



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

EDSON MITSUO TIUJO

DA ONEROSIDADE EXCESSIVA NOS CONTRATOS

Londrina
2006

EDSON MITSUO TIUJO

DA ONEROSIDADE EXCESSIVA NOS CONTRATOS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Negocial.

Orientador: Prof. Dr. Adauto de Almeida Tomaszewski

Londrina
2006

EDSON MITSUO TIUJO

DA ONEROSIDADE EXCESSIVA NOS CONTRATOS

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Aduino de Almeida Tomaszewski

Prof. Dr. José Sebastião de Oliveira

Profa. Dra. Valkiria Aparecida Lopes Ferraro

Londrina, 09 de setembro de 2006.

A Deus, aos familiares e amigos.

AGRADECIMENTOS

Agradecimentos à Universidade Estadual de Londrina, por ter oportunizado e possibilitado a realização de um estudo mais aprofundado sobre o tema.

Agradecimentos à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) pelo financiamento da pesquisa.

Agradecimentos a todos os professores, indistintamente, do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu*, em Direito, da Universidade Estadual de Londrina.

Agradecimentos especiais ao Professor Doutor Adauto de Almeida Tomaszewski pela amizade, pelo apoio e pela indispensável orientação, sempre pronto a auxiliar nos estudos acadêmicos, bem como pelas suas sugestões pontuais e incisivas, as quais foram fundamentais para a conclusão deste trabalho.

Agradecimentos à Professora Doutora Valkiria Aparecida Lopes Ferraro pela amizade, incentivo e orientação pedagógica.

Agradecimentos à minha família, aos meus pais Carlos Yokimitu Tiujo (*in memoriam*) e Maria Kayo Tiujo, e aos meus irmãos Liriam Kiyomi Tiujo Delgado e Carlos Alexandre Toshimitsu Tiujo, pela dedicação e apoio incansáveis de todas as horas, prontos a ajudar-me neste trabalho.

Agradecimentos aos singulares amigos e incentivadores, Professor Doutor José Sebastião de Oliveira, Glaucio Hashimoto e Joana Maria Peres Colhado.

Finalmente, agradecimentos aos grandes amigos mestres da Turma de Direito Civil, do Curso de Mestrado em Direito, da Universidade Estadual de Londrina.

Se eu pudesse ...

Se eu pudesse deixar algum presente a você ...

Deixaria aceso o sentimento de amar a vida dos seres humanos.

A consciência de aprender tudo o que foi ensinado pelo tempo afora.

Lembraria os erros que foram cometidos para que não mais se repetissem.

Deixaria a capacidade de escolher novos rumos.

Deixaria para você se pudesse, o respeito àquilo que é indispensável:

Além do pão, o trabalho.

Além do trabalho, a ação.

E, quando tudo mais faltasse, um segredo:

O de buscar no interior de si mesmo a resposta e a força para encontrar a saída.

Mahatma Ghandi

TIUJO, Edson Mitsuo. **Da onerosidade excessiva nos contratos**. 2006. 181f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2006.

RESUMO

Versa o presente trabalho a respeito da teoria da onerosidade excessiva nos contratos, prevista, atualmente, nos arts. 317 e 478 a 480 do vigente Código Civil. Trata-se de regra insculpida na Legislação Civil com o intuito de atenuar os drásticos efeitos produzidos pelos princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória dos contratos, que se fizeram presentes no antigo modelo clássico de contrato. A teoria, em comentário, oriunda da velha cláusula *rebus sic stantibus* e da teoria da imprevisão, tem o intuito de transformar o contrato de instrumento, estritamente, patrimonial e de circulação de riquezas para um instrumento de cooperação social, em consonância, desta forma, com os princípios da função social do contrato, da proibição e da boa-fé constantes da nova ordem contratual. A teoria da onerosidade excessiva é, portanto, um benefício destinado ao devedor-obrigado, cuja prestação se tenha tornado excessivamente onerosa, em virtude de acontecimentos supervenientes, em relação ao momento de formação dos contratos, extraordinários e imprevisíveis. Tal regra tem o âmbito de aplicação limitado aos contratos a prazo, ou seja, aqueles em que existe um lapso temporal entre o momento da celebração e da execução da prestação contratual e enseja, segundo o dispositivo legal, a resolução do contrato, ou, a revisão contratual tão-somente na hipótese de comum acordo. Enfim, trata-se de um tema ainda bastante recente, em nível de legislação pátria, na medida em que não era tratada pela Legislação Civil de 1916, porém, revela a paulatina extinção por qual passou o paradigma contratual clássico, dando origem a nova ordem contratual no direito obrigacional, que é justamente a linha de pesquisa, da área de Direito Civil, do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Estadual de Londrina.

Palavras-chave: Desequilíbrio contratual. Acontecimentos imprevisíveis. Fatos supervenientes. Onerosidade excessiva. Resolução. Revisão.

TIUJO, Edson Mitsuo. **Excessive onerosness of contracts**. 2006. 181f. Dissertation (Master's Degree in Business Law) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2006.

ABSTRACT

This work deals with the theory of excessive onerosness of contracts provided, nowadays, at article 317 and between articles 478 and 480 of the Civil Code in force. It refers to a rule established in the civil law with the purpose of mitigate the drastic effects caused by the autonomy of will and *pacta sunt servanda* clauses, which were presented at the former classic model contract. The theory, in issue, arising from the old *rebus sic stantibus* clause and the theory of non-predictability, has the intent to transform the instrumental contract that has strictly, patrimonial and wealth circulation nature to a mechanism of social cooperation, in this sense, in accordance with the principles of social roel, probity and good-faith of the contracts, set forth in the new contractual regime/law/order. The theory of excessive onerosness of contracts is, therefore, a benefit conceived to the obligee, which is entitled to perform na obligation that became excessively onerous in virtue of unpredictable and improvidence events. This rule is applied to contracts that has a fixed period of time to perform the obligation, in other words, in contracts that has a period of time between the conclusion of the contract and the parties performance, and affords, in conformity with legislation, the opportunity to terminate or revise/renegotiate the contract as accorded by both parties. At last, it deals with a recent issue, at the national legislation level, once this was not dealt in the Brazilian Civil Code of 1916, although, it discloses the slow extinction that the classic contractual paradigm has passed, originating the new contractual order in Obligations Law, and this is, in fact, the field of research, of Civil Law, of the Law Master's Course at the State University of Londrina.

Keywords: Contractual disequilibrium. Non-predictable events. Supervenient facts. Excessive onerosness, termination. Revision/renegotiation.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1	16
2 DO MODELO CLÁSSICO DE CONTRATO	17
2.1 DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS	17
2.2 DO CONTRATO COMO FONTE DE OBRIGAÇÕES	23
2.3 DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE	26
2.3.1 Do surgimento do princípio da autonomia da vontade no Código Napoleônico: aspectos políticos, sociais e econômicos	26
2.3.2 Da extensão doutrinária do princípio da autonomia da vontade	28
2.3.2.1 Da teoria da vontade	30
2.3.2.2 Da teoria da declaração	32
2.3.2.3 Da teoria da confiança	34
2.3.3 Dos limites ao princípio da autonomia da vontade	35
2.4 DO PRINCÍPIO PACTA SUNT SERVANDA	37
2.5 DAS CONSEQÜÊNCIAS DO MODELO CLÁSSICO DE CONTRATO NO DIREITO BRASILEIRO	40
CAPÍTULO 2	44
3 DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CLÁUSULA <i>REBUS SIC STANTIBUS</i> E DA TEORIA DA IMPREVISÃO NA DOUTRINA, NA LEGISLAÇÃO E NA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA	45
3.1 DA CLÁUSULA <i>REBUS SIC STANTIBUS</i>	45
3.2 DAS PRINCIPAIS TEORIAS QUE FUNDAMENTARAM A POSSIBILIDADE DE REVISÃO CONTRATUAL POR MODIFICAÇÃO DO ESTADO DE FATO	48
3.2.1 Das teorias com base na vontade	49
3.2.1.1 Da teoria da pressuposição	49
3.2.1.1.1 Da teoria da pressuposição individual	49
3.2.1.1.2 Da teoria da pressuposição típica	51
3.2.1.2 Da teoria da vontade marginal	52
3.2.1.3 Da teoria da base do negócio jurídico	54
3.2.1.3.1 Da teoria de Paul Oertmann	54
3.2.1.3.2 Da teoria de Karl Larenz	56
3.2.1.3.3 Da teoria eclética da base do negócio jurídico	57

3.2.1.4 Da teoria do erro	58
3.2.1.5 Da teoria da situação extracontratual	59
3.2.1.6 Da teoria do dever de esforço	60
3.2.1.7 Das críticas às teorias com base na vontade	62
3.2.2 Das teorias com base na prestação	63
3.2.2.1 Da teoria do estado de necessidade	64
3.2.2.2 Da teoria do equilíbrio das prestações	65
3.2.3 Das teorias com fundamento em motivos extrínsecos.....	66
3.2.3.1 Teoria com fundamento na moral.....	66
3.2.3.2 Teoria com fundamento na boa-fé.....	68
3.2.3.3 Teoria com fundamento na extrinsibilidade do fortuito	69
3.2.3.4 Teoria com fundamento na socialização do direito	71
3.2.3.5 Teoria com fundamento na equidade e na justiça	72
3.3 DA TEORIA DA IMPREVISÃO	75
3.3.1 Breve esboço histórico	75
3.3.2 Do conceito.....	78
3.3.3 Dos elementos de configuração	80
3.3.4 Dos efeitos do reconhecimento	82
3.3.5 Da legislação civil anterior ao atual Código Civil	84
3.3.5.1 Do Código Civil de 1916 (Clóvis Bevilacqua).....	84
3.3.5.2 Do Projeto de Código de Obrigações de 1941	86
3.3.5.3 Do Projeto de Código de Obrigações de 1965	88
3.3.5.4 Do Projeto de Código Civil n. 634-B de 1975	90
3.3.6 Da jurisprudência pátria	92
CAPÍTULO 3	96
4 DAS DIRETRIZES REGULAMENTADORAS DO ATUAL CÓDIGO CIVIL	97
4.1 A INTERFERÊNCIA DO DIREITO PÚBLICO NO DIREITO PRIVADO: DIRIGISMO CONTRATUAL...	97
4.2 DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA MODERNA LEGISLAÇÃO CIVIL: ETICIDADE, SOCIABILIDADE E OPERABILIDADE.....	102
4.2.1 Eticidade	103
4.2.2 Sociabilidade	103
4.2.3 Operabilidade	104
4.3 O PAPEL DAS CLÁUSULAS GERAIS E DOS CONCEITOS LEGAIS INDETERMINADOS NO CÓDIGO CIVIL EM VIGÊNCIA E SUA IMPORTÂNCIA PARA A ATUALIZAÇÃO DOS PRECEITOS LEGAIS	106

4.4 DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO.....	108
4.4.1 Considerações iniciais	108
4.4.2 Da extensão doutrinária do princípio	110
4.5 DA BOA-FÉ OBJETIVA.....	113
4.6 O CONFLITO: FLEXIBILIDADE DOS CONTRATOS X SEGURANÇA JURÍDICA	115
CAPÍTULO 4	119
5 DA TEORIA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA DOS CONTRATOS NO	
 VIGENTE CÓDIGO CIVIL	120
5.1 ÂMBITO DE APLICABILIDADE DA TEORIA	121
5.1.1 Contratos sinalagmáticos, onerosos, comutativos e de execução continuada ou diferida.....	123
5.1.2 Alguns contratos polêmicos	126
5.1.2.1 Contratos unilaterais.....	126
5.1.2.2 Contratos aleatórios	128
5.1.2.3 Contratos gratuitos.....	131
5.1.2.4 Contratos de execução instantânea.....	131
5.2 ALTERAÇÃO DAS CONDIÇÕES OBJETIVAS EM RELAÇÃO AO MOMENTO EM QUE O CONTRATO FOI CELEBRADO: FATO SUPERVENIENTE EXTRAORDINÁRIO E IMPREVISÍVEL	133
5.3 NEXO CAUSAL ENTRE A ONEROSIDADE EXCESSIVA E A ALTERAÇÃO CIRCUNSTANCIAL OBJETIVA	137
5.4 DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO ENTRE AS PRESTAÇÕES	137
5.4.1 Onerosidade excessiva da prestação.....	138
5.4.2 Vantagem extrema do credor.....	142
5.5 QUALIDADE DE PARTE DEVEDORA	146
5.6 INIMPUTABILIDADE (POR CULPA) DO PREJUDICADO PELA MUDANÇA CIRCUNSTANCIAL.....	149
5.7 INEXISTÊNCIA DE MORA DO DEVEDOR	150
5.8 ASPECTOS COMPARATIVOS ENTRE A TEORIA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA NO CÓDIGO CIVIL E NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	151
5.9 DOS EFEITOS DO RECONHECIMENTO DA ONEROSIDADE EXCESSIVA NOS CONTRATOS.....	155
5.9.1 Dos regimes de solução do contrato e da solução legal	155
5.9.2 Dos efeitos da resolução e da revisão.....	161
6 CONCLUSÃO	164
REFERÊNCIAS	169

1 INTRODUÇÃO

A teoria da onerosidade excessiva nos contratos, introduzida nos arts. 478 a 480, do atual Código Civil, foi produto de um movimento de transformação e adequação da ordem contratual, que há muito tempo já era desejado pela doutrina e clamado pela jurisprudência.

Entre todas as inovações promovidas, no âmbito do direito contratual, indiscutivelmente, a vedação da onerosidade excessiva da prestação contratual, por acontecimentos supervenientes extraordinários e imprevisíveis e a possibilidade de revisão e/ou resolução dos contratos, representou, sem dúvida, uma das maiores conquistas, neste campo.

É até supérfluo mencionar que se trata de um assunto, extremamente, polêmico e sua aceitação nos ordenamentos jurídicos não se operou de modo pacífico, ao contrário, demandaram severas e acirradas discussões, seja perante a doutrina, a jurisprudência e a legislação. Muitos debates teóricos foram travados a este respeito e, certamente, os dilemas ainda irão se prolongar para além dos dias atuais.

A problemática da onerosidade excessiva nos contratos recai, especialmente, em verificar como se operou sua evolução no direito contratual; quais os debates teóricos travados a respeito; quais os fundamentos jurídicos que sustentam sua aplicação nos dias atuais; quais os seus efeitos e conseqüências e, principalmente, o que é necessário demonstrar, como elementos fáticos ou configuradores para sua aplicabilidade ao caso concreto, sem que este instituto jurídico se torne um instrumento de desestabilização e insegurança jurídica e social.

As dificuldades para desenvolver um tema desta natureza residem, precipuamente, nos desníveis existentes entre, de um lado, os princípios da autonomia da vontade e força obrigatória dos contratos e, de outro, o princípio da flexibilidade dos contratos. Enquanto aqueles pregam a rigidez e a imutabilidade dos contratos e suas cláusulas, este autoriza a sua mutabilidade sempre que os negócios jurídicos se tornem instrumentos de opressão e desigualdades para as partes contratantes, de tal forma que esta diferença nodal, por vezes, impediu a construção de um consenso.

Pode-se observar que, durante muito tempo, defendeu-se a regra de que as partes contratantes tinham a liberdade de contratar quando quiser, com quem quiser e o que

quiser, porém, uma vez celebrado o contrato este se tornava imutável, devendo ser cumprido, independentemente, de qualquer pretexto.

Com o passar dos tempos e o advento de profundas transformações no campo social, político e econômico, paulatinamente, verificou-se que o modelo tradicional de contrato não mais atendia às aspirações e necessidades da sociedade, o que acabou provocando o rompimento com aquela visão tradicional.

Com isso, ao longo da história, diversas teorias foram sendo elaboradas, com o intuito de amenizar as severas imposições do princípio *pacta sunt servanda*, todas em caráter de extrema exceção, das quais, o presente trabalho, destacou três: a cláusula *rebus sic stantibus*, a teoria da imprevisão e a teoria da onerosidade excessiva. É relevante destacar que, todas essas teorias possuem, basicamente, a mesma finalidade e objetivo, contudo, cada uma delas, possui elementos de configuração próprios e, por isso, não se confundem.

A primeira, é a famosa e antiga cláusula *rebus sic stantibus*, oriunda do direito canônico dos séculos XII e XIII, a qual preconizava que, nos contratos de trato sucessivo ou a termo, o vínculo obrigatório se entendia subordinado à continuação daquele estado de fato vigente ao tempo da estipulação, de modo que, ocorrendo modificações no estado de fato, em relação ao momento de formação da relação contratual, o contrato poderia não ser cumprido.

A segunda, a teoria da imprevisão, nascida por ocasião da Primeira Grande Guerra Mundial, tem como marco teórico, a Lei Failliot, de origem francesa, e publicada em regime de exceção, em 21 de maio de 1918. Até mesmo em virtude da situação em que foi criada, esta teoria ressaltou as circunstâncias exógenas, estranhas e imprevisíveis, que causassem o desequilíbrio das prestações contratuais, sendo este elemento, o pressuposto fundamental desta teoria. Durante várias décadas, foi aceita como fundamento para a revisão e/ou resolução do contrato, porém, sempre como exceção à regra *pacta sunt servanda*.

Por conseguinte, a terceira teoria, também conhecida como teoria da onerosidade excessiva, surgiu no Direito Italiano, precisamente, no Código Civil de 1942. O principal aspecto distintivo desta teoria, em relação à anterior, refere-se ao fato superveniente, causador do desequilíbrio contratual, que não precisa ser, necessariamente, extraordinário ou imprevisível. Isto significa que é suficiente a demonstração, pelo devedor-obrigado, do desequilíbrio contratual para ser autorizada a mutabilidade do contrato, sendo a imprevisibilidade elemento irrelevante para esta teoria.

Tais regras de exceção, com o passar dos tempos, passaram a ser incorporadas nos corpos legislativos dos mais diversos países, num processo de transformação

do modelo contratual clássico para uma nova ordem contratual, caracterizada pela interferência do Estado nas relações obrigacionais e contratuais.

O Brasil foi um dos últimos países do Ocidente a adotar o princípio da flexibilidade dos contratos, por meio da regra da onerosidade excessiva no contrato. E assim o fez, pelo seu Código Civil, aprovado em 2002, que incluiu o instituto no Título V “Dos contratos em geral”, no Capítulo II “Da extinção dos contratos” e na Seção IV “Da resolução dos contratos por onerosidade excessiva”.

Desta forma, o presente estudo objetiva analisar como o instituto da onerosidade excessiva da prestação por fato superveniente e imprevisível ao contrato foi sendo aceito e lapidado no ordenamento jurídico pátrio. Contudo, desde já, pode-se adiantar que a sua recepção somente foi possível com a transformação de uma mentalidade individualista para uma mentalidade coletiva, que retirou do contrato o seu caráter patrimonial e especulativo, conferindo-lhe um caráter social.

No primeiro capítulo, objetivou-se analisar o contrato como fonte de obrigações e sob a luz do modelo clássico. Deve-se salientar que o propósito deste estudo preliminar foi destacar, precipuamente, a importância dos princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória para a formação dos contratos celebrados nas sociedades passadas, especialmente, as dos séculos XIX e XX.

Uma ênfase especial foi conferida à análise da origem desses princípios, especialmente, em relação aos aspectos políticos, econômicos, jurídicos e sociais destes séculos, e mais, que tais princípios foram formulados, justamente, para atender à situação em que se encontravam os países naquela época, portanto, convenientes para aquela sociedade.

Ao final, buscou-se demonstrar que o modelo clássico de contrato havia perdido a sua conveniência e, com o passar dos tempos, trouxe consequências drásticas na economia e na sociedade, na medida em que se tornou instrumento de opressão e desigualdade.

No segundo capítulo, cuidou-se da questão da evolução histórica das regras de flexibilização dos contratos, por conta de eventos supervenientes e imprevisíveis e, neste particular, estudou-se a antiga cláusula *rebus sic stantibus* e a teoria da imprevisão.

As propostas, neste segundo momento, pautaram-se em dois objetivos. A primeira parte destinou-se à pesquisa minuciosa dos fundamentos elaborados, ao longo da história, para explicar a possibilidade da revisão e/ou resolução contratual por modificação do estado de fato e, neste diapasão, foram pesquisadas diversas teorias, como a teoria da pressuposição, da vontade marginal, da base do negócio jurídico, do erro, da situação

extracontratual, do dever de esforço, do estado de necessidade, do equilíbrio das prestações, da moral, da boa-fé, da extrinsibilidade do fortuito, da socialização do direito e da equidade e justiça.

Em seguida, na segunda parte, foram tecidas considerações acerca da teoria da imprevisão e, particularmente, como se deu a sua aceitação e admissibilidade no direito brasileiro, pelos Projetos de Códigos anteriores à atual Legislação Civil.

No terceiro capítulo, procurou-se apresentar as novas diretrizes regulamentadoras do direito contratual, que foram instaladas, no Brasil, a partir da Constituição da República de 1988 e, definitivamente, com o advento do Código Civil de 2002, após um processo de transformação do modelo clássico de contrato para a nova ordem contratual, caracterizada pela interferência do Estado (dirigismo contratual) nas relações obrigacionais e contratuais.

Sem dúvida, este capítulo é de indiscutível importância, na medida em que tratou dos princípios fundamentais (eticidade, sociabilidade e operabilidade) do atual Código Civil, que serviram de base para a mudança de mentalidade e postura dos operadores do Direito em relação aos contratos, além de diversas outras regras e princípios, até então, incompatíveis com os do modelo anterior, como a função social do contrato, a boa-fé objetiva e probidade e, principalmente, a imposição do equilíbrio das prestações.

Por fim, o quarto capítulo, concentrou-se, especificamente, no estudo da teoria da onerosidade excessiva dos contratos, nos termos como foi exposta no texto do Código Civil. Em minucioso estudo, procurou-se verificar o seu âmbito de aplicabilidade, os elementos de configuração e, finalmente, os seus principais efeitos.

Ademais, neste capítulo foram analisadas também acerca da conveniência e necessidade de cada um dos pressupostos legais e doutrinários para a configuração da teoria da onerosidade excessiva.

Ao final, foram tecidas comparações entre a teoria da onerosidade excessiva dos contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, chegando-se a duas conclusões: primeira, o instituto foi tratado de forma diferente nos referidos textos legais, embora, com a mesma denominação; e, segunda, o que o legislador civil, realmente, teve em mente, não foi a teoria da onerosidade excessiva dos contratos, mas sim, a teoria da imprevisão, o que resta claro diante dos pressupostos legais exigidos para configuração do instituto.

Além disso, a vertente deste trabalho se mostra de importância incomensurável, por duas outras razões: primeiro, porque, o tema proposto, embora, venha

sendo objeto de discussão há mais de um século, no País, é bem verdade que a ausência da matéria legislada não permitiu se formar, perante a doutrina e a jurisprudência, uma uniformidade de pensamento, quanto à delimitação das condições e elementos ensejadores da modificação contratual; e segundo, porque a subjetividade dos elementos que envolvem a matéria, como “excessiva onerosidade”, “vantagem extrema”, “acontecimentos extraordinários e imprevisíveis”, exige a cooperação de esforços da doutrina e da jurisprudência, a fim de concretizá-los.

Enfim, diante dessas novas diretrizes da ordem contratual, já desenvolvidas ou ainda em processo de desenvolvimento, o presente trabalho traduz também um convite ao estudioso do Direito a desvencilhar-se das amarras que a prática jurídica cotidiana, fundada ainda no modelo clássico de contrato, muitas vezes, impõe como dogma, a fim de colaborar na construção da nova ordem contratual, que depende apenas de uma mudança de mentalidade dos seus operadores.

CAPÍTULO 1

2 DO MODELO CLÁSSICO DE CONTRATO

2.1 DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Antes de se abordar o tema principal do presente trabalho, convém tecer breves considerações a respeito do contrato como fonte das obrigações e do modelo clássico de contrato e seus princípios norteadores.

Assim se faz necessário, uma vez que, com o advento do Código Civil de 2002¹, as regras e diretrizes regulamentadoras dos contratos sofreram profundas alterações, as quais merecem ser tratadas e ressaltadas neste estudo, para demonstrar, especialmente, que regras e princípios tidos como absolutos no modelo clássico de contrato já não possuem mais o mesmo valor nesta nova fase dos contratos.

O contrato, indiscutivelmente, é um dos institutos jurídicos mais importantes e mais utilizados no meio social, de tal sorte que vem atravessando os séculos e acompanhando a sociedade, desde a Antiguidade, tornando-se cada vez mais essencial à vida cotidiana, tendo sofrido poucas alterações em sua estrutura e forma, em função da relação jurídica que envolve^{2 - 3}.

¹ Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

² A explicação desta afirmação é feita com fundamento em Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, que assim sustenta ao tratar do caráter de permanência do Direito das Obrigações: O mundo jurídico e suas relações privadas apresentam uma vertente tendencialmente dinâmica e outra tendencialmente estática. O dinamismo das relações privadas estaria representado pelas relações de crédito e obrigacionais, enquanto os direitos reais se apresentariam de forma estática, justamente, por tenderem à garantia de atuações que implicam uso, fruição, disposição e aquisição de coisas. Essa visão, no entanto, “enxerga o fenômeno do ponto de vista do objeto das relações jurídicas e da função que essas últimas desempenham no mundo do ser”. Nesta seqüência, “a função primordial das relações obrigacionais é ajudar a desenvolver o fenômeno da colaboração econômica entre os homens”. Para tanto, o legislador traça as regras supletivas destas relações, determinando, de antemão, os direitos e deveres de cada um, com o qual todos concordam. Citando Antunes Varela, continua Giselda afirmando que o legislador traça as regras comuns a todas as relações creditórias e também aos negócios jurídicos em geral. Isso não significa, que as partes possam modificar uma dessas regras comuns, pois a vida é dinâmica, rápida e cada vez mais exigente. Neste particular, portanto, a relação é dinâmica, tem um caráter transitório, pois, como leciona Álvaro Villaça Azevedo, “se fosse perpétua, importaria servidão humana, escravidão, o que não mais se admite nos regimes civilizados”. Mas, perguntas-se: será que o Direito Obrigacional é mesmo tão dinâmico? Do ponto de vista da função que desempenha, atuando como instrumento de troca de objetos economicamente apreciáveis, é evidente que a resposta é afirmativa, porém, existe uma outra faceta que permite tratar este ramo do Direito Civil como tendencialmente estático. Para tanto, pergunta-se: “porque é que as regras do Direito Creditório não são assim tão dinâmicas? Porque mudaram tão pouco ao longo dos tempos? E porque são tão semelhantes de Estado para Estado? Porque ao cruzar a fronteira de qualquer país, em geral, eu compro ou vendo de forma tão semelhante ao modo de comprar e vender em meu próprio país?”. Por isso, diz-se que o Direito Obrigacional muda, mas muda menos, pois a relação jurídica que ele envolve se mantém, temporal e espacialmente, quase imutável. (Cf. Direito das Obrigações: o caráter e permanência dos

Aliás, neste particular, já ressaltou, brilhantemente, Caio Mário da Silva Pereira⁴:

O mundo moderno é o mundo do contrato. E a vida moderna o é também, e em tão alta escala que, se se fizesse abstração por um momento do fenômeno contratual na civilização do nosso tempo, a consequência seria a estagnação da vida social. O *homo aeconomicus* estancaria as suas atividades. É o contrato que proporciona a subsistência de toda a gente. Sem ele, a vida individual regrediria, a atividade do homem limitar-se-ia aos momentos primários.

O contrato é a mais importante espécie de negócio jurídico e acompanha a pessoa durante toda a sua vida. E quase que, diariamente, o ser humano utiliza-se dos contratos e do direito contratual, participando de diversas relações interpessoais, e que, às vezes, sequer nota que se trata de um negócio jurídico⁵. Assim ocorre, desde quando se toma um cafezinho na padaria ou, quando se compra um bilhete de ônibus, até quando se adquire um imóvel ou se contrata a construção de uma casa.

Pois bem, particularmente, o Direito Brasileiro reconhece duas fases bem distintas do direito contratual: a primeira se refere ao período de vigência do Código Civil de

seus institutos, as alterações produzidas pela Lei Civil brasileira de 2002 e a tutela das gerações futuras. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Novo Código Civil: interfaces no ordenamento jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 50-68).

³ Assim, também afirma Paulo Nalin, dizendo que, o direito das obrigações é a-histórico e neutro, ou seja, estável no tempo e uniforme no espaço. E isso se deve aos seguintes motivos: a) trata-se de espaço de exercício da autonomia da vontade, em que as partes auto-disciplinam seus interesses; b) é um domínio de elevada elaboração técnica; c) revela-se como sendo um segmento mais técnico e menos político-ideológico que outros ramos (Cf. O contrato em movimento no Direito pós-moderno. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma Editora. Ano 3, v. 10, abr.-jun/2002, p. 275).

⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil: Fontes das Obrigações*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, 3 v., p. 4-5.

⁵ O vigente Código Civil tratou dos “Fatos Jurídicos”, no Livro III, da Parte Geral. Este Livro, por sua vez, é subdividido em dois Títulos, os quais englobam “Do Negócio Jurídico” (Título I) e “Dos Atos Jurídicos Lícitos” (Título II). Doutrinariamente, adotou-se a seguinte classificação, com fundamento em Zeno Veloso, a qual, resumidamente, se apresenta: a) Fatos Jurídicos *lato sensu* que se subdivide em: a.1) Fatos Jurídicos *stricto sensu* e a.2) Atos Jurídicos; b) Atos Jurídicos *lato sensu* que se classifica em: b.1) Atos Jurídicos *stricto sensu* e b.2) Negócios Jurídicos; e, por fim, c) Atos Jurídicos Lícitos. Ao presente trabalho interessa o negócio jurídico que, deveras, tratou-se de uma inovação do atual Código Civil. Como leciona Zeno Veloso “nenhum outro instituto jurídico expressa, com tanta nitidez, a liberdade humana quanto o negócio jurídico, dando sentido, concreitude (ou concreitude como pretende o mestre Miguel Reale) e efeitos práticos à autonomia da vontade, à auto-regulamentação de interesses privados”. Podem ser unilaterais ou bilaterais. Os contratos são exemplos de negócios jurídicos, por excelência. Dentre os unilaterais tem-se o testamento. O negócio jurídico “formula regras de conduta entre os particulares, análogas às da lei; tem, portanto, caráter normativo, funcionando como *lex privata*”. “Essas normas individuais ou negociais, normas concretas de terceiro escalão, por óbvio, têm de estar de acordo com a ordem jurídica. Não podem as partes agir como legisladores públicos, pois sua atuação é muito mais restrita, limitada, condicionada” (Cf. *Invalidez do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 10-11).

1916, também conhecido como “modelo clássico de contrato”; a segunda se refere à “nova ordem contratual”, instituída, definitivamente, após o início de vigência do Código Civil de 2002.

Assim, o direito das obrigações e, em especial, a parte relativa aos contratos sofreu pouquíssimas alterações em sua estrutura e forma, permanecendo, praticamente, as mesmas, seja no modelo clássico de contrato, seja na nova ordem contratual. Ou seja, tanto antes, como agora, o contrato continua tendo o mesmo conceito e significado, constituindo-se como um instrumento destinado a criar, modificar ou extinguir direitos, a partir do encontro de vontades das partes, sendo, portanto, autêntica fonte de obrigações⁶.

