp. 327 e ss.

⁽¹⁵⁾ Ver J.-L. Halpérin, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, Paris, 1999, pp. 196 e ss.

⁽¹⁶⁾ Ver, por exemplo, Francisco Lucas Pires, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu*, Coimbra, 1997; Paulo de Pitta e Cunha, *A Crise da Constituição Europeia*, Almedina, 1955-2005; AA.VV. *Constitucionalismo Europeu em Crise? Estudos sobre a Constituição europeia*, coord. Ana Maria Guerra Martins, AAFDL, Lisboa, 2006; Ana Maria Guerra Martins, *O Projecto de Constituição Europeia. Contributo para o debate sobre o futuro da União*, 2.^a ed., Almedina, 2004; *Curso de Direito Constitucional da União Europeia*, Almedina, 2004; Rui Machete, “Le droit

A História ensina que nenhuma legislação nacional de um ou alguns dos Estados-membros pode ser aqui imposta ⁽¹⁷⁾. A tensão entre as especificidades culturais e linguísticas de cada nação e o tronco comum partilhado de uma mesma matriz — a romana — permanece, obrigando a todos os cuidados ⁽¹⁸⁾.

Os *iura propria* medievais; o advento do estado nacional moderno; do Estado soberano legislador; o jusracionalismo constitucionalizado; e a codificação não conseguiram derrubar o “jurídico comum”, apesar da diferenciação legislativa ter cavado fundo uma separação entre os direitos positivos civis nacionais ⁽¹⁹⁾. O caminho do futuro está no pluralismo jurídico pela pluralidade de fontes ⁽²⁰⁾ e na reprivatização do “direito privado”, pela recuperação do método jurisprudencial romano de criação normativa ⁽²¹⁾.

A ideia de uma superioridade do direito sobre a política apresentada como princípio constitucional do Estado de Direito destina-se ao contrário do que é indicado: garantir a supremacia da política, via Constituição, sobre o Direito, normalmente consensualizado nas soluções dos códigos Civis ⁽²²⁾.

O Direito vive nas sentenças dos juízes que resolvem casos concretos aplicando, sobretudo, leis, mas também conceitos indeterminados, princípios gerais, regras integradoras e de conexão, numa mediação iurisprudencial, que cresce de

Constitutionnel national et l'intégration européenne”; e Miguel Poiars Maduro, “O discurso jurídico português sobre o constitucionalismo europeu — o estado da arte”, in AA.VV. Estudos de Direito europeu. Congresso da FIDE. Relatórios portugueses 1998-2008, Principia, 2009, respectivamente, pp. 229 e ss. e pp. 531 e ss.

⁽¹⁷⁾ Cfr. R. C. van Caenegem, Considerações históricas sobre a unificação do direito europeu, in Boletim da Faculdade de Direito da universidade de Coimbra, Vol. 81, 2005, pp. 189-209; Susana faria maltez, A elaboração de um código civil europeu, Lisboa, 2002 (Relatório de mestrado).

⁽¹⁸⁾ Daí não existirem divergências substantivas de natureza na construção jurisprudencial das normas legisladas. Será assim enquanto o legislador de cada Estado reconhecer a mesma fonte: o direito romano.

⁽¹⁹⁾ António Menezes Cordeiro, Da Modernização do Direito civil, I, Aspectos Gerais, Almedina, 2004, p. 145, escreve: No actual estágio dos nossos conhecimentos, a unificação do direito privado europeu só seria possível com o sacrifício da realidade existente: uma amputação cultural única na História. Não parece haver forma de proceder a uma harmonização”.

⁽²⁰⁾ Ver H. Kotz, Alternativen zur legislatorischen Rechtsangleichung, in RabelsZ, Bd. 56, 1992, pp. 215 e ss.; M. R. Ferrarese, Le istituzioni della globalizzazione, Bolonha, 2000, pp. 101 e ss.

⁽²¹⁾ Ver, v. g., P. G. Monateri, Pensare il Diritto Civile, Turim, 1977, pp. 8 e ss.

⁽²²⁾ Como tem explicado Natalino Irti, a crítica aos códigos e ao uso que deles está a ser dado actualmente, nada tem a ver com as críticas das várias escolas (Histórica; do Direito natural; do direito consuetudinário) aos símbolos da Revolução Francesa. É uma coisa nova, ligada ao nosso tempo, que não é compreendida ou até desejada por aqueles que querem manter o status quo aí imposto e as posições que a sua vitória propiciou. Ver A. Mazzacane, Il leone fugitivo del circo, in Index, 2001, pp. 102 e ss.

importância com o afunilamento legístico das soluções propostas pelo poder político ⁽²³⁾.

Pode, assim, recorrer-se, além do contributo dos iuristas ⁽²⁴⁾, às práticas decisórias próprias de cada Estado-membro como fundamento de um direito comum europeu dos contratos ⁽²⁵⁾. A intervenção legislativa do Estado é sempre subsidiária face à autonomia privada ⁽²⁶⁾ e às situações do mercado tal como interpretadas pelas partes ⁽²⁷⁾.

Recorrendo à matriz do Direito Romano os criadores do direito europeu dos contratos resolvem a tensão entre a lei intromissiva e o acto livre de autonomia privada expresso pelas partes na vontade, no modo e nos termos do contrato, com a integração dos actos de autonomia privada (já não actos isolados, fechados e inalteráveis de uma das partes contra a outra) na contextualidade racional do mercado ⁽²⁸⁾. Pode assim, simplificando, considerar a alteração do preço a prestar como coisa própria do negócio feito e normal no cumprimento dos vínculos contratuais.

Não o faz no âmbito de uma ideologia liberal totalitária em que existe a crença de que o livre jogo do mercado regula os conflitos sociais com naturalidade ⁽²⁹⁾ e por isso, a lei do Estado e o juiz não devem interferir na economia/contrato; nem no âmbito de uma ideologia de intromissão sociológica, designada agora como solidarista ⁽³⁰⁾, em que legislador e juiz se pretendem substituir

⁽²³⁾ Ver G. Alpa, *L'arte di giudicare*, Roma e Bari, 1996, pp. 3 e ss.

⁽²⁴⁾ Cfr. Sandro Scipani, *I giuristi iuris conditores/fondatori del diritto*, in Roma e América, 13, 2002, pp. 275-298.

⁽²⁵⁾ Alessandro Somma, *Temi e Problemi di Diritto Comparato. IV, Diritto Comunitario vs diritto commune europeo*, G. Giappichelli Editore, Turim, pp. 79 e ss.: “Una possibile alternativa: il ricorso alla prassi applicativa interna come fondamento di un diritto comune europeo dei contratti”. Para uma harmonização mínima com recurso ao direito internacional privado, ver J. taupitz, *Privatrechtsvereinheitlichung durch die EG: Sachenrechts — oder Kollisionsrechtsvereinheitlichung?*, in JZ, 1993, pp. 533 e ss. Ver também Fausto de Quadros, *Direito da união Europeia*, Almedina, 2004, pp. 282 e ss.; José Luís caramelo Gomes, *O Juiz Nacional e o Direito Comunitário. O exercício da autoridade jurisdicional nacional na jurisprudência do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia*, Almedina, 2003.

⁽²⁶⁾ Ver A. Somma, *Autonomia privata*, in Riv. Dir. Civ., 2000, II, pp. 597 e ss.

⁽²⁷⁾ Cfr. G. Grisi, *L'Autonomia Privata*, Milão, 1999, pp. 76 e ss. e 102 e ss. Ver J.-A. Schumpeter, *Storia dell'analisi económica*, 1954, trad. Ital., Turim, 1990, pp. 480 e ss.

⁽²⁸⁾ Ver Cláudio Scognamiglio, *La Forza di legge del contratto ed il Recesso (Prospective di Diritto Privato europeo)*, in Roma e America, 22, 2006, pp. 77-87; e G.B. ferri, *Divagazioni di un civilista intorno alla Costituzione europea*, in Europa dir. priv., 2005, pp. 3 e ss.; AA.VV. *Carta Europea e diritti dei privati*, org. G. Vettori, Pádua, 2002.

⁽²⁹⁾ Cfr. M.J. Trebilcock, *The Limits of freedom of contract*, Cambridge e Londres, 1993; A. Di Majo, *Liberta contrattuale e dintorni*, in Riv. Crit. Dir. priv., 1995, pp. 9 e ss.

⁽³⁰⁾ Alguns defensores do projecto de unificação legal na Europa entendem o Código Civil europeu como uma oportunidade para combater o liberalismo legislativo usando-o como instrumento

às partes, submetendo o contrato às suas ideias políticas e ao justicialismo de Estado ⁽³¹⁾.

O contrato assenta num justo equilíbrio das partes que acordam, como está nas regras de Direito, legitimando a intervenção correctora sempre que essas regras são violadas ⁽³²⁾. A intervenção judicial no contrato, visando uma decisão arbitral ⁽³³⁾, em interpretação de norma positiva não pode derogar a base de liberdade e autonomia privada das partes ⁽³⁴⁾. O juiz, actuando como árbitro, procura salvar o contrato com uma revisão pontual, só possível, no sentido de eficaz, se nenhuma das partes considerar fundadamente o contrato resolvido (porque é insuportável o seu cumprimento).

O estudo paciente e com recurso às fontes da jurisromanística não permite que passe o discurso redondo da burocracia europeia de que é possível construir um direito comunitário, axiologicamente neutro e politicamente imparcial, no

de controlo da autonomia privada pela invocação dos contextos sócio-económicos em que as partes operam. Ver S. Rodotà, *Aspettando un codice?*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1998, pp. 4 e ss.; A. Somma, *Il discorso concettuale come "mark of a certain idea"*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2001, pp. 257 e ss. Esta corrente, qualificando como formalismo qualquer defesa das estruturas jurídicas caracterizadoras dos contratos e dos seus princípios rectores, quer fazer do direito dos contratos um Direito dos cidadãos-consumidores, criado pelo Estado através da lei, no âmbito de ideologias socialistas, comunitaristas e solidaristas. Ver R. Dahrendorf, *Homo sociologicus* (1958), trad. ital. da 3.ª ed., Roma, 1989; G. Minda, *Teorie postmoderne del diritto* (1995), trad. Ital., Bologna, 2001.

⁽³¹⁾ Entre nós o modelo justicialista da jurisprudência brasileira constitui um excelente campo de análise deste fenómeno. Ver, por exemplo, C. Salomão Filho, *Função social do contrato: primeiras anotações*, in *Roma e América*, 16, 2003, pp. 109 e ss.

⁽³²⁾ Por isso, o equilíbrio requerido na posição das partes no contrato e bom senso a partir da interpretação das regras aplicáveis, nas soluções dadas para solucionar os litígios entre as partes, requer que o jurisprudente esteja atento às realidades contextuais, tanto económicas como sociais, interessando-se pelos fenómenos do mercado e pela análise sociológica, sem fazer concessões ou ignorar nenhum destes ramos auxiliares do seu saber (ver P. Cappellini, *Scienza civilistica, "rivoluzioni industriali"*, *analisi economica del Diritto: verso una neopandettistica involuntaria?*, in *Cuaderni Fiorentini*, Vol. 15, 1986, pp. 523 e ss.; G. Scolari, *Socialismo e diritto privato. Influenza delle odierne dottrine socialiste sul diritto privato*, 1906, org. P. Ungari, Milão; Alessandro Somma, *Diritto Comunitario vs. Diritto Comune europeo*, G. Giappichelli Editore, Turim, 2003, pp. 3-17; Fernando Araújo, *teoria Económica do Contrato*, Almedina, 2007). O jurisprudente deve estar aberto aos conhecimentos outros sem esquecer que tem o seu próprio saber e que a autonomia do Jurídico se constrói da abertura de perspectivas na análise e de incorporação dos conhecimentos de outras áreas na criação e adaptação das regras e na escolha das soluções.

⁽³³⁾ Como escreve Álvaro Villaça Azevedo, *Teoria da imprevisão e onerosidade excessiva*, in *Roma e América*, 22, 2006, pp. 117-127, loc. De ref., p. 127: "a decisão é arbitral, porque não pode o juiz atuar como contraente, sem a anuência dos próprios contraentes".

⁽³⁴⁾ O contrato comutativo assente na vontade das partes, não pode tornar-se num contrato alcatório. Cfr. Álvaro Villaça Azevedo, *Teoria da imprevisão e onerosidade excessiva*, in *Roma e América*, 22, 2006, pp. 117-127. Ver, também, G. Alpa, *La cultura delle regole*, Roma e Bari, 2000, pp. 405 e ss.

que respeita à disciplina normativa dos contratos ⁽³⁵⁾. A problemática do útil e do justo nos contratos requer o estudo da matriz romana para escapar na sentença à filosofia política sobre a justiça do legislador dos partidos e à tecnicidade privatística do jurisprudente e do juiz.

Por isso, escolhi o tema — o preço a pagar nos contratos de longa duração quando se altera, de forma esquisita, o valor de uma das prestações — para tratar aqui no Congresso, pela sua actualidade na Europa e pelo contributo que os jurisromanistas luso-brasileiros ⁽³⁶⁾ e ibero-americanos ⁽³⁷⁾ podem dar para colocar e pensar o problema propondo uma solução comum a partir do seu universo cultural e linguístico ⁽³⁸⁾.

O que tratamos aqui é de resolver, com retorno à simplicidade jurisprudencial romana, a excessiva onerosidade da prestação por factos supervenientes excepcionais, através da adaptação de um valor inscrito no contrato prolongado, por via judicial/arbitral, que reequilibre a relação entre as partes e retome a justiça contratual, mantendo o vínculo contratualizado.

Nos princípios UNIDROIT dos contratos comerciais internacionais, o artigo 5.1.7. que tem como epígrafe “Determinação do preço”, revela que o preço a pagar, em contratos sem prazo com prestações autónomas a cumprir no tempo, deve ser determinado, de forma razoável pelas partes, em cada momento em que é realizada uma prestação.

⁽³⁵⁾ Até porque está cada vez mais patente a dificuldade de conciliar a disciplina comunitária da economia com a liberdade contratual tal como interpretada pelos “furiosos do mercado”. Natalino Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma e Bari, 1998, pp. 18 e ss. Assim como a contradição entre a construção de um Estado europeu que desvaloriza os Estados nacionais e as suas leis (a pesar do que é dito em termos oficiais) e a ideologia codificadora das revoluções nacionais europeias e final de setecentos início de oitocentos. Cfr. A. Donati, *Giusnaturalismo e diritto europeo*, Milão, 2002.

⁽³⁶⁾ Sobre a identidade jurídica comum, designada como “direito luso-brasileiro” ver A. Santos Justo, *O direito luso-brasileiro, codificação civil*, in *Boletim da Faculdade de Direito da universidade de Coimbra*, 79, 2003, pp. 1-46.

⁽³⁷⁾ No âmbito do sistema designado latino-americano. Ver AA.VV. *Sistema jurídico latinoamericano y unificación del Derecho*; e *Sistema jurídico latinoamericano y Derecho de los contratos*, ambos com coord. de David Fábio Esborraz, ed. Porrúa, México, 2006.

⁽³⁸⁾ As línguas latinas aproximam as formas de expressão do pensamento e das emoções implicadas nas propostas de solução normativa no Direito Civil. Ver António Menezes Cordeiro, *Da Modernização do Direito civil. I. Aspectos Gerais*, Almedina, 2004, pp. 141-143; *Tratado de Direito Civil Português, II, Direito das Obrigações*, Tomo I, 2009, pp. 31-32, “A elegância do português jurídico”. Insistir, como se de um facto consumado se tratasse, na aceitação de uma realidade futura: ser a língua inglesa a linguagem jurídico-dogmática de um direito civil europeu em construção — além de temerário só agravará a fractura entre a doutrina jurídica e a realidade dos conflitos a tratar nos vários estados e comunidades da Europa. A barreira linguística é ultrapassada nos negócios pelo uso do inglês como idioma de comunicação entre as pessoas, porque, na circunstância actual, é essa a língua de quem tem o dinheiro.

Face ao disposto na norma do artigo 55.º da Convenção de Viena sobre contratos de venda internacional de bens móveis, de 1980 (United Nations Convention on contracts for the international sale of goods), o preço pode estar indeterminado no momento de conclusão do contrato, mas ser determinável por critérios específicos ⁽³⁹⁾.

Na hipótese normativa referida, visa-se a determinação do preço não fixado, implícita ou explicitamente, pelas partes na altura da conclusão do contrato, recorrendo à analogia do preço praticado em prestações do mesmo tipo a serem prestadas em condições análogas e no lugar onde se presta.

Se o preço foi determinado, mas já não é o adequado, importa adaptá-lo para manter a justiça e equilíbrio do contrato. A ratio subjacente é que no momento de prestar e de pagar, o preço fixado no início, quando o contrato é assinado, não se mantém ao longo de toda a vida do contrato. Pode, com fundamentação jurídica, entender-se que o preço num contrato de longa duração é indeterminado no que respeita ao *quantum* a pagar como obrigação futura de preço, mas determinável sempre que se impõe a sua concretização.