Ocorre que, embora, mantivesse a mesma estrutura e forma, o desenvolvimento social, político e econômico do mundo capitalista e globalizado exigiu do legislador a mudança do paradigma contratual, para fazer instalar uma mentalidade mais ética e moral e, acima de tudo, voltado ao solidarismo, ao coletivo⁷.

Enquanto isso, até o advento de 2002, o Direito Brasileiro convivia com o modelo clássico de contrato, elaborado sob a égide do Código Civil de 1916, que, por sua vez, foi elaborado de acordo com a sociedade reinante em meados da primeira metade do século XIX. Isso significa que, durante o período de elaboração do anterior Código Civil, a situação social era a seguinte: a estrutura da sociedade brasileira era, eminentemente, rural, tendo sua base fora da cidade; e, preponderava na organização social a ordem privada, com poder de mando de uma minoria privilegiada. Neste sentido, bem relata Orlando Gomes⁸:

A sua classe política seria constituída pelas famílias que detinham a propriedade territorial e o monopólio de mando, tendo como seus representantes, embora dela distanciadas pelo pensamento, pela educação literária e pela cultura, os doutores, que agiam em defesa de seus interesses, por tradição, por sentimento, por interesse, e pelo instituto conservador de todo poder.

⁶ Segundo leciona Renato de Lemos Maneschy, “estudar as fontes das obrigações equivale a investigar como nascem ou se criam, de onde surgem, e em virtude de que uma pessoa se pode achar na necessidade de efetuar determinada prestação em favor de outra”. Em seguida, o doutrinador faz a distinção entre as fontes das obrigações e as fontes do direito: as primeiras, “geram as normas jurídicas, preceitos gerais destinados à disciplina da vida social”, enquanto, das segundas “decorrem direitos e deveres, relações jurídicas, concretas e particulares, entre duas ou mais pessoas, tendo por objeto determinada prestação” (Cf. *Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro: Editora Líber Júris Ltda., 1984, p. 31). No Direito Civil brasileiro são fontes das obrigações, segundo a doutrina majoritária: a lei; o comportamento humano lícito, que compreende os contratos e as declarações unilaterais de vontade; e o comportamento humano ilícito.

⁷ Como ainda será visto em capítulo posterior, uma das mudanças mais significativas no direito contratual foi, indiscutivelmente, conferir ao contrato uma função social. Assim, o contrato que possuía apenas as funções regulatória e econômica, deve, agora, ter uma destinação social.

⁸ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1958, p. 29.

Por conseguinte, economicamente, o País vivia “ao tempo de uma economia estável, moeda com valor definido, relações civis centradas na propriedade imobiliária, recém-saído de um regime de escravidão, cuja economia, em vez de dirigir-se para a indústria, investiu na terra para seu fortalecimento e segurança”⁹ - ¹⁰.

Tais características da sociedade e da economia brasileiras refletiram, diretamente, nas regras e princípios da Legislação Civil, como bem esclarece Ruy Rosado de Aguiar Júnior¹¹:

O Código elaborado por Clóvis Beviláqua certamente se distingue, em primeiro lugar, pela sua feição nitidamente individualista, expressando a concepção político-filosófica vigorante depois da Revolução Francesa, sendo o homem o centro do mundo e capaz, com a sua vontade e a sua razão, de ordená-lo. Por isso, consagrou o primado da vontade e submeteu os contratantes ao que constava da avença, devendo esta ser interpretada de acordo com a intenção das partes.

Disto decorre que o contrato, perante o Código Civil de 1916, tinha como única função, a econômica, servindo como instrumento de circulação atributiva da propriedade individualista e patrimonialista¹².

Essas marcantes características do Código Civil influenciaram, diretamente, o direito contratual, que, por sua vez, exaltou a vontade individual, contemplando como dogma, durante mais de um século, os princípios da igualdade, da autonomia privada e da força obrigatória dos contratos, os quais serão vistos, detalhadamente, em seguida.

⁹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Projeto de Código Civil – As obrigações e os contratos. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 775, n. 89, maio-2000, p. 19.

¹⁰ A respeito da situação política, econômica e social do País à época da elaboração do anterior Código Civil, é interessante a obra de Orlando Gomes, que explica, detalhadamente, os marcos históricos da época, abordando os seguintes pontos: a) estabilidade econômica; b) sistema colonial, baseado na exportação de matéria-prima e importação de produtos fabricados; c) poder de mando dos fazendeiros e comerciantes; d) legislação inspirada no direito estrangeiro; e) grande desigualdade: contraste entre a burguesia e a sociedade rural; f) burguesia agrária e mercantil, com desenvolvimento desigual do capitalismo; g) liberalismo econômico; h) pirâmide social constituída por fazendeiros, classe média urbana e massa rural; i) ápice do colonialismo (1900 – 1930), com a utilização da mão de obra decorrente da imigração; j) prosperidade da economia brasileira (Cf. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*, p. 39-48).

¹¹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Projeto de Código Civil – As obrigações e os contratos, p. 18.

¹² Para se ter uma idéia do pensamento político-jurídico da época, toma-se a afirmação do autor do Projeto de Código Civil, o douto Clóvis Beviláqua, ao comentar sobre o individualismo e o socialismo: “... se cumpre evitar do individualismo o que ele contém de exageradamente egoísta e desorganizador, não é perigo menor resvalar no socialismo absorvente e aniquilador dos estímulos individuais” (GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*, p. 56).

A propósito, essa característica, tinha o condão de beneficiar apenas certas figuras da sociedade, o que se verificou com o passar dos tempos, como destacou o jurista Miguel Reale¹³, ao enumerar os protagonistas do velho Código, que são:

(...) o *proprietário*, que usa e abusa de sua propriedade, causando danos de natureza social e econômica; o *empresário*, que não responde pessoalmente pelos desvios dolosos feitos no uso da personalidade jurídica; o *contratante*, para quem a avença possui irrefragável força de lei, ainda quando sobrevenha onerosidade excessiva para um dos contratantes; o *marido*, armado de poder marital, chefiando a família; e, finalmente, o *testador*, com a faculdade de impor arbitrariamente cláusulas restritivas aos bens que compõem até mesmo a legítima que cabe a seus descendentes.

Todavia, isso não significa que, durante várias décadas se viveu em um mundo despótico, arbitrário e desigual, esmagando-se, cruelmente, as classes mais desfavorecidas. Ao contrário, os princípios contratuais da autonomia da vontade e da força obrigatória dos contratos foram perfeitos para as sociedades anteriores, inclusive, para a segurança das relações contratuais interpessoais.

A respeito disso, aliás, já se manifestou Enzo Roppo¹⁴, asseverando que, “esta ideologia novecentista da liberdade de contratar (que desenvolve, no entanto, idéias já antes amadurecidas nas correntes de pensamento do jusnaturalismo e do iluminismo) corresponde, sem dúvida, a orientações e valores positivos, de progresso, afirmados na evolução das sociedades ocidentais, tornando-se, inclusive, sua promotora directa”.

Esse modelo clássico de contrato passou a oprimir as classes mais desfavorecidas, a partir do momento em que se iniciou o crescimento da classe média burguesa, em meados da década de 1920, em virtude da urbanização prematura do País nas cidades litorâneas, o que provocou o surgimento do regime capitalista de produção.

Isto porque, como assevera Cláudio Luiz Bueno de Godoy¹⁵, esse modelo sempre se configurou como um instrumento de afirmação econômica, de conservação da propriedade e funcionalizado para o operar do modo de produção capitalista, e, neste sentido, sempre favoreceu institucionalmente o interesse dos grandes proprietários capitalistas.

Até então (assunção do regime capitalista), os contratos eram instrumentos destinados apenas às classes privilegiadas, de modo que, apenas os grandes proprietários deles

¹³ REALE, Miguel. *O Projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 24.

¹⁴ *O contrato*, p. 36 *apud* GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. São Paulo, 2004, p. 5.

se utilizavam, já que as classes, economicamente, inferiores, deles dependentes não necessitavam realizar negócios jurídicos.

O regime capitalista trouxe consigo o crescimento da classe média operária, o crescimento do setor industrial e empresarial, enfim, o dinamismo das relações comerciais e, por consequência, a especulação e o lucro.

Exatamente, a partir de então, os princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória dos contratos deixaram de ser regras de justiça e igualdade para se tornarem regras de opressão em detrimento das classes mais desfavorecidas.

É inegável, no entanto, que, em sua etapa inicial, o direito contratual tornou-se um instrumento de expansão capitalista, como bem explana San Tiago Dantas¹⁶, em artigo escrito na década de 1950:

O direito contratual do início do século XIX forneceu os meios simples e seguros de dar eficácia jurídica a todas as combinações de interesses; aumentou, pela eliminação quase completa do formalismo, o coeficiente de segurança das transações; abriu espaço à lei da oferta e da procura, levantando as restrições legais à liberdade de estipular; e se é certo que deixou de proteger os socialmente fracos, criou oportunidades amplas para os socialmente fortes, que emergiram de todas as camadas sociais, aceitando riscos e fundando novas riquezas.

Todavia, com o passar dos tempos, verificou-se que o “modelo clássico de contrato” e o regime capitalista de produção não poderiam mais conviver, porque passaram a entrar em desconformidade com a situação social e econômica do País.

Dessa forma, em breves considerações, são esses fatos que marcaram o surgimento e a decadência do “modelo clássico de contrato”. A partir do tópico seguinte, será analisado, de forma sucinta, o contrato perante o Código Civil de 1916, especialmente, no que se refere à sua formação e à sua vinculação obrigatória.

¹⁵ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*, p. 5.

¹⁶ DANTAS, San Tiago. Evolução contemporânea do direito contratual. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 195, n. 41, jan./1952, p. 544-5.

2.2 DO CONTRATO COMO FONTE DE OBRIGAÇÕES

Para se ter uma noção da sistemática e do funcionamento do “modelo clássico de contrato”, mister se faz esclarecer, ainda que, sucintamente, as noções de fontes das obrigações, obrigação, contrato, pressupostos de existência e validade dos contratos e a vontade.

De forma breve, porém, clara, Maria Helena Diniz¹⁷ define fontes das obrigações como o “conjunto de fatos jurídicos que dá origem aos vínculos obrigacionais, em conformidade com as normas jurídicas; fatos jurídicos que condicionam o aparecimento das obrigações”.

Então, são fontes das obrigações: a) a lei¹⁸; b) o comportamento humano lícito, que, por sua vez, compreende os contratos e as declarações unilaterais de vontade; e c) o comportamento humano ilícito.

Portanto, fontes das obrigações são o dever legal e os fatos jurídicos por meio dos quais nascem as obrigações que vêm formar uma relação jurídica entre duas ou mais pessoas.

Por sua vez, entende-se por obrigação¹⁹, na precisa lição de Jefferson Daibert²⁰, como “a relação jurídica, de caráter transitório, estabelecida entre devedor e credor

¹⁷ DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, 2 v., p. 659.

¹⁸ Convém registrar, embora, não seja este o objeto deste trabalho, que, existe uma grande discussão em saber se a lei é uma fonte de obrigação ou não, pois sabe-se que todas as obrigações têm origem na lei, por ser esta a fonte primária, autônoma e imediata das obrigações, ou seja, nenhuma obrigação seria aplicável a qualquer pessoa se não fosse legal. Neste caso, adotou-se a lei como fonte de obrigação, com fundamento em Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (CF. Matizes preliminares do direito contratual. *Direito Civil: Estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 83-4) e Maria Helena Diniz, que assim, argumenta: “fácil é denotar que as obrigações decorrem de lei e da vontade humana, e em ambas trabalha o fato humano, e em ambas atua o ordenamento jurídico, pois de nada valeria a vontade sem a lei, e a lei sem um ato volitivo, para a criação de um vínculo obrigacional”. Neste enfoque, a doutrinadora classifica a lei como fonte imediata e os demais fatos jurídicos como fonte mediata (Cf. *Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral das obrigações*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, 2 v., p. 45-6).

¹⁹ Anote-se, neste ponto, que o Direito reconhece duas espécies de obrigações, segundo a natureza do liame, quais sejam: a obrigação civil e a obrigação natural. Na lição de Joseph Robert Pothier, a primeira, “é aquela que é um vínculo de direito, *vinculum juris*, e que dá, em relação àquele com quem se contratou, o direito de exigir na justiça aquilo que nela está contido”; por outro lado, a segunda, “é aquela que, no mérito da honra e da consciência, obriga aquele que a contratou ao cumprimento daquilo que nela se acha cumprido” (Cf. *Tratado de las Obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1978, p. 105). Além disso, reconhece-se ainda uma terceira espécie de obrigação, quanto à natureza do vínculo, que é a obrigação moral, que, em verdade, não tem relevância para o Direito, uma vez que, constitui-se como mero dever de consciência. No entanto, neste trabalho, sempre que se referir a obrigação estar-se-á se referindo a obrigação civil.

²⁰ DAIBERT, Jefferson. *Das obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 9.

e cujo objeto consiste numa prestação pessoal econômica, positiva ou negativa, devida pelo primeiro ao segundo, garantindo-lhe o adimplemento através de seu patrimônio”.

A obrigação, desta forma, nada mais é que um vínculo²¹, uma relação; e como todo vínculo se destina a unir, a ligar duas ou mais pessoas, criando uma relação de crédito e débito e, especificamente, de direito e dever.

Esse vínculo, que obriga as partes, é fruto da junção do *debitum* (débito) e da *obligatio* (responsabilidade), um complementando o outro, de maneira que, o sujeito passivo tem o dever legal de realizar a prestação (*debitum*), porém, se não o fizer, espontaneamente, poderá o sujeito ativo exigir a satisfação pela da ação estatal, utilizando-se dos meios processuais para coagir o devedor a realizar a prestação, atingindo seu patrimônio de forma coativa, para obter o resultado pecuniário que adviria da prestação frustrada, que corresponde ao segundo elemento, a responsabilidade.

Pois bem, a obrigação pode decorrer de diversas fontes. Contudo, interessa ao presente trabalho, dentre as diversas fontes citadas, a obrigação contratual, que representa, indiscutivelmente, a forma mais comum e corriqueira de surgimento da obrigação.

Instrumentalmente, o contrato nada mais é que um encontro de vontades destinado a criar, regulamentar, alterar ou extinguir uma relação jurídica, com o intuito de satisfazer necessidades. Esse conceito de contrato ultrapassou os tempos e ainda permanece inalterado, sendo o mesmo, tanto no “modelo clássico de contrato”, como na “nova ordem contratual”.

Sob outro enfoque, entretanto, chama-se a atenção para a manifestação de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka²² ao dizer que o contrato é, pois, “a auto-regulamentação de interesses privados, via de regra contrapostos”. E ainda complementa: “o contrato se oferece como instrumento hábil à composição de interesses contrapostos sim, mas harmonizáveis também. O direito reconhece também aos particulares, então, o poder de eleger, mediante manifestação adequada da vontade, a disciplina das próprias relações, segundo suas próprias conveniências e sob a tutela da ordem jurídica”.

²¹ Apenas a título de informação, convém esclarecer que o vínculo constitui-se como um dos elementos da relação obrigacional. Além do vínculo, a obrigação possui ainda dois outros elementos: os sujeitos e o objeto. Os sujeitos da obrigação podem ser: o ativo ou credor (que é aquele que tem interesse que a obrigação seja cumprida) e o passivo ou devedor (que é aquela sobre a qual recai o dever de cumprir a prestação). Por conseguinte, o objeto da obrigação pode ser: objeto direito ou imediato (que é a prestação propriamente dita, ou seja, a obrigação de dar coisa certa e incerta, a obrigação de fazer e não-fazer) ou indireta ou mediata (que é o bem da vida).

²² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Matizes preliminares do direito contratual, p. 87.

Destaque-se, neste excerto, da douta jurista, a expressão “poder de eleger” das partes contratantes. Significa esta expressão, que foi a tônica do “modelo clássico de contrato”, a liberdade e a autonomia para contratar segundo a sua própria razão e vontade.

Desse modo, no “modelo clássico de contrato”, para a formação do vínculo contratual, bastaria a vontade individual e a liberdade contratual das partes, tudo isso, realizado com a observância dos pressupostos gerais do ato jurídico e com os específicos de cada forma contratual.

Neste particular, para que um negócio jurídico exista, valha e tenha eficácia, é necessário preencher alguns pressupostos de existência e requisitos de validade dos contratos. Segundo o art. 82 do Código Civil de 1916, legislação esta pertinente ao “modelo clássico de contrato”, tais pressupostos e requisitos seriam: a) a existência de duas ou mais pessoas; b) capacidade dos contratantes e legitimação; c) consentimento recíproco e livre de vício; d) objeto lícito e possível; e e) forma peculiar, quando a lei exigir²³.

Dessa forma, nos termos do “modelo clássico de contrato”, a partir do momento em que as vontades dos contratantes, inicialmente, contrapostas se tornam harmônicas, sob a égide dos pressupostos de existência e dos requisitos de validade dos negócios jurídicos, o contrato torna-se perfeito e acabado, passando a ser fonte criadora de direitos e obrigações.

A partir de então, incide sobre esse fato jurídico, o princípio da força obrigatória dos contratos, que confere ao negócio jurídico o seu caráter de inexorabilidade e, literalmente, de fonte de obrigação. Conjuga-se, desta forma, os princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória dos contratos, ambos decorrentes de um outro princípio superior, o da igualdade das partes.

São, portanto, os princípios da autonomia da vontade e o da obrigatoriedade dos contratos, os principais e mais importantes princípios norteadores de todas as relações contratuais no anterior Código Civil, os quais se passa a analisar, sob a ótica do “modelo clássico de contrato”.

²³ Idem. Ibidem, p. 96.

2.3 DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE

2.3.1 Do surgimento do princípio da autonomia da vontade no Código Napoleônico: aspectos políticos, sociais e econômicos

Levando-se em consideração o Direito moderno, pode-se dizer que o princípio da autonomia da vontade teve origem nas doutrinas individualista e voluntarista, presentes no Código Civil francês de 1804.

A legislação civil francesa, por sua vez, tem sua gênese a partir da Revolução desencadeada, na França, no final do século XVIII, travada entre a classe burguesa, em oposição, ao monarca, ao clero e à nobreza.

Assim, os burgueses, oprimidos pelos privilégios concedidos à nobreza e ao clero, especialmente, por conta da dispensa do pagamento de impostos aos integrantes destas classes, pretendiam a absoluta igualdade civil, dando início, desta forma, à eclosão da Revolução Francesa de 1789.

A Revolução que eclodiu, em França, trouxe consigo e espalhou por toda a Europa as idéias iluministas, que pregavam, no meio social, os lemas da liberdade e igualdade para todos.

Em 1792, finalmente, a França proclamou sua República, em Paris, e, em 1799, pelo Golpe do 18 de Brumário, Napoleão Bonaparte ascendeu ao poder, instaurando a paz e garantindo a segurança do povo francês.

Dentro deste contexto histórico, em 1804, a França elabora e publica o seu Código Civil. E, neste diapasão, explica Fabiana Rodrigues Barletta²⁴: “sendo a burguesia a grande vencedora da revolução, os padrões ideológicos presentes nesse Código [*Code Napoléon*] convergiam para atender aos interesses dessa classe social”. E, em seguida, complementa: “nessa fase histórico-jurídica, os direitos do indivíduo ganharam dimensão gigantesca, e, conseqüentemente, os direitos subjetivos patrimoniais – de exercer a propriedade ou de contratar – tornaram-se praticamente ilimitados”.

²⁴ BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *A revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 24.

Nestes termos, a ideologia liberal do Código Civil francês elegeu o indivíduo como o centro do sistema jurídico de direito privado, instaurando o individualismo e o antropocentrismo.

Com a consagração do indivíduo e com a mais ampla liberdade econômica, a propriedade privada e o contrato passaram a ser os institutos-chave do Estado liberal.

Aliás, como menciona Fabiana Rodrigues Barletta²⁵, “a partir do Código de Napoleão, o contrato ganha enorme importância, pois, através dele, a burguesia encontra o meio de se afastar das estruturas jurídicas feudais”. E, ademais, arremata: “O contrato torna-se não só o veículo que propicia um sistema de circulação de mercadorias – fator essencial para uma economia capitalista emergente em que os bens são produzidos não para satisfazer diretamente as necessidades dos produtores, mas para serem trocados – como também o instrumento jurídico utilizado para se adquirir a propriedade privada”.

A propósito, a teoria contratual positivada no Código francês fundamentou-se em dois pilares-base: a) a liberdade irrestrita dos pactuantes (liberalismo econômico)²⁶; e b) a igualdade formal entre eles e perante o Estado (não-intervencionismo estatal).

Diante disso, atendendo aos anseios da burguesia, o Estado francês passou a interferir, mínima e necessariamente, na economia do contrato realizado entre os particulares. Contudo, se de um lado se deu absoluta liberdade de atuação para os contratantes, ressalte-se que, uma vez vinculados, a mesma legislação civil francesa, de forma bastante rigorosa, pode-se dizer, impôs a obrigatoriedade do cumprimento da obrigação contratual²⁷.

Isso porque se entendia que “se as partes são livres para ajustar o que quiserem, da forma que escolherem, ou mesmo para se abster de ajustar, e, se além dessa liberdade, gozam as partes de igualdade jurídica entre si e perante o Estado, tudo aquilo que pactuarem deverá obrigar-lhes terminantemente”²⁸.

Não tardou, o princípio da autonomia da vontade, que pregava, indistintamente, a igualdade e a liberdade, passou a constituir um instrumento de opressão das classes menos favorecidas. Interessante observar, neste particular, que a igualdade exacerbada

²⁵ Idem. *Ibidem*, p. 26.

²⁶ O liberalismo econômico foi uma ideologia política, presente em todo o mundo, no século XVIII. Como relata Nelson Borges, “seu objetivo principal era o de atribuir ao Estado a obrigação de dar segurança aos indivíduos contra agressões de qualquer natureza”, e mais, “segundo o ideário liberal, os indivíduos eram inteiramente livres para buscar suas realizações existenciais” (Cf. *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil: com referências ao Código Civil de 1916 e ao novo Código Civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 132).

²⁷ Neste sentido, dispunha o art. 1.134. “As convenções legalmente formadas fazem lei entre as partes”.

²⁸ BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *A revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*, p. 29.

pretendida com o Código Napoleônico, em verdade, passou a contribuir e provocar, severamente, para a desigualdade.

O liberalismo puro, nascido com a Revolução Francesa, que permitia a total iniciativa privada e livre concorrência, “acabou por impor o reconhecimento da irrealidade de semelhante dogma, pelas notórias diferenças, entre as pessoas, na ordem econômica, social e até mesmo jurídica”²⁹. E, neste ponto, ressalta Nelson Borges³⁰: “o erro principal do Código Napoleônico foi o de haver confundido igualdade jurídica com igualdade econômica”, o que, certamente, com o passar dos tempos, resultaria em desigualdade e opressão.

Enfim, o princípio da autonomia da vontade também se instalou, no Brasil, fruto do Código Civil de Clóvis Bevilacqua, provocando, da mesma forma, conseqüências drásticas com o passar dos tempos, como será visto em tópico adiante.

2.3.2 Da extensão doutrinária do princípio da autonomia da vontade

O “modelo clássico de contrato”, também conhecido como “modelo liberal de contrato” surgiu, no Brasil, no século passado (XX), em um período de grande estabilidade social, política e econômica.

Sem dúvida, o contrato, nessa época, foi muito útil ao progresso econômico da sociedade, possibilitando maior segurança jurídico-econômica e tornando-se o mais importante dos negócios jurídicos.

Era, contudo, instrumento de circulação de riquezas, destinado ao uso da minoria privilegiada, na medida em que servia, estritamente, à conservação da propriedade, atendendo aos anseios dos grandes proprietários.

Os contratos eram celebrados, única e exclusivamente, por pessoas que se encontravam no mesmo patamar social, jurídico e econômico, daí porque, marcadamente, centrado em bases individuais, o Código Civil de 1916, em atenção a essa situação, consagrou os princípios da autonomia da vontade³¹ e da força obrigatória dos contratos.

²⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e seus princípios*. 3. ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2001, p. 18.

³⁰ BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil: com referências ao Código Civil de 1916 e ao novo Código Civil*, p. 134.

³¹ Neste diapasão, Emilio Betti já afirmava há várias décadas atrás, que a necessidade de negócios entre um indivíduo e outro, só se vê claramente naqueles ordenamentos baseados no reconhecimento da propriedade

O princípio da autonomia da vontade é decorrência direta do princípio da igualdade das partes e preconiza que a obrigação contratual tem como fonte a vontade humana, em outras palavras, baseia-se na noção fundamental da liberdade de contratar, e alicerça-se na convicção de que o contrato resulta do equilíbrio dos interesses econômicos³².

Na precisa lição de Henri De Page³³, “deve-se compreender por autonomia da vontade o poder reconhecido às vontades particulares de regularem, elas próprias, todas as condições e modalidades de seus vínculos, de decidir, por si só, a matéria e a extensão de suas convenções”.

A autonomia da vontade ou liberdade de contratar, ademais, ficou reconhecida, na doutrina, pela tríplice possibilidade ou vertentes de atuação dos contratantes, quais sejam:

- a) a faculdade de contratar ou não contratar, ou seja, todo sujeito tem o arbítrio de analisar, pensar e decidir se pretende estabelecer uma relação jurídica contratual, assumindo uma obrigação ou, contraindo um direito de exigir uma contraprestação. Enfim, o ato de contratar jamais pode ser praticado por imposição ou obrigação de uma parte contra a outra;
- b) a liberdade de escolher a pessoa com quem contratar, isto é, após decidir contratar, tem a pessoa a liberdade de escolher quem será seu colaborador na criação de direitos e obrigações;
- c) a liberdade de elaborar o conteúdo do contrato, em outros termos, tem o sujeito a liberdade de escolher quais obrigações e direitos pretende criar, qual a modalidade de contrato pretende utilizar, enfim, em que forma pretende se atrelar e em que condições e prazos.

Aliados a essas vertentes de atuação, a autonomia da vontade é subdividida em outros três princípios inferiores, como destaca Messineo³⁴: “a) o princípio de que os

individual. Isto porque, “a autonomia privada é um fenômeno logicamente correlativo ao da existência das esferas individuais de cada um. Onde quer que, pelo contrário, não existam essas esferas, por exemplo, num ordenamento comunista, a necessidade de circulação dos bens e dos serviços terá de ser satisfeito de maneira inteiramente diversa” (Cf. *Teoria geral do negócio jurídico*. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora Lda., 1969, t. 1, p. 93).

³² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito Civil: alguns aspectos de sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 239.

³³ *Traité élémentaire de droit civil belge*, 2. ed., t. II, n. 462, p. 425 *apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto. Contratos – princípios gerais – tendências do direito contratual contemporâneo – abrandamento dos princípios tradicionais – intervenção estatal crescente – impacto do Código de Defesa do Consumidor. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 765, n. 88, jul./1999, p. 13.

³⁴ *Il Contratto in genere apud* GOMES, Orlando. A função do contrato. *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 104.

contratantes são submetidos a igual disciplina, nenhum tendo superioridade jurídica sobre o outro; b) o princípio de que nenhum pode impor ao outro a própria vontade; c) o princípio de que quem descumpre as obrigações contraídas incorre nas sanções previstas na lei (ressarcimento de danos, execução coativa, resolução)”.

Diante disso, extrai-se, sem maiores dificuldades que, no “modelo clássico de contrato”, vontade e liberdade são os elementos criadores do contrato.

Neste particular, embora não seja este o objeto deste trabalho, apenas sucintamente, convém mencionar as várias teorias que buscaram explicar a autonomia da vontade como fonte criadora de obrigações e contratos, das quais se destacam a teoria da vontade, a teoria da declaração e a teoria da confiança.

2.3.2.1 Da teoria da vontade

A teoria da vontade tinha como defensores Friedrich Carl von Savigny e Bernard Windscheid. Defendiam os juristas que os negócios jurídicos são constituídos pela conjugação de dois elementos: a vontade interna e a declaração de vontade, que deveriam ser, portanto, coincidentes.

Segundo esta teoria, explica Fabiana Rodrigues Barletta³⁵, “havendo divergência entre a vontade e a declaração, decide-se em favor da vontade contra a declaração. Na interpretação dos negócios jurídicos deve-se atender à intenção do declarante, à sua vontade real, visto que a declaração não passa de simples processo de sua revelação”.

Assim, o exame dos negócios jurídicos consistiria no exame da vontade interna dos sujeitos contratantes, sendo esta vontade a fonte criadora dos efeitos do negócio jurídico, ao passo que a declaração assumiria caráter accidental.

Disto decorre que “a vontade humana é por si mesma a sua própria lei, cria para si a sua própria obrigação: se o homem se encontra obrigado por um ato jurídico, especialmente por contrato, é porque o quis: o contrato é o princípio da vida jurídica: a vontade individual o princípio do contrato”³⁶.

³⁵ BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *A revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*, p. 40.

³⁶ VIEIRA, Iacyr de Aguilar. A autonomia da vontade no Código Civil brasileiro e no Código de Defesa do Consumidor. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 791, n. 90, set./2001, p. 42.

Como se sabe, a vontade interna exalta os motivos psíquicos do declarante, logo, estima-se, imensamente, o arbítrio humano. Com isso, a teoria da vontade deixa em segundo plano a segurança e a estabilidade das convenções, daí as diversas críticas formuladas contra esta teoria.

Também, por isso, Emilio Betti³⁷ critica a teoria da vontade, afirmando que, o grande problema é dar onipotência à vontade individual, quando, em verdade, esta é estranha ao negócio jurídico. Assim, veja-se na íntegra, o entendimento do douto jurista:

... o mal está em que a palavra “vontade” tem vários sentidos, e ora significa o objeto do querer, o querido (só, porém, na normalidade dos casos, o que se declara é o que se quer), ou ainda o conteúdo do querer, o escopo pretendido (o qual, em princípio, só nos casos normais coincide com a causa do negócio jurídico); ora, pelo contrário, significa a faculdade, ou atividade do querer, como fato psíquico interno, que, na sua realidade integral, é estranho ao negócio e não se torna socialmente reconhecível. E, por isso, é inevitável que a todo momento se estabeleça confusão entre a vontade entendida como faculdade psíquica, ou como fato psicológico interno, e a vontade entendida como objeto, ou como conteúdo do querer.

E, em seguida, conclui:

Ela faz crer na onipotência da vontade individual (a qual, de fato, no foro interno da consciência, não encontra limites extrínsecos); e dessa maneira induz a desconhecer os múltiplos limites sociais e jurídicos da autonomia privada. Faz pensar que a essência do negócio consiste, propriamente, apenas na vontade, e que em referência a esta a declaração só tem função puramente complementar e instrumental, como meio de prova (indício), ou como meio de revelação e de reconhecimento, ou de averiguação, exigindo apenas no interesse e para garantia da contraparte.

Críticas à parte, a teoria da vontade exalta o arbítrio, a faculdade humana, impondo na interpretação dos negócios jurídicos, a preferência pela intenção do declarante, pela sua vontade real, na medida em que a declaração constitui mero processo de revelação daquela.

³⁷ BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*, p. 117-121.

2.3.2.2 Da teoria da declaração

Segundo a teoria da declaração, elaborada por Liebe e, posteriormente, por Oscar von Bülow, a vontade interna não tem relevância se não for exteriorizada, de modo que, a declaração da vontade é a essência do negócio jurídico, sem a qual se estaria diante de um subjetivismo unilateral exagerado³⁸.