Critérios idênticos de solução normativa, embora com fundamentos e conclusões algo diversas, podemos encontrar no artigo 6, 104-107 do Projecto Lando e no artigo 31 projecto da Academia de jurisprivatistas de Pavia, de um Código europeu dos Contratos ⁽⁴⁰⁾.

O preço é assim, no contrato continuado assente em relações duradouras ⁽⁴¹⁾, a quantidade em dinheiro a pagar pelo valor da mercadoria ou da coisa prestada, através de uma ligação entre o valor geralmente praticado (*reasonable price*) numa apreciação equitativa da coisa a prestar e a coisa prestada no momento que a obrigação se efectiva, tomando como referência, por exemplo, os mesmos critérios que serviram para fixar o montante colocado como preço na data da conclusão do contrato.

Quando as partes contraentes, entenderam não fixar o montante explícito do preço nos anos subsequentes e não positivaram os critérios acordados para o fazer, devemos deixar em aberto a possibilidade, em geral, do(s) critério(s) para fixar o preço de prestações futuras a pagar na vigência do contrato, serem diferentes do fixado inicialmente. Às razões jurídicas juntam-se fundadas razões económicas e motivos ligadas à praxis negocial.

⁽³⁹⁾ No caso de se tratar de factores a atender para a determinação do preço a pagar que ainda não existiam no momento da conclusão do contrato ou que se extinguíram posteriormente, deve recorrer-se aos critérios equivalentes mais próximos.

⁽⁴⁰⁾ Este último inspirado nos artigos 1349.º e 1178.º do Código Civil italiano; nos §§ 315 e ss. do BGB; nos artigos 5.6 e 5.7 dos princípios UNIDROIT.

⁽⁴¹⁾ Ve Pedro Romano Martinez, Da cessação do contrato, 2.ª ed., Almedina, pp. 229 e ss. “particularidades do regime da extinção de relações duradouras”.

Daí a aceitabilidade nos meios judiciários e da arbitragem da expressão integradora “preço geralmente praticado” face à pretensão dos vendedores de aplicarem apenas o “preço fixado pelo mercado” no momento da concretização contratual da quantidade de dinheiro que deve ser estabelecido como preço a pagar. Por isso, o preço nestes contratos em cada momento em que se concretiza o valor a pagar pela contraprestação é o “preço razoável” (*reasonable price*).

Nada impede que as partes, de boa fé e no uso da sua autonomia contratual, recorram a um terceiro-árbitro para fixar o preço, o que só por si implica a aceitação bilateral, sinalagmática, de que o preço do contrato a pagar em momento posterior, em que os critérios de determinação do preço mudaram e os valores implicados também, não pode ser o mesmo que foi inicialmente nele inscrito (pela impossibilidade jurídica de mantê-lo fixo ao longo do tempo imune às variações do valor em dinheiro em que é avaliada, no momento de pagar, a coisa que se presta).

Por isso, também, a fixação do “preço normal” se insere exclusivamente no âmbito do contrato, na sua normalidade de cumprimento, com recurso às práticas habituais do negócio em causa e aos critérios conhecidos e aceites pelos intervenientes, excluindo a opção de solicitar intervenção judicial, para suprir a simples falta de acordo entre as partes sobre o preço a pagar. Os elementos objectivos ou objectiváveis são base suficiente para fixar o preço no âmbito do contrato em que é necessário dar um valor à coisa a prestar como preço adequado no momento de efectivar a prestação ⁽⁴²⁾.

Não sendo este o lugar para discutir a nulidade de cláusulas contratuais que afastam a possibilidade de controlo judicial, nem é disso que se trata aqui, o que importa salientar é ser o recurso ao meio judicial inútil e menos eficaz para a realização do interesse das partes em divergência quanto ao montante do preço.

Os parâmetros da determinabilidade do preço a pagar, além do preço fixado no contrato datado (montante de preço já ultrapassado para uma execução equilibrada do contrato ao longo do tempo), podem ser completados ou integrados face ao que foi levado em conta no momento inicial para que os conteúdos objectivos que operam a concretização do montante em dinheiro funcionem.

Assim, se factores, elementos ou critérios que serviram para fixar o preço inscrito no contrato no momento da sua celebração deixam de existir ou ser cognoscíveis deve recorrer-se as “factores vizinhos equivalentes”.

Logo tudo se funda numa apreciação equilibrada e equitativa, feita com elementos objectivos e critérios de determinação consensualizados, da quantidade de dinheiro que corresponde ao valor da coisa a prestar como obrigação de uma

⁽⁴²⁾ Como é doutrina uniforme entre nós, bem expressa desde Guilherme Moreira, Lições sobre obrigações em geral e em especial, p. 303; Cunha Gonçalves, Tratado de Direito Civil, Vol. VIII, p. 367; Da compra e venda, 2.ª ed., p. 328.

das partes contratuais, no lugar e no momento em que o contrato, com vários momentos de concretização, se efectiva num desses momentos.

Esta flexibilidade das partes contraentes, que possibilita a determinação do preço a pagar em momentos posteriores ao da efectivação do contrato através da realização de novas prestações, torna-se necessária face à exigência dos negócios praticados, constituindo uma prática comercial corrente, logo integrando a própria estrutura do contrato e caracterizando a sua natureza.

Pretende significar com isto, que deve ser considerado inerente ao contrato com estas características (que se prolonga no tempo com prestações iguais ou idênticas mas com valores diversos pela influência do tempo, que faz variar os critérios de quantificação em dinheiro do valor que tem a prestação quando se realiza) estar o preço sujeito a eventuais revisões pelas partes ou por um terceiro escolhido por elas.

Daí entender-se que o preço inscrito no contrato é o que as partes acordaram como aquele que era o preço geralmente praticado para aquela prestação no momento em que o contrato é celebrado, não valendo para a mesma prestação em momento posterior em que as condições e as circunstâncias que o determinaram estão alteradas.

A valoração equitativa na determinação do novo preço, em caso de desacordo insanável entre as partes, pode ser operada por um terceiro escolhido pelas partes vinculando-as, aceite o pressuposto da boa fé do árbitro na resolução do litígio que opõe as partes, divididas pelo quantum de dinheiro que vale o preço da prestação, no momento em que é prestada ⁽⁴³⁾.

I.2. As regras do Direito Civil Português

A questão do preço justo a pagar por uma das partes de um contrato de longa duração assume particular relevo nas obrigações pecuniárias, de quantidade ou de soma (artigos 550.º e 551.º do Código Civil) em que o preço é pago através de uma quantia pecuniária e caracterizadas pelo princípio nominalista (artigo 550.º do Código Civil).

O princípio nominalista não pode, no entanto, ser formulado nem entendido como era pelos pandectistas fundadores ⁽⁴⁴⁾, numa forma rígida *pothieriana* de não-actualização ⁽⁴⁵⁾; deve antes harmonizar-se, por necessidade de justiça comu-

⁽⁴³⁾ Logo, necessariamente diferente do valor do preço no momento pretérito da celebração ou de preços fixadas para prestações já cumpridas em momentos anteriores.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. Di Majo, "Obligazione pecuniaria", in Enciclopedia del Diritto, 1979, XXIX, pp. 222 e ss., loc. de ref., pp. 233-235.

⁽⁴⁵⁾ Foi Pothier um dos mais ilustres defensores de um princípio nominalista majestático, eleito pelos positivistas idólatras da ideia que a soberania do Estado-nação está na expressão tota-

tativa contratual ⁽⁴⁶⁾, com as regras da actualização do preço e da valorização do bem a prestar. O princípio insito no art.º 550.º do Código Civil não se concretiza numa regra de distribuição do risco pelas partes nem de deferir o risco da desvalorização ou da sobrevalorização ⁽⁴⁷⁾.

No actual estado das relações negociais com o pano de fundo económico-financeiro colocado pela globalização, imediatismo e pronta adequação à realidade vigente no momento da concretização das prestações contratualmente acordadas, qualquer invocação nominalista por uma das partes em prejuízo da outra, tendente a conservar a forma passada do contrato contra a realidade actual presente no momento de prestar — por contrariar a igualdade das partes; a dinâmica da relação subjacente; e a justiça/equilíbrio que é a substância jurídica das cláusulas contratuais — deve ser liminarmente afastada.

Ora, o que é jurídico, porque justo, é a correcta valoração das prestações, enquanto dívidas de valor ⁽⁴⁸⁾ (não dívidas em dinheiro), no momento de prestar e a adequação do risco decorrente da fixação de um preço pelo valor em dívida e de uma quantidade a contraprestar ao equilíbrio contratual dos valores em presença no contexto, no sítio e no tempo em que são exigidas as prestações que oneram as partes ⁽⁴⁹⁾.

Se é de bom senso o equilíbrio das prestações contratuais, a salvaguarda do equilíbrio entre os termos da troca formalizada no contrato são um valor jurídico (de justiça comutativa) a preservar que se efectiva na autonomia da vontade, na liberdade contratual e na boa fé, implicando mais que a supletividade ⁽⁵⁰⁾, a marginalidade actual do princípio do nominalismo ⁽⁵¹⁾.

litária da norma aprovada pelo legislador em assembleia parlamentar. Logo, uma razão política do “senhor da moeda” (Savigny) que afasta qualquer leitura integradora ou actualizadora do dinheiro inscrito como preço no contrato.

⁽⁴⁶⁾ Ver F. D. Busnelli, *Giustizia contrattuale*, in *Roma e América*, 19-20, 2005, pp. 535-543.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. Baptista Machado, *Nominalismo e indexação*, in *Obra Dispersa*, I, Braga, 1991, p. 431.

⁽⁴⁸⁾ Porque a dívida não é a da quantia em dinheiro que foi convencionada para pagar como preço e inscrita no contrato, mas o dinheiro que corresponde ao valor da prestação no momento em que é efectuada. Logo o preço a pagar pela prestação não é o valor nominal expresso na cláusula contratual, pois a obrigação de pagar o valor da prestação não está vinculada à quantia em dinheiro aí referida (senão seria uma dívida em dinheiro), mas o valor nominal do dinheiro correspondente ao valor da coisa objecto da prestação no momento em que é prestada. Ver Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 11.ª ed., revista e ampliada, Coimbra, 2008, p. 736, nota 1.

⁽⁴⁹⁾ Refiro-me, nomeadamente, aos factores que constituem e que influenciam a variação do preço a pagar, na altura em que é exigido o pagamento, e que não são controlados ou controláveis pelas partes.

⁽⁵⁰⁾ Ver Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações*, Lisboa, I, 1987, p. 352.

⁽⁵¹⁾ Marginalidade que, como procuraremos revelar pelo retorno aos princípios apurados pela jurisprudência romana para estes casos, aconselharia uma revisão dos termos em que está redigido

Logo, não pode em nenhum caso, o nominalismo ser causa de um enriquecimento não-razoável, injusto ou contratualmente desadequado, de uma parte à custa de outra, dado o efeito de imutabilidade do preço.

Significa isto então que, as partes para inscrever o preço no contrato, nestas obrigações de valor, utilizam a unidade monetária apenas como valor de conta, não ligando a importância do débito à expressão numérica encontrada aquando da assinatura do contrato. Logo, é preciso proceder a uma determinação do valor a pagar em dinheiro pela prestação efectuada que normalmente é diferente do valor nominal indicado como preço no contrato.

Por estarmos fora do domínio das obrigações pecuniárias puras em que a referência ao dinheiro no preço fixado no contrato é ao seu valor nominal e não ao valor do bem prestado, não se pode aplicar a regra do nominalismo do artigo 550.º do Código Civil, mas antes — por se tratar de obrigações de valor — das regras de actualização do preço com base na valorização da coisa a prestar.

Estas afirmações que afastam a regra do artigo 550.º do Código Civil na determinação do preço a pagar em prestações que correspondam a dívidas de valor, assim caracterizadas, pelos princípios aplicados à integração negocial e à interpretação do contrato ⁽⁵²⁾, têm as suas raízes normativas e o seu desenvolvimento dogmático no Direito Romano.

II. O DIREITO ROMANO

II.1 O Direito Romano clássico

No contrato de compra e venda o comprador não adquire a coisa pela mera *traditio* mas *pretio solutio*, isto é quando paga o preço ou garante o seu pagamento ⁽⁵³⁾. Assim, a *conventio de pretio in pecunia numerata* é o elemento central na execução do contrato.

o artigo 550.º do Código Civil. O princípio nominalista tem de ser afastado pela intervenção dos factores que determinam o preço quando ele é exigido e pago, alterando-o; e por um imperativo de justiça e de caracterização contratual, independentemente de ter sido ou não convencionado pelas partes o seu afastamento.

⁽⁵²⁾ Logo, por referência ao artigo 239.º do Código Civil que remete para a boa fé. Ver Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, I, I, 3.ª ed., Coimbra, 2005, pp. 761 e ss.

⁽⁵³⁾ Cfr., além dos autores que se ocuparam do tema, como Longo, Luzzato, Scialoja, Meylan, Sargenti, Biondo Biondi, Kunkel, Kaser, Schulz, Alvaro d'Ors, Jhering, Juan Iglesias, Arangio-Ruiz, Cancelli, Talamanca, Bernardo Albanese, P. F. Girard, Volterra, Armando Torrent, Mommsen, Huvlin, Pernice, Volterra, Bechman, Joan Miquel, ver Arias Ramos, *Derecho Romano*, Vol. II, 1940, p. 93.

No direito romano clássico, o contrato de compra e venda (*emptio venditio*) era um contrato sinalagmático consensual ⁽⁵⁴⁾ e de boa fé, em que o vendedor assumia a obrigação de transferir para o emptor a posse pacífica de uma *res in commercio* ⁽⁵⁵⁾, face à obrigação deste de dar àquele uma certa quantia em dinheiro, designada *pretium* ⁽⁵⁶⁾ (*pretium est id quod aestimationis emptio-nisque causa constituitur* ⁽⁵⁷⁾).

Os requisitos do *pretium* foram teorizados pelos jurisprudentes romanos, acabando por prevalecer, no século II, a doutrina desenvolvida no âmbito da escola dos *proculianos* ⁽⁵⁸⁾. Foi essa doutrina aceite e desenvolvida por Gaio, no tratamento do tema, apesar da sua proximidade pessoal aos pontos de vista da escola *sabiniana*, presentes na forma como expõe ⁽⁵⁹⁾.

O elemento caracterizador estruturante do *pretium* na doutrina *proculeiana* era a sua tradução numa *pecunia numerata*, isto é, numa prestação monetária (logo expressa em dinheiro), que constituía condição *sine qua non* da *permutatio* ⁽⁶⁰⁾.

Logo, existe uma *stipulatio de dare certam pecuniam sub condicione*. A condição é a de concretizar o quantum do *pretium* em função das alterações sofridas pelos vectores que o integram determinando-o ⁽⁶¹⁾. Funde-se, assim, pelo

⁽⁵⁴⁾ D. 18, 1, 1, 2; D. 44, 7, 2, pr.; Gaio, 3, 135-136.

⁽⁵⁵⁾ Isto é, coisas que podem ser compradas e vendidas reciprocamente. Como escreve Ulpiano, 19, 5: *Commercium est emendi vendendique invicem ius*. Ver D. 20, 3, 1, 2; D. 18, 6, 1, pr.

⁽⁵⁶⁾ Ver Sebastião Cruz, *Da Solutio*, Coimbra, 1962, 102-105; *Direito Romano. Obrigações*. Coordenação rigorosa da prelecções feitas ao curso do 1.º ano jurídico pela Ex.^{ma} Senhor Doutor Manuel Paulo Mêrea 1913/1914. De Plácido e Silva, *Vocabulário Jurídico*, Vol. III, Forense, Rio-S. Paulo, 1963, p. 1198, lembra que preço e custo são tidos como equivalentes, mas que o preço é o valor pecuniário atribuído à coisa, sem atenção ao preço originário ou preço de custo. Em Roma a palavra *pretium* era usada tanto no sentido de valor como na de preço, em sentido restrito. Cfr. F. Contreiras Rodrigues, *Conceitos de Valor e Preço*. Fundamentos para uma ordem democrático-corporativa, 2.ª ed., Rio de Janeiro, 1951, pp. 33-34.

⁽⁵⁷⁾ Varrão, 5, L, L, 177. Aqui a referência etimológico-conceitual é a palavra *peritus* (*periti soli possunt id recte facere*) salientando a função económica do preço. O dinheiro expresso no preço era o objecto da relação jurídica de venda.

⁽⁵⁸⁾ Paulo, D. 18, 1, 1; 19, 4, 1.

⁽⁵⁹⁾ No sentido de uma oposição entre Gaio e as teses de Paulo e dos *proculeianos*, na forma como escreve (III, 141), ver Pedro Caridade de Freitas, "A compra e venda no Direito Romano: características gerais", in *Estudas em Honra de Ruy de Albuquerque*, Vol. II, pp. 431-497, loc. de ref., p. 461.