Esta teoria mostra-se mais adequada à sociedade contemporânea, tratando o contrato com mais objetividade, desconsiderando os motivos psíquicos não expressos pelas partes e concentrando-se na declaração emitida a fim de garantir a celeridade das contratações, a segurança e a estabilidade das relações, ao passo que a teoria da vontade se mostra ultrapassada, revelando-se apropriada para um sistema econômico individualista e pouco dinâmico³⁹.

A razão disso está no fato de que, atualmente, em virtude da massificação da economia e da celeridade das relações jurídicas (pelos contratos de adesão, contratos de consumo e contratos-modelo), as partes contratantes pouco ou nada se relacionam, pessoalmente, motivo pelo qual não se pode afirmar que a vontade psíquica ainda tenha alguma relevância decisiva na formação do contrato.

Por seu turno, Enzo Roppo⁴⁰ assim enuncia a teoria da declaração:

Teoria da declaração é uma expressão que resume uma série de regras de disciplina do contrato, unificadas por uma característica e por um objetivo. A característica é a de ligar os efeitos e o tratamento jurídico das relações aos elementos objetivos, exterior e socialmente reconhecíveis, dos atos pelos quais as relações se constituem, muito mais que aos elementos de psicologia individual, às atitudes mentais que permanecem no foro íntimo, numa palavra, à vontade das partes: com a consequência de que, em caso de conflito entre subjetivo e objetivo, entre as efetivas posições da psique e da vontade do contraente e aquilo que socialmente transparece e é percebido pelo outro contraente, tende a atribuir prevalências a este último, sacrificando-se, assim, a vontade à declaração.

³⁸ SILVA, Luís Renato Ferreira da. *Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 16.

³⁹ BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *A revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*, p. 44.

⁴⁰ *O contrato*, p. 298 *apud* Idem. *Ibidem*, p. 44.

Por isso, a vontade não pertence à essência do negócio, ou seja, não constitui elemento do negócio jurídico, quando muito, apenas uma causa do negócio, pois ainda quando haja defeitos na aludida vontade, com a vontade de obter certos efeitos jurídicos, tudo isso constitui mera circunstância relacionada ao modo como o negócio jurídico se desenvolveu e, por tais motivos, somente em razão de pressupostos especiais pode prejudicar a validade do negócio jurídico⁴¹.

Trata-se de uma teoria bastante formal, porém, segura, que distingue, minuciosamente, cada fase da iniciativa privada. Neste sentido, é o entendimento de Francisco Amaral⁴² que, a despeito de compreender a constituição de um liame negocial, distingue a vontade, a manifestação e a declaração, dando especial importância a este último elemento:

A vontade é elemento fundamental na produção dos efeitos jurídicos, sendo necessários, como é óbvio, que ela se manifeste, se exteriorize. A manifestação da vontade é todo comportamento, ativo ou passivo, que permite concluir pela existência dessa vontade. Usa-se em doutrina, para exprimir tal manifestação, o termo declaração de vontade, e sua importância é tanta que, sem ela, o ato ou negócio simplesmente inexistente. A declaração de vontade é, assim, o instrumento da manifestação de vontade. Consiste na expressão, ou comunicação, dirigida a publicar a vontade preexistente.

Com isso, pode-se dizer que a vontade interna, segundo esta teoria, seria inoperante e retratável, porém, a declaração de vontade seria um fato tangível, social e apto a fazer supor a existência de uma vontade e, como tal, necessário para gerar a autonomia da vontade e, assim o faz, porque, segundo a teoria da declaração, o Direito visa antes à certeza do que à verdade.

⁴¹ VIEIRA, Iacyr de Aguiar. A autonomia da vontade no Código Civil brasileiro e no Código de Defesa do Consumidor, p. 43.

⁴² AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 389.

2.3.2.3 Da teoria da confiança

Semelhante à teoria da declaração, a teoria da confiança leva em consideração não apenas o elemento declarado, mas, principalmente, a confiança despertada em ambos os contratantes, que, de boa-fé acreditam um no outro⁴³.

A teoria da confiança supera o dogma individualista da volição e ameniza a teoria da declaração. Isto porque a teoria da confiança, ao contrário das anteriores, não prioriza, exclusivamente, a vontade ou a declaração de vontade, mas empresta valor à aparência da vontade. Desta forma, deve um dos contratantes se prender à declaração emitida por outro contratante, mas não apenas isto, deve também acreditar que a declaração emitida corresponde à vontade.

Neste enfoque, o primado da autonomia da vontade está não apenas na vontade declarada, mas também na vontade interna do contratante, porém, segundo o significado que o outro contratante, de boa-fé, lhe atribuiu.

Assim sendo, sustenta Gianturco⁴⁴, tem o contratante o direito a considerar firme e justa a declaração que se podia admitir como vontade efetiva da outra parte, ainda que, esta tenha declarado, equivocadamente, a própria vontade de boa-fé.

Enfim, a teoria da confiança preocupa-se, da mesma forma como a teoria da declaração, com a estabilidade e a segurança das relações jurídicas. No entanto, explica Fabiana Rodrigues Barletta, “a base da teoria da confiança revela-se diversa, pois, em vez de se firmar no conteúdo declarado em si para interpretar o negócio jurídico, encontra subsídio na noção de boa-fé da parte que tomou conhecimento da declaração e que, de boa-fé, confiou no conteúdo declarado”⁴⁵.

A teoria da confiança, por fim, pode ser assim sintetizada, como esclarece Rodolfo Sacco⁴⁶: “a declaração de vontade é eficaz, ainda quando não corresponda à vontade interna do declarante, se o destinatário não souber, ou não puder saber, que não corresponde à vontade”.

⁴³ BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *A revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*, p. 45.

⁴⁴ *Sistema di Diritto Civile Italiano*, v. 1, p. 291 *apud* GOMES, Orlando. Decadência do voluntarismo jurídico e novas figuras jurídicas. *Transformações gerais do Direito das Obrigações*. 2. ed. aumentada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 14.

⁴⁵ BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *A revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*, p. 45.

Essa mudança de fundamento no primado da autonomia da vontade, torna-se necessário, justamente, para se poder buscar a concretização de determinados princípios, o que era vedado, anteriormente, pela própria autonomia da vontade. Por esta razão, sustenta a civilista Judith Martins-Costa⁴⁷: “desloca-se o eixo da relação contratual da tutela subjetiva da vontade à tutela objetiva da confiança, diretriz indispensável para a concretização, entre outros, dos princípios da superioridade do interesse comum sobre o particular, da igualdade (em sua face positiva) e da boa-fé em sua feição objetiva”.

Posto isto, convém, afinal, ressaltar que a teoria da confiança contribuiu para uma nova concepção de negócio jurídico, agora, voltado mais para os fundamentos da compreensão, da boa-fé e da confiança que existe entre as pessoas.

2.3.3 Dos limites ao princípio da autonomia da vontade

O princípio da autonomia da vontade não constitui um princípio absoluto, a salvo de contrastes e limitações. Ou seja, não podem as partes contratar tudo o que lhes aprouver, sem limites e censuras de ordem pública e dos bons costumes^{48 - 49}.

Essa limitação ou atenuação do princípio da autonomia da vontade é feita por um outro princípio contratual, qual seja: o princípio da supremacia da ordem pública. Disto decorre, “a proibição dos pactos contrários à lei e aos bons costumes, e o estabelecimento de normas específicas de caráter imperativo, que as partes não podem derogar, convencionalmente, as quais constituem o *jus cogens* contratual”⁵⁰.

O direito contratual, portanto, seria constituído de dois grupos de normas jurídicas: as normas imperativas ou inderrogáveis e as normas supletivas ou declarativas. As

⁴⁶ Affidamento. *Enciclopédia Del Diritto apud* GOMES, Orlando. Decadência do voluntarismo jurídico e novas figuras jurídicas, p. 14.

⁴⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 59, n. 16, jan.-mar./1992, p. 28.

⁴⁸ Segundo o mestre Caio Mario da Silva Pereira, bons costumes “são aqueles que se cultivam como condições de moralidade social, matéria sujeita a variações de época a época, de país a país, e até dentro de um mesmo país e mesma época. Atentam contra *bonos mores* aqueles atos que ofendem a opinião corrente no que se refere à moral sexual, ao respeito à pessoa humana, à liberdade de culto, à liberdade de contrair matrimônio” (Cf. *Instituições de Direito Civil*, p. 11).

⁴⁹ O parágrafo único, do art. 2.035 do Código Civil, enuncia, expressamente: “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

⁵⁰ DANTAS, San Tiago. *Evolução contemporânea do direito contratual*, p. 546.

primeiras conteriam as imposições de ordem pública, enquanto, as segundas incidiriam caso as partes não dispusessem de outro modo, fazendo prevalecer a autonomia das vontades⁵¹.

Dessa forma, leciona Humberto Theodoro Júnior⁵²: “atingido, pois, o terreno das leis de ordem pública e dos bons costumes, cessa a liberdade de contratar, pois a contrariedade àqueles ditames legais e a ofensa aos princípios éticos conduz o agente às raias da ilicitude, fazendo com que o ato negocial se contamine de ineficácia ou nulidade”.

Emilio Betti⁵³ explica essas limitações ao princípio da autonomia da vontade, fazendo a distinção entre autonomia criadora de normas jurídicas e autonomia criadora de relações jurídicas. Segundo o jurista, a autonomia privada apenas realiza a hipótese de fato de uma norma já existente, dando vida, entre particulares, àquela relação jurídica que essa norma estabelece, daí ser reconhecida aos indivíduos, somente neste sentido, uma capacidade dispositiva.

A ordem jurídica não delega poderes aos indivíduos para criar normas, pelos negócios jurídicos, ou seja, “o negócio é instrumento de autonomia privada, precisamente, no sentido de que é posto pela lei à disposição dos particulares, a fim de que possam servir-se dele, não para invadir a esfera alheia, mas para comandar na própria casa, isto é, para dar uma organização básica aos interesses próprios de cada um, nas relações recíprocas”⁵⁴.

Por isso, o Direito não vai permitir ou apoiar que a autonomia privada atue para consecução de qualquer escopo que ela se propunha atingir. Para tanto, promove normas de fiscalização e limitação da autonomia privada, que impede a anormal convivência civil, bem como a autotutela privada dentro dos limites que excluam os excessos por parte do contraente mais forte⁵⁵.

Enfim, a autonomia da vontade possui limitações, haja vista que não é uma fonte criadora de normas jurídicas, destinada a fazer parte integrante da própria ordem jurídica, mas sim pressuposto e fonte geradora de relações jurídicas, em abstrato e em geral, segundo as normas dessa ordem jurídica preexistente.

⁵¹ Idem. *Ibidem*, p. 546.

⁵² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e seus princípios*, p. 17-8.

⁵³ BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*, p. 101.

⁵⁴ Idem. *Ibidem*, p. 102.

⁵⁵ Idem. *Ibidem*, p. 105-6.

2.4 DO PRINCÍPIO *pacta sunt servanda*

Da mesma forma, como o princípio da autonomia da vontade, o princípio da obrigatoriedade dos contratos é decorrência direta do princípio da igualdade. E, como tal, uma vez celebrado o contrato, de acordo com a vontade e liberdade de cada contratante, torna-se o vínculo contratual imutável, sob pena de se violar a igualdade das partes.

Segundo a lição de Ripert e Boulanger⁵⁶, a força obrigatória dos contratos tinha um duplo fundamento: a) uma idéia moral: o respeito à palavra dada; b) um interesse econômico: a necessidade do crédito.

O princípio da força obrigatória dos contratos foi a tônica e unanimidade dos códigos civis dos séculos XVIII e XIX. Assim o foi, entre outros, com os Códigos Francês⁵⁷, Espanhol⁵⁸, Italiano⁵⁹, Argentino⁶⁰ e Português⁶¹.

O Direito Brasileiro, diferentemente das demais legislações civis dos séculos XVIII e XIX, não albergou, expressamente, a força obrigatória dos contratos, porém, em inúmeros dispositivos legais deixou evidente a intenção de manter a inexorabilidade dos vínculos contratuais.

Além disso, toda a situação política, social, jurídica e econômica da época indicava, indiscutivelmente, para o princípio *pacta sunt servanda*. Tanto isso é verdade que o descumprimento da obrigação negocial representava não apenas uma repulsa jurídica, mas também moral, como analisa Márcio Klang⁶² a respeito do pensamento da época: “O homem que adotou o *pacta sunt servanda* como norma obrigatória dos contratos tinha a postura de quem estava certo da estabilidade dos negócios e da moeda, onde o não cumprimento literal das avenças era questão de forte imoralidade, punível com sanções previstas no próprio acordo, além daquela mais grave e eficiente, a perda do crédito na praça”.

⁵⁶ RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil: segun el tratado de Planiol*. v. 1, Tomo IV, 1.ª parte. Buenos Aires: Ediciones La Ley, 1988, p. 283.

⁵⁷ Art. 1.134, primeira alínea: “Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux que les ont faites”.

⁵⁸ Art. 1.091. “Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos”.

⁵⁹ Art. 1.372, primeira parte: “Il contratto há forza di legge tra le parti”.

⁶⁰ Art. 1.197. “Las convenciones hechas en los contratos formam para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”.

⁶¹ Art. 702: “Os contratos legalmente celebrados devem ser pontualmente cumpridos”.

⁶² KLANG, Márcio. *A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos*. 2. ed., revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 13.

E, a propósito, Luiz da Cunha Gonçalves⁶³, doutrinador português, a esse respeito afirmou que, “se os contratos não tivessem força de lei entre as partes, a cada passo surgiriam conflitos entre os contraentes, multiplicar-se-iam as burlas e os danos do patrimônio alheio, a desordem e a imoralidade dominariam entre os homens”.

Nesses termos, Orlando Gomes⁶⁴ define de forma clara e precisa o significado do princípio *pacta sunt servanda*:

O contrato obriga os contratantes, sejam quais forem as circunstâncias em que tenham de ser cumpridos. Estipula validamente seu conteúdo, vale dizer, definidos os direitos e obrigações de cada parte, as respectivas cláusulas têm, para os contratantes, força obrigatória. Diz-se que é intangível, para significar-se a irretratabilidade do acordo de vontades, nenhuma consideração de equidade justificaria a revogação unilateral do contrato ou a alteração de suas cláusulas que somente se permitem mediante nosso concurso de vontades. O contrato importa restrição voluntária da liberdade; cria vínculo do qual nenhuma das partes pode desligar-se sob o fundamento de que a execução a arruinará ou de que não o teria estabelecido se houvesse previsto a alteração radical das circunstâncias.

Significa isto que, por este princípio, uma vez celebrado o contrato, o mesmo se tornava imutável e inalterável, seja quanto ao seu vínculo, seja em relação às cláusulas contratuais, salvo, se procedido de mútuo consentimento.

Por este princípio, o contrato possui um vínculo obrigatório e imutável, não apenas porque foi constituído sob a igualdade e liberdade das partes, ou seja, por decorrência da autonomia da vontade dos contratantes, mas, principalmente, porque, todo contrato, segundo o pensamento da época, era empreendido para a garantia de uma segurança no futuro⁶⁵.

A propósito, é salutar o famoso excerto de Georges Ripert⁶⁶:

⁶³ GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil: Em comentário ao Código Civil Português*. 2. ed., v. IV, t. II. São Paulo: Max Limonad, s/d., p. 696.

⁶⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 36.

⁶⁵ Nisto reside a distinção entre o princípio da autonomia da vontade e da força obrigatória dos contratos. Consoante a lição de San Tiago Dantas, “enquanto o princípio da autonomia da vontade mira essencialmente o momento da estipulação e da conclusão do contrato, o da obrigatoriedade mira os seus efeitos e conseqüências” (Cf. *Evolução contemporânea do direito contratual*, p. 546).

⁶⁶ RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Campinas: Bookseller, 2000, p. 162.

[o contrato] assegura a um credor uma situação futura e garante-o contra as circunstâncias que se oporiam à sua satisfação. Contratar é prever. O contrato é um empreendimento sobre o futuro. Todo o contrato contém uma idéia de segurança. Admitir a revisão dos contratos, todas as vezes que se apresente uma situação que não foi prevista pelas partes, seria tirar ao contrato a sua própria utilidade que consiste em garantir o credor contra o imprevisto.

O princípio da obrigatoriedade dos contratos, acima de tudo, tem como dogma a garantia da segurança, do equilíbrio e da estabilidade das relações negociais, daí porque, muitos juristas e doutrinadores fazem a comparação do contrato à lei pública, comparação esta já tradicional, no meio jurídico.

Ripert e Boulanger⁶⁷, no entanto, embora, adeptos do princípio da força obrigatória dos contratos criticam a afirmação, sustentando o seguinte: “a lei é superior ao contrato no que diz respeito à sua imperatividade, já que o contrato não pode derogá-la; em contrapartida, é inferior no que diz respeito ao seu caráter interpretativo ou facultativo, posto que não se aplica a não ser por defeito do contrato”.

Neste particular, cumpre ressaltar, com fundamento em Emilio Betti⁶⁸, que, independentemente, da existência de um ordenamento jurídico superior, os contratantes possuem plena consciência do valor vinculativo e obrigatório do contrato, tanto é que entabulam negociações preliminares, antecipadamente, até se chegarem a um acordo final. Isso ocorria até mesmo nas civilizações mais rudimentares.

Portanto, complementa o jurista italiano, o vínculo (jurídico e obrigatório) existente em todo contrato, preexiste à lei, pois é decorrente da consciência social de cada um, e os próprios contratantes têm esse conhecimento, de modo que, a lei apenas reforça e torna mais sólido o vínculo, acrescentando-lhe a sanção⁶⁹.

Em simples palavras, o princípio da força obrigatória dos contratos determinava que, o que havia sido pactuado entre as partes, seja lucrativo ou não, gerando um sacrifício ou não, promovendo uma desvantagem ou não, deveria ser cumprido, de maneira que, nem o Estado por leis, nem o juiz pela sentença poderia intervir na relação contratual para rever, modificar ou extinguir o que foi celebrado de comum acordo.

Este princípio estabeleceu-se no direito romano, por meio da ordem *pacta sunt servanda*, incluída de forma tácita nos contratos. No mesmo sentido da sua conotação

⁶⁷ RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil: segun el tratado de Planiol*, p. 283.

⁶⁸ BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*, p. 89.

atual, no direito romano, igualmente, determinava-se o fiel cumprimento da obrigação contratual, da forma como havia sido celebrado, inicialmente, com a diferença de que, na hipótese de descumprimento pagava-se com a liberdade, com a própria vida e a da família.

Hodiernamente, em decorrência da força obrigatória dos contratos, o contratante que, por qualquer motivo, não cumprir a obrigação contratual, inicialmente, pactuada, responde, única e exclusivamente, com o seu patrimônio, com o pagamento de indenização por perdas e danos.

A tal respeito, assevera San Tiago Dantas⁷⁰: “Esses dois elementos – a obrigatoriedade do compromisso e a execução sobre os bens do devedor – representam o estágio final da evolução do direito dos contratos, depois de desaparecidas as formas de execução sobre a pessoa do devedor, e de superadas as distinções técnicas entre os contratos e os simples pactos, dos quais, no direito antigo, podia resultar um *debitum*, mas não uma obrigação”.

Por fim, pondere-se que, se de um lado a força obrigatória dos contratos consagrou a segurança e a estabilidade nas relações jurídicas contratuais, ponto, indiscutivelmente, positivo, de outro, a absoluta rigidez contratual em face de alterações econômicas vultosas, sem o abrandamento que as relações humanas necessitam, acarretou enormes injustiças, e, como se sabe, a injustiça é inimiga do Direito.

2.5 DAS CONSEQÜÊNCIAS DO MODELO CLÁSSICO DE CONTRATO NO DIREITO BRASILEIRO

O modelo clássico de contrato funcionou, perfeitamente, apenas no período do desabrochar do capitalismo brasileiro, enquanto o País vivia um desenvolvimento econômico.

Todavia, esse modelo de contrato, subordinado aos princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória dos contratos, aplicados de forma absoluta, “não mais atende as aspirações e necessidades da sociedade atual, haja vista que não se pode mais admitir uma relação contratual sem equilíbrio, iníqua, celebrada com ausência de boa-fé, ser

⁶⁹ BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*, p. 90-1.

⁷⁰ DANTAS, San Tiago. *Evolução contemporânea do direito contratual*, p. 547.

considerada válida, sob o argumento de que existe a autonomia privada e as partes são livres para contratar”⁷¹.

Isso começou a mudar, a partir do momento em que as classes menos favorecidas, especialmente, a classe média passou a participar, ativamente, do comércio e da economia do País. Assim, o contrato que, até então, era celebrado entre pessoas iguais social, jurídica e economicamente, passou a ser celebrado entre pessoas que se encontravam em situações desiguais.

Ademais, com esse regime econômico de massificação aliado à globalização e à evolução tecnológica, instaurou-se uma celeridade tão grande nas relações negociais, que não existe mais uma relação pessoal entre as partes contratantes, não se permitindo mais a discussão do conteúdo e das cláusulas contratuais.

Ou seja, a fase de negociações preliminares, discussões e harmonização de vontades, praticamente, desapareceu, cedendo lugar, agora, aos contratos de adesão, contratos-modelo, contratos de consumo, entre outros, que permitem apenas ao contratante decidir se adere ou não ao contrato, havendo não raras as vezes que nem mesmo a adesão pode ser discutida, como ocorre nos contratos com empresas fornecedoras de serviços públicos, por exemplo, de água e energia elétrica.

Assim, o modelo clássico de contrato tornou-se insustentável e, embora a lei pregasse a igualdade, com o passar dos tempos, o poder econômico impunha cada vez mais a desigualdade. Neste sentido, Mônica Yoshizato Bierwagen⁷² traça as conseqüências do modelo clássico de contrato:

... esse modelo em vez de libertar, cada vez mais escraviza a parte social ou economicamente mais fraca: a pretensa isonomia das partes enfraquecia-se cada vez mais ante o poderio econômico das grandes indústrias que se formavam e impunham unilateralmente suas condições; a liberdade de escolher com quem contratar paulatinamente era mitigada pela impossibilidade de satisfação das necessidades do indivíduo por outros meios senão através da aquisição de bens do grande produtor; o direito de propriedade levado a seus extremos viabilizou a concentração de capital.

⁷¹ DONNINI, Rogério Ferraz. A Constituição Federal e a concepção social do contrato. In: VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria de Andrade (Organizadores). *Temas atuais de Direito Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 70.

⁷² BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 26.

As primeiras conseqüências drásticas da ordem instalada foram sofridas pelas classes desfavorecidas, especialmente, a dos trabalhadores, como comenta Nelson Borges⁷³:

... estabeleceram-se nos países industrializados as grandes fábricas, e ao seu redor as aglomerações dos operários que nelas trabalhavam, e como só a vontade livre das partes, transformada em tabu, podia interferir e regular as relações entre patrões e trabalhadores, estes se viram aos poucos desamparados de qualquer proteção legal, num regime de exploração pior que o da servidão declarada, com salários de fome, excesso de horas de trabalho, sem qualquer conforto sem higiene, verdadeiros párias, acorrentados a uma vida de eternos sofrimentos.

Ademais, complementa o douto civilista: “como síntese, a autonomia da vontade – essência das relações civis no Código Napoleônico – foi o pano de fundo para justificar a exploração do trabalho operário e afastar o intervencionismo estatal, com ênfase especial ao direito de propriedade”⁷⁴.

No Brasil, não foi diferente, mesmo atento à legislação social de outros países, o autor do Projeto de Código Civil brasileiro foi, veementemente, contrário ao socialismo jurídico, mantendo o individualismo jurídico, como destaca Orlando Gomes⁷⁵:

Expressa vigorosamente o pensamento conseqüente do individualismo jurídico infenso a toda regulamentação legislativa do trabalho. As condições de sua prestação deveriam ser deixadas à vontade dos contratantes. Em nenhum território do direito contratual caberia maior amplitude ao princípio da autonomia da vontade. A esse tempo, ainda era dogma, entre nós, o preceito da liberdade de contratar no campo do trabalho, tanto assim que Fábio Leal, discutindo assunto na Comissão Especial, embora considerasse o projeto atrasado, incompleto e inadequado à nova feição da nossa atividade econômica e advogasse leis consentâneas com as relações modernas, contudo, declarava-se partidário da mais ampla liberdade individual e adversário da regulamentação do trabalho.

Com isso, o Brasil, ainda por longas décadas, viveu o modelo clássico de contrato, sofrendo com as suas opressões e desigualdades reais.

⁷³ BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil: com referências ao Código Civil de 1916 e ao novo Código Civil*, p. 135.

⁷⁴ Idem. *Ibidem*, p. 135-6.

⁷⁵ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*, p. 61-2.

Posteriormente, iniciou-se uma nova ordem contratual que, em verdade, não representou um extermínio aos princípios contratuais do modelo clássico de contrato, mas sem dúvida, uma reformulação, com a introdução de novos princípios, como a boa-fé objetiva e a proibição, a função social do contrato e o não enriquecimento sem causa, como se verá em seguida.

CAPÍTULO 2

3 DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* E DA TEORIA DA IMPREVISÃO NA DOCTRINA, NA LEGISLAÇÃO E NA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA

A teoria da onerosidade excessiva nos contratos, atualmente, disciplinada nos arts. 478 a 480 do atual Código Civil tem sua origem e fundamento, principalmente, na cláusula *rebus sic stantibus* e na teoria da imprevisão.

Embora sejam muito semelhantes em sua estrutura, os institutos apresentam algumas pequenas distinções, especialmente, em relação ao seu fundamento e seus pressupostos de admissibilidade. Isto porque, ambos os institutos, como poderá ser visto, possuem, praticamente, a mesma finalidade, qual seja: permitir a alteração da relação jurídica contratual, seja para modificá-la, revisá-la ou resolvê-la.

Ao longo dos tempos, tanto no direito pátrio, como no direito estrangeiro, diversas outras teorias semelhantes foram formuladas e pesquisadas. O presente capítulo, então, será destinado ao estudo dessas inúmeras teorias, que precederam o atual instituto da onerosidade excessiva nos contratos.

3.1 DA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

A tão famosa e antiga cláusula *rebus sic stantibus* é abreviação da seguinte fórmula: *contractus qui habent tractum succesivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur* e, literalmente, significa que, “nos contratos de trato sucessivo ou a termo, o vínculo obrigatório se entendia subordinado à continuação daquele estado de fato vigente ao tempo da estipulação”⁷⁶.

Trata-se de uma regra que, não há, necessariamente, de estar prevista, expressamente, no contrato, sendo aplicável, portanto, de pleno direito, quando da ocorrência de modificações no estado de fato, em relação ao momento de formação do pacto.

Quer isto significar que nos contratos diferidos no tempo em que os momentos de celebração e de execução do contrato não se coincidem, mas estão separados

por determinado espaço de tempo, havendo alteração das circunstâncias fáticas existentes em um e outro momento, capaz de alterar, substancialmente, o cumprimento da obrigação, haveria lugar para aplicação da referida regra.

Com as alterações fáticas ocorridas, sobejaria como consequência para os contratantes, a inexecução da obrigação contratual, ou ainda, a execução de maneira diversa da que fora inicialmente contratada.

Tecidas essas considerações, convém destacar a precisa lição de Caio Mário da Silva Pereira⁷⁷ acerca da cláusula *rebus sic stantibus*: “consiste, resumidamente, em presumir, nos contratos comutativos, uma cláusula, que não se lê expressa, mas figura implícita, segundo a qual os contratantes estão adstritos ao seu cumprimento rigoroso, no pressuposto de que as circunstâncias ambientes se conservem inalteradas no momento da execução, idênticas às que vigoravam no da celebração”.

Muito se discute acerca da origem desta cláusula, ora sendo apontada como originária do Direito Romano, ora do Direito Canônico. Entretanto, a doutrina, em sua opinião majoritária, tem adotado como gênese deste instituto, o Direito Canônico da Idade Média, tendo como principal precursor Santo Agostinho⁷⁸.

Aliás, diga-se a propósito, Santo Agostinho já pregava que “não haveria infidelidade pelo descumprimento de uma promessa, desde que ocorresse alguma coisa que impedisse a execução fiel da promessa”. E adiante complementa: “para se estar obrigado a fazer o que se prometeu, seria necessário que todas as circunstâncias permanecessem as mesmas”⁷⁹.

Isso não significa, contudo, que o Direito Romano anterior ao Direito Canônico, foi alheio a essas situações desencadeadas pela alteração das circunstâncias presentes no momento da formação do contrato, pelo contrário, diversos escritos romanos, principalmente, de autoria de Cícero e Sêneca, já traziam asserções, que influenciaram na elaboração da cláusula *rebus sic stantibus*. Aliás, é o que traz Fabiana Rodrigues Barletta⁸⁰

⁷⁶ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 2. ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943, p. 14.

⁷⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Fontes das obrigações*, p. 98.

⁷⁸ Neste particular, a doutrina pátria, de forma majoritária, tem admitido os estudos de Arnaldo Medeiros da Fonseca, em sua obra *Caso fortuito e teoria da imprevisão*, assim afirma na p. 198: “A cláusula *rebus sic stantibus*, pela qual o vínculo obrigatório, em certa categoria de contratos, entendia-se subordinado à continuação daquele estado de fato existente ao tempo da sua formação, foi obra, como dissemos, dos juristas do direito canônico e da jurisprudência dos tribunais eclesiásticos, assim como dos pós-glosadores ou bartolistas”.

⁷⁹ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Da cláusula *rebus sic stantibus*. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, v. 61, n. 16, jul.-set./1992, p. 45.

⁸⁰ Clausola *rebus sic stantibus*, *Novissimo digesto italiano*, v. 3, p. 354 *apud* BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *A revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*, p. 1.

citando Giuseppe Osti: “Certo que nas fontes jurídicas romanas podiam-se encontrar afirmações particulares relativas a determinadas relações, suscetíveis de serem reconduzidas à cláusula, mas não um reconhecimento desta como princípio geral”.

Posteriormente, a formulação doutrinária da cláusula competiu aos juristas pós-glosadores ou bartolistas, especialmente, a Graciano e Santo Tomás de Aquino a sua divulgação, perante os Tribunais Eclesiásticos dos séculos XII e XIII.

Foi na Idade Moderna, especialmente, por Enrico Cocceio que se iniciou a construção teórica da cláusula canônica, porém, foi com Andrea Alciato que a cláusula tomou sentido concreto e determinado, em reação a maus empregos da cláusula, que se faziam até então.

Para Alciato, citado por Carlos Alberto Bittar⁸¹, a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* deveria levar em consideração os diversos tipos de atos e negócios jurídicos. Segundo o jurista, nos atos unilaterais, a mudança de vontade seria lícita, entretanto, nos atos bilaterais não, salvo, nos seguintes casos: “a) quando a primitiva vontade promanasse de erro; b) quando o próprio contrato assim o dispusesse; c) quando a lei ou ambas as partes consentirem com a rescisão ou revogação; d) quando sobreviesse alguma causa que não fosse considerada na conclusão do ajuste, ou, se o fosse por pelo menos um dos contratantes, este não teria concordado com o obrigar-se”.

Dessa forma, para os atos unilaterais, como as disposições de última vontade, a nomeação de tutor ou a escolha de procurador, haveria larga possibilidade de aplicação da cláusula; em contrapartida, nos atos bilaterais, a aplicação seria limitada aos quatro casos referidos, tendo, certamente, maior importância o último, em que se sobreviesse fato imprevisto e estranho ao conteúdo do contrato⁸².