⁽⁶⁰⁾ Como para o *sabinianos* o *pretium* de uma *res* poderia ser expresso em dinheiro ou em qualquer outra coisa, a *permutatio* era apenas uma das modalidades da *emptio venditio* (D. 18, 1, 1, 1; D. 19, 4, 1, pr.; Gaio, 3, 141).

⁽⁶¹⁾ Neste caso deve entender-se que o débito é a quantia correspondente ao valor do bem a prestar; e não é o facto de se ter determinado esse valor no momento da celebração do contrato como preço que impede o acerto necessário para que o preço a pagar seja justo. Não podemos

preço, autonomamente considerado, a *emptio* (indicação do preço) e a *venditio* (pagamento do preço), permitindo a criação do vínculo jurídico-obrigacional entre o comprador e o vendedor.

A *obligatio* não existe entre o momento em que se impõe a fixação da quantia exacta a pagar como preço e o acto que o fixa; e ressurge sempre que, fixada a quantia (verificada a condição), as partes readquirem as posições iniciais do contrato.

O *pretium*, nestes contratos, não é o que foi fixado no momento da celebração, pois não pode valer como valor fixo, para o tempo do contrato (a não ser que assim esteja expressa e claramente fixado). O *pretium* é aqui a *datio* de uma quantia de pecunia equivalente ao valor da coisa prestada ou transmitida no momento em que deve ser realizada a *datio*.

II.2. O contributo de Gaio

Foi Gaio que sintetizou a forma linear como o pensamento dos jurisprudentes romanos foi sendo desenvolvido entre os séculos I a.C. e III d.C. a respeito da fixação do preço a partir do contrato paradigmático de compra e venda.

Nas Instituições 3, 139, Gaio expõe como se chegou, em esforço de apuramento teórico, a regras precisas sobre a necessidade da determinabilidade do preço e da sua expressão em dinheiro. Avança depois (3, 140) para a necessidade de, impossibilitado o acordo entre as partes sobre o valor do preço, este seja determinado por um terceiro ⁽⁶²⁾.

Assim, embora Labeão e Cássio Longino opinassem que o preço deveria ser certo (*pretium autem certum esse debet*) e fixado no contrato; Ofílio e Próculo consideravam que o preço poderia ser posteriormente fixado, de forma adaptada ao momento do seu pagamento, pelas partes ou por um terceiro.

aqui desenvolver o conceito de *interusurium* (a diferença entre o valor que da prestação, tal como prevista na data do pagamento e o seu valor num momento anterior, por ser paga antecipadamente).

⁽⁶²⁾ Gaio 3, 140: “*Pretium autem certum esse debet. Nam alioquin si ita inter nos convenerit, ut quanti Titius rem aestimaverit, tanti sit empti, Labeo nagavit ullam vim hoc negotium habere: cuius opinionem Cassius probat. Ofilius et eam emptionem et venditionem <esse putavit> cuius opinionem Proculus secutus est*” = “O preço deve ser certo. Assim se combinarmos que a coisa será vendida pelo preço fixado por Tício, esse contrato, conforme Labeão é nulo, sendo essa opinião aprovada por Cássio. Ofílio pensava ter havido compra e venda e essa opinião é seguida por Próculo” (Gauis, trad. Port. De J. Cretella Jr. E Agnes Cretella, Institutas do Jurisconsulto Gaio, Editora dos Tribunais, São Paulo, 2004, p. 161). Julgo que a tradução adequada será: “O preço deve ser certo. Se pelo contrário combinarmos que a coisa seja comprada pelo preço estimado por Tício...” (ver no mesmo sentido Textos de Direito Romano, coord. Rafael Domingo, Navarra, 2002, p. 141). A diferença entra as duas traduções é evidente, já que o texto de Gaio opõe o preço certo ao preço a determinar por um terceiro.

Na segunda metade do século I a.C. a *iurisprudentia* romana estava dividida sobre a questão da determinação do preço no âmbito do contrato. O problema manteve o debate jurisprudencial aceso durante séculos (no século I d.C. com Cássio Longino e Próculo), já que em meados do século II d.C., em que Gaio escreveu, continuavam a registar-se opiniões diversas sobre a possibilidade de uma determinação do preço (pelas partes ou por terceiro) diversa da que constava no contrato, para prestações iguais mas posteriores ao momento da celebração ⁽⁶³⁾.

No outro texto de GAIO sobre o assunto, inserido no Digesto (D. 18.1.35.1: *Gauis 10 ad ed. prov.* ⁽⁶⁴⁾), fica claro que o contrato seria nulo (*imperfectum esse negotium*), porque privado de um elemento constitutivo essencial ⁽⁶⁵⁾, já que o comprador tinha deixado para fixação futura, pelo vendedor, o montante a pagar como preço.

Neste debate da *iurisprudentia* romana a matéria estava perfeitamente identificada nos seus contornos teóricos e nos respectivos efeitos práticos e separada da ausência do preço ou de uma determinação do preço em momento posterior deixada unicamente à vontade livre ou ao arbítrio de uma das partes contraentes (*cum emere volenti; habebis emptum*), própria do *negotium imperfectum* (D. 18, 1, 35, 1 *Gaius 10 ad ed. Prov.*) que levaria à nulidade do contrato de compra e venda ⁽⁶⁶⁾.

⁽⁶³⁾ Cfr. V. Arangio-Ruiz, *La compravendita in Diritto Romano* 1, Nápoles, 1954, pp. 138 e ss.; F. Gallo, *la dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio*, in *Studio in onore di G. Grosso*, 3, Turim, 1970, pp. 502 e ss., especialmente nota 62; Mário Talamanca, *vendita (diritto romano)*, in *Enc. Dir.*, 46, 1993, pp. 366 e ss.; R. Zimmermann, *The law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996, pp. 254 e ss.; Aldo Petrucci, *Radici Romanistiche ed Evoluzione del Corrispettivo in Dinaro in Materia contrattuale*, in *Roma e América*, 23, 2007, pp. 3-29, loc. De ref., pp. 10 e ss.

⁽⁶⁴⁾ D. 18.1.35.1: *Gauis 10 ad ed. prov.*: “*Illud constat imperfectum esse negotium, cum emere volenti sic venditor dicit: "quanti velis, quantum aequum putaveris, quanti aestimaveris, habebis emptum"*”.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. V. Arangio-Ruiz, *La compravendita in Diritto Romano* 1, Nápoles, 1954, p. 141.

⁽⁶⁶⁾ Saliento que a nulidade opera apenas no contrato de compra e venda já que a solução é diversa em outros contratos fundados na boa fé como a *locatio operis* ou a *societas* (em ambos os contratos a fixação por uma das partes do conteúdo da obrigação contratual a cumprir por outra parte tinha de ser razoável pelo critério do homem médio (*arbitrium boni viri*), o mesmo é dizer, tinha de ser feito em obediência aos critérios da boa fé (*nam fides bona exigit, ut arbitrium tale pareatur, quale viro bono convenit* — D. 19.2.24.) Na *locatio operis* era válida a cláusula contratual que permitia ao *locador* determinar de acordo com a sua vontade o que fosse relativo à obra para que o *condutor* cumprisse (*ut opus arbitrio locaris fiat*), como resulta também de Paulo 4 *quaest.* = D. 17.2.77; também a aprovação da obra podia ficar dependente da arbitragem do *locatore* (D. 19.2.24: Paulo 34 *ad ed.*). O contrato de *societas* permite que a determinação do montante das quotas sociais seja feito apenas pela arbitragem de um dos sócios (Pompónio 9 *ad sab.* D. 17.2.6 e Paulo 4 *quaest.* D. 17.2.77 em articulação com D. 17.2.76). Sobre a problemática da determinação futura do conteúdo de uma obrigação contratual por arbitragem

Lendo Gaio compreendemos que era inaceitável para a *jurisprudencia romana* que numa relação contratual o preço se mantivesse fixo para pagar prestações cujo valor era superior a esse preço, apenas e só porque uma das partes entendia cristalizar pela forma, uma dimensão essencial do contrato que é, por essência, objectivamente móvel — logo sujeita a alterações.

Existia até uma acção específica de venda (*venditorem-consecuturum*) para recuperar esse crédito no caso da venda ser efectivada sem se atender a esse valor superior de “revenda” do bem ou serviço prestado.

II.3. O contributo de Ulpiano

Ulpiano também refere de forma expressa que o preço num contrato de compra e venda pode ser determinado per relationem. Tanto em D. 18, 1, 7, 1-2 Ulp. 28 ad. ed.⁽⁶⁷⁾; como em D. 19, 1, 13, 24 Ulp. 32 ad ed.

Nesses passos de Ulpiano fica claro que a determinabilidade do preço é uma constante concretizável, por mais de uma vez ao longo do contrato sempre que os vectores que determinam o quanto de dinheiro que se deve pagar como preço no momento da prestação se alteraram face ao momento em ele foi fixado na celebração do contrato.

Pela *sapientia iuris* dos juristas romanos, na feitura dos contratos o preço deveria ser determinável — não fixado na data da celebração do contrato — sempre que a natureza da prestação implicasse estar a determinação do preço a pagar por ela dependente de um facto ou factos posteriores à data da sua celebração.

Aceita-se assim que na manutenção e plena vigência de um contrato o preço da prestação possa ser diferentemente determinado, em atenção à variabilidade dos factores que permitem fixar o valor da coisa prestada, subsistindo o mesmo contrato⁽⁶⁸⁾.

de uma das partes ver Mário talamanca, *Obbligazioni (diritto romano)*, in *Enc. Dir.*, 42, Milão, 1990, p. 838.

⁽⁶⁷⁾ Fica claro do texto que o contrato era válido e eficaz quando o preço tinha uma parte já determinada e outra a determinar, porque determinável (tudo se passando aqui como se houvesse uma revenda da coisa por um preço superior — *habet enim-fundum vendiderit/ est mihi fundus emptus centum et quanto pluris eum vendidero*). O preço é determinável por referência a circunstâncias objectivas do passado (*quanti tu eum emisti* — o preço a que se comprou na data da celebração do contrato, por ser esse o valor da coisa determinado por elementos anteriores); do presente (*quantum pretii in arca habeo* — o montante que o comprador ofereceu, por ser esse o dinheiro que tinha na altura). Do futuro ninguém sabe, por isso o preço a pagar no momento de cumprir fica por fixar. O preço, no entanto, existe; não se trata de uma venda sem preço. Cfr. J. A. C. Thomas, *Marginalia on “certum pretium”*, in *TR*, 35, 1967, pp. 80 e ss.

⁽⁶⁸⁾ A actualização do preço pela alteração pontual do valor económico da prestação tendo a ver com as figuras da revisão contratual, da alteração das circunstâncias, da lesão enorme ou da

São esses elementos, os mesmos ou outros entretanto surgidos e relevantes para determinar o valor em dinheiro da prestação no momento em que é prestada, que dão objectividade/racionalidade e transparência, à determinação no futuro do preço a pagar.

A leitura dos textos Ulpiano revela não haver qualquer possibilidade de argumentar que a fixação no futuro de um montante diferente a pagar como preço face ao que está fixado no contrato — em momento posterior ao da celebração do mesmo pelo valor diverso da prestação (a mesma que se repete no tempo) no momento em que deve ser prestada de novo — redundava numa permanente incerteza e subjectividade, com perigo para a subsistência do contrato.

A “incerteza objectiva” e a “ignorância subjectiva”, muito trabalhadas pelos jurisprudentes-filósofos para sustentar a debilidade da validade/eficácia destes contratos, deixaram de ser valoradas como argumentos jurídicos, face às características jurisprudencialmente apuradas, que fundam a determinabilidade do preço num contrato com prestações iguais ou idênticas que se sucedem no tempo.

Ulpiano alude expressamente à possibilidade de o preço já fixado e pago, poder voltar a ser determinado para uma nova-mesma prestação em momento posterior, como resultado de uma soma com valores diferentes aos que tinham sido colocados antes ou pelo acréscimo de novos factores, nomeadamente por entender que o vendedor estava a vender o mesmo fundo outra vez (*habet enim — fundum vendiderit D. 18, 1, 7, 1-2*).

Logo, no pensamento dos jurisprudentes romanos tudo se passava como se na execução do mesmo contrato as prestações devidas em momentos posteriores correspondessem a sucessivas revendas por um preço acrescido (*est mihi fundus emptus centum et quanto pluris eum vendidero*).

Era claro que se a prestação tivesse um valor diverso no momento de ser prestada que aquele que estava inscrito no contrato porque era esse o valor que ela tinha no momento em que o contrato foi celebrado e essa prestação foi efectuada, competia à parte que pagava aceitar a diferença de preço que acresceria (por soma) ao preço inicial. Qualquer outra solução era entendida como um desequilíbrio injustificado entre as partes, enriquecendo uma à custa da outra já que pagava um preço inferior ao da prestação que recebia ⁽⁶⁹⁾.

imprevisão; delas se separa pela autonomia na figura jurídica que é — assente na rapidez e pragmatismo da intervenção requerida a terceiro.

⁽⁶⁹⁾ Apesar da opinião de Paulo, valorizada pelos compiladores justinianeus em *D. 19, 2, 22, 3*, temos suficientes testemunhos da necessidade de uma relação de justiça entre comprador e vendedor na composição do preço a pagar, com apelo à figura do *dolus malus*. Cfr. Arangio Ruiz, *op. cit.*, p. 143; em sentido contrário Joan Miquel, *Derecho Privato Romano*, Madrid, 1992, p. 321; Faustino Gutierrez-Alviz y Armaio, *Diccionario de Derecho Romano*, 3.^a ed., Madrid, 1982, p. 558. Essa relação fica assente em *C. 4, 44 2 e 8*, em que Justiniano recorre a dois rescritos de Diocleciano

Logo, para Ulpiano o preço fixado pelas partes no momento do contrato não é o único preço que deve vigorar na vigência do contrato ao longo do tempo. Pelo contrário, entende o ilustre jurisprudente que o preço razoável a pagar pela prestação só pode ser determinado com rigor e justiça cada vez que ela é prestada religando as partes ⁽⁷⁰⁾. Isso supõe que elas se libertem do valor exacto, inicialmente fixado no clausulado contratual.

São as circunstâncias objectivas deste presente em que as partes estão que determinam o preço a pagar pela prestação (*quantum pretii in arca habeo*). Preço que qualquer outra parte — pelo mesmo, nas mesmas condições, circunstâncias e lugar — estaria disposta a pagar ou a receber se celebrasse o contrato nessa data.

Quem celebra um contrato assim aceita ignorar o preço exacto a pagar pelas prestações iguais posteriores à que é cumprida na sequência da sua celebração e paga pelo preço aí fixado. O que as partes fazem ao fixar o preço no momento inicial de um contrato assim é estabelecer uma base para a sua determinação futura. Pode até dizer-se que uma parte significativa da tarefa está objectivada na forma como se chegou a esse preço inscrito no contrato.

A existência de uma parte indeterminada do preço a fixar para as futuras prestações — mas determinável através de uma relação necessária com um conjunto de factores e elementos que foram já considerados na primeira fixação do preço cujo valor variou com o tempo — é estrutural no contrato com estas características.

Em Ulp. 32 ad. ed. (D. 19, 1, 13, 24) o preço para vigorar no contrato não é o preço fixado no contrato, mas aquele que será determinado no futuro pelas partes ou por um terceiro tomando como referência o valor de revenda que a prestação tem em cada momento em que se concretiza o dever de prestar. Logo, atende à variabilidade do preço nas sucessivas valorações da prestação no mesmo contrato.

e Maximiano para impor o *iustum et verum pretium*, depois complementada com o recurso ao instituto da *laesio enormis* (ver, v. g., Gianluigi Andrich, “Prezzo”, in, *Il Digesio Italiano*, Vol. XIX, 1909-1912, pp. 1068-1083, loc. de ref., p. 1080. Não podemos aqui tratar do binómio preço de custo/preço justo. Ver, por exemplo, Gobbi, *Il prezzo corrispondente al costo* como critério di *giustizia sociale*, 1907.

⁽⁷⁰⁾ De acordo como o princípio: “*Pretia rerum non ex affectione, neque utilitate singulorum, sed ex communi valore aestimand sunt*” (O preço das coisas deve estimar-se não pela afeição, nem pela utilidade dos particulares, mas pelo valor comum). Cfr. Fernanda Carrilho, *Dicionário de Latim Jurídico*, Coimbra, 2006, p. 335, entrada 8992. A regra está em D. 35, 2, 63pr: *pretium rerum non ex affectu nec utilitate singulorum, sed communiter funguntur* (o preço das coisas estabelece-se não pela afeição, nem pela utilidade dos particulares, mas em geral). Idem, *Ibidem*. Regra depois simplificada por Baldo: não medimos os preços das coisas pela afeição particular, mas pela estimação comum (*pretia rerum non metimur a singulari affectione, sed aestimatione communi*).