A cláusula *rebus sic stantibus* atingiu o seu apogeu entre os séculos XIV a XVI, tendo, em seguida, entrado em franca decadência, em virtude das ideologias individualista e capitalista, que dominaram os séculos XVIII e início do XIX.

Todavia, ainda em meados do século XVIII, diversos países adotaram a referida cláusula, transformando-a em cânone legal, como são os casos do Código bávaro (também conhecido como *Codex Maximilianus Bavaricus Civilis*), de 1756, o Código prussiano, de 1774, e o Código austríaco, de 1811.

⁸¹ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Da cláusula *rebus sic stantibus*, p. 45.

⁸² MAIA, Paulo Carneiro. Cláusula *rebus sic stantibus*. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva. v. 15, 1978, p. 126-7.

Talvez, o mais importante deles, tenha sido o Código bávaro, que a fez aplicar sob três pressupostos, como ressalta Paulo Carneiro Maia⁸³: “a) se a alteração de circunstâncias não provier nem de mora, nem de culpa *aut facto debitoris*; b) de tal natureza que não fosse fácil prevê-la; c) e de tal monta que, se o devedor o tivesse sabido antes, segundo a opinião desinteressada e honesta de uma pessoa inteligente, não consentiria em obrigar-se”.

Enfim, a partir dos fins do século XVIII, especialmente, após a revolução econômica inglesa (Revolução Industrial) e a revolução política francesa, voltou-se aos velhos princípios da autonomia da vontade e irreversibilidade dos acordos, com exaltação das noções de segurança, equilíbrio e estabilidade, que reconduziram à rigidez contratual e ao princípio *pacta sunt servanda*.

Nesse sentido, caminharam-se os diversos códigos civis da época, em especial, o precursor de todos, o Código Napoleônico, que preconizava, expressamente, em seu art. 1.134, que “as convenções legalmente formadas equivalem a lei para aqueles que o fizeram”.

Ofuscada pelo princípio da força obrigatória dos contratos, nos séculos XVIII e XIX, a cláusula *rebus sic stantibus* renasce, em meados do início do século XX, em virtude, principalmente, de acontecimentos que provocaram grandes desastres econômicos e sociais, como as Grandes Guerras Mundiais.

A cláusula *rebus sic stantibus*, contudo, ressurgiu com outra denominação, de “teoria da imprevisão”, e com uma nova roupagem, exigindo pressupostos mais amplos, como será estudado em tópico adiante.

3.2 DAS PRINCIPAIS TEORIAS QUE FUNDAMENTARAM A POSSIBILIDADE DE REVISÃO CONTRATUAL POR MODIFICAÇÃO DO ESTADO DE FATO

Ao longo dos séculos, diversas teorias foram criadas para explicar e fundamentar a possibilidade de modificação ou extinção das obrigações contratuais, até se chegar a teoria da imprevisão e, atualmente, na teoria da onerosidade excessiva nos contratos.

⁸³ Idem. Ibidem, p. 131.

Essas teorias e seus respectivos mentores, embora, muitas delas criticáveis, foram de grande importância para o Direito mundial na luta contra o brocardo romanista *pacta sunt servanda*, que vigorou absoluto, durante os séculos XVIII a XX.

Doutrinariamente, adotou-se a divisão de tais teorias em: intrínsecas e extrínsecas. As primeiras são aquelas que têm por fundamento motivos inerentes aos elementos da relação contratual, como, à vontade dos contratantes e ao valor das prestações.

Dentre as principais teorias com base na vontade dos contratantes pode-se citar: a teoria da pressuposição, a teoria da vontade marginal, a teoria da base do negócio, a teoria do erro, a teoria da situação extracontratual e a teoria do dever de esforço. Por outro lado, as teorias com base no valor das prestações são as seguintes: a teoria do estado de necessidade e a teoria do equilíbrio das prestações.

As teorias extrínsecas são aquelas que encontram fundamentos em elementos exteriores à relação contratual, como a moral, a boa-fé, a extrinsibilidade do fortuito, socialização do direito e a equidade e justiça.

Adiante, serão tecidas breves considerações acerca das principais teorias.

3.2.1 Das teorias com base na vontade

3.2.1.1 Da teoria da pressuposição

A teoria da pressuposição possui duas vertentes distintas. A primeira denominada de teoria da pressuposição individual foi desenvolvida por Bernard Windscheid, e a segunda denominada de teoria da pressuposição típica foi formulada por Pisko, as quais serão analisadas adiante.

3.2.1.1.1 Da teoria da pressuposição individual

Formulada por Bernard Windscheid, a teoria da pressuposição é, indiscutivelmente, uma das mais importantes e discutidas. Segundo esta teoria, todo aquele

que celebra um contrato, parte do pressuposto de que tudo ocorrerá, normalmente, e que, ao final, se atingirá um efeito determinado.

A pressuposição trata de uma representação no ânimo das partes, vislumbrada pelas mesmas, no momento de emissão da vontade. Essa configurada pressuposição pode ser concretizada pelas partes, por meio de uma manifestação expressa feita juntamente à declaração de vontade, como também pode ser tácita, porém, neste caso, deve ser perceptível para a outra parte.

Dessa forma, o negócio jurídico de execução e cumprimento postergado ou diferido, somente poderá ser executado e cumprido, em se permanecendo as mesmas circunstâncias que se verificaram no momento de formação do pacto. Daí porque afirma Windscheid⁸⁴ que, “a pressuposição é uma condição não desenvolvida, uma limitação da vontade que não se desenvolve a ponto de ser uma condição”.

É condição, na medida em que o negócio jurídico somente se realizará se permanecerem o mesmo estado de fato do momento da execução do negócio jurídico; é, porém, “não desenvolvida”, na medida em que sua existência não depende desta condição, ou seja, a um querer do autor da declaração de vontade, ocorrendo uma situação oposta a que se verifica na Condição.

Neste particular, convém destacar o que, propriamente, informa Windscheid⁸⁵:

Quem manifesta um querer sob uma pressuposição quer, como aquele que emite uma declaração de vontade condicionada, que o efeito jurídico tenha de existir apenas dado um certo estado de relações mas não vai até o ponto de depender dele sua existência. A consequência disto é que o efeito jurídico querido subsista e perdure, embora ocorra menos que a pressuposição. Mas isto não corresponde ao verdadeiro, próprio querer do autor da declaração de vontade, e, portanto, a subsistência do efeito jurídico, embora formalmente justificada, não tem, porém, substancialmente, razão que a justifique. Em consequência disso, aquele que é prejudicado pela declaração de vontade pode, tanto defender-se através de exceções contra as razões, que se derivem da declaração, quanto pode também instituir contra aquele que tenha se beneficiado pelo efeito jurídico, uma ação direta, a fim de fazer cessar tal efeito.

⁸⁴ *Diritto delle Pandette*, v. 1, p. 332-5 *apud* BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *A revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*, p. 8.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 332-5 *apud* *Idem*. *Ibidem*, p. 8.

Desse modo, havendo anormalidade, ou seja, modificações nas circunstâncias fáticas, que alterem a pressuposição, a parte que a pressupôs poderá se desobrigar do cumprimento da obrigação contratual, fazendo cessar os efeitos jurídicos supervenientes.

Nesse sentido, com fundamento no próprio mentor da teoria da pressuposição, Jorge Bustamante Alsina⁸⁶ resume as conseqüências da teoria da pressuposição, nos seguintes termos: “não se deve considerar somente o que as partes põem no contrato, mas também, aquilo que pressupõe e forma o seu substrato. Existe, assim, uma base impensada que constitui o clima em que se forma a convenção e que ao faltar se desintegra a vontade contratual e deixa a obrigação sem o pressuposto que a justificava e lhe servia de causa”.

A teoria da pressuposição é bastante convincente e complexa, e, bem por isso, severas críticas foram feitas contra ela, as quais são de duas ordens. A primeira, a inquina de um subjetivismo exacerbado, o que provoca grande insegurança nas relações jurídicas. A segunda, por sua vez, critica a possibilidade de uma condição não expressa poder vincular o destinatário da declaração, como ocorre nesta teoria.

Enfim, a teoria, ora em estudo, é de importantíssima relevância, a ponto de servir de referência para todas as demais teorias subseqüentes, ainda que para ser criticada, razão pela qual não poderia ser deixada de lado nesta pesquisa.

3.2.1.1.2 Da teoria da pressuposição típica

A partir da teoria da pressuposição de Bernard Windscheid, e tendo esta como base e fundamento, o austríaco Pisko formula a teoria da pressuposição típica.

Para Pisko, a pressuposição típica consiste em situações de fato, geralmente, pressupostas em todo negócio jurídico da classe do que é celebrado. Desta forma, segundo Orlando Gomes⁸⁷, “para que o contrato seja executado, torna-se preciso que perdure a situação de fato pressuposta por todas as pessoas que tivessem de celebrá-lo”.

⁸⁶ ALSINA, Jorge Bustamante. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. 9. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 146-7.

⁸⁷ GOMES, Orlando. Introdução ao problema da revisão dos contratos. *Transformações gerais do Direito das Obrigações*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 96.

Diferentemente da teoria da pressuposição individual, que tem como fundamento a representação mental das partes, a pressuposição típica se baseia numa situação de fato, igual para todas as pessoas que, em determinado momento, querem se obrigar mediante contrato do mesmo tipo⁸⁸.

Assim, de acordo com esta teoria, havendo alterações anormais, que não sejam de ordem subjetiva, ou seja, decorrentes da situação pessoal ou patrimonial do devedor ou prejudicado, haveria falha no pressuposto, o que ensejaria a modificação contratual.

Como a teoria de Windscheid, diversas críticas foram elaboradas contra a teoria de Pisko⁸⁹:

A noção de pressuposição típica é vaga e não se liberta inteiramente do elemento psicológico próprio do conceito de Windscheid, pois apesar de ter tentado objetivá-la, qualificando-a, importa sempre numa representação de condições de fato, que, na prática, não ocorre. Por outro lado, tem amplitude que levaria, se aceita, à instabilidade das relações obrigacionais, determinando a resolução, ou o reajustamento de todos os contratos nos períodos de inflação. Compreenderia ainda situações que se resolvem tranquilamente com a aplicação do princípio pelo qual o devedor se exonera se ocorre força maior.

Com toda razão, têm fundamento as críticas, acima destacadas, do jurista Orlando Gomes, especialmente, quanto à primeira, na medida em que se torna uma difícil tarefa precisar os exatos limites do que seja a pressuposição típica, além do que distinguir, com clareza, que a pressuposição estabelecida pelas partes contratantes não se confunde com os motivos da contratação.

3.2.1.2 Da teoria da vontade marginal

Também conhecida como teoria da superveniência, a teoria da vontade marginal é de autoria do italiano Giuseppe Osti.

⁸⁸ Idem. Ibidem, p. 97.

⁸⁹ Idem. Ibidem, p. 97.

Segundo esta teoria, nos contratos a termo, a prazo ou de execução sucessiva existem dois momentos distintos, quais sejam: a vontade contratual e a vontade marginal⁹⁰.

O primeiro momento é o da declaração de vontade, denominado de vontade contratual. Esta representa o momento presente, em que há o encontro de vontade dos contratantes.

Segundo Osti⁹¹, a tutela jurídica da vontade contratual se presta ao seguinte:

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

Disto conclui-se que o que importa para a ordem jurídica, necessariamente, é a vontade dirigida a produzir um resultado concreto e não a mera representação mental das partes contratantes.

O segundo momento que surge em consequência e subsequência ao primeiro, consiste na execução do contrato, também chamada de vontade marginal. Esta, por sua vez, representa o momento futuro, de cumprimento efetivo do contrato, enfim, “a vontade marginal é a representação antecipada do comportamento a ser prometido, realizado pelo agente”⁹², daí porque encontrar-se em estado de determinação.

São consideradas, neste particular, duas representações de comportamentos dos contratantes: a primeira se refere às dificuldades objetivas, de natureza intrínseca da própria prestação, como tempo e lugar; por conseguinte, a segunda diz respeito às dificuldades subjetivas, constituídas pelos reflexos das dificuldades objetivas sobre a economia individual do agente.

Assim, o que foi objeto de determinação da vontade contratual (ato volitivo) deve permanecer inalterado até o momento de concretização da vontade marginal

⁹⁰ Arnaldo Medeiros da Fonseca, na explicação da Teoria de Osti, distingue esses dois momentos em: ato de vontade, que é a declaração, o ato volitivo perfeito, e a determinação da vontade, que é a atuação posterior mediante subsequente ação voluntária do agente, no momento da execução (Cf. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*, p. 204). Em simples palavras, o ato de vontade diz respeito ao momento que se vai pagar, enquanto, a vontade marginal diz respeito ao momento que se promete pagar.

⁹¹ *Rivista di Diritto Civile*, v. 5, p. 672-681 *apud* FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*, p. 205.

(determinação da vontade), que, aliás, já foi, anteriormente, objeto de representações psíquicas dos emitentes. E, desta forma, se aquela vontade se frustra, pela superveniência de novas circunstâncias, conseqüentemente, esta última vontade não deverá ser cumprida.

3.2.1.3 Da teoria da base do negócio jurídico

A teoria da base do negócio jurídico, igualmente à teoria da pressuposição, possui duas vertentes distintas. A primeira elaborada por Paul Oertmann e a segunda por Karl Larenz.

Registre-se, ademais, que sobre a base do negócio jurídico, surgiu ainda uma terceira teoria de Karl Lehmann, denominada de eclética, a qual procurou mesclar os elementos subjetivos e objetivos, conjugando as duas vertentes acima, a qual também será analisada adiante.

3.2.1.3.1 Da teoria de Paul Oertmann

A primeira notícia de aplicação da teoria da base do negócio jurídico, remonta os tribunais ingleses, em meados de 1312. E sua aplicação decorreu de curiosa situação, que ficou conhecida como *coronatio cases*. Ocorreu, quando inúmeras pessoas alugaram cadeiras, janelas e embarcações para acompanhar a coroação do Rei Eduardo III (1312 – 1377), que, posteriormente, restou frustrada, em virtude de doença da majestade. Em face disso, os diversos contratantes buscaram livrar-se da obrigação do pagamento dos aluguéis perante os tribunais ingleses⁹³.

Todavia, a formulação teórica da teoria do desaparecimento das bases do negócio jurídico coube ao alemão Paul Oertmann.

Para construir sua teoria, Paul Oertmann parte da pressuposição criada por Windscheid, porém, rejeita-a na sua extensão, entendendo que a pressuposição admitida por

⁹² KLANG, Márcio. *A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos*, p. 22.

⁹³ SILVA, Luís Renato Ferreira da. *Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*, p. 127-8.

Windscheid é unilateral, isto é, reconhecível apenas por uma das partes e, assim, não passaria de simples motivo para contratar, não podendo, portanto, a ordem jurídica atribuir relevância.

Aliás, neste sentido, parte a crítica de Paul Oertmann⁹⁴, ao dizer que, “as considerações psicológicas determinantes da volição, subtraídas, como são, a toda possibilidade de controle e insuscetíveis de conhecimento por quem quer que seja, nenhuma influência podem exercer na eficácia do negócio jurídico, pois, do contrário, desaparecia a segurança das transações”.

Oertmann, embora não admitisse a pressuposição unilateral de Windscheid, admitiu, no entanto, a pressuposição bilateral, “que se apresenta sempre que o motivo é elevado, expressa ou tacitamente, a elemento integrante do contrato, o que sucede quando as partes querem apoiar a eficácia do contrato exclusivamente sobre a base de determinado fato, não o elevando a condição simplesmente porque o supõe realizado ou consideram inequívoca sua verificação”⁹⁵.

Assim, segundo Oertmann, todo negócio jurídico é celebrado sobre uma base, que são representações dos interessados, no momento da conclusão do contrato, sobre a existência de certas circunstâncias básicas para sua decisão, incluindo-se, por exemplo, a equivalência de valor entre a prestação e a contraprestação considerada, tacitamente, querida, o equilíbrio entre os esforços das partes, a existência no mercado da *res* objeto da avença, a permanência do preço convencionado, entre outras bases⁹⁶.

Parte, portanto, esta teoria da análise psicológica do conteúdo da vontade das partes contratantes, no caso de serem estas representações encaradas por ambas as partes como base do acordo contratual.

Dessa forma, a partir do momento em que tais condições sofrem alterações, em função de fatos supervenientes ao momento de formação do contrato, a base inicial do negócio desapareceria, pois o contrato não corresponderia mais à vontade das partes, cabendo, nesta hipótese, a intervenção judicial, para readaptar a vontade dos contratantes e para que ele correspondesse ao que as partes teriam querido, se previssem os acontecimentos

As principais críticas tecidas contra esta teoria referem-se à sua pouca objetividade e à imensa amplitude que pode tomar o conceito de base do negócio. De outro

⁹⁴ *Introducción al Derecho Civil*, p. 217 *apud* GOMES, Orlando. Introdução ao problema da revisão dos contratos, p. 99.

⁹⁵ *Introducción al Derecho Civil*, p. 305 *apud* GOMES, Orlando. Introdução ao problema da revisão dos contratos, p. 99.

⁹⁶ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*, p. 209.

modo, também foram formuladas críticas de outra natureza, especialmente, quanto à abstração dos elementos, objeto de representações psíquicas das partes contratantes.

Neste sentido, Arnaldo Medeiros da Fonseca⁹⁷ sustenta que “as representações psíquicas de cada um acerca dos sacrifícios ou vantagens que auferirá, não tem relevância jurídica”. E, em seguida, continua: “a execução da promessa exige um novo ato de vontade. Mas isto é psicologia, não é direito. Pelo direito a liberdade de querer cessa quando se contrai a obrigação; depois o obrigado nada mais tem de querer”

Por fim, arremata o douto jurista pátrio, com fundamento em Pugliese⁹⁸:

O direito não toma em consideração senão aquele *vinculum iuris* sobre o qual se firmou o consentimento, mediante o acordo das antagônicas declarações de vontade. Pouco importa, para PUGLIESE, a normalidade ou anormalidade da situação do momento da execução do contrato. O que merece consideração é o querido, sem que tenham relevância, nos limites da autonomia do negócio jurídico, as qualidades econômicas que hajam sido desejados, tendo a lei deixado às partes a liberdade e responsabilidade das avaliações.

Enfim, a teoria de Paul Oertmann obteve boa aceitação, perante o Direito alemão, sendo, inclusive, prevista em diversos dispositivos legais, porém, após severas críticas, acabou por ser recusada.

3.2.1.3.2 Da teoria de Karl Larenz

Inicialmente, convém esclarecer a distinção feita por Karl Larenz entre base subjetiva e base objetiva do negócio jurídico. Aquela, seriam as representações mentais comuns feitas pelos contratantes, no momento da celebração do contrato, que influi, decisivamente, na formação dos motivos da contratação; esta, por sua vez, constituiria o conjunto de circunstâncias cuja existência ou persistência, se considera necessária à finalidade das partes contratantes no contrato.

⁹⁷ Idem. Ibidem, p. 210.

⁹⁸ Laesio superveniens. *Rivista Del Diritto Commerciale*, v. I, p. 1 *apud* FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*, p. 211.

Deve-se destacar que a base subjetiva a que se refere Karl Larenz se aproxima do erro sobre os motivos e garantia dos vícios redibitórios⁹⁹, como, “de erro recíproco sobre a base de cálculo aceita por ambas as partes, de erro sobre a base da transação [...] da errônea expectativa de um acontecimento em consideração ao qual tenham ambas as partes concluído o contrato, assim como a equivocada expectativa da persistência daquelas circunstâncias ou situações decisivas para a fixação das prestações futuras”¹⁰⁰.

Por conseguinte, segundo esta teoria, a destruição da base objetiva do negócio será, necessariamente, conduzida à teoria da impossibilidade superveniente, na medida em que as principais conseqüências são: a) a destruição da relação de equivalência, perdendo sentido o contrato; e b) a impossibilidade de alcançar o fim do contrato.

Registre-se, ademais, que a teoria de Karl Larenz¹⁰¹ possui algumas exceções em que é inaplicável em relação aos seguintes acontecimentos e transformações que: “a) são pessoais ou estão na esfera de influência da parte prejudicada (neste caso opera como limite a força maior); b) repercutiram no contrato somente porque a parte por eles prejudicada se encontrava, quando eles ocorreram, em *mora solvendi* ou *accipiendi*; c) porque, sendo previsíveis, forma parte do risco assumido no contrato”.

Por fim, destaque-se que, embora, reconheça ambas as bases do negócio, objetiva e subjetiva, para Karl Larenz estas não são, necessariamente, aplicáveis, conjuntamente, como a princípio se percebe, mas cada uma tem a aplicação de acordo com suas próprias características.

3.2.1.3.3 Da teoria eclética da base do negócio jurídico

Partiu-se, então, para uma terceira teoria da base do negócio, eclética e unitária, cabendo a Karl Lehmann formulá-la, reunindo elementos objetivo e subjetivo.

De forma resumida, nesta teoria, deveria se observar se o contratante, “agindo de boa-fé, admitira que o contrato dependia de certas circunstâncias. Ou, ainda, que o

⁹⁹ Aliás, neste particular, Orlando Gomes sustenta que, a base subjetiva deve ser, inclusive, inserida na teoria do erro, devendo, portanto, ser disciplinada pelas regras atinentes a esse vício do consentimento (Cf. Introdução ao problema da revisão dos contratos, p. 102).

¹⁰⁰ BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *A revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*, p. 14.

contratante devesse, lealmente, admitir ao concluir o contrato, a insegurança das circunstâncias”¹⁰².

Enfim, a teoria eclética de Lehmann parte do pressuposto de que, ambas as partes tenham conhecimento das circunstâncias do estado de fato e de sua importância para a conclusão do contrato, sendo, ademais, tais circunstâncias, admitidas como certas e de boa-fé para a existência, permanência e superveniência do contrato.

Apesar de representar um avanço e inovação à teoria de Oertmann, esta teoria é criticada por se utilizar, no âmbito subjetivo, de conceitos de boa-fé e, ainda, uma realidade psicológica baseada nas pressuposições de Windscheid, além de querer unir os elementos subjetivo e objetivo sem realizar uma análise apurada de cada um.

3.2.1.4 Da teoria do erro

A teoria do erro foi idealizada por Achille Giovene. Nos seus estudos, o jurista italiano, à semelhança da teoria de Giuseppe Osti, também parte da análise do processo volitivo do negócio jurídico, ou seja, distingue dois momentos, quais sejam: o ato de vontade e a determinação da vontade, segundo o qual possuem uma relação de causa e efeito.

O primeiro momento (ato de vontade) constitui-se como a representação das condições objetivas do objeto econômico da prestação. Esse momento supõe o momento seguinte, que é a determinação da vontade, quando se deverá cumprir, efetivamente, a obrigação negocial.

Nestes termos, havendo divergência entre a suposição ensejadora da determinação de vontade e a realidade contemporânea na época da realização do comportamento prometido, diante da superveniência de evento imprevisível, haveria erro daquele que se obrigou, e o contrato poderia ser anulado por vício de consentimento¹⁰³.

Assim, segundo a teoria de Giovene, o erro se verificaria no momento de emissão da vontade, porém, os seus efeitos é que se tornam conhecidos, posteriormente, ou seja, após a manifestação da vontade.

¹⁰¹ *Base Del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, p. 7-40 apud BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *A revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*, p. 16.

¹⁰² SILVA, Luís Renato Ferreira da. *Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*, p. 135-6.

¹⁰³ KLANG, Márcio. *A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos*, p. 26.

O erro somente será detectado em um momento posterior, porém, uma vez detectado, será retroagido no tempo, para macular a vontade inicial (ato de vontade), que até então, o contratante ignorava e supunha o contrário, o que provocará, por consequência, a nulidade da vontade final (determinação de vontade).

A teoria, em estudo, foi duramente criticada por Osilia¹⁰⁴ e Pugliese. Aquele, aliás, manifestou-se nos seguintes termos: “Não existe erro no momento do contrato, adverte, porque não pode haver divergências entre a representação psíquica e uma realidade futura, que não existe ainda; não há erro quando a realidade se torna atual, porque neste momento entre a realidade e a percepção não há divergências. A discordância verifica-se apenas entre a representação passada e a realidade atual”.

E as críticas tecidas, assim o foram com fundamento, na medida em que, realmente, a teoria é falível, pois o erro somente pode ser considerado, quando verificado no momento da criação do contrato, de acordo com as circunstâncias que idealizam seu momento.

Ora, se na época da celebração do fato, a representação mental do contraente coincidia com a realidade, não há que se falar, então, em erro. Quer isto dizer que o instituto do erro deve ser simultâneo à declaração de vontade inicial e não posterior e superveniente, sob pena de se cair num campo de imenso subjetivismo.

3.2.1.5 Da teoria da situação extracontratual

A teoria da situação extraordinária ou extracontratual é defendida por A. Bruzin. Como se nota da sua própria denominação, Bruzin baseia-se num sistema que distingue duas situações: contratuais e extracontratuais.

Segundo a lição do jurista, os contratantes, ao ajustarem o pacto, fazem previsões jurídicas e econômicas sobre todo o contexto da contratação, as quais correspondem às áleas normais do contrato, enfim, são as denominadas situações contratuais. Enquanto, estas previsões permanecerem inalteradas, o vínculo contratual é obrigatório e absoluto e não se pode romper.

¹⁰⁴ *Rivista del Diritto Commerciale*, v. I, p. 310 *apud* FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*, p. 215.

Entretanto, ao lado das situações contratuais previsíveis, há uma série de situações extracontratuais imprevisíveis, das quais nenhum dos contratantes têm conhecimento. Com o advento dessas surpreendentes situações cessa a força obrigatória do contrato, “pois que estas estão num espaço extracontratual que comporta mudanças e revisões”¹⁰⁵, ou seja, se encontram numa esfera não imaginada pelas partes.

Enfim, quando da contratação, as partes limitam determinada esfera de situações previstas e previsíveis, de modo que a força obrigatória do contrato é o resultado direto desse acordo de vontades, que não pode ter uma extensão maior do que as vontades que o formaram¹⁰⁶.

Deveras, o que sustenta o jurista é que o contrato e suas interferências no mundo jurídico, contratual, não admitem a quebra do vínculo, negando, portanto, a idéia de revisão do contrato, pois que coloca a causa revisionista em espaço extracontratual¹⁰⁷.

A principal falha desta teoria é, justamente, desconhecer os elementos imprevisíveis, ou seja, considerá-los como circunstâncias extracontratuais, que não obrigam as partes, repelindo, assim, a própria imprevisão.

3.2.1.6 Da teoria do dever de esforço

Formulada em meados do século XX, por Hatmann, tendo como seguidores, Brecht e Lodovico Barassi, a teoria do dever de esforço preconiza que a relação jurídica que surge entre as partes contratantes cria um dever jurídico de esforço, que consiste no dever das partes de emendar todos os empenhos possíveis para cumprir a prestação, enfim, a obrigação pactuada, de modo que, não sendo possível tal cumprimento, por fatos supervenientes imprevisíveis, então, o devedor ficaria liberado da obrigação¹⁰⁸.

A teoria do dever de esforço, também, baseada na vontade das partes e, portanto, de cunho altamente subjetivista, teve, indiscutivelmente, mais críticos do que adeptos, não tendo a menor aplicabilidade no nosso Direito, pelas seguintes razões.

¹⁰⁵ KLANG, Márcio. *A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos*, p. 27.

¹⁰⁶ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*, p. 207.

¹⁰⁷ KLANG, Márcio. *A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos*, p. 27.

¹⁰⁸ Registre-se, oportunamente, que Arnaldo Medeiros da Fonseca, um dos precursores da teoria da imprevisão no Direito brasileiro não relacionou esta teoria entre aquelas voltadas à imprevisão, mas sim tratou a para

O dever de esforço, em verdade, nada acresce ou modifica no nosso sistema¹⁰⁹, pois se trata de dispositivo aparentemente inócuo no contrato e que unicamente teria alguma eficácia no exame sistemático do pacto contratual.

Neste particular, anote as seguintes situações apontadas por Silvio de Salvo Venosa¹¹⁰ para explicar a distinção: a) Tício se compromete a desenvolver os melhores esforços para obter uma coisa; b) Tício obterá uma coisa ou Tício deverá obter uma coisa. Verificam-se, nessas situações, duas obrigações, completamente, distintas uma da outra, quais sejam: obter a coisa e entregar a coisa. No primeiro exemplo, o devedor não se compromete com a obrigação de resultado, enquanto, no segundo exemplo, o devedor se obriga com o resultado.

Por tais razões, o dever de esforço, exigido pela teoria em comentário, seria inócuo nos contratos brasileiros, pois não existiria mais uma prestação de dar, fazer ou não fazer alguma coisa, como dever do devedor, mas sim uma mera prestação de diligência, ou seja, de agir com empenho e afinco no cumprimento do pactuado.

Esse dever, aliás, seria inútil tanto nos contratos de meio como nos de resultado. Por exemplo, nos contratos médicos, teoricamente, classificados como contratos de

explicar e fundamentar a questão do abandono ou atenuação do conceito de impossibilidade, em sua obra *Caso fortuito e teoria da imprevisão*, p. 100 a 102.

¹⁰⁹ A teoria do dever de esforço não se confunde com a cláusula de “melhores esforços”, presente nos contratos regidos pelo Direito anglo-saxão, porém, em muito se assemelham em relação à sua eficácia. A respeito do assunto, Silvio de Salvo Venosa, em sucinto artigo explica a cláusula de “melhores esforços”: Tal cláusula é bastante conhecida do Direito anglo-saxão, de origem consuetudinária, em que, freqüentemente, se verificam cláusulas de “melhores esforços” pelas quais as partes se comprometem a enviar os melhores esforços ou utilizar os esforços comerciais razoáveis para dar, fazer ou não fazer alguma coisa. Neste Direito, que não se caracteriza por códigos e legislações escritas, as partes se preocupam em descrever todos os detalhes no pacto escrito, daí porque, em vista do Direito romano-germânico, os seus contratos são excessivamente prolixos e com detalhes aparentemente desnecessários e inúteis. No Direito anglo-saxão, a interpretação do contrato é objetiva, sendo utilizado ainda o critério do *reasonable man* (do homem médio). O sentido do contrato deve ser o mais próximo possível daquele registrado no pacto escrito, dado pelas partes, de acordo com o *fair and reasonable men*. Por isso, com muita freqüência a jurisprudência inglesa e norte-americana se utilizam dos denominados *implied terms* (cláusulas implícitas), que muito se aproxima das regras criadas pelo juiz para o caso concreto. No Direito brasileiro, de origem romano-germânica, a interpretação contratual não se dá tendo em vista o “homem médio”, mas sim através da busca do sentido da vontade comum dos contratantes (art. 112 do vigente Código Civil). Aliás, havendo litígio decorrente do contrato, a interpretação em nosso Direito leva em consideração dois elementos, que integram qualquer manifestação de vontade: o elemento externo e o interno. Aquele diz respeito à declaração contratual, é palpável, perceptível pelos sentidos e se materializa, na relação contratual, pela palavra escrita ou falada. Esta refere-se a vontade real, ao que foi pensado, raciocinado e pretendido pelos contratantes. Em comparação desses elementos, o normal e ideal é que haja uma coincidência entre os dois, ou seja, que o que foi desejado seja efetivamente o que foi manifestado pelas partes. Evidentemente, nem sempre isso ocorre, ou seja, instauram-se os litígios contratuais, justamente, porque não houve uma coincidência entre os elementos, cabendo ao magistrado estabelecer, então, o verdadeiro sentido da vontade contratual. Enfim, nos contratos regidos pelo Direito romano-germânico, tais cláusulas não teriam utilidade, seja porque independem de disposição escrita, seja porque são destituídas de caráter coercitivo (Cf. A cláusula de “melhores esforços” nos contratos. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Novo Código Civil: interfaces no ordenamento jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 221).

¹¹⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. A cláusula de “melhores esforços” nos contratos, p. 221.

meio, os esforços desempenhados pelos profissionais são inerentes à própria Medicina e independem de qualquer disposição escrita. Da mesma forma, tais deveres também não serviriam aos contratos de resultado, já que a inclusão de tal dever excluiria o objeto dos contratos, por exemplo, nos contratos de transportes, a cláusula de melhores esforços desobrigaria o transportador de entregar a coisa¹¹¹.

Enfim, arremata Sílvio de Salvo Venosa¹¹²:

Tudo é no sentido de que não havendo comando ou ordem direta na cláusula para o contratante dar, fazer ou não fazer algo, mas simplesmente para que se conduza sob seus melhores esforços, a disposição não é contratual, não é coercível, equivalendo a simples exortação, a uma carta de intenções ou mero acordo de cavalheiros. A fórmula dessa disposição não é coercitiva e, destarte, não permite a execução específica porque não se trata de obrigação, ou se quisermos, poderá ser conceituada como mera obrigação de meio.

Diante disso, o dever de esforço, que esta teoria exige, não teria aplicabilidade e utilidade, pelas seguintes razões: a) primeiro, porque desconsidera a existência do objeto da relação jurídica contratual, ou seja, a prestação; b) segundo, o dever de esforço é inerente a qualquer relação jurídica contratual, sendo desnecessária qualquer previsão contratual, nesse sentido; e c) terceiro, tal disposição contratual não teria coercitividade, sendo, extremamente, subjetivo e abstrato sua verificação.

3.2.1.7 Das críticas às teorias com base na vontade

As teorias até aqui apresentadas baseiam-se todas “no argumento da imprevisibilidade da circunstância superveniente geradora da vultosa onerosidade” e “têm em comum o fato de estarem presas a matizes voluntaristas quando se preocupam sobremaneira com as intenções ou manifestações psicológicas das partes no momento do ajuste”¹¹³.

São, por isso, teorias que encontram como principal obstáculo a subjetividade dos elementos volitivos e, por conseqüência, a sua incerteza e insegurança.

¹¹¹ Idem. *Ibidem*, p. 221.

¹¹² Idem. *Ibidem*, p. 220.

¹¹³ BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *A revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*, p. 18.

Como se sabe, quando os contratantes celebram um contrato, pretendem, acima de tudo, segurança e certeza de que não serão surpreendidos pela quebra do contrato diante de qualquer circunstância, ainda que, para o outro, seja imprevisível.

Neste particular, Arnaldo Medeiros da Fonseca¹¹⁴ ressalta que, quando contratam, as partes observam, sobretudo, o caráter irrevogável do vínculo obrigacional, devendo os princípios superiores da segurança social ficar acima da vontade dos particulares e de suas representações psíquicas.

No momento da contratação, não é possível examinar o subconsciente do outro contratante para conhecer suas representações psíquicas, mas tão-somente sua vontade expressa, declarada, ou, quando muito, sua vontade subentendida na finalidade do contrato que se faz.

Ademais, conforme observa Fabiana Rodrigues Barletta, o conjunto das teorias apresentadas, construídas ao longo dos tempos, expressa um processo evolutivo, que, partindo de um padrão, altamente, subjetivista, caminhou para um patamar cada vez mais objetivo e condizente com a dogmática contratual tecida pela contemporaneidade¹¹⁵.

Assim, conclui-se que, para as teorias mais recentes, os elementos objetivos que, até então, não integravam o contrato, passam, hoje, a ser decisivos para a quebra dos contratos.

3.2.2 Das teorias com base na prestação

As próximas teorias a serem estudadas têm como fundamento não mais o elemento volitivo das partes, isto é, o reconhecimento da imprevisão para estas teorias não está ligado a vícios de vontade, à intenção, ou formulação psíquica das partes, quanto à manutenção do estado de fato das coisas, mas sim a prestação e sua impossibilidade ou onerosidade.

Duas foram as teorias mais importantes, quais sejam: a teoria do estado de necessidade e a teoria do equilíbrio das prestações.

¹¹⁴ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*, p. 212-3.

¹¹⁵ BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *A revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*, p. 19.

3.2.2.1 Da teoria do estado de necessidade

Karl Lehmann e Leonardo Covielo, idealizadores desta teoria, sustentavam que, uma dificuldade superveniente e imprevista da prestação, colocaria o devedor num verdadeiro estado de necessidade, liberando-o do seu cumprimento, em virtude da nova realidade ocasionada por fatores econômicos.

Rogério Ferraz Donnini¹¹⁶ explicando a teoria em comentário, sustenta que, o estado de necessidade liberaria o contratante da obrigação assumida, pois não haveria vontade expressa em descumprir a obrigação, mas apenas busca salvar um direito próprio ou de outrem.

O estado de necessidade, nos termos desta teoria, funcionaria como causa de extinção da responsabilidade patrimonial, além de constituir um direito subjetivo do devedor de não realizar a prestação pactuada para evitar um dano maior, qual seja a iminente penúria do devedor.

A teoria de Lehmann e Covielo esbarra na própria concepção de estado de necessidade. No estado de necessidade não há agressão a um direito, mas um conflito de dois direitos, um contraposto ao outro, em que alguém, na defesa de direito próprio ou alheio, se vê na contingência de praticar fato com o intuito de salvá-lo de perigo atual e iminente, que não provocou por sua vontade, sacrificando-se, assim, o direito de outrem¹¹⁷.

Dessa forma, deveria se aceitar, muito embora, sem fundamentos, que o devedor teria um direito maior que o do credor, quando da superveniência de fatos imprevisíveis que provocasse a onerosidade excessiva, para se eximir do cumprimento da obrigação contratual.

Nesse caso, bastaria ao devedor provar um estado que legitimasse seu inadimplemento, ou que justificasse a extinção da sua responsabilidade, para pleitear a revisão e/ou resolução do contrato.

Contudo, registre-se que, se o devedor sofre pela oneração da prestação, igualmente, sofrerá o credor por não receber a prestação que lhe era devida, estando, no

¹¹⁶ DONNINI, Rogério Ferraz. *A revisão dos contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 41.

¹¹⁷ A noção de estado de necessidade advém do Direito Penal, estando previsto no art. 24 do Código Penal, a noção do estado de necessidade, nos seguintes termos: “Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”.

entanto, no mesmo patamar de direitos que o devedor, motivo pelo qual não haveria razões para se sacrificar o direito do credor em detrimento do devedor.

3.2.2.2 Da teoria do equilíbrio das prestações

Partindo da noção de justiça comutativa¹¹⁸, de Santo Tomás de Aquino, Giorgio Giorgi e Otto Lenel formularam a teoria do equilíbrio das prestações.

Segundo esta teoria, todo contrato tem uma utilidade para ambas as partes, enquanto se mantém o equilíbrio das obrigações. Diante da superveniência de fatos imprevisíveis e extraordinários, que desequilibrem as prestações, tornando uma delas mais onerosa que a outra, a utilidade deixa de existir para esta parte, dando ensejo, assim, à revisão e/ou resolução do contrato.

Todavia, não são consideradas circunstâncias suficientes a ensejar a alegação dessa teoria, a álea normal, ou seja, o risco aceitável decorrente de cada contrato, mas tão-somente o risco excepcional, imprevisível, que faz desaparecer a igualdade inicial do contrato.

A crítica desta teoria reside na dificuldade de se mensurar o desequilíbrio das prestações, já que nem sempre as prestações têm uma equivalência objetiva, mas apenas meramente subjetiva.

Para solução deste impasse, poderia ser adotada uma medida oficial, que ainda não existe, porém, ainda que existisse, a adoção de uma medida oficial seria árdua e bastante complexa, na medida em que seria difícil aplicar uma única regra para diversos contratos, das mais variadas modalidades e valores, o que, certamente, acarretaria na mensuração subjetiva da prestação.

¹¹⁸ Brevemente, convém esclarecer, com fundamento na lição de Maria Helena Diniz, a distinção entre as duas modalidades de justiça, quais sejam: a comutativa e a distributiva. A primeira verifica-se na relação entre dois particulares, em que um dá a outro o que lhe é devido, segundo uma igualdade simples e absoluta; neste caso, o devido é rigoroso por dizer respeito a um direito próprio da pessoa e a igualdade é simples por constituir uma equivalência entre dois objetos, sem levar em consideração a condição das pessoas. A segunda, por sua vez, relaciona a sociedade e cada um de seus componentes, atribuindo a cada particular o bem que lhe é devido segundo uma igualdade proporcional ou relativa, enfim, o grupo social reparte aos particulares aquilo que pertence a todos, assegurando-lhes uma equitativa participação no bem comum, conforme a necessidade, o mérito e a importância de cada indivíduo (Cf. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 398-9).

3.2.3 Das teorias com fundamento em motivos extrínsecos

3.2.3.1 Teoria com fundamento na moral

Defendida por Georges Ripert e Pierre Voirin, esta teoria se funda na imoralidade do enriquecimento injusto do credor, em detrimento do devedor, em virtude do fato imprevisível.

O francês Pierre Voirin reconheceu, diante da ocorrência do fato imprevisível, o aparecimento de um conflito entre a noção moral de equivalência das prestações e a noção econômica de segurança do contrato, reconhecendo, outrossim, o predomínio daquela sobre esta, quando a prestação se tornar excessivamente onerosa. Assim, a revisão ou resolução do contrato, por onerosidade excessiva provocada por fatos imprevisíveis teria fundamento direto na moral, embora, acrescenta ainda Voirin¹¹⁹:

Embora possa parecer paradoxal falar de moralidade a propósito de questões jurídicas, a consciência comum modernamente reconhece não haver antagonismo entre as duas disciplinas e tende a fazer penetrar, cada vez mais a moral no direito. O próprio Duguit, no seu *Traité de droit constitutionnel*, teria acentuado a importância do que ele chamou “o sentimento de justiça”. Para haver regra de direito seria preciso a sanção de uma regra social, pelo emprego da força coletiva, fosse conforme o sentimento que se tem da justiça comutativa.

Em contrapartida, Georges Ripert¹²⁰, igualmente, defende a imputação da regra moral sobre as obrigações civis, aliás, é um dos maiores defensores desta tese, tendo, inclusive, obra específica sobre o assunto. Todavia, para o jurista francês, na hipótese de desproporção das prestações, a revisão ou resolução contratual não se dá pela influência direta da regra moral, mas sim pela exploração abusiva do credor, que comete uma grave injustiça, através do uso de seu direito em exigir a prestação com excessivo rigor.

Ademais, segundo Ripert, o devedor não pode fugir à palavra empenhada no contrato, deve sim cumpri-la ainda que fatos posteriores venham modificar a situação,

¹¹⁹ *De l'imprévision dans les rapports de droit privé*, p. 225-6 apud FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. *Revisão do Contrato*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 74.

¹²⁰ RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*, p. 162-3.

inicialmente, contratada. A escusa do devedor somente surge, a partir do momento em que o credor passa a exigir a quantia desproporcional, o que Ripert¹²¹ imputa de abusivo e imoral, em sua obra sobre a regra moral:

O abuso começa no momento em que o desequilíbrio das prestações é tal que o contratante não podia normalmente prever que ia tirar do contrato tal vantagem. É preciso, pois, para admitir a revisão, um acontecimento extraordinário, fora da previsão humana, e era esse o sentido da cláusula *rebus sic stantibus*. É preciso, por outro lado, que o acontecimento torne para o devedor cumprimento tão difícil e oneroso; que ele constitua uma lesão em desproporção com a vantagem que previu no contrato. É preciso, enfim, que o credor não tenha pago antecipadamente a álea excepcional do contrato pela natureza da operação feita ou as estipulações particulares do contrato.

Enfim, indica esta teoria que pratica um ato abusivo, injusto e imoral, o credor que exige do devedor o cumprimento de uma obrigação, demasiadamente, desproporcional ao valor, inicialmente, contratado. Daí o ponto inovador da teoria de Ripert¹²², que exige não apenas a excessiva onerosidade da prestação, fonte de ruína do devedor, mas também um enriquecimento indevido e injusto por parte do credor, enriquecimento este, aliás, fruto do acaso¹²³.

Apenas, a título de informação, o jurista francês, com fundamento em sua teoria, *de lege ferenda*, ofereceu a seguinte recomendação a ser inserida nos textos legais: “O juiz pode ordenar a anulação ou a revisão do contrato primitivo quando, em virtude de circunstâncias que não podiam ser previstas, o devedor viesse a sofrer um prejuízo considerável e o credor tirar proveito injusto dum contrato não inspirador por um fim de especulação”¹²⁴.

A teoria de Georges Ripert, embora inovadora, também mereceu algumas críticas, especialmente, em relação ao conceito de moral, que varia de acordo com o tempo e a sociedade, de modo que, não há como se adotar um padrão de conduta moral, que pudesse resistir a muitos anos ou se aplicar a diversas regiões.

¹²¹ Idem. *Ibidem*, p. 164.

¹²² Idem, *Ibidem*, p. 163.

¹²³ Para esta mesma formulação doutrinária, apenas a título de informação, Orlando Gomes intitula a teoria do abuso de direito (Cf. *Contratos*, p. 39-40).

¹²⁴ RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*, p. 166.

3.2.3.2 Teoria com fundamento na boa-fé

A boa-fé foi um fundamento utilizado por muitos juristas para explicar a aplicação da modificação contratual por fatos supervenientes e imprevisíveis.

A teoria da boa-fé foi desenvolvida por Wendt, Naquet e Klenke, no início do século XX, tendo também um representante brasileiro, Nehemias Gueiros, que fez parte da Comissão que revisou o Anteprojeto do Código de Obrigações de Caio Mario da Silva Pereira, em 1965.

Segundo esta teoria, a boa-fé, por ser uma regra jurídica genérica, deveria ser o fundamento da aplicação da teoria da onerosidade excessiva, já que o direito positivo é incapaz de prever todas as situações possíveis de ocorrer nas relações entre os contratantes, enfim, seria uma “válvula de segurança” para aplicação do direito em cada caso concreto¹²⁵.

Seria, portanto, contrário à boa-fé, pretender impor a uma parte o cumprimento de sua obrigação, quando houvesse mudança substancial nas condições em que aquela se originou. Sem dúvida, a boa-fé como um imperativo moral que é, deve ser observada em todas as relações obrigacionais e contratuais, jamais podendo ser relegada na interpretação das relações interpessoais, seja de que natureza for.

Por tais motivos, entende-se que não poderia ser a boa-fé o fundamento primeiro a explicar a aplicação da onerosidade excessiva dos contratos, por motivos supervenientes, justamente, pela sua generalidade.

Aliás, já dizia o doutrinador italiano Alberto Trabucchi¹²⁶, “a boa-fé tem de prevalecer em todo o campo das obrigações”; e, ademais, complementa o argentino Jorge Alsina Bustamante¹²⁷, a boa-fé “deve presidir a formação, interpretação e execução dos contratos”.

E, neste particular, justamente, por constituir regra genérica de Direito, o fundamento da boa-fé é invocado tanto pela corrente revisionista, como pela corrente anti-revisionistas, o que, pode levar a duas direções, diametralmente, opostas. Isto porque, a boa-fé, ao contrário de permitir a modificação, sempre foi tida como elemento a fundamentar o

¹²⁵ *Rivista de Diritto Civile*, v. 4, p. 664 apud FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*, p. 217.

¹²⁶ *Istituzioni di diritto civile*, 39. ed., p. 656-7 apud DONNINI, Rogério Ferraz. *Responsabilidade pós-contratual no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 48.

¹²⁷ ALSINA, Jorge Bustamante. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, p. 148.

cumprimento e inalterabilidade do contrato, baseado na firme intenção das partes em cumpri-lo, ou seja, a força obrigatória dos contratos.

Nesse diapasão, Arnaldo Medeiros da Fonseca¹²⁸ já explicava a respeito da boa-fé como fundamento da cláusula *rebus sic stantibus*:

Esta *estrela polar do direito*, na frase de Charles de Szladits, partidário do acolhimento da noção de imprevisão, oferece, na verdade, como advertiu Niboyet, o singular perigo de conduzir em duas direções diametralmente opostas, pois nos países latinos, a boa-fé tem sido também considerada, de uma maneira geral, como se opondo a uma modificação ulterior dos contratos. A boa-fé, diz-se, consiste em executar, custe o que custar, a obrigação livremente contraída. Entre as partes que se defrontam, credor e devedor, não há senão interesses individuais em causa, e a palavra dada deve superá-los; o que, entretanto, não significa que a intervenção excepcional do legislador deixe de justificar-se em momentos de crises graves e generalizadas, afim de evitar sérias perturbações sociais.

Enfim, tomando o contrato como um processo ou procedimento, constituindo-se de várias fases e servindo a ambos os contratantes, a boa-fé deve atuar em todos os sentidos do campo obrigacional e contratual, seja como norma de comportamento (boa-fé subjetiva), seja como princípio geral de direito (boa-fé objetiva). E isso, impede que seja ela utilizada como fundamento a ensejar a revisão ou modificação contratual, principalmente, porque também pode fundamentar a sua inalterabilidade ou sua permanência.

3.2.3.3 Teoria com fundamento na extrinsibilidade do fortuito

Defendida pelo francês Henri Lalou, a teoria da extrinsibilidade do fortuito é de caráter pouco flexível, posto que impõe o cumprimento da obrigação pelo devedor, ainda que isso gere a sua ruína patrimonial. Isto porque, as jurisprudências alemã, francesa e inglesa, jamais aceitaram a teoria da imprevisão como princípio jurídico.

Neste caso, a revisão ou resolução do contrato, por onerosidade excessiva da prestação decorrente de fato imprevisível, somente seria possível pela aplicação extensiva das

¹²⁸ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*, p. 219.

regras incidentes ao caso fortuito e a força maior, uma vez que a imprevisibilidade estaria implícita nesses institutos.

Segundo Henri Lalou, a ocorrência de eventos imprevisíveis, que modificam a economia contratual e geram a lesão virtual para o devedor da obrigação, não seria mais do que uma espécie atenuada de caso fortuito, que provoca uma impossibilidade relativa, também conhecida como excessiva onerosidade, o que é, severamente, criticado por Nelson Borges¹²⁹, uma vez que, não existe gradação na impossibilidade, pois a prestação ou é impossível ou é possível.

Assim, da mesma forma como nas hipóteses de caso fortuito e de força maior se identificam com a ausência de culpa, igualmente, a imprevisão seria uma causa liberatória da responsabilidade contratual.

Ocorre que a imprevisão não deve ser confundida, em hipótese alguma, com o caso fortuito ou de força maior, uma vez que possuem naturezas jurídicas, estruturas, contextos, gêneses e efeitos próprios e distintos, com diferenciações que os identificam e individualizam, enfim, “são institutos independentes e com origens que não podem se confundidas ou, mesmo, fundidas por meio de proposta de extensão”, como leciona Nelson Borges¹³⁰.

Assim, por exemplo, o caso fortuito e de força maior são de índole objetiva, inevitáveis e irresistíveis, que impossibilitam o cumprimento da obrigação, total ou parcialmente. A imprevisão, por sua vez, é de causa subjetiva e não gera uma impossibilidade de cumprimento da prestação, mas sim uma dificuldade exacerbada.

Ademais, o caso fortuito ocorre em plano contratual, ao contrário da imprevisão, que ocorre no plano extracontratual. Quer isto dizer que o caso fortuito ou de força maior deve atingir de impossibilidade, diretamente, o elemento objetivo do contrato, ou seja, o seu objeto mediato ou imediato, ao passo que a imprevisão é um fato imprevisível ocasionado numa esfera exterior da relação jurídica contratual (calamidades, guerras etc.), porém, a ela vem atingir.

Por outro lado, o fato imprevisível presente na teoria da imprevisão, não é pressuposto do caso fortuito ou de força maior, aliás, nestes, o fato até pode ser previsto ou previsível, porém, deve ser inevitável e irresistível.

Por tais motivos, como se nota, não é possível igualar institutos jurídicos que possuem fundamentos diferentes, ainda que para efeito de tutela, posto que, há situações

¹²⁹ BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil*, p. 214-5.

em que não será possível estender as regras de um instituto em outro, podendo ensejar aplicações equivocadas da norma, além do que viola contra a própria ciência jurídica.

3.2.3.4 Teoria com fundamento na socialização do direito

Em contrapartida ao individualismo presente no século XIX, o século XX adotou o princípio da solidariedade. Neste sentido, Roman Badenes Gasset formulou a teoria da socialização do Direito, segundo a qual o contrato civil, embora, entabulado entre dois particulares, e regido pelo direito civil privado, não deixa de interessar à coletividade, tendo em vista que os contratantes dela fazem parte.

Com isso, a própria sociedade tem interesse na situação do devedor, evitando-se ao máximo levá-lo à ruína, com sua falência ou insolvência, devido à exigência do seu credor de uma prestação excessivamente onerosa, em virtude de fatos imprevisíveis.

Isso significa, conforme a lição de Alcio Manoel de Sousa Figueiredo¹³¹, “que o credor deverá encarar o devedor não como um contraente isolado, mas como integrante do meio social, da qual o próprio credor participa, estando os interesses da sociedade (interesse coletivo) em posição hierarquicamente superior a dos interesses particulares”.

Na mesma esteira de pensamento, o jurista português Luís Alberto de Carvalho Fernandes¹³², salientava que, deve haver uma cooperação social entre credor e devedor, que seria a razão-de-ser da imprevisibilidade, sendo, portanto, perfeitamente, possível o não-cumprimento de uma obrigação contratual em nome da chamada “caridade jurídica”.

Sem dúvida alguma, o fundamento de Badenes Gasset tem respaldo da atual situação jurídica do Direito brasileiro e é a que mais se aproxima da realidade contemporânea, recheada de solidarismo e coletivismo, em oposição ao individualismo de outrora. Aliás, isso é bem nítido pela própria leitura da Constituição da República, bem como de outros textos legais, como, o Código de Defesa do Consumidor e a Consolidação das Leis do Trabalho, que

¹³⁰ Idem. *Ibidem*, p. 216-7.

¹³¹ FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. *Revisão do contrato*, p. 78.

¹³² A teoria da imprevisão no direito civil português, *Boletim do Ministério da Justiça* 128, p. 106 *apud* BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil*, p. 238.

consagrou e tutelou bens de importância social, como, o meio ambiente, as relações de consumo, os direitos trabalhistas etc.

O grande obstáculo que se impõe na adoção deste fundamento, talvez, está ainda no jogo de interesses individuais que move a sociedade capitalista, o que impede a cooperação entre as partes contratantes.

3.2.3.5 Teoria com fundamento na equidade e na justiça

Indiscutivelmente, o primeiro jurista brasileiro a tratar a respeito do assunto da teoria da imprevisão, com profundidade e exaustão, foi Arnaldo Medeiros da Fonseca. E, assim, após realizar uma aprofundada pesquisa, o jurista pátrio formulou a sua própria teoria, com fundamento na equidade e na justiça.

Com sua obra lançada em um dos momentos mais férteis de aplicação da teoria da imprevisão, certamente, o jurista possuía uma vivência e uma experiência suficiente para adotar, ou melhor, sugerir como fundamento da imprevisão, a equidade e a noção de justiça.

Inicialmente, Arnaldo Medeiros da Fonseca¹³³ propõe a atuação prudente do legislador, em casos especiais, com a formulação de leis emergenciais para atender situações graves e generalizadas, decorrentes de circunstâncias imprevistas. Todavia, questiona o jurista pátrio, a legalidade do magistrado em intervir, de modo permanente, nos contratos, permitindo sua revisão e/ou resolução.

Em seguida, assevera Arnaldo Medeiros da Fonseca¹³⁴ que, a mera onerosidade pura e simples do devedor, sem qualquer vantagem para o credor, que espera do contrato apenas os benefícios que no momento da contratação previu, não dá ensejo a qualquer modificação contratual. Assim, veja-se a seguinte opinião:

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

¹³³ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*, p. 234.

¹³⁴ Idem. *Ibidem*, p. 234.

Dessa forma, tal situação, segundo o jurista brasileiro, não acarretaria injustiça alguma. Entretanto, esclarece Nelson Borges¹³⁵, a partir do momento em que ocorre uma alteração profunda e imprevisível que provoca, por consequência, visível e palpável acréscimo de benefícios para o credor, os elementares princípios de justiça comutativa desapareceriam se, em nome da regra *pacta sunt servanda*, o credor exigisse do devedor da prestação o fiel e integral cumprimento da obrigação assumida.

Ademais, segundo a teoria em comentário, não é o contrato, verdadeiramente, a fonte desse enriquecimento indevido, mas sim a superveniência imprevista, que vai proporcionar vantagens novas e inesperadas a uma das partes, em detrimento da ruína de outra parte.

Com a consagração de tal regra no Direito positivo, Arnaldo Medeiros da Fonseca¹³⁶ sustenta que seria possível evitar a iniquidade temida, sem contudo, violar os princípios tradicionais do direito contratual, especialmente, o da força obrigatória dos contratos.

A partir da sua teoria, Arnaldo Medeiros da Fonseca¹³⁷ enumera os elementos caracterizadores da teoria da imprevisão:

- a) alteração radical no ambiente objetivo existente ao tempo da formação do contrato, decorrentes de circunstâncias imprevistas e imprevisíveis; b) onerosidade excessiva para o devedor e não compensado por outras vantagens auferidas anteriormente, ou ainda, esperáveis, diante dos termos do ajuste; c) enriquecimento inesperado e injusto para o credor, como consequência direta da superveniência imprevista.

O Direito, por si só, não tem condição de atuar, isoladamente, sem a ajuda da moral, como ocorre no direito de família. Em relação ao direito patrimonial, no entanto, isso é possível. Segundo Arnaldo Medeiros da Fonseca¹³⁸ basta, para tanto, a própria noção de direito, os princípios de equidade e o sentimento de justiça para justificar a intervenção judicial no contrato, impedindo o esmagamento de um dos contratantes para enriquecimento do outro. Essas noções, seriam o justo limite, criado pela consciência comum, para explicar a

¹³⁵ BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil*, p. 207.

¹³⁶ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*, p. 235.

¹³⁷ Idem. *Ibidem*, p. 236.

¹³⁸ Idem. *Ibidem*, p. 236.

noção econômica de segurança, para impedir a iniquidade, evitando-se a aplicação inflexível da regra da obrigatoriedade das convenções.

A crítica que padeceu sobre a teoria de Arnaldo Medeiros da Fonseca é, justamente, acerca do subjetivismo dos conceitos de justiça e equidade, podendo variar de acordo com a época ou o lugar. Ademais, tais noções necessitam também de uma concretização, o que, por consequência, somente se atinge por meio das noções de justo, de enriquecimento indevido, de abuso, entre outros conceitos.

Aliás, menciona-se, a propósito, a observação de Anísio José de Oliveira¹³⁹ ao afirmar que, “a moral, a equidade como a razão e a boa-fé são conceitos flutuantes”. E, em seguida, arremata: “São termos que exprimem uma diversidade, já que cada cidadão, qualquer que seja ele, possui uma noção, uma idéia do que é a equidade, moral, justiça etc.”

Todavia, atualmente, tais críticas talvez não sejam mais pertinentes, em virtude da nova sistemática do Código Civil de 2002, com a adoção de um sistema aberto, composto de cláusulas gerais, conceitos legais indeterminados e conceitos determinados pela função, que permite ao magistrado liberdade de decisão, sem contudo, desvincular-se da legalidade.

Isto porque o Direito Brasileiro somente admite a equidade como fonte do Direito se, expressamente, a lei assim o prescrever, o que se conclui diante da interpretação do art. 4.^o¹⁴⁰, da Lei de Introdução ao Código Civil e art. 127¹⁴¹ - ¹⁴² do Código de Processo Civil.

Por isso, com o advento do Código Civil de 2002 tornou-se possível invocar a teoria da equidade como fundamento da teoria da imprevisão ou onerosidade excessiva,

¹³⁹ OLIVEIRA, Anísio José de. *A teoria da imprevisão nos contratos*. 3. ed. São Paulo: Leud, 2002, p. 183.

¹⁴⁰ O art. 4.^o assim determina: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Logo, exclui-se a equidade.

¹⁴¹ Art. 127. “O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”.

¹⁴² Francisco Amaral critica esse dispositivo legal do Código de Processo Civil, sustentando sua incoerência e incompatibilidade com o vigente Código Civil, nos seguintes termos: “Ocorre que o Código de Processo Civil (Lei 5.869/73), sancionado na vigência da Constituição Federal de 1967, com a emenda constitucional de 1969, de valores e princípios diversos dos que legitimam a atual Constituição, é produto de uma concepção formal e legalista (veja-se o art. 2.^o do CPC) que não se coaduna com o espírito do novo Código Civil, de fundamentos axiológicos diversos. E reconheça-se, com Philip Heck, que “em cada decisão jurídica concreta pode atuar o conteúdo global da ordem jurídica. Logo, o Código de Processo Civil vigente, e o novo Código Civil, representam, cada um, pensamentos jurídicos, histórica e filosoficamente diversos. O primeiro, normativista, orientado para a aplicação lógico-dedutiva das normas jurídicas. O segundo, jurisprudencialista, dispondo de princípios e de cláusulas gerais, orientando o intérprete para a decisão jurídica de modo problemático-dialético”, prevendo o recurso a critérios ético-jurídicos que permita chegar-se à concepção jurídica, conferindo-se maior poder ao juiz para encontrar-se a solução mais justa ou equitativa. Não obstante, é de ressaltar-se que o mesmo Código de Processo Civil, no seu art. 471, ao estabelecer as exceções à regra geral, segundo a qual nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesmo lide, não inclui nessas exceções a decisão proferida em juízo de equidade” (Cf. A equidade no Código Civil brasileiro. In: ARRUDA ALVIM, José Manuel de; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (Coords.). *Aspectos controversos do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 207).

especialmente, por conta do art. 479 que permite a modificação equitativa do contrato, o que não possível, anteriormente, tendo em vista que, a lei não autorizava a modificação contratual por equidade.

3.3 DA TEORIA DA IMPREVISÃO

3.3.1 Breve esboço histórico

A cláusula *rebus sic stantibus* ressurge, na Europa, no início do século XX, após um período em plena decadência, totalmente, relegada pelas idéias individualista e antropocentrismo do Estado liberal, em que as noções de segurança, equilíbrio e estabilidade eram mais exaltadas e, por consequência, não permitiam a revisão ou resolução contratual.

A primeira modificação verificada na velha cláusula é que ela retornou com nova denominação, passando, a partir de então, a ser denominada de teoria da imprevisão.

Um fenômeno contribuiu, diretamente, para o ressurgimento da velha cláusula, agora, teoria da imprevisão, qual seja: a recessão causada pela Primeira Grande Guerra Mundial (1914-1918) e as conseqüentes alterações econômicas e sociais, que se refletiram no mundo jurídico.