A diferença entre D. 18, 1, 7, 1-2 Ulp. 28 ad. ed e D. 19, 1, 13, 24 Ulp. 32 ad ed. é que, no segundo texto o herdeiro do comprador deveria dar ao vendedor não a totalidade da diferença com o valor já pago e o preço da revenda, mas apenas metade desse montante.

4. O Direito justinianeu e as suas sequelas

Convém começar por lembrar que o Digesto tem, muito além do sentido histórico, um valor prático e um significado dogmático relevantes para a questão aqui tratada. A sua valia pedagógica supera a cristalização das soluções dadas nas *sententiae* dos iurisprudentes romanos, erquendo-se como uma *Weltanschauung* ⁽⁷¹⁾.

Uma Constituição imperial de 530 (C. 4, 38, 15), que está depois desenvolvida na didáctica das Instituições justinianeias (I. 3, 23, 1), supera com a imposição legislativa a controvérsia doutrinária já referida entre os juristas clássicos, com uma solução simplista que nada resolve em concreto: se o preço tem de ser posteriormente determinado, das duas uma — ou o é pelas partes no próprio momento em que a prestação é efectuada ou então por um terceiro imediatamente a seguir; finalmente, durando a situação de não-concretização do preço o contrato deve ser considerado nulo, porque a condição que sobre ele pendia (a indicação do valor do preço) não se verificou ⁽⁷²⁾.

A intervenção imperial era justificada com a necessidade de eliminar futuras conjecturas e hipóteses que dividissem as partes, numa preocupação de certeza que caracteriza a intervenção autoritária do poder político na autonomia das partes e na liberdade contratual, desvirtuando as bases jurisprudenciais da disciplina normativa contratual.

O efeito prático foi a de não permitir uma intervenção ponderada e oportuna de terceiros escolhidos pelas partes, como árbitros, normalmente eleitos entre os iurisprudentes. Ora, o ostracismo a que os poderes imperiais votaram os iurisprudentes que não aceitavam ocupar cargos públicos ou exercer funções vinculadas ao poder político, é a razão fundamental, nunca confessada, da medida aqui imposta.

O imperador aproveitava a controvérsia clássica, aliás já resolvida pela própria jurisprudência a favor da fixação futura do preço pelas partes ou por um terceiro, para dispor contra a possibilidade de resolução de uma contenda pela arbitragem segura de um jurisprudente, logo demorada e contraditória, nomea-

⁽⁷¹⁾ Cfr. Fernando Hinestrosa, *Leyendo el Digesto*, in *Roma e América*, 22, 2006, pp. 69-75.

⁽⁷²⁾ Ver Eduardo Vera-Cruz Pinto, *O Direito das Obrigações em Roma*, Vol. I, Lisboa, 1997, p. 312.

damente recorrendo aos critérios da boa fé objectiva, porque isso não apenas contrariava a doutrina legislativa vigente como ameaçava o poder judicial cumpridor das leis imperiais, só legitimado pelo imperium, sem qualquer credibilidade jurisprudencial ou saber socialmente reconhecido (*auctoritas*).

Esclarecido o contexto e o desiderato do passo citado da Constituição imperial, deve entender-se do texto citado, em benefício da segurança jurídica e da celeridade dos contratos, ter o imperador entendido que, se o valor da prestação a pagar, por ser diferente do valor fixado no preço encontrado no momento da celebração do contrato, não pode ser determinado em período de tempo consentâneo com o momento da prestação, então não faz sentido manter o contrato.

O contrato só produz os seus efeitos de novo, quando o preço a pagar pela prestação em “revenda” é encontrado, cada uma das partes cumprindo aquilo que ficou estipulado ⁽⁷³⁾: uma paga o preço alterado, por fixação actualizada do valor da coisa a prestar; a outra parte presta a coisa, criando os vínculos próprios da responsabilidade contratual para cada uma delas que entrar em incumprimento.

Interessante de assinalar é que a regra saída de C. 4, 38, 15, tal como fixada pela Constituição justinianeia, aplica-se a todos os contratos de compra e venda, conste ela expressamente do clausulado contratual ou não (seja *sine scriptis* seja *in scriptis*). Logo quando a possibilidade de “actualização do preço” a pagar pelas prestações sucessivas com um valor diverso daquele que ficou escrito no contrato não foi inscrita pelas partes no próprio contrato, deve entender-se ser esse o sentido a dar à vontade das partes.

No mesmo sentido dispôs Justiniano em C. 4, 21, 17, para os documentos notariais.

Assim, podemos concluir que a inovação trazida pelo direito justinianeu está sobretudo na constituição de 530 (C. 4.38.15) com um conteúdo vertido na sua quase totalidade nas Instituições (I. 3.23.1). A controvérsia entre os juriconsultos clássicos, quando o preço não é logo fixado no contrato, é então resolvida com a sanção de nulidade, por falta de existência do preço, sempre que na altura em que ele deve ser pago, não estiver ainda fixado. A figura jurídica aplicada a este contrato é o da celebração condicional (*sed nostra decisio — staret contractus*).

⁽⁷³⁾ A estipulação deve ser interpretada de acordo com a intenção das partes e não com a literalidade do que ficou escrito (a validade da *stipulatio* não depende da forma e muito menos de certa verba (D. 45.1.137.1; D. 45.1.83.1). Sem podermos aqui entrar nos desenvolvimentos requeridos pela *summa divisio Stipulatio/pacta*, importa recordar que a adaptação do preço integra o conteúdo da *stipulatio*. Cfr. Rolf Knutel, *L'interpretazione del contratto dalla stipulatio ai Codici Civili Moderni*, in *Roma e America*22, 2006, pp. 27-42.

Mas, depois da análise de C. 48.15.2., feita por F. Gallo ⁽⁷⁴⁾ podemos retirar daqui também que a arbitragem por um terceiro na fixação do preço deve ser feita com apelo aos critérios da boa fé objectiva, como faria um homem honesto (*vir bonus*). Se assim não fosse feito então deveria intervir um juiz.

Foram estes contributos do *Corpus Iuris Civilis* ⁽⁷⁵⁾ desenvolvidos pelos glosadores, nomeadamente nas:

- Gl. *Aestimaverit* a I. 3, 23, 1 (*Nota, quod caute ponit de tertia persona. Nam secus in contrahentis arbitrio*);
- Gl. *Nominatus est* a I. 3, 23, 1 (*Quid si in innominatum contulimus: ut vendo, pro quanto aestimabitur? Respondit non valet*);
- Gl. *Pervenire* a C. 4,38,15 (*Sive bene sive male sit arbitratus, secundum Azo. Tu dic si male, recurritur ad arbitrium boni viri*);
- Gl. *Pro nihilo* a C. 4,38,15 (*ut nec ad alterius arbitrium recurratur*);
- Gl. *Emptum* a D. 18,1,35 (*aut enim pretium confertur in arbitrium alterius eorum et tunc non valet...*).

Quer nas glosas, quer nos consilia, quaestiones, tractatus, em geral nas obras dos juristas medievais e mesmo na actividade prática documentada, era repetida a máxima justinianeia, de matriz legal (não jurisprudencial) fundada na certeza pretendida pelo imperador, na invalidade do contrato se o preço não estivesse determinado ou não fosse prontamente acertado, porque dependia da intervenção de pessoa incerta ou porque faltavam elementos essenciais para a sua determinação.

A mesma falta de originalidade passou para autores modernos como Toschi (*Practicarum conclusionum iuris, tomus octavus, Roma, 1608, conclusio XLV Venditio pró pretio declamando vel compromisso valet, et quando secus*) e Tartagni (*Consilia sive responsa, Venenitiis, 1590, lib. 1, cons. 18, Viso processu causae, p. 28 v. in princ.*).

Mesmo nas *Pandectas* de J.R. Pothier (R. J. Pothier, *Le Pandette di Gius-tiniano disposte in nuovo ordine, trad. Italiana, 3, Venetia, 1825, pp. 458 e ss.*) se pode ler o mesmo princípio da centralidade do preço determinado ou logo determinado para a validade do contrato.

⁽⁷⁴⁾ F. Gallo, *La dottrina di Proculo e quella di Paulo in matéria di arbitraggio*, in *Studi in Onore di G. Grosso*, 3, Turim, 1970, pp. 502 e ss.

⁽⁷⁵⁾ Que não podem ser lidos sem a necessária contextualização. Ver, entre as obras de referência Paulo Tomás, *Essai sur Quelques Théories Économiques dans le Corpus Iuris Civilis*; Dureau De La Malle, *Economie Politique des Romains*; Tydeman, *Disquisitio jurídica-política de Economiae_politicac notionibus in corpore Juris Civilis*, 1838, Lyde.