Essas alterações econômicas e sociais provocadas pela Guerra Mundial, absolutamente, inesperadas e imprevisíveis foram de tal ordem e gravidade que, se fossem mantidos imutáveis os contratos de trato sucessivo ou de execução continuada chegar-se-ia a intoleráveis situações, de enorme e injusto enriquecimento de um dos contratantes à custa da ruína total, ou quase total, do outro¹⁴³.

Nesse contexto de conseqüências drásticas, ainda havia uma resistência à publicação de regras mais maleáveis, porém, verificou-se que, as normas do Direito posto até então, eram insuficientes para garantir a segurança da situação econômico-jurídica que, àquela altura, estava insustentável.

¹⁴³ GAGLIANO, Pablo Stolze. Algumas considerações sobre a teoria da imprevisão. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 5, n. 51, out./2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2206>>. Acesso em: 03 jan. 2006, p. 3.

A cada instante, surgiam novas situações nas quais o contrato não poderia mais ser mantido imutável, como se nada de extraordinário e imprevisível tivesse acontecido. É interessante notar que, o modelo de contrato então vigente, que pregava a obrigatoriedade do cumprimento dos pactos tornou-se o maior inimigo da realidade social e econômica da época.

Sob este contexto, surge a primeira lei no mundo contemporâneo, a respeito da rescisão dos contratos. Trata-se da Lei Failliot, de origem francesa, e publicada em regime de exceção, em 21 de maio de 1918.

Pois bem, referida legislação de guerra, elaborada em caráter especial e transitório, estabeleceu que, os contratos de obrigação sucessiva ou diferida, concluídos antes de 1º de agosto de 1914, poderiam ser rescindidos por pedido de quaisquer dos contratantes, em relação às obrigações de entrega de mercadorias ou gêneros alimentícios¹⁴⁴ - ¹⁴⁵.

Simultaneamente, à edição de referida legislação, outras surgiram com o intuito de conceder benefícios, revisões e prorrogações, especialmente, em relação aos contratos de locação.

Enfim, em toda Europa, diante da ocorrência da Guerra Mundial, impôs-se a necessidade de revisão ou rescisão dos contratos, por diversos fundamentos, de acordo com a legislação de cada país. Por exemplo, na França adotou-se a nova teoria da imprevisão; na Itália, aplicou-se, novamente, a cláusula *rebus sic stantibus*; e, na Inglaterra, criou-se a teoria da frustração da aventura.

Com o fim da Primeira Grande Guerra Mundial, as cidades foram reconstruídas e a economia retomou o seu curso normal. Com isso, as normas especiais e

¹⁴⁴ OLIVEIRA, Anísio José de. *A teoria da imprevisão nos contratos*, p. 86.

¹⁴⁵ Eis o texto do diploma legal na íntegra:

Art. 1.º Pendant la durée de la guerre et jusqu'à l'expiration d'un délai de trois mois à partir de la cessation des hostilités, les dispositions exceptionnelles suivantes sont applicables aux marchés et contrats ayant un caractère commercial pour les parties ou pour l'une d'elles seulement, qui ont été conclus avant le 1.er août 1914 et qui comportent soit livraisons de marchandises ou de denrées, soit d'autres prestations successives ou seulement différées.

Art. 2.º Indépendamment des causes de résolution résultant du droit commun ou des conventions, les marchés et contrats visés dans l'article précédent peuvent être résolus sur la demande de l'une quelconque des parties, s'il est établi qu'à raison de l'état de guerre l'exécution des obligations de l'un des contractants entraînera des charges de beaucoup les prévisions qui pouvaient être raisonnablement faites à l'époque de la convention.

La résolution est prononcée, selon les circonstances, avec ou sans dommages-intérêts.

Le juge, lorsqu'il accorde des dommages-intérêts, doit en réduire le montant s'il constate que, par suite de l'état de guerre, le préjudice a dépassé notablement celui que les contractants pouvaient prévoir.

Si, conformément aux conditions et usages du commerce, l'acheteur s'est procuré, aux frais et risques du vendeur, les marchandises que ne lui ont pas été livrées, le montant des dommages-intérêts doit être réduit sous les conditions déterminées par le troisième alinéa ci-dessus.

Le juge peut aussi, sur la demande de l'une des parties prononcer la suspension de l'exécution du contrat pendant le délai qu'il détermine.

provisórias, aos poucos foram sendo dispensadas, e as normas permanentes e rigorosas do modelo clássico de contrato tornaram-se, novamente, aplicáveis.

Entretanto, após esses acontecimentos, a revisão dos contratos pela imprevisão não era mais tratada como uma simples regra, mas foi elevada à categoria de teoria, merecendo estudos mais aprofundados, como ocorreu, em 1937, na Semana Internacional de Direito realizada, em Paris. Nesta Reunião Internacional chegou-se à conclusão de que as legislações estrangeiras assumiam dois grupos: dos não-revisionistas e dos revisionistas^{146 - 147}.

Tendo em vista a mentalidade jurídica da época, a maioria dos juristas participantes ainda se inclinava favorável à manutenção da força obrigatória dos contratos, com a intervenção do magistrado ou do legislador em situações pontuais, como salientou o presidente da sessão, Georges Ripert: “em primeiro lugar o risco de atribuir-se ao juiz uma faculdade quase ilimitada, sem guia e sem direção; e, em segundo lugar, a possibilidade de despertar-se no ânimo dos contratantes, cuja boa-fé se queria proteger, a inclinação para a má-fé, com a esperança de não ficarem vinculados pelos compromissos assumidos”¹⁴⁸.

Posteriormente, com o advento da Segunda Grande Guerra, envolvendo, praticamente, os três maiores continentes (Europa, Ásia e América), e tendo proporções ainda maiores que a Primeira, novamente, o mundo teve de enfrentar uma situação excepcional, marcada pela destruição de dezenas de cidades, o que provocou conseqüências diretas na economia e na sociedade, com o crescimento da inflação, do desemprego e da fome.

Dessa forma, novamente, a população não apenas dos países envolvidos na Guerra, mas também daqueles que tiveram conseqüências reflexas, estava diante de uma situação imprevisível e inesperada.

¹⁴⁶ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*, p. 201.

¹⁴⁷ No Brasil, igualmente, formaram-se três correntes, a respeito da mutabilidade do contrato e de suas cláusulas contratuais: a primeira, denominada de anti-revisionista, representante do modelo clássico de contrato, tinha como defensores Carvalho Santos e Orosimbo Nonato. Defendia esta corrente que, a lei exige o consentimento somente para a formação do contrato, e a anormalidade de circunstâncias no momento da execução não pode influir na validade de *consensus*. Desta forma, admitir sua revisão ou resolução quando da superveniência de circunstância imprevista seria tirar ao contrato a sua própria utilidade, que consiste na salvaguarda do credor para o futuro. A segunda, denominada de revisionista, tinha como representantes Arthur Rocha e Abgar Soriano de Oliveira. Segundo esta corrente, totalmente, favorável à intervenção externa no contrato, há distinção entre “imprevisão” e “superveniência”, de modo que, a cláusula *rebus sic stantibus* poderia atuar para revisar ou modificar o contrato, ainda que haja previsão. Por fim, a terceira corrente, também conhecida como moderada, tinha como mentor Arnaldo Medeiros da Fonseca. Segundo o jurista, a revisão do contrato poderia ocorrer apenas em situações específicas, como, quando as circunstâncias resultem de caso fortuito, ou de um evento genérico que abranja, em sua condição exógena, todas as relações analogamente formadas.

¹⁴⁸ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*, p. 201.

Por tais razões, de novo, recorreu-se às idéias, ainda latentes, da teoria da imprevisão para tentar amenizar ou atenuar os danos patrimoniais e jurídicos, que a manutenção imutável do contrato poderia ocasionar.

No Brasil, além da aplicação da teoria da imprevisão, o Estado, a fim de atender às necessidades da época, elaborou diversos diplomas legais, permitindo o intervencionismo no contrato como forma de adequá-lo à realidade. Assim, por exemplo, são a Lei de Usura, a Lei de Luvas e a Lei de Reajustamento Econômico.

É interessante observar a evolução das correntes doutrinárias e jurisprudenciais pátrias, passando de uma posição contrária à teoria da revisão dos contratos pela imprevisão, para uma posição tendente a permitir a revisão contratual. E, tudo isso, não apenas com o intuito de reequilibrar a relação contratual entre as partes contratantes, mas também como forma de preservar a paz e a integridade social.

3.3.2 Do conceito

Particularmente, no Direito Brasileiro, a teoria da imprevisão é construção exclusiva da jurisprudência e da doutrina.

O elemento determinante para a configuração da teoria da imprevisão, logicamente, é o motivo imprevisível, que ensejou a modificação das bases do contrato celebrado com prazo sucessivo ou diferido no tempo, tornando-o de difícil cumprimento para a parte devedora.

Por tais razões, convém esclarecer, inicialmente, o que se entende por imprevisão na doutrina jurídica. Segundo o doutrinador argentino Luís Andorno¹⁴⁹, imprevisão “são variações nas situações, que de modo algum poderão ser previstas nem pelo mais avisado dos contratantes”.

A imprevisão, portanto, seriam fatos inesperados, surpreendentes, enfim, que nenhuma das partes poderia, de maneira alguma, supor antecipadamente. E, neste particular, ao se observar a história jurídica do mundo moderno e contemporâneo, percebe-se que os Ordenamentos Internacionais e os Tribunais Mundiais têm sido bastante rigorosos ao

¹⁴⁹ ANDORNO, Luís. La teoría de la imprevisión. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 30, ano 8, out.-dez./1984, p. 7.

considerar um fato como imprevisível e extraordinário.

Assim, por exemplo, a história jurídica mostra dois fatos marcantes de imprevisibilidade. O primeiro, refere-se ao caso das empresas seguradoras da Itália, no ano de 1906, no famoso caso dos incêndios das cidades de Messina e Reggio Calabria, provocadas por fortes terremotos que as destruíra quase que completamente. Por essa ocasião, as Cortes italianas eximiram as empresas seguradoras do pagamento do prêmio aos segurados¹⁵⁰.

O segundo, refere-se às já mencionadas duas Grandes Guerras Mundiais ocorridas, respectivamente, nos períodos de 1914-1918 e 1939-1945, que resultaram na publicação de diversos diplomas legais, como, a Lei Failliot (1918); as Leis sobre seguros (1919); a Lei sobre arrendamento (1924); a Lei sobre a revisão dos preços de aluguel (1925); a Lei sobre a redução judicial dos preços de venda de certos fundos de comércio (1935) e a Lei sobre revisão salarial (1938)¹⁵¹.

Posto isto, verifica-se que, a teoria da imprevisão foi um pouco mais minuciosa que a velha cláusula *rebus sic stantibus*. Enquanto esta exigia que o estado de fato permanecesse o mesmo, quando da execução do contrato, a teoria da imprevisão exigiu a ocorrência de um fato, um acontecimento imprevisível e extraordinário. A distinção, embora possa parecer bastante tênue, em verdade, a formulação doutrinária da teoria da imprevisão tem uma aplicação mais limitada e restrita do que a cláusula *rebus sic stantibus*.

Talvez, a principal e mais evidente distinção existente entre a cláusula *rebus sic stantibus* e a teoria da imprevisão está no fato dos seus mentores (pós-glosadores e bartolistas) considerarem aquela como uma cláusula implícita em todo e qualquer contrato, ao passo que, os elaboradores desta a consideraram como uma exceção à regra da força obrigatória dos contratos.

Enfim, diante dos acontecimentos históricos, pode-se conceituar a teoria da imprevisão, como o fundamento jurídico que permite aos contratantes, por intermédio de mútuo consenso ou por intervenção do Poder Estatal, modificar, revisar ou resolver um contrato, de execução continuada ou diferida no tempo, em virtude de fatos ou acontecimentos imprevisíveis e extraordinários, que dificultem, demasiadamente, o cumprimento da prestação por torná-la, excessivamente, onerosa.

Além do elemento imprevisível, outros pressupostos são necessários para a configuração da teoria da imprevisão, os quais serão expostos em seguida.

¹⁵⁰ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Da cláusula *rebus sic stantibus*, p. 48.

¹⁵¹ Idem. Ibidem, p. 48.

3.3.3 Dos elementos de configuração

Como até o advento do atual Código Civil não existia uma legislação específica regulamentando a teoria da imprevisão e seus pressupostos, a sua configuração ficou subordinada às idéias que o julgador e o doutrinador tinham a seu respeito. Com isso, muitas opiniões se formaram acerca dos elementos caracterizadores da teoria da imprevisão e, em muitos casos, bastante controvertidos.

Nesse diapasão, os pressupostos apontados por cada julgador ou doutrinador variavam, principalmente, de acordo com o fundamento adotado para tanto, tendo-se em conta as diversas teorias acima apontadas.

Dentre os principais juristas que estudaram o assunto, não se pode deixar de citar Arnaldo Medeiros da Fonseca¹⁵². Segundo o jurista, os pressupostos da teoria da imprevisão são:

- a) alteração radical no ambiente objetivo existente ao tempo da formação do contrato, decorrentes de circunstâncias imprevistas e imprevisíveis; b) onerosidade excessiva para o devedor e não compensado por outras vantagens auferidas anteriormente, ou ainda, esperáveis, diante dos termos do ajuste; c) enriquecimento inesperado e injusto para o credor, como consequência direta da superveniência imprevista.

Por conseguinte, Georges Ripert¹⁵³ enumerou os seguintes pressupostos, ressaltando para a inaplicabilidade da teoria nos contratos aleatórios:

- a) o caráter imprevisível do acontecimento não depende da própria natureza do acontecimento, mas do que era impossível prever que sobreviesse, modificando a situação; b) a execução difícil ou onerosa do contrato resultará, a maior parte das vezes, da modificação dos preços; c) não tratará, enfim, de revisão se o contrato tem um caráter aleatório ou se apresenta como um puro ato de especulação.

Ainda, não é supérfluo ressaltar a opinião do jurista argentino Luís Andorno¹⁵⁴:

¹⁵² FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*, p. 236.

¹⁵³ RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*, p. 164-5.

¹⁵⁴ ANDORNO, Luís. *La teoría de la imprevisión*, p. 13.

a) deve tratar-se de contratos bilaterais comutativos ou unilaterais onerosos e comutativos; b) a situação de imprevisão somente pode configurar-se nos contratos de execução diferida ou continuada; c) é necessário que haja sobrevindo uma onerosidade excessiva a cargo de uma das partes; d) dita onerosidade superveniente ou desequilíbrio entre as prestações deve ter sido consequência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis; e) é necessário que o que reclama a resolução não seja culpado ou não esteja constituído em mora.

Diante dessas opiniões, constata-se que existem alguns pressupostos que são essenciais à configuração da teoria da imprevisão, sem os quais esta não poderia ser aplicada, por exemplo: a) tratar-se de um contrato que se estende no tempo, sendo de execução continuada ou de cumprimento diferido no tempo; b) a ocorrência de um acontecimento imprevisível e extraordinário, posterior à celebração do contrato; e, c) um desequilíbrio entre as prestações, por consequência desses acontecimentos, que dificultam, demasiadamente, o cumprimento por uma das partes, porém, que não a impossibilitam.

Existem, entretanto, outros pressupostos que ainda demandam bastante discussão quanto à sua exigência. Assim, por exemplo, citam-se: a) o enriquecimento exagerado ou vantagem extrema para a parte beneficiada; b) a inexistência de mora ou culpa da parte prejudicada; e, c) a aplicação aos contratos aleatórios. É certo, porém, que, se acolhidos esses pressupostos limitar-se-ia, grandemente, a incidência da teoria da imprevisão.

Isso porque é que o reconhecimento da teoria da imprevisão, em um contrato, demanda a análise concreta e particular de cada caso, de modo que, nem sempre serão verificados todos os pressupostos essenciais em determinada situação, pois se assim o fosse, estar-se-ia diante de um extremo formalismo.

Por isso, acredita-se que a teoria da imprevisão não possui pressupostos, taxativamente, enumerados, de modo que, todos os elementos acima mencionados, podem ser invocados para a configuração da teoria da imprevisão.

Por fim, registre-se que a análise de cada um desses pressupostos será feita, detalhadamente, no Capítulo IV, que trata “Da teoria da onerosidade excessiva nos contratos no vigente Código Civil brasileiro”.

3.3.4 Dos efeitos do reconhecimento

Uma vez reconhecida a imprevisão incidente sobre o contrato celebrado, surge, em seguida, a necessidade de se conferir uma solução ao caso, na hipótese das partes não atingirem um consenso.

A primeira solução dependeria do mútuo consenso dos contratantes. Assim, se o contratante credor se dispuser a efetuar a redução da prestação que se tornou excessivamente onerosa, ou a modificar a cláusula contratual que se tornou lesiva ao contratante prejudicado, ou ainda, a resolver o contrato, o litígio se soluciona, perfeitamente.

Entretanto, não havendo consenso entre os contratantes, a solução para o conflito se transfere ao poder do magistrado. Neste caso, surge a seguinte dúvida: qual a solução a ser adotada pelo juiz: a revisão, a rescisão ou a resolução do contrato?

As opiniões doutrinárias, ao longo da história jurídica moderna e contemporânea, têm optado pela revisão dos contratos, tanto é que, por época da sua elaboração, criaram-se duas correntes doutrinárias: a dos anti-revisionistas e a dos revisionistas.

Isso porque, a teoria da imprevisão, quando foi criada, não tinha o intuito de extinguir o contrato, mas sim mantê-lo exigível, porém, em condições realizáveis e factíveis. Dessa forma, a execução da obrigação continuava exigível, mas não nas mesmas condições após a ocorrência do acontecimento imprevisível que o tenha inviabilizado, mas em condições outras, adequadas às mesmas circunstâncias iniciais do ato da contratação.

Os projetos de lei (de 1965 e 1975), porém, que precederam o atual Código Civil, adotavam como solução, a resolução dos contratos, sendo admitida a revisão apenas na hipótese de mútuo consentimento, quando o contratante, supostamente, beneficiado se dispusesse a modificar, equitativamente, a prestação a que tinha direito.

Esta solução, também foi a adotada pelo vigente Código Civil e parece ser a mais coerente de acordo com os princípios contratuais da nova ordem contratual, embora, segundo alguns doutrinadores, venha a afrontar os princípios da força obrigatória dos contratos, bem como o da conservação dos contratos.

A bem da verdade é que, muitas vezes, o contrato revisado ou modificado, pode não ser mais útil ao contratante credor ou não lhe trazer mais os benefícios esperados e, quiçá, até mesmo lhe causar uma desvantagem patrimonial, daí porque exigir o seu

cumprimento seria dar guarida absoluta ao princípio da força obrigatória dos contratos, o que não se pode mais admitir, pois se sabe que o mesmo sofreu atenuações.

E, neste particular, é a crítica de Eros Roberto Grau¹⁵⁵, ao comentar a intervenção do Judiciário na autonomia da vontade dos contratantes¹⁵⁶: “A autonomia da vontade, que deveria ser a regra, é indevidamente substituída pelo entendimento que o julgador tem do negócio. Passa o Judiciário, então, a ignorar o pressuposto básico da racionalidade dos agentes econômicos, arvorando-se a condição de protetor daqueles que tinham plenas condições de contratar e se obrigar em igualdade de condições”.

Por outro lado, também não há de se falar em ofensa ao princípio da conservação dos contratos. Primeiro, porque tal princípio não se confunde com a imutabilidade do contrato, embora, inicialmente, possa parecer e confundir o operador do Direito; e, segundo, conforme o magistério de Cláudio Luiz Bueno de Godoy¹⁵⁷, porque “a força desse princípio impõe ao operador que, quando possíveis interpretações diversas, opte, em vez daquela que a recusa, pela que garanta eficácia ao contrato. Ou, em diversos termos, se uma interpretação nega efeito ao contrato e outra o garante, por esta última deve-se guiar o intérprete”, logo, tal princípio não se aplica nas hipóteses de incidência da teoria da imprevisão.

Posto isto, registre-se que o assunto será, novamente, abordado no Capítulo IV, quando se vai tratar “Dos efeitos do reconhecimento judicial da onerosidade excessiva nos contratos”.

¹⁵⁵ GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos? *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma Editora, v. 5, ano 2, jan.-mar./2001, p. 73-4.

¹⁵⁶ É evidente que a crítica que ora se faz, se dirige aos contratos celebrados entre agentes econômicos que nada têm de hipossuficientes. Ou seja, é lógico que, não se está se referindo aos contratos consumeristas, de adesão, ou praticados por meio de condições gerais, pois, nesses casos sim, a autonomia da vontade merece proteção. Aliás, todo o presente trabalho é voltado aos contratos civis, celebrados, estritamente, sob a égide do Código Civil.

¹⁵⁷ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*, p. 168.

3.3.5 Da legislação civil anterior ao atual Código Civil

3.3.5.1 Do Código Civil de 1916 (Clóvis Bevilácqua)

O anterior Código Civil Brasileiro, em verdade, não acolheu expressamente nenhum dos princípios, em discussão (*pacta sunt servanda* ou *rebus sic stantibus*).

Entretanto, sob a influência do Direito Francês, especialmente, do Código Napoleônico, em diversos dispositivos legais assegurou que, somente pela vontade recíproca dos contratantes é que seria possível haver rompimento da obrigação contratual, adotando, assim, de forma implícita, o princípio da força obrigatória dos contratos, como se constata pela análise de diversos dispositivos, como, os arts. 762, 954, 1.060, 1.091, 1.092, 1.131, 1.190, 1.205 e 1.399.

A despeito disso, é inegável que o Código Civil de 1916 optou pela segurança¹⁵⁸ das relações, pela proteção do contrato tal como convencionado em sua origem e, por tais razões, é coerente que não iria permitir a possibilidade de liberação da obrigação contratual por uma das partes contratantes, ainda que, por superveniência de circunstâncias imprevisíveis.

Nem por isso, é de se criticar o Código de Clóvis Bevilácqua, pois, tal opção se justifica pela adequação à situação social e econômica da época, como sustenta Clóvis do Couto e Silva¹⁵⁹: “Também a doutrina da cláusula *rebus sic stantibus* não fora adotada, e o meio econômico não a poderia exigir. Numa economia agrária, com moeda estável, não haveria por que sugerir-se a adoção dessa cláusula, vigente apenas em época de crise”.

Há quem diga, no entanto, que o Código Civil anterior tratou da cláusula *rebus sic stantibus*, de forma pontual, em situações específicas, mesmo assim, não para liberar

¹⁵⁸ Neste particular, atenta Gustavo Tepedino: “Segurança – é de se sublinhar – não no sentido dos resultados que a atividade privada alcançaria, senão quanto à disciplina balizadora dos negócios, quanto às regras do jogo. Ao direito civil cumpriria garantir à atividade privada, e em particular ao sujeito de direito, a estabilidade proporcionada por regras quase imutáveis nas suas relações econômicas. Os chamados riscos do negócio, advindos do sucesso ou insucesso das transações expressariam a maior ou menor inteligência, a maior ou menor capacidade de cada indivíduo” (Cf. Premissas metodológicas para constitucionalização do direito civil. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 3).

¹⁵⁹ SILVA, Clóvis do Couto e. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 628, n. 77, fev./1988, p. 7-18.

a parte prejudicada do cumprimento do contrato, mas para abrandar a sua rigidez em relação ao momento de sua formação¹⁶⁰ - ¹⁶¹.

Assim sendo, convém, neste particular, tratar acerca de alguns desses dispositivos legais. Em princípio, veja-se o art. 1.190¹⁶² do Código Civil de 1916. Segundo este dispositivo legal, o locatário poderá pedir a redução proporcional do aluguel, se a coisa locada se deteriorar durante a locação, sem sua culpa, ou ainda, pedir a rescisão contratual, se a coisa não mais servir para o fim a que se destina.

Por outro lado, observe-se ainda o teor do art. 1.250¹⁶³ da mesma Legislação, que permite a rescisão do contrato de comodato, quando, por necessidade imprevista e urgente, reconhecida pelo magistrado, o comodante suspender o uso e gozo da coisa emprestada, antes do término do prazo convencionado, ou o que se determinou pelo uso outorgado.

A despeito, no mesmo sentido é o art. 1.131¹⁶⁴ do Código Civil anterior, que permite a um dos contratantes, no caso o vendedor, sobrestar a entrega da coisa, na hipótese do comprador cair em insolvência, antes da tradição do bem e não lhe der caução de pagar no tempo ajustado.

Cite-se, ainda, o conteúdo do art. 1.092 da Lei Civil de 1916, ao dispor que, “se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio, capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a parte, a quem incumbe fazer prestação em primeiro lugar, recusar-se a esta, até que a outra satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la”.

Posto isto, é de se criticar a afirmação da doutrinadora Fabiana Rodrigues Barletta, com apoio do civilista Caio Mario da Silva Pereira, tendo em vista que os dispositivos legais, acima citados, não se referem a atuações da cláusula *rebus sic stantibus* ou da teoria da imprevisão. Ao contrário, tais dispositivos não são fundamentos dessas teorias, e,

¹⁶⁰ BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *A revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*, p. 53.

¹⁶¹ Cf. PEREIRA, Caio Mario da Silva. Cláusula *rebus sic stantibus*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 92, n. 472, out./1942, p. 799.

¹⁶² Art. 1.190. Se, durante a locação, se deteriorar a coisa alugada, sem culpa do locatário, a este caberá pedir redução proporcional do aluguel, ou rescindir o contrato, caso já não sirva a coisa para o fim, a que se destinava.

¹⁶³ Art. 1.250. Se o comodato não tiver prazo convencional, presumir-se-lhe-á o necessário para o uso concedido; não podendo o comodante, salvo necessidade imprevista e urgente, reconhecida pelo juiz, suspender o uso e gozo da coisa emprestada, antes de findo o prazo convencional, ou o que se determine pelo uso outorgado.

¹⁶⁴ Art. 1.131. Não obstante o prazo ajustado para o pagamento, se antes da tradição o comprador cair em insolvência, poderá o vendedor sobrestar na entrega da coisa, até que o comprador lhe dê caução de pagar no tempo ajustado.

neste caso, concorda-se com Rogério Ferraz Donnini¹⁶⁵, são sim “medidas tutelares de crédito ou decorrentes da própria natureza dos contratos bilaterais e da reciprocidade que os caracteriza”.

Além disso, os motivos constantes dos dispositivos legais transcritos, como supostos motivos de imprevisão, jamais poderiam ser considerados como tais, quando comparados aos acontecimentos apontados como imprevisíveis ao longo da história jurídica.

3.3.5.2 Do Projeto de Código de Obrigações de 1941

Em 1941, foi constituída uma Comissão para elaborar o Projeto de Código de Obrigações, a qual foi composta por Orozimbo Nonato, Philadelpho Azevedo e Hahnemann Guimarães.

O futuro Código de Obrigações tinha por objetivo, especialmente, como menciona Caio Mario da Silva Pereira¹⁶⁶: “Atender às modificações operadas por leis posteriores, seguir as modernas tendências do direito, mitigar os excessos do individualismo incompatíveis com a ordem jurídica dos tempos que correm e reduzir a dualidade de princípios aplicáveis aos negócios civis e mercantis que devem reger todas as relações de ordem privada”.

Ademais, acrescenta o douto civilista que, o Projeto desse Código procurou atender ao problema obrigacional, unificando os princípios gerais sobre as obrigações e a disciplina dos contratos em espécie e, sobretudo, resolver o problema do direito mercantil, que ficaria, assim, reduzido a um restrito número de preceitos reguladores da atividade profissional dos comerciantes¹⁶⁷.

O Projeto do Código de Obrigações de 1941 foi bastante criticado, principalmente, por sua redação pouco apurada e acabou fenecendo.

Particularmente, a respeito da teoria da imprevisão ou onerosidade excessiva, a matéria foi tratada no art. 322¹⁶⁸.

¹⁶⁵ DONNINI, Rogério Ferraz. *A revisão dos contratos no Código Civil e no Código do Consumidor*, p. 49.

¹⁶⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito Civil: alguns aspectos de sua evolução*, p. 233.

¹⁶⁷ Idem. *Ibidem*, p. 234.

¹⁶⁸ Art. 322. Quando por força de acontecimentos excepcionais e imprevisos ao tempo da conclusão do ato, opõe ao cumprimento exato desta dificuldade extrema, com prejuízo exorbitante para uma das partes, pode o juiz, a requerimento do interessado e considerando a equanimidade a situação dos contraentes, modificar o cumprimento da obrigação, prorrogando-lhe o termo, ou reduzindo-lhe a importância.

De acordo com a disposição legal do Projeto, verifica-se que o texto é bastante genérico, impreciso e com uma solução pouco satisfatória.

Primeiro, porque não limita a aplicação do instituto, permitindo-o em todos os pactos jurídicos obrigacionais, quando é sabido que, desde os tempos primórdios, partindo da cláusula *rebus sic stantibus* até se chegar às diversas teorias subseqüentes, sempre se limitou a sua aplicação aos contratos diferidos no tempo ou de execução continuada.

Em segundo, porque subordina a aplicação do instituto a acontecimentos excepcionais e imprevistos ocorridos ao tempo da conclusão do ato. Ora, de extrema imprecisão foi o texto do Projeto, dificultando até mesmo sua interpretação, porém, é bem verdade que os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis devem ser observados no transcorrer da execução do contrato, quando este for de execução continuada ou trato sucessivo, ou antes de concluir a prestação final, quando este for diferido no tempo.

Em terceiro, pela solução adotada, em caso de aplicação do instituto. Previu o Projeto que, em ocorrendo os acontecimentos excepcionais e imprevisíveis, a solução seria a revisão do contrato, mediante prorrogação do termo ou da redução do importe devido. Deveras, a solução é pouco satisfatória para resolver o problema e, quiçá, de pouco proveito ao devedor arruinado.

Abgar Soriano de Oliveira¹⁶⁹, criticando a timidez da solução revisionista adotada pelo Projeto e pelo pensamento jurídico da época, afirma que a regra revisionista deve ser consagrada em lei com a maior amplitude possível, para que o contrato fique a salvo “do conservantismo imbecil e preguiçoso proferido por amor ao absolutismo dos contratos”.

Em seguida, arremata Othon Sidou¹⁷⁰, com ferrenha crítica:

Com efeito, além de uma construção legislativa pobre, que dificilmente poderia ser atribuída a qualquer dos três egrégios juristas, o dispositivo do Anteprojeto abriga em seu desfavor a timidez, apontando simplesmente o caminho a uma renegociação contratual, em que o juiz, considerando a equanimidade, pode adotar a modificação com a qual ambas as partes concordarem, ou pode manter os termos da negociação originária, se não houver concordância. O juiz voltaria a ser um mero espectador da demanda, como o não era já ao tempo das “ações da lei”. O contrato passaria a ter mais uma testemunha (*testis*), desta vez *ex-officio*. Tudo isso guarda um parentesco bastante remoto com a cláusula *rebus sic stantibus* e uma agnação bastante acentuada com o princípio *pacta sunt servanda*.

¹⁶⁹ Da cláusula *rebus sic stantibus* (Tese de Concurso), p. 173 *apud* SIDOU, Othon. A revisão judicial dos contratos por evento superveniente. In: NOGUEIRA, Adalicio (Coord.). *Estudos jurídicos em homenagem ao professor Orlando Gomes*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 66.

Enfim, da mesma forma, como mereceu críticas no seu conteúdo integral e geral, pontualmente, neste instituto, também o texto foi bastante criticado, especialmente, por ter mantido uma posição bastante tímida, com predomínio do princípio da autonomia da vontade, sendo, portanto, insatisfatório para a nova realidade contratual.

3.3.5.3 Do Projeto de Código de Obrigações de 1965

Sem vantagem nenhuma, o Projeto de 1941 foi, totalmente relegado, dando início a um novo Projeto de Código de Obrigações. Os trabalhos de reforma iniciaram no governo do presidente João Goulart, tendo como Ministro da Justiça João Mangabeira. Posteriormente, com a eclosão da Revolução de 1964, foi eleito o Presidente Marechal José de Alencar Castelo Branco, tendo como Ministro da Justiça Milton Soares Campos, que incumbiu a Caio Mario Pereira da Silva a missão para elaboração do Projeto de Código de Obrigações de 1965.

A revisão do Anteprojeto coube à Comissão formada por Orozimbo Nonato (Presidente), Orlando Gomes, Nehemias Gueiros, Sylvio Marcondes e Theóphilo Azeredo Santos e Francisco Luiz Cavalcanti Horta (Secretário).

O Anteprojeto se caracterizou pela unificação do direito das obrigações, e dispôs a matéria da seguinte forma: a) Do negócio jurídico; b) Teoria geral dos contratos; c) Das várias espécies de contratos; d) Da declaração unilateral de vontade; e) Do enriquecimento indevido; f) Da responsabilidade civil.

Ao contrário do Projeto anterior, o elaborado por Caio Mario Pereira da Silva, mereceu bastantes elogios, principalmente, pela sua ousadia.

Já neste Anteprojeto inovou-se desde a denominação do instituto, antes utilizada como velha cláusula *rebus sic stantibus* ou a teoria da imprevisão, passando a ser denominada de teoria da onerosidade excessiva dos contratos, sendo tratado no Capítulo da “resolução dos contratos por onerosidade excessiva”¹⁷¹.

¹⁷⁰ SIDOU, Othon. A revisão judicial dos contratos por evento superveniente, p. 65.

¹⁷¹ Art. 346. Nos contratos de execução diferida ou sucessiva, quando, por força de acontecimento excepcional e imprevisível ao tempo de sua celebração, a prestação de uma das partes venha a tornar-se excessivamente onerosa, capaz de lhe ocasionar grande prejuízo e para a outra parte lucro desmedido, pode o Juiz, a requerimento do interessado, declarar a resolução do contrato.
Parágrafo único. Os efeitos da sentença, então proferida, retroagem à data da citação da outra parte.

Com uma técnica mais apurada e com uma maior ousadia, o Projeto de 1965 adotou a teoria da onerosidade excessiva nos contratos¹⁷², bem delimitando a sua aplicação aos seguintes pressupostos:

- a) incidência somente aos contratos de execução diferida ou continuada;
- b) onerosidade excessiva da prestação capaz de gerar duplo efeito: elevado prejuízo para a parte obrigada e, reversivamente, lucro exagerado para a parte credora;
- c) dupla solução, após o reconhecimento da onerosidade excessiva da prestação: primeiro, a resolução do contrato decretada pelo juiz; segundo, a revisão do pacto por iniciativa do réu, dentro do prazo de sua resposta, ou contestação, em face do que o contrato poderá continuar com os respectivos efeitos;
- d) expressa exclusão dos contratos aleatórios e os de execução momentânea;
- e) inaplicação aos contratos unilaterais, cabendo entretanto ao juiz, em seguimento ao mesmo mecanismo processual, reduzir a prestação onerosa¹⁷³.

A sistemática adotada pelo Projeto foi bastante louvável, principalmente, por adotar uma proposição mais resolutiva que revisionista. Aliás, o motivo desta posição adotada foi, devidamente, fundamentado por Caio Mario da Silva Pereira¹⁷⁴, mentor do Projeto de Código de Obrigações, no Relatório que precedeu o texto legal, nos seguintes termos:

Art. 347. A resolução do contrato poderá ser evitada, oferecendo-se o réu, dentro do prazo de contestação, a modificar razoavelmente o cumprimento do contrato.

Art. 348. Aos contratos aleatórios não se aplica a resolução por onerosidade excessiva.

Art. 349. Não se resolverá por onerosidade excessiva o contrato em que uma só das partes haja assumido obrigações, limitando-se o Juiz, neste caso, a reduzir-lhe a prestação.

¹⁷² O Código Civil de 2002, na mesma esteira do Projeto de Código de Obrigações de 1965, igualmente, criou o instituto da teoria da onerosidade excessiva dos contratos. Todavia, a denominação atribuída ao instituto merece reparos, pois o que o Código Civil denomina de “onerosidade excessiva”, em verdade, trata-se de “teoria da imprevisão”.

¹⁷³ SIDOU, Othon. *A revisão judicial dos contratos por evento superveniente*, p. 67.

¹⁷⁴ BRASIL. *Projeto de Código de Obrigações: relatório*. Rio de Janeiro: Serviço de Reforma de Códigos, 1965, p. XVIII.

A onerosidade excessiva com base na teoria da improvisão (art. 346) ficou adstrita à resolução, e não à revisão dos contratos, pois que esta última atenta muito mais contra a liberdade das partes do que a primeira, se se observar que o contratante levado a uma prestação que não ajustou e que lhe vem de sentença, é mais atingido na sua liberdade do que aquele que suporta o desfazimento do vínculo se vem a ocorrer modificação no ambiente objetivo da execução, por força de acontecimento imprevisto, gerando o proveito de um e o empobrecimento do outro. Mas o interessado poderá evitar a resolução oferecendo-se a modificar a prestação (art. 347).

Em contrapartida, a opção é pela revisão contratual, com redução da prestação onerosa, quando se tratar de contratos unilaterais de execução futura ou sucessiva, após a verificação do enriquecimento indevido ou injusto (art. 349), relegando-se, neste caso, a resolução do contrato.

Com a adoção de tais soluções, o Projeto de 1965 alcançou um grande avanço, especialmente, por atenuar o princípio da força obrigatória do contrato, reinante até então, como princípio absoluto.

O Projeto de Código de Obrigações da lavra de Caio Mario da Silva Pereira, embora, não tenha atingido a sua finalidade de ser aprovado e entrado em vigor mereceu muitos elogios pela sua inovação no direito obrigacional e contratual e, especialmente, na parte relativa à teoria da onerosidade excessiva, enfim, como poderá ser observado, em seguida, auxiliou, grandemente, a redação do atual Código Civil, uma vez que a matéria aqui disposta em muito se assemelha à do Projeto de 1965.

3.3.5.4 Do Projeto de Código Civil n. 634-B, de 1975

Antes da elaboração do Projeto do atual Código Civil, em 1975, já havia se cogitado dessa reforma, em 1964, tendo, inclusive, sido elaborado um Anteprojeto de Código Civil de autoria de Orlando Gomes, concomitantemente, ao Projeto de Código de Obrigações de Caio Mario da Silva Pereira.

Contudo, ambos os Projetos (do Código Civil e do Código de Obrigações) foram retirados de pauta pelo Governo Federal da época, sob a alegação de serem eles divorcistas.

Posteriormente, com o início de um novo mandato presidencial, agora, com o presidente Arthur da Costa e Silva, novamente, surgiu à tona a intenção pela formulação de um novo Código Civil. Ao invés de se retomar os trabalhos, com os Projetos já elaborados, anteriormente, entendeu o Ministro da Justiça Gama e Filho, do então governo, a necessidade de se iniciar tudo de novo.

Pretendia, o ministro Gama Filho, a criação de um novo Código Civil nos moldes do então em vigor. Para tanto, nomeou Comissão, em 1972, sob a coordenação de Miguel Reale e composta dos seguintes juristas: José Carlos Moreira Alves, Agostinho Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Viana Chamoun, Clóvis do Couto e Silva e Torquato Castro.

O Projeto de Código Civil procurou conservar a mesma estrutura do Código Civil de 1916, alterando apenas a ordem de suas partes e acrescentando um livro autônomo da “atividade negocial”. Assim, a matéria foi distribuída da seguinte forma: Parte Geral, Direito das Obrigações, Atividade Negocial, Direito das Coisas, Direito de Família e Direito das Sucessões.

Não obstante a qualidade intelectual dos juristas nomeados para sua elaboração, o Projeto de Código Civil sofreu inúmeras críticas, sendo atacado por diversas emendas, em especial, de Caio Mario da Silva Pereira¹⁷⁵, por entender que, em virtude da morosidade de sua tramitação, em oposição a evolução do nosso Direito, tanto o Projeto de 1965, como o seu sucedâneo de 1975, haviam-se tornado inviáveis.

Especialmente, em relação ao tema da onerosidade excessiva nos contratos, o Projeto o tratou nos artigos 477 a 479¹⁷⁶.

O Projeto, basicamente, manteve a mesma sistemática adotada no Projeto de Código de Obrigações de Caio Mario da Silva Pereira, assim em relação à sua aplicabilidade e aos seus pressupostos, efeitos e extensão, distinguindo-se, no entanto, apenas em dois aspectos, como observa Othon Sidou¹⁷⁷: “a) omite a clara referência ao tempo da celebração do contrato, com respeito ao acontecimento excepcional e imprevisto; b) não exclui expressamente os contratos aleatórios”.

¹⁷⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito Civil: alguns aspectos de sua evolução*, p. 238.

¹⁷⁶ Art. 477. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato.

Os efeitos da sentença, que, a decretar, retroagirão à data da citação.

Art. 478. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 479. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evita-la a onerosidade excessiva.

¹⁷⁷ SIDOU, Othon. A revisão judicial dos contratos por evento superveniente, p. 70.

Essas distinções, no entanto, não influenciaram na interpretação dos dispositivos legais constantes do Projeto de Código Civil, em comentário. Primeiro, porque, malgrado tenha sido omitida a referência ao tempo da celebração, quando se mencionou acerca da expressão “acontecimento imprevisível”, é compreensível que se quis referir ao tempo em que o contrato foi celebrado.

Por outro lado, a exclusão expressa dos contratos aleatórios, no subtítulo “Da resolução por onerosidade excessiva”, não enseja confusão alguma, haja vista que, observando-se o Projeto de forma sistemática e global, fica claro que tais contratos já estão excluídos da resolução por onerosidade excessiva diante do que dispõe o art. 457 constante do título “Dos contratos aleatórios”¹⁷⁸.

Enfim, o texto atual do vigente Código Civil, especialmente, em relação à onerosidade excessiva nos contratos, permaneceu, praticamente, inalterado como será estudado nos capítulos seguintes.

3.3.6 Da jurisprudência pátria

Como já se mencionou, no Brasil, a teoria da imprevisão é construção exclusiva da jurisprudência e da doutrina.

A propósito, no Brasil, a primeira decisão de que se tem notícia, acolhendo a teoria da imprevisão para revisar o contrato, foi a proferida pelo então juiz Nelson Hungria, em 27 de outubro de 1930¹⁷⁹.

A lide versava sobre um contrato de locação de um prédio celebrado entre uma ordem Monástica, denominada de Ordem Terceira e uma terceira pessoa. O contrato foi pactuado pelo prazo de 25 (vinte e cinco) anos, sendo prevista uma cláusula conferindo ao locatário o direito de, dentro deste período, comprar o imóvel pelo preço pré-estabelecido no contrato de 25 (vinte e cinco) contos de réis, que era o que valia o prédio na época da celebração do contrato.

Passados alguns anos, desde o início do contrato, ocorreu um fato que veio a alterar as bases do negócio jurídico. Tal fato consistiu na destruição de um morro (Morro do

¹⁷⁸ Idem. *Ibidem*, p. 70.

¹⁷⁹ OLIVEIRA, Anísio José de. *A teoria da imprevisão nos contratos*, p. 93-4.

Castelo), que se situava próximo ao prédio, por determinação do prefeito Carlos Sampaio. Com isso, a região ficou supervalorizada, passando o prédio a valer 800 (oitocentos) contos de réis.

Demandado pelo locatário que queria comprar o prédio pelo preço do contrato (25 contos de réis), resistiu a Ordem em vendê-lo, em face da irrisória quantia em que o preço pactuado havia se tornado. Posto isto, em primeiro grau, a Ordem saiu vencedora, por sentença proferida pelo juiz Nelson Hungria, em 27 de outubro de 1930. Posteriormente, em grau de recurso, a sentença foi reformada por acórdão proferido pelo desembargador relator Alfredo Russell, em 05 de abril de 1932.

Todavia, merece referência a fundamentação do então magistrado que, em primeiro grau, adotou a posição de aceitar a imprevisão para quebrar o pacto firmado, com base no seguinte fundamento:

Há, porém, a considerar na espécie, que um evento extraordinário, imprevisto e imprevisível, veio alterar profundamente o ambiente objetivo dentro do qual se operara o acordo das vontades, a *voluntas contrahentium*.

Ora, a resolubilidade dos contratos de execução futura, em virtude de subsequente mudança radical do estado de fato, não é contemplada expressamente em nossa lei civil, mas decorre dos princípios gerais de direito e exprime um mandamento de equidade.

A jurisprudência, com apoio da doutrina, tem decidido que tais contratos devem entender-se *rebus sic stantibus et in eodem statu manentibus*. É uma cláusula resolutória implícita, subentendida. Desde um momento que um fato inesperado e fora da previsão comum e destrói por completo a equação entre a prestação e a contraprestação ajustadas, deixa de substituir o que Oertmann chama de base do contrato (*Geschaeftsgrundlage*), isto é, o pensamento das partes, manifestado no momento de celebrar-se o contrato, acerca da existência das circunstâncias determinantes.

É comezinha regra de hermenêutica, que remonta a Papiniano, a de que, nas declarações da vontade, se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem. *In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit*.

Este critério de exegese está, aliás, consagrado no art. 85 do nosso Código Civil.

Ora, um fato imprevisto e imprevisível, que sobrevém, modificando radicalmente o complexo de circunstâncias, que foi o necessário pressuposto de fato do acordo das vontades, não pode considerar-se incluído no vínculo contratual, por isso que *voluntas non fertur ad incognitum*.

A *lex privata*, a *juris necessitas*, decorrente da letra do contrato, tem de ceder ao princípio da boa-fé, ao soberano senso da equidade, que vem informando o direito, desde que esse, desprendido do rigorismo formal das Doze Tábuas, entrou de evoluir para a sua concepção espiritualística.

É certo que quem assume uma obrigação a ser cumprida em tempo futuro sujeita-se à alta de valores, que podem variar-se em seu proveito ou prejuízo; mas, no caso de uma profunda e inopinada mutação, subversiva do equilíbrio econômico das partes, a razão jurídica não pode ater-se ao rigor literal do contrato, e o juiz deve pronunciar a rescisão deste. A aplicação da cláusula

rebus sic stantibus tem sido admitida como um corolário da teoria do erro contratual.

Considerar-se como já viciada ao tempo em que o vínculo se contrai a representação mental que só um evento posterior vem a demonstrar ser falsa. Se o evento, não previsto e imprevisível, modificativo da situação de fato na qual ocorreu a convergência das vontades no contrato, é de molde a quebrar inteiramente a equivalência entre as prestações recíprocas, não padece dúvida que se a parte prejudicada tivesse o dom da preciência, não se teria obrigado, ou ter-se-ia obrigado sob condições diversas.

É o que acontece no caso *sub-judice*.

Assim, atribuir-se eficiência jurídica atual à cláusula 8.º do contrato a fls. 7, será evidentemente sacrificar ao formalismo uma das normas centrais do Direito, qual a de que *nemo locupletari debe cum aliena jactura*. Não se deve esquecer que o excesso de formalismo incorre na censura do *summum jus summa injuria*, e por isso mesmo é que Montesquieu, nas *Letres Persanes*, já o estigmatizava como *la honte de la raison humaine*¹⁸⁰.

A partir de então, outras decisões monocráticas passaram a ser proferidas, acolhendo a teoria da imprevisão, porém, ainda acabavam sofrendo restrições dos tribunais superiores.

Uma das primeiras decisões das Cortes superiores pátrias, acolhendo a teoria da imprevisão foi do Tribunal de Justiça de São Paulo que, em 4 de setembro de 1950, por intermédio dos desembargadores Cunha Cintra (presidente), Edgard de Moura Bittencourt (relator) e Pinto do Amaral (revisor), houve por bem revisar, novamente, um contrato de locação. E, assim o fez, com os seguintes subsídios:

CONTRATO – Teoria da sua revisão pelo juiz – Aplicação – Contrato celebrado por preço ínfimo – Anulação tão-somente da cláusula do preço – Validade das demais disposições contratuais – Princípios legais em que se apóia aquela doutrina.

(...)

A teoria da revisão, aos poucos, vai sendo acolhida pela jurisprudência, porque, em face da injustiça do contrato, do desequilíbrio evidente, de ruína talvez a alguma das partes, não é possível que o juiz cruze os braços. A teoria da revisão assenta-se no erro que vicia a vontade e no princípio de eqüidade^{181 - 182}.

¹⁸⁰ *Apud* FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*, p. 298-9.

¹⁸¹ TJSP, Apelação Cível n. 46.223, Capital, Apelantes: Manufatura Brasileira de Louças S. A. e outros, Apelados: Espólio de Manuel de Barros Loureiro e D. Adelina de Barros Loureiro, julgamento 04/09/1950, RT 191/169.

Enfim, com o passar dos anos, a teoria da imprevisão passou a se aderir de uma vez por todas ao ordenamento jurídico, por meio do trabalho da doutrina e da jurisprudência e, agora, também da legislação, que, de maneira expressa, acolheu a teoria da onerosidade excessiva nos contratos, nos arts. 478 a 480, os quais passam a ser analisados no Capítulo IV.

¹⁸² Para se ter uma visão da evolução jurisprudencial da teoria da imprevisão, no Brasil, pode-se citar outras decisões, como: RT 254/213, 303/694, 305/847, 355/193, 377/298, 387/177 e 399/233.

CAPÍTULO 3

4 DAS DIRETRIZES REGULAMENTADORAS DO ATUAL CÓDIGO CIVIL

4.1 A INTERFERÊNCIA DO DIREITO PÚBLICO NO DIREITO PRIVADO: DIRIGISMO CONTRATUAL

O modelo clássico de contrato que vigorou durante o final do século XIX e por quase todo o século XX, dá lugar, agora, à nova ordem contratual, que se instalou no País, principalmente, após a segunda metade do século XX e se consolidou, especialmente, após a Constituição da República de 1988 e, definitivamente, após o advento do Código Civil de 2002.

Todavia, convém salientar que, o Direito Brasileiro apenas reconheceu uma evolução que já estava latente na sociedade. Não foi a partir da Lei Maior que ocorreu toda mudança no direito contratual brasileiro. Positivaram-se valores que, pode-se dizer já estavam impregnados e disseminados no meio da sociedade, especialmente, por conta da mudança de paradigmas adotados, especialmente, pela doutrina e pelos Tribunais brasileiros, por exigência da situação social e econômica do País.

Assim, com a nova ordem contratual, instalada, definitivamente, com o Código Civil de 2002, os princípios clássicos da autonomia da vontade, da obrigatoriedade, da relatividade dos efeitos e da intangibilidade dos contratos cedem lugar a novíssimos princípios, como o da solidariedade social, da função social do contrato, da boa-fé objetiva, do equilíbrio das prestações, do não enriquecimento sem causa, entre outros importantes princípios.

O Código Civil (e o direito privado em geral) sempre atuou de maneira autônoma e independente do direito público, assumindo o papel de estatuto único e monopolizador das relações privadas, enfim, como afirma Gustavo Tepedino¹⁸³, “o Código almejava a completude, que justamente o deveria distinguir, no sentido de ser destinado a regular, através de situações-tipo, todos os possíveis centros de interesse jurídico de que o sujeito privado viesse a ser titular”.

Essa característica do Código Civil, aliás, já estava enraizada na cultura jurídica, durante muitas décadas, como assevera o mesmo Gustavo Tepedino¹⁸⁴: “Insculpiu-se

¹⁸³ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil, p. 3.

¹⁸⁴ TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 2.

na cultura jurídica, como conseqüência, a convicção de que sem a regulamentação específica de cada situação subjetiva, com a definição exata dos poderes do titular, não há bom direito”.

Esta situação, no entanto, começou a se redefinir, paulatinamente, em toda a Europa, berço do individualismo antropocêntrico, e também, no Brasil, a partir do início do século XX, com a restrição à autonomia privada e, em contrapartida, com maior intervenção do Estado na economia, o chamado dirigismo contratual¹⁸⁵.

Essa evolução da teoria dos contratos, segundo lição de San Tiago Dantas¹⁸⁶, se atribui a duas causas: primeiro, ao sentido solidarista, que prepondera na política contemporânea dos Estados democráticos; e, segundo, a intervenção crescente do Estado nas relações econômicas, para exercer, por órgãos próprios, um número cada vez maior de atividades.

Com isso, toda a legislação infraconstitucional deveria, a partir de então, ser aplicada à luz da Lei Maior, o que somente acabou ocorrendo a contento a partir de 1988, em virtude, principalmente, da permanência de leis obsoletas, que levaram décadas para ser revogadas e reestruturadas. É bem verdade, contudo, que o Projeto do vigente Código Civil é anterior à Carta Magna, apesar disso, é certo que, diversos dispositivos legais do vigente Código Civil tiveram de se amoldar, por meio de emendas à Constituição da República de 1988^{187 - 188}.

Registre-se, ademais, que o papel da Lei Fundamental no atual contexto não é apenas servir de limite e parâmetro ao legislador ordinário, mas sim ter uma aplicação direta e efetiva não apenas nas relações Estado-indivíduo, mas também nas interindividuais e, com

¹⁸⁵ Idem. *Ibidem*, p. 3.

¹⁸⁶ DANTAS, San Tiago. *Evolução contemporânea do direito contratual*, p. 548.

¹⁸⁷ É a conhecida *constitucionalização* do Direito Civil ou *publicização* do Direito Privado. Como afirma Luiz Edson Fachin trata-se de um “processo pelo qual a Constituição vai gerar mudança que irá repercutir no Direito Civil” (Cf. *Teoria crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000). Atualmente, não se admite mais a cisão, de maneira estanque, do direito público e do direito privado, como leciona o mesmo doutrinador: “Não parece mais adequado aos tempos ímpares deste momento histórico supor que, iniciando com o conceito de Direito Civil, inserindo-o no Direito Privado, separando os espaços jurídicos público e privado, tais desdobramentos sejam legítimos aos propósitos de um estudo que não falte a atenção com sua realidade circundante e com seus ideais de mudança” (p. 22). E, por fim, arremata: “No domínio juscivilístico não estão tão-só as regras tradicionalmente aplicáveis às relações de Direito Civil. Chamadas à colação estão as normas constitucionais e nelas encartados os princípios constitucionais, vinculantes e de caráter normativo” (...) “Os princípios e as regras constitucionais se aplicam direta e imediatamente nas relações interprivadas” (p. 33).

¹⁸⁸ É oportuno destacar também, que a nova ordem constitucional instalada, não apenas serviu de base ao Código Civil, mas também instaurou a denominada “era dos estatutos”, tratando dos mais variados assuntos, através da legislação extra-codificada, subtraindo do próprio Código Civil inteiros setores da atividade privada, como, são os casos do Estatuto da Criança e do Adolescente, do Código de Defesa do Consumidor, da Lei de Locações etc. Tais “estatutos”, como afirma Gustavo Tepedino, são “leis que regulamentam exaustivamente extensas matérias, e passam a ser designadas como estatutos, veiculando não apenas normas de direito material, mas também processuais, de direito administrativo, regras interpretativas e mesmo de direito penal” (Cf. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa, p. 4).

isso, superar a lógica patrimonial (proprietária, produtivista e empresarial) instituída no direito civil, ressaltando-se os valores existenciais da pessoa humana, que se tornam prioritários no âmbito do direito civil, porque privilegiados pela Constituição¹⁸⁹.

A respeito ainda do direito civil constitucionalizado, conclui a mesma Maria Celina Bodin Moraes Tepedino¹⁹⁰:

Assim é que qualquer norma ou cláusula negocial, por mais insignificante que pareça, deve se coadunar e exprimir a normativa constitucional. Sob essa ótica, as normas de direito civil necessitam ser interpretadas como reflexo das normas constitucionais. A regulamentação da atividade privada (porque regulamentação da vida cotidiana) deve ser, em todos os seus momentos, expressão da indubitável opção constitucional de privilegiar a dignidade da pessoa humana. Em conseqüência, transforma-se o direito civil: de regulamentação da atividade econômica individual, entre homens livres e iguais, para regulamentação da vida social, na família, nas associações, nos grupos comunitários, onde quer que a personalidade humana melhor se desenvolva e sua dignidade seja mais amplamente tutelada.

Desse modo, o contrato e o direito contratual, na transição de um modelo para outro, passam por uma expressiva evolução, especialmente, no que se refere à sua função e finalidade, como se verá, detalhadamente, em seguida.

Dessa forma, por exemplo, explica o jurista Miguel Reale que, o ato de contratar permanece ainda, tendo como base a livre iniciativa¹⁹¹ (art. 1.º, IV¹⁹² da Lei Maior). Entretanto, em atenção aos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito (art. 1.º), da igualdade (art. 5.º), da liberdade, justiça e solidariedade (art. 3.º, II¹⁹³), da boa-fé e da dignidade da pessoa humana (arts. 1.º, III¹⁹⁴ e 5.º, caput¹⁹⁵, da Carta Magna), bem como à

¹⁸⁹ TEPEDINO, Maria Celina Bodin Moraes. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 65, ano 17, jul.-set./1993, p. 28.

¹⁹⁰ Idem. *Ibidem*, p. 28.

¹⁹¹ REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 266.

¹⁹² Art. 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

¹⁹³ Art. 3.º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária.

¹⁹⁴ Art. 1.º (...); III – a dignidade da pessoa humana.

¹⁹⁵ Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

idéia de comutatividade¹⁹⁶, não mais se admite um contrato celebrado sem uma concepção social.

Essa regra, por sua vez, tem por fundamento o art. 5.º, XXII e XXIII¹⁹⁷ da Constituição da República, que trata da função social da propriedade. Aliás, não somente a propriedade, mas também o contrato deve contribuir para uma finalidade social, pois, “a realização da função social da propriedade somente se dará se igual princípio for estendido aos contratos, cuja conclusão e exercício não interessam somente às partes contratantes, mas a toda coletividade”¹⁹⁸.

Além disso, em matéria contratual, pode-se destacar ainda, a disposição do § 4.º, do art. 173¹⁹⁹ da Constituição, “que não admite negócio jurídico que implique abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”²⁰⁰, enfim, pretende-se um direito contratual que, efetivamente, regule operações econômicas sim, mas não apenas isso, que se destine também à promoção da dignidade da pessoa humana.

Tais determinações constitucionais, diga-se a propósito, entram, totalmente, em confronto com tudo aquilo que até agora se expôs acerca do “modelo clássico de contrato”. Trata-se, agora, da implantação do denominado dirigismo contratual, que consiste na seguinte idéia, conforme expõe Judith Martins-Costa²⁰¹:

Como decorrência do novo modo de perspectivar a Constituição (...) a lei estará coagida a proteger as liberdades e os direitos assegurados, seja contra a ameaça de outros particulares, seja contra a força de grupos sociais poderosos, deduzindo-se desta força normativa que é reconhecida à Constituição em virtude da pretensão de eficácia de suas normas, a obrigação do Estado de garantir a base material das liberdades, sem o que, anota Grimm, os direitos patrimoniais permaneceriam sem valor real.

¹⁹⁶ A noção de comutatividade está ligada à própria idéia de contrato, pois se trata de uma das espécies fundamentais de justiça, ao lado da distributiva e da social. Álvaro Villaça Azevedo, assim a define: a comutatividade “é princípio essencial de Direito, porque exige a equivalência das prestações e o equilíbrio delas, no curso das contratações, pois, por ele, as partes devem saber, desde o início negocial, quais serão seus ganhos e suas perdas, importando esse fato a aludida equípólencia das mencionadas prestações” (Cf. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Editora Atlas S/A., 2002, p. 29).

¹⁹⁷ Art. 5.º (...). XXII – é garantido o direito de propriedade; XXIII – a propriedade atenderá a sua função social.

¹⁹⁸ REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*, p. 266.

¹⁹⁹ Art. 173. (...) § 4.º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

²⁰⁰ REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*, p. 267.

²⁰¹ MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da idéia de contrato no Direito brasileiro, p. 26.

Sem dúvida, esse dirigismo contratual teve direta influência sobre determinadas relações e determinados integrantes da sociedade, como, os trabalhadores e os consumidores, ou seja, relações que, teoricamente, as partes encontram-se numa situação de inferioridade. É certo que, nessas relações, em que a disparidade das partes é presumida, os princípios adotados são outros, mais específicos, como a proteção expressa da parte jurídica e economicamente mais fraca, da vulnerabilidade do consumidor, da responsabilidade objetiva, entre outros.

Deveras, é inegável que isso representou uma grande evolução, contudo, existem outras relações contratuais, nas quais não se aplicam os princípios específicos acima referidos. São as relações, estritamente, particulares, em que as partes contratantes estão, em princípio, em absoluta paridade. Nestes casos, ao contrário das relações consumeristas, a aplicação de princípios como o da função social do contrato e da boa-fé objetiva e probidade (arts. 421 e 422 do vigente Código Civil) ainda é bastante tímida, justamente, por conta desta igualdade, supostamente, existente.

Todavia, a nova ordem contratual, instituída a partir da Constituição da República de 1988 e do Código Civil de 2002, não admite as limitações e restrições do antigo modelo e reclama atuações efetivas da coletividade e do Poder Judiciário, no sentido de se empreender outros rumos ao contrato, de modo que, os institutos do direito contratual (função social do contrato, boa-fé objetiva, onerosidade excessiva dos contratos, lesão contratual, entre outros) não passem de mais uma “figura retórica do ordenamento”, como ressalta Cláudio Luiz Bueno de Godoy²⁰², mas que tenham objetividade e efetividade.

Posto isto, por essas considerações, buscou-se com o presente trabalho, ressaltar a aplicação desses novos princípios e institutos contratuais nas relações não consumeristas, em que não há uma presunção de disparidade entre as partes contratantes e, por conseqüência, proteção expressa a uma delas.

²⁰² GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*, p. 1.

4.2 DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA MODERNA LEGISLAÇÃO CIVIL: ETICIDADE, SOCIABILIDADE E OPERABILIDADE

Nas palavras do seu próprio mentor, o jurista Miguel Reale²⁰³, o vigente Código Civil, também conhecido como a “Constituição do homem comum”, foi estruturado sob três valores fundamentais, quais sejam: a eticidade, a operabilidade e a sociabilidade. Em consequência desse aspecto, pode-se dizer, que o atual Código Civil é, totalmente, intolerante à prática de má-fé, situações de desigualdade e opressão e atitudes de improbidade ou deslealdade, especialmente, nas relações jurídicas privadas.

Neste particular, criaram-se institutos que, embora já estivessem disseminados no meio social, necessitavam de uma regulamentação, como é o caso das cláusulas gerais da função social do contrato e da boa-fé objetiva, previsto, entre outros dispositivos legais, nos arts. 113, 187, 421 e 422 da Legislação Civil, além de outros novos assuntos específicos, como a teoria da onerosidade excessiva dos contratos (teoria da imprevisão), da lesão, do estado de perigo, do abuso de direito, entre outros.

Com isso, pretendeu o legislador, que todo e qualquer negócio jurídico seja celebrado, concluído e cumprido pelas partes, integralmente, sem que quaisquer delas sejam lesadas ou prejudicadas por quaisquer fatos externos ou internos à relação jurídica contratual, de modo que, ambos os contratantes possam alcançar o seu objetivo e a sua finalidade, cumprindo, assim, o contrato a sua função social.

Enfim, quis o legislador civil, além de proteger todo aquele que atua de boa-fé, também evitar que o contrato seja utilizado pelas pessoas como um instrumento para a prática de atos ilícitos e abusivos, causadores de danos e prejuízos à parte *ex adversa*.

Para tanto, como se ressaltou acima, buscou-se alterar todos os arcaicos e obsoletos valores, partindo de princípios fundamentais que deveriam informar todo o Código Civil.

²⁰³ Cf. REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 808, n. 92, fev./2003, p. 13.

4.2.1 Eticidade

Em oposição ao formalismo jurídico e excessivo rigorismo conceitual do Código Civil de 1916, a vigente Legislação Civil optou por normas genéricas e mais brandas, com destaque a valores éticos e a consagração de princípios metajurídicos. E, assim o faz, recorrendo-se ao sistema de cláusulas gerais, as quais serão estudadas logo em seguida.

O princípio da eticidade, portanto, significa que, na solução de um problema jurídico, em que a regra jurídica é deficiente e inaplicável ao caso concreto, o julgador não é obrigado a encontrar a solução num sistema hermeticamente fechado, mas ao contrário, pode e deve recorrer a critérios éticos, como a equidade, a boa-fé, a probidade, a justa causa, a correção etc.

Isto porque, o atual Código Civil, segundo Miguel Reale²⁰⁴, “confere ao juiz não só poder para suprir lacunas, mas também para resolver, onde e quando previsto, de conformidade com os valores éticos”. Ademais, complementa o jurista: “o que importa numa codificação é o seu espírito; é um conjunto de idéias fundamentais em torno dos quais as normas se entrelaçam, se ordenam e se sistematizam”.

Assim, o Direito Brasileiro vem adotando, desde há muito tempo, como valor fundamental, a pessoa humana, daí porque, entendeu o legislador civil a necessidade de se implantar a eticidade em todas as relações jurídicas, quer interindividuais, quer entre o indivíduo e próprio Estado.

4.2.2 Sociabilidade

Como a sua própria denominação enuncia, o princípio da sociabilidade significa que, no atual contexto, deixou-se para trás o individualismo exacerbado de outrora, para se tutelar, prioritariamente, o coletivo, o social. E, neste particular, a intenção do Código Civil foi expressa e evidente, o que se constata pelas diversas expressões de caráter social, como: destinação social (art. 82), fim social (art. 187), função social (art. 421), interesse social (art. 519) e comportamento anti-social (art. 1.337, parágrafo único).

²⁰⁴ REALE, Miguel. *O Projeto do Novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 8.

E, assim se fez, transformando-se a noção de dois dos mais importantes institutos do direito civil, quais sejam: a propriedade e o contrato. Tais institutos que eram, eminentemente, privados e destinados à circulação de riquezas e conservação da propriedade, passam, agora, a possuir, necessariamente, uma função social.

Com isso, os antigos protagonistas do revogado Código Civil, como o proprietário, o empresário, o contratante, o marido e o testador²⁰⁵, deixam de existir, para dar lugar a sua forma plural, em interação e cooperação, como explica Ruy Rosado de Aguiar Júnior²⁰⁶:

Deixa de existir o *contratante* individualizadamente considerado como o centro de interesses da relação obrigacional, para surgirem os *contratantes*. O contrato torna-se um instrumento que se realiza mediante a cooperação entre os homens, que depende da colaboração conjunta dos que participam da avença, pois somente assim será possível alcançar os diversos objetivos de cada um dos figurantes do contrato. Contrato é um processo que tem dinamismo e somente chegará ao seu bom êxito se contar com a colaboração leal dos dois participantes.

Essa socialidade, no entanto, que faz prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, não significa, contudo, a exclusão do valor fundamental da pessoa humana, constitucionalmente, garantido. Ao contrário, a socialidade significa que, pelos valores impostos pela nova concepção do Estado Social, os seus integrantes devem agir em cooperação, em solidariedade, não se admitindo mais qualquer vantagem ou privilégio ao indivíduo em detrimento do coletivo.

4.2.3 Operabilidade

O Direito foi criado para ser realizado, executado e concretizado, em favor daquele que o possui. Para tanto, é indispensável que a norma seja elaborada de tal forma que se evite, ao máximo, equívocos e dificuldades em sua aplicação e interpretação²⁰⁷.

²⁰⁵ Cf. Idem. Ibidem, p. 24.

²⁰⁶ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Projeto de Código Civil – As obrigações e os contratos, p. 21.

²⁰⁷ Nestes termos, o jurista Miguel Reale questiona um exemplo de inoperabilidade do anterior Código Civil, perguntando-se o seguinte: “Quem é que, no Direito Civil brasileiro ou estrangeiro, até hoje, soube fazer uma distinção nítida e fora de dúvida, entre prescrição e decadência?” (Cf. *O Projeto do Novo Código Civil*, p. 10-1).

A Legislação Civil anterior, de 1916, carecia de normas capazes de enfrentar, adequadamente, os problemas, motivo pelo qual se impôs a elaboração de um novo Código Civil .

Assim, é necessário que toda legislação forneça uma praticidade para todos os operadores do Direito (inclusive, advogados, promotores e juízes) e, por consequência, possam estes obter um direito concreto e não, meramente, abstrato, como leciona Miguel Reale: “o que se objetiva alcançar é o Direito em sua concreção, ou seja, em razão dos elementos de fato e de valor que devem ser sempre levados em conta na enunciação e na aplicação da norma”²⁰⁸.

Nesta esteira de raciocínio, Miguel Reale²⁰⁹ acrescenta ainda um outro princípio implícito ao da operabilidade, o qual denomina de “princípio da concretitude” e assim o enuncia:

Concretitude, que é? É a obrigação que tem o legislador de não legislar em abstrato, para um indivíduo perdido na estratosfera, mas, quanto possível, legislar para o indivíduo situado: legislar para o homem enquanto marido; para a mulher enquanto esposa; para o filho enquanto um ser subordinado ao poder familiar. Quer dizer, atender às situações sociais, à vivência plena do Código, do direito subjetivo como uma situação individual; não um direito subjetivo abstrato, mas uma situação subjetiva concreta. Em mais de uma oportunidade ter-se-á ocasião de verificar que o Código preferiu, sempre, essa concreção para a disciplina da matéria.

Como se verá adiante, uma das formas de se atingir a operabilidade e concretitude do Código Civil é pela adoção de normas abertas (cláusulas gerais), que possibilitam os operadores do Direito adaptá-las às situações concretas, de acordo com as circunstâncias de determinado tempo e lugar, possibilitando, assim, manter sempre atualizado a legislação com a situação social e econômica da sociedade.

Em contrapartida, a atual Legislação Civil, a esse respeito, procurou eliminar, de uma vez por todas, essa questão adotando-se critérios objetivos de distinção da prescrição e da decadência. Foi, portanto, neste sentido, que se caminhou a operabilidade no Código Civil de 2002.

²⁰⁸ REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*, p. 41.

²⁰⁹ Idem. *O Projeto do Novo Código Civil*, p. 12.

4.3 O PAPEL DAS CLÁUSULAS GERAIS E DOS CONCEITOS LEGAIS INDETERMINADOS NO CÓDIGO CIVIL EM VIGÊNCIA E SUA IMPORTÂNCIA PARA A ATUALIZAÇÃO DOS PRECEITOS LEGAIS

Sem maiores discussões, o vigente Código Civil, no que diz respeito ao direito contratual, é merecedor de aplausos e elogios pela sua boa intenção, ainda que parem críticas de diversas naturezas.

Isso porque o legislador civil, além de adotar a teoria da onerosidade excessiva, da qual o anterior Código Civil carecia, adotou ainda um sistema aberto²¹⁰, composto de cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados, os quais permitem ao julgador, em cada caso concreto, aplicar o melhor direito à situação.

A propósito, leciona Nelson Nery Júnior²¹¹: as cláusulas gerais são normas orientadoras sob forma de diretrizes, caráter genérico e abstrato, que se contrapõem à elaboração legal casuística, dirigidas, principalmente, ao juiz, vinculando-o ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir.

Uma vez diagnosticadas as cláusulas gerais, devem as mesmas ser preenchidas pelo juiz, com os valores designados para aquele caso, devendo ainda ser dada a solução que lhe parecer mais correta, concretizando os princípios gerais de direito e da razoabilidade²¹², daí a principal distinção com os conceitos legais indeterminados.

As cláusulas gerais são normas jurídicas de ordem pública, e, portanto, devem ser aplicadas de ofício pelo magistrado. Neste caso, a sua função ao aplicar a cláusula geral é integrativa e sua sentença tem natureza determinativa, porque o juiz, ao integrar a relação jurídica material controvertida exerce função criadora²¹³.

As principais cláusulas gerais do Código Civil de 2002 estão presentes nos arts. 421, 422, 187, 2.035, parágrafo único, 623, 1.208, 1.634, III, 868, 927, parágrafo único.

²¹⁰ Em contrapartida ao sistema aberto, a eminente Judith Martins-Costa explica, em breves palavras, o sistema fechado, nos seguintes termos: a codificação fechada sistematiza em um *corpus* unitário todo o ordenamento jurídico, de modo que, o que ali não estivesse contido seria o não direito, o vazio jurídico (Cf. Crise e modificação da idéia de contrato no Direito brasileiro, p. 21).

²¹¹ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Anotado e Legislação Extravagante*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 142.

²¹² Cf. TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. A lógica do razoável e o negócio jurídico: reflexões sobre a difícil arte de julgar. *Mundo Jurídico*, Rio de Janeiro, ago./2004. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 25 nov. 2005, p. 2.

²¹³ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Anotado e Legislação Extravagante*, p. 142-3.

Por conseguinte, os conceitos legais indeterminados são palavras ou expressões indicadas na lei, de conteúdo e extensão altamente vagos, imprecisos e genéricos e, por isso, abstratos e lacunosos. A determinação dos conceitos legais indeterminados deverá ocorrer a partir da observância do caso concreto, quando o magistrado, ao fazer a subsunção do fato à norma e preencher os claros, com valores éticos, morais, sociais, econômicos e jurídicos, irá declarar se aquela norma atua ou não no caso concreto²¹⁴.

O ponto marcante dos conceitos legais indeterminados é que, a solução a ser adotada ao caso concreto, após sua definição, já está preestabelecida na própria norma legal, competindo ao juiz apenas aplicá-la, sem exercer nenhuma função criadora.

Os principais conceitos legais indeterminados, constantes do atual Código Civil são, entre outros: ordem pública e bons costumes (art. 122), atividade de risco (art. 927, parágrafo único), caso de urgência (art. 251, parágrafo único), perigo iminente (art. 188, II), divisão cômoda (art. 2.019), coisas necessárias à economia doméstica (art. 1.643, I) e necessidade imprevista e urgente (art. 581).

A adoção desse sistema como técnica legislativa do novo Código Civil, como ensina o ilustre Miguel Reale²¹⁵ tem o intuito de abrandar o “excessivo rigorismo conceitual, a fim de possibilitar a criação de modelos jurídicos hermenêuticos, quer pelos advogados, quer pelos juízes, para contínua atualização dos preceitos legais”.

Judith Martins-Costa²¹⁶, em contrapartida, ensina que esse sistema (cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados) possui “a desvantagem de provocar – até que consolidada a jurisprudência – certa incerteza acerca da efetiva dimensão dos seus contornos. O problema da cláusula geral situa-se sempre no estabelecimento dos seus limites. É por isto evidente que nenhum código pode ser formulado apenas e tão-somente com base em cláusulas gerais, porque, assim, o grau de certeza seria mínimo.”

Enfim, são inegáveis os benefícios trazidos por este sistema de legislação, todavia, como se extrai dos ensinamentos da ilustre doutrinadora, o grande desafio dos juízes, promotores, advogados e demais operadores do direito contratual, em geral, será “estabelecer limites”, motivo pelo qual, a nova teoria da onerosidade excessiva nos contratos requererá estudos mais aprofundados e cautelosos, o que se justifica pela importância que o instituto

²¹⁴ Idem. *Ibidem*, p. 141.

²¹⁵ REALE, Miguel. *Visão geral do novo Código Civil*, p. 14.

²¹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção” – as cláusulas gerais no projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 753, n. 87, jul./1998, p. 30.

promoverá na sociedade, na economia e, sobretudo, no direito e na justiça, especialmente, no sentido de se evitar lesão ou ameaça ao direito de quaisquer das partes.

No âmbito do direito contratual, diversas são as cláusulas gerais e os conceitos legais indeterminados, previstos pelo legislador civil, os quais necessitam ser concretizados para aplicação nos inúmeros casos reais. E é, justamente isso que se buscou com o vertente trabalho, ou seja, desvendar, especialmente, a cláusula geral da função social do contrato, bem como descortinar os conceitos legais indeterminados da teoria da onerosidade excessiva nos contratos, previsto no art. 478 do Código Civil.

4.4 DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

4.4.1 Considerações iniciais

Brevemente, convém esclarecer o significado da “função social”, no atual ordenamento jurídico, para, posteriormente, tratar da “função social do contrato”.

Como explica Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka²¹⁷, atualmente, existe um franco descompasso entre o Direito e os fenômenos sociais, havendo, portanto, uma premente necessidade de se restabelecer o equilíbrio social, por meio da reformulação das matrizes filosóficas do Direito, sendo a função social uma dessas matrizes.

Hodiernamente, a doutrina da função social está presente em diversos institutos do ordenamento jurídico. Assim, já se falou em função social da propriedade²¹⁸,

²¹⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Função social do contrato. *Revista de Direito Civil: imobiliário, agrário e empresarial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, ano 12, n. 45, p. 141.

²¹⁸ Como ensina Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, a doutrina da função social da propriedade tem sua gênese em Santo Tomas de Aquino, que afirmava ser a propriedade, num primeiro momento, um direito individual e, num segundo momento, um direito das gentes. E, como tal, a propriedade deveria se preocupar com o bem-estar comum e promover a justiça social. Mas de que forma? Destinando-se a produção, sua atribuição primeira, pois somente assim, permitiria a sobrevivência da humanidade. Foi, contudo, no direito canônico do século XIX, que a doutrina ganha força. Assim, por exemplo, a Encíclica de Leão XIII contemplava que o proprietário que tenha recebido bens em abundância não é um possuidor absoluto, mas simplesmente um administrador da Providência Divina, que lhe assegurou bens para seu próprio proveito e também para o benefício de todos os demais. Em 1931, publicou-se a Encíclica Quadragésimo Anno, de Pio XI, que defendia a harmonização da intervenção estatal, com a finalidade de, efetivamente, fazer valer a função social. Posteriormente, na década seguinte, Pio XII pronunciou duas mensagens papais (La Solemita e Oggi): a primeira sustentava que, o reconhecimento da propriedade privada era fundamental para que se pudesse obter uma justiça social e um desenvolvimento econômico favorável, e que, só o respeito à iniciativa privada é que poderia

agora, se fala em função social da família, função social do contrato, função social da empresa, e assim sucessivamente.

Desta forma, a função social propriamente dita, significa “a prevalência do interesse público sobre o privado, bem como a magnitude do proveito coletivo em detrimento do meramente individual, é fenômeno massivo que, modernamente, inspira todo o nosso ordenamento jurídico”, como leciona Glauber Moreno Talavera²¹⁹.

A função social é construção da chamada Terceira Geração de Direitos²²⁰, cujas características são a solidariedade e a fraternidade. Antes do advento dessa Geração de Direitos vigorava a justiça retributiva representada pelo brocardo *suum cuique tribuere*, ou seja, “dar a cada um o que é seu”, o que significa, em outras palavras, ao rico a sua riqueza e ao pobre a sua pobreza.

Com essa nova realidade, passa a vigor e viver a justiça distributiva, que tem como prioridade promover a inclusão social dos excluídos, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais²²¹, isto é, a cada um de acordo com as suas necessidades.

Enfim, o que se quer diante dessa nova doutrina, embora possa constituir utopia do legislador, é atingir um “mundo perfeito”, isento de desigualdades econômica e social, de abusos, de improbidades, de injustiças, de más-fés e, por consequência, de fome, de conflitos sociais, de pobreza etc.

Tanto é assim que envolveu com o cimento da função social todos os principais pilares do edifício social, que são a família, a propriedade e o contrato.

assegurar a prosperidade da própria função social da propriedade. A segunda, determinava a regulamentação do uso da propriedade e a própria expropriação, como medida de sanção àqueles que não dessem à propriedade um uso harmonioso com o interesse comum. João XXIII, por sua vez, na Encíclica *Mater e Magistra* reforçou a idéia de que no direito de propriedade privado está incluído uma função social, de tal maneira que quem desfruta de tais direitos deve, necessariamente, exercitá-lo em benefício próprio e para utilidade de todos os demais. Em seguida, o Paulo VI, na Encíclica *Populorum Progressio*, advertiu que o supérfluo dos ricos é o necessário para os pobres. Neste sentido, perante a Igreja, o direito de propriedade sempre teve dois elementos: a) de direito individual; b) de direito social. A primeira, refere-se ao fato de que todo homem possui um direito absoluto a propriedade, a tantos bens quantos necessite para a satisfação de sua condição pessoal, social e humana. A segunda, refere-se a admitir que tudo que excede seja redistribuído em proveito da sociedade (Cf. Função social do contrato, p. 143).

²¹⁹ TALAVERA, Glauber Moreno. A função social do contrato no novo Código Civil. *Revista CEJ do C.J.F.* Brasília, n. 19, out./dez. 2002, p. 95.

²²⁰ Após a Revolução Francesa (1789), dos direitos passaram a ser classificados em geração. Assim, além dos direitos de terceira geração, já se passou pelos os direitos da primeira geração, que são os direitos de liberdade e os individuais (*liberte*) e também os direitos de segunda geração, que são os direitos de igualdade e econômico-sociais (*egalité*).

²²¹ São estes os objetivos da República Federativa do Brasil, nos termos do inciso III, do art. 3.º da Constituição da República.

Com isso, protegeu a família exaltando-a como base da sociedade²²², atribuiu como principal função da propriedade a sua produtividade, em proveito da coletividade, e fez do contrato instrumento de realização dos valores existenciais do ser humano.

4.4.2 Da extensão doutrinária do princípio

Atualmente, pode-se enumerar três funções do contrato, quais sejam: econômica, regulatória e social, sendo as duas primeiras, já conhecidas desde longa data. Pela função econômica, o contrato representa um instrumento de circulação de riquezas e bens, enfim, de conservação da propriedade. Já pela função regulatória, o contrato se configura como uma auto-regulamentação e como tal enfeixa, simultaneamente, direitos e obrigações, voluntariamente, assumidas pelas partes contratantes.

A terceira função constitui a tônica da nova ordem contratual. Por esta função, o contrato não deixa de ter uma função econômica e regulatória, mas acima de tudo, é importante que ele atenda, principalmente, um papel social, de interesse da coletividade.

Difícil, contudo, é compreender, após várias décadas de vigência do “modelo clássico de contrato”, que o contrato deva possuir uma função social, pois em decorrência do “princípio da relatividade dos efeitos”²²³, não é possível conceber que o contrato possa operar efeitos para além das partes, muito menos, em relação à coletividade²²⁴.

Mas afinal, para que o contrato atenda a essa função social necessita, primeiramente, constituir-se como um instrumento de cooperação e solidariedade, como leciona Ruy Rosado de Aguiar Júnior²²⁵: “Houve completa alteração do eixo interpretativo do contrato. Em vez de considerar-se a intenção das partes e a satisfação de seus interesses, o contrato deve ser visto como um instrumento de convívio social e de preservação dos

²²² Constituição da República, art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

²²³ Trata-se do princípio da relatividade dos efeitos (*res inter alios acta, aliis neque nocet neque prodest*, ou seja, seus efeitos se produzem apenas entre as partes, não aproveitando nem prejudicando a terceiros). Segundo este princípio, as estipulações do contrato somente têm efeito entre as partes contratantes, não atingindo terceiros e nem permitindo que terceiros possam intervir na relação contratual.

²²⁴ A propósito, o Conselho da Justiça Federal, através da “I Jornada de Direito Civil”, constatou, expressamente, a necessidade de alterar as bases principiológicas do anterior direito contratual, iniciando-se por este princípio, que necessita ser revisado. Assim, foi editado o Enunciado n. 21, que assim estabelece: “A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito”.

interesses da coletividade, onde encontra a sua razão de ser e de onde extrai a sua força – pois o contrato pressupõe a ordem estatal para lhe dar eficácia”.

E ademais, no mesmo sentido de pensamento, complementa Paulo Nalin²²⁶:

A Constituição mantém eficaz o valor da solidariedade que, por sua vez, indica um contrato de propósitos comuns entre os titulares da situação subjetiva travada, cujos interesses recíprocos não se opõem, mas sim se interagem em cooperação, a um fim comum, logo, não individual. O que importa, em última instância, acaba sendo proteger a dignidade do sujeito contratante, esteja ele credor, esteja ele devedor, por meio de uma solidariedade corretora das autonomias privadas envolvidas.

Isso porque é de interesse de toda a sociedade que os contratos sejam cumpridos e executados isentos de qualquer má-fé ou improbidade, na medida em que os *standards* contratuais são paradigmáticos para outras situações assemelhadas, isto é, tudo o que ocorre relativamente a um contrato terá, forçosamente, repercussão em outros casos que digam respeito ao mesmo tipo de contrato, daí porque, o contrato além de útil deve ser, igualmente, justo^{227 - 228}.

Afinal, o que o imperativo da função social do contrato estatui é que, na busca incessante dos intuitos de cada contratante – satisfação do crédito e cumprimento do débito – o contrato não pode ser transformado em um instrumento para atividades abusivas e lesivas, causando dano à parte contrária ou a terceiros.

Busca-se, enfim, pela função social do contrato, definir os limites da contratação, diminuir os riscos do insucesso, bem como proteger os desfavorecidos das atitudes opressoras da economia moderna de mercado.

No modelo clássico de contrato, o ato de contratar era caracterizado como uma atividade, estritamente, de risco, advindo do sucesso ou insucesso das transações, da maior ou menor inteligência, da maior ou menor capacidade de cada indivíduo²²⁹, enfim, na linguagem popular, tratava-se de um tal de “salve-se quem puder”.

²²⁵ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Projeto de Código Civil – As obrigações e os contratos, p. 19.

²²⁶ NALIN, Paulo. O contrato em movimento no Direito pós-moderno, p. 278.

²²⁷ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Projeto de Código Civil – As obrigações e os contratos, p. 19.

²²⁸ Em seguida, explica o Ministro: A força obrigatória do contrato advém da necessidade de proteção do *direito subjetivo*, que por sua vez, decorre do *direito objetivo*. Como o *direito objetivo* se destina a realização do bem comum, por vias transversas, também o *direito subjetivo* deve se dirigir ao justo e útil, socialmente. Daí porque, somente se enquadra como função social, o contrato que é útil e justo (Cf. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Projeto de Código Civil – As obrigações e os contratos, p. 19-20).

²²⁹ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil, p. 3.

Mais uma vez, será difícil entender o contrato dissociado da idéia do risco e lucro unilaterais, o que até então era inerente à atividade negocial. Isso, porém, não se admite mais, de maneira que, “pela vanguarda da nova tese, os contratos devem ser interpretados de acordo com a concepção lógica do meio social no qual está inserido, não trazendo onerosidades excessivas às partes contratantes, garantindo que a igualdade entre elas seja respeitada, equilibrando a relação em que houver a preponderância da situação jurídica de um dos contratantes sobre a da outra”²³⁰.

Isso não significa, contudo, que a autonomia contratual foi eliminada, juntamente, com a atividade negocial e que o indivíduo se tornou irrelevante para o ordenamento jurídico. Absolutamente, não!

Em primeiro lugar, é evidente que o risco e o lucro continuarão a fazer parte da atividade negocial, porém, vistos sob outro enfoque, o da coletividade. Ou seja, em simples palavras, se um perde, todos perdem, se um ganha, todos ganham.

Em segundo lugar, a recente Legislação Civil não optou, exclusivamente, pela “socialização dos contratos”, dando preferência, unicamente, aos interesses coletivos. Ao contrário, a função social do contrato deve atuar não apenas na tutela dos interesses metaindividuais, mas também dos interesses individuais relativos à dignidade da pessoa humana²³¹.

Nesse diapasão, é salutar a lição de Mônica Yoshizato Bierwagen²³², ao sustentar que “o atendimento à função social do contrato, portanto, observa-se tanto da ótica *individual-coletiva*, uma vez que a garantia de igualdade de condições aos contratantes ao permitir a justa circulação de riquezas resulta num bem-estar coletivo, quanto da ótica *coletivo-individual*, em que a proteção do grupo social é, em última instância, o asseguramento da igualdade e da liberdade individuais”.

Por fim, como sustentava o mestre Miguel Reale²³³, a consagração da função social no texto da Constituição não bastava para atender à nova realidade contratual; era preciso, tão-logo, transformá-la em instrumento de ação no plano da lei civil, o que

²³⁰ TARTUCE, Flávio. A revisão do contrato pelo novo Código Civil. Crítica e proposta de alteração do art. 317 da Lei 10.406/02. *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Editora Método, 2003, p. 134.

²³¹ Esta foi a conclusão a que se chegou os debatedores da “I Jornada de Direito Civil” promovido pelo Conselho da Justiça Federal, ao elaborarem o Enunciado n. 23, que assim estabelece: “A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana”.

²³² BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no Novo Código Civil*, p. 45.

²³³ REALE, Miguel. *O Projeto do Novo Código Civil*, p. 9.

acabou ocorrendo 15 (quinze) anos depois, com o advento do Código Civil, em 2002, que entrou em vigência somente, em 2003.

Vencida esta etapa, e consagrada a função social como norma jurídica, de ordem pública²³⁴, compete, especialmente, aos operadores do Direito dar-lhe objetividade e efetividade, para que esta norma não passe de mais uma figura retórica do ordenamento, como muito bem esclarece Cláudio Luiz Bueno de Godoy²³⁵. E, neste particular, complementa-se com a crítica de Eros Roberto Grau²³⁶, ao afirmar que, não há se falar em novo paradigma dos contratos, enquanto o sistema permanece o mesmo.

Para tanto, será necessário concretizar outros princípios contratuais, inerentes a esta nova ordem contratual. Dentre os mais relevantes para o presente trabalho, citam-se os princípios da boa-fé objetiva, que será analisado, brevemente, no tópico seguinte, e do não enriquecimento sem causa e da equivalência das prestações, os quais serão mencionados, quando do estudo dos pressupostos da teoria da onerosidade excessiva dos contratos, no Capítulo IV.

4.5 DA BOA-FÉ OBJETIVA

Será analisado, neste tópico, o princípio da boa-fé objetiva, que está consagrado, expressamente, nos arts. 113²³⁷ e 422²³⁸ do Código Civil.

Atualmente, a boa-fé atua em duas vertentes nas relações contratuais, constituindo-se tanto como norma de comportamento (boa-fé objetiva), como princípio geral de direito (boa-fé subjetiva).

Como bem explica Antonio Junqueira de Azevedo²³⁹, “como norma de comportamento, cria, para as partes, deveres positivos e negativos; estão entre os primeiros, os deveres de colaboração, inclusive, de informação, e, entre os segundos, os deveres de

²³⁴ Art. 2.035. (...). Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

²³⁵ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*, p. 1.

²³⁶ GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos?, p. 77.

²³⁷ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

²³⁸ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

²³⁹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 177-8.

lealdade, especialmente o de manter sigilo”. Por outro lado, “como princípio geral de direito estabelece os deveres de comportamento que as partes devem seguir nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual”.

Interessa ao presente trabalho, a primeira vertente, ou seja, da boa-fé objetiva. Por ela se exige da parte contratante um comportamento dentro de determinado padrão de exigência, comportamento este que levará em consideração também uma atitude de cooperação com a outra parte e respeito pelos seus interesses.

Esses comportamentos constituem-se em deveres, conhecidos como secundários ou anexos, que as partes devem seguir, durante todas as fases do processo contratual²⁴⁰, como: o dever de lealdade, informação, proteção, segredo, veracidade, transparência, proibição do *venire contra factum proprium*, de não abusar etc., sob pena de se incorrer em inadimplemento e, por conseqüência, ser responsabilizado a indenizar eventuais prejuízos e perdas e danos²⁴¹.

Ademais, a boa-fé objetiva como norma de comportamento, não apenas fixa as formas de atuação dos contratantes, como também ampara o magistrado na interpretação do contrato, quando necessário, permitindo ao mesmo suprir ou corrigí-lo de acordo com os deveres decorrentes da boa-fé²⁴².

A importância da boa-fé, para o atual contexto jurídico-social, é incomensurável, tanto é que o mestre Miguel Reale²⁴³, pai do atual Código Civil, em sua obra “História do novo Código Civil” elevou o art. 113 à condição de dispositivo chave do referido diploma legal.

Enfim, apenas para se ter uma noção deste princípio, são estas as sucintas considerações acerca da boa-fé objetiva.

²⁴⁰ Neste sentido, são os Enunciados n. 25 (I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal) e 170 (III Jornada de Direito Civil). O primeiro determina que, “o art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual”. Já o segundo estabelece que, “a boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato”.

²⁴¹ Novamente, tal é a interpretação do Conselho da Justiça Federal, quanto ao art. 422 do vigente Código Civil, conforme se verifica do Enunciado n. 24: “Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa” (I Jornada de Direito Civil).

²⁴² Enfim, é o que se depreende do Enunciado n. 26 (I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal): “A cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes”.

²⁴³ REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*, p. 240.

4.6 O CONFLITO: FLEXIBILIDADE DOS CONTRATOS X SEGURANÇA JURÍDICA

Diante de tudo o que até aqui foi posto, a discussão, pode-se dizer, se resume na seguinte questão: o que priorizar? A flexibilidade e mutabilidade dos contratos ou a segurança jurídica e imutabilidade dos contratos?

A questão se torna ainda mais intrigante, quando se coloca diante de relações jurídicas, estritamente, civilista-privatística, ou seja, que envolve duas ou mais pessoas que se encontram, praticamente, nas mesmas condições, como são os contratos celebrados sob a égide do Código Civil.

E esse aspecto é importante ser destacado, porque muito se discute, hoje, a respeito da proteção do hipossuficiente, do aderente, do trabalhador etc., querendo-se aplicá-la a todo e qualquer contrato. Todavia, a proteção dispensada a essas pessoas, previstas expressamente, no Código de Defesa do Consumidor (art. 6.º, VII), no Código Civil (arts. 423 e 424) e na Consolidação das Leis do Trabalho (princípio *in dubio pro operario*, princípio da aplicação da norma mais favorável ao trabalhador e princípio da condição mais benéfica ao trabalhador), não se estendem aos negócios jurídicos realizados com fulcro no Código Civil.

A principiologia adotada nesses casos é distinta daquela adotada pela Legislação Civil, com exceção, obviamente, dos contratos de adesão. Naqueles