III. SÍNTESE DA LEITURA DAS FONTES ROMANAS

— A definição de contrato na jurisprudência clássica romana não se pode retirar da noção de Gaio, mas da referência de Labeão (D. 50.16.19) de que o contrato é uma obrigação recíproca, a que os gregos chamam “synalagma” ⁽⁷⁶⁾. Tal bilateralidade insere na natureza do negócio, como um princípio geral dos contratos: a obrigação do aperfeiçoamento bilateral constante e consensual do contrato pelo equilíbrio das prestações de cada uma das partes.

— Um contrato era válido se o preço da prestação fosse fixado em momento posterior ao da celebração do mesmo e por um valor diverso do que foi nessa data inscrito no texto clausular, como preço a pagar por uma das partes à outra. O preço deveria ser fixado no momento de cumprir a prestação por um valor actualizado à data do cumprimento. A concretização posterior (no futuro) do preço está prevista por referência a circunstâncias passadas (d. 18, 1, 7, 1); presentes (D. 18, 1, 7, 2); ou futuras (D. 18, 1, 7, 2; e D.19, 1, 13, 24).

— O preço a pagar por actualização ao momento do cumprimento da prestação num contrato de execução sucessiva no tempo da mesma ou idêntica coisa (quantidade) ou serviço a prestar, não poderia ser unilateralmente fixada por uma das partes, sob pena de invalidade (D. 18, 1, 35, 1) ⁽⁷⁷⁾. Era necessário ou o acordo entre as partes ou o recurso a um árbitro. Os juristas clássicos hesitaram quanto à possibilidade de intervenção de um terceiro (Gaio, Inst. 140 e 143). O direito justinianeu por razões políticas, extra-jurídicas, parece ter preferido a remissão para os tribunais em vez do recurso à arbitragem (C. 4, 38, 15pr. e 1; I. 3, 23, 1).

— Do contributo de Gaio retiramos não ser aceitável que, num contrato, o preço nele inscrito se mantenha fixo para pagar prestações cujo valor real no momento de prestar é superior a ele, porque não se pode cristalizar pela forma, tornando imutável, uma realidade dinâmica e móvel como é a do valor da coisa a prestar. Logo, na jurisprudência romana sintetizada por Gaio é da essência do preço de uma obrigação contratual em que o preço expressa o valor do bem a prestar, a sua alteração por razões de boa fé, equilíbrio e justiça comutativa.

— Do contributo de Ulpiano — Ulp. 32 ad. ed. (D.19, 1, 13, 24) — resulta que o preço que deve vigorar no contrato de compra e venda com as características aqui referidas (prestações iguais sucessivas no tempo) não é o preço

⁽⁷⁶⁾ Desde Álvaro D’Ors, *Creditum y Contractus*, in *Anuário de Historia del derecho español*, 26, 1956, pp. 6 e ss. Ver sobre a discussão aberta com esta tese, SDHI, 61, 1975, pp. 205 e ss.; e F. gallo, *Contratto e atto secondo Labcone: una dottrina da riconsiderare*, in *Roma e América*, 7, 1999, pp. 17 e ss.

⁽⁷⁷⁾ Ver Inocêncio Galvão Teles, *Sobre a determinação do preço como elemento essencial da compra e venda*. Parecer, separata do n.º 1661 da *Revista dos Tribunais*, 1953, Porto, p. 7.

que as partes acordaram no momento da sua celebração, mas aquele que será determinado no futuro por acordo entre as partes ou por um terceiro tomando como referência o valor de revenda que a prestação tem em cada momento em que se exige o cumprimento. Assim, a determinabilidade efectiva do preço a pagar é um elemento estrutural do contrato concretizado não no preço nele inscrito aquando da celebração, mas no quantum de dinheiro correspondente ao valor da prestação no momento de pagar.

— O conceito posterior de *laesio enormis* veio complementar e centrar a questão do *pretium iustum* do direito clássico, de forma a permitir uma aplicação geral dos critérios que determinam a justeza do preço nos negócios comutativos formalizados com contratos, visando o equilíbrio das partes. Foi este complemento integrado e completado pelo labor dogmático dos juristas das escolas jurisprudenciais da Idade Média ⁽⁷⁸⁾, passou para as Ordenações do Reino.

IV. CONCLUSÃO

Em Roma, todos os contratos prolongados ou de longa duração, podiam ver alterado o preço de uma das suas prestações, por adaptação (*interpretatio*) jurisprudencial do contrato. Assim, a alteração do preço estava implícita na *natura contractus* ⁽⁷⁹⁾, dispensando qualquer construção teórica da imprevisão ou da cláusula *rebus sic stantibus* ou a sua previsão legal ⁽⁸⁰⁾.

Tal constatação parece retirar fundamento às teses que defendem: por não se encontrar expressa nas fontes clássicas e nos vários lugares do Digesto a alteração do preço no contrato por motivos supervenientes com um *nomen iuris* específico e facilmente apreensível pelos juristas actuais, estava vedada tal possibilidade no Direito Romano. Pelo contrário, em Roma a alteração do preço neste tipo de situação era estrutural ao acordo negocial e natural no cumprimento do contrato ⁽⁸¹⁾.

Para os jurisprudentes romanos, se o preço escrito no contrato já não era o preço justo, então dever-se-ia, no contrato, reacertar o preço determinando um

⁽⁷⁸⁾ Cfr. Pedro de Albuquerque, *Direito das Obrigações. Contratos em especial*, Coimbra, 2008, I, 21-22.

⁽⁷⁹⁾ Como escreveu A. Alciatus, *Tractatus de praesumptionibus*, in *Lucubrationes in ius civile et pontificium*, IV, Basileae, 1571, pp. 590 e ss.

⁽⁸⁰⁾ Ver R. Fiori, *Bona Fides. Formazione, escusione e interpretazioe del contratto nella tradizione civilistica* (Parte prima), in AA.VV. *Modeli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, II, napóles, 2006, pp. 193 e ss.

⁽⁸¹⁾ Ver Roberto Fiori, *Tipicità contrattuale e teoria generale del contratto. Alcuni Problemi di storia e Dogmática*, in *Roma e América*, 22, 2006, pp. 105-113, loc. *De ref.*, p. 113.

outro, com recurso aos elementos que serviriam para determinar o preço na altura em que a prestação é feita. Podemos então entender que o equilíbrio ou compatibilidade entre os requisitos certo e justo do preço num contrato se faz pela possibilidade/exigência de fixar um preço adequado ao momento da prestação mesmo que o preço fixado no contrato seja outro.

A determinação do preço a pagar é sempre uma operação de facto, baseada em elementos de ponderação e razoabilidade com diferentes concretizações consoante os factores a considerar (tempo, lugar, mercadoria, etc). A questão de direito está na possibilidade jurídica de o montante em dinheiro a pagar pela mesma prestação em momento posterior no âmbito do mesmo contrato ser diferente da quantia que foi inscrita como preço na data da assinatura do contrato.

Tal possibilidade é uma exigência de justiça e equilíbrio, logo jurídica, sempre que o preço fixado no contrato já não corresponda ao preço da coisa ou serviço que se está a pagar, implicando um novo preço, desde que ele se mantenha determinável. Só assim se pode chegar a um *iustum pretium* (requisito essencial para a manutenção da validade do contrato) e a uma relação negocial equilibrada; o que não ocorreria se uma parte pagasse um preço inferior ao valor da prestação que recebeu — haveria um enriquecimento injustificado e injusto dela à custa do empobrecimento da outra.

Na falta de acordo das partes sobre o preço a pagar, afastada juridicamente a possibilidade de ser o preço fixado no contrato, podem elas escolher a qualquer momento e independentemente de previsão expressa a esse respeito, um terceiro que o determine. Apesar dos contraentes estarem sujeitos à boa fé objetiva e ao critério do *arbitrium boni viri*, afastava-se a possibilidade de uma fixação unilateral do preço por uma das partes; o recurso para o fazer é através dos factores que determinam o valor da prestação em dinheiro no momento de prestar.

Como o tempo que nos é atribuído nunca chega para dizer aquilo que nos propomos e como a minha capacidade de síntese é muito má, além das muitas deficiências que notaram na exposição e das lacunas reconhecidas na investigação feita, termino deixando o tema em aberto. Espero que o tempo me permita preencher alguns vazios doutrinários no texto que será publicado e, assim, uma narrativa mais integrada. Muito Obrigado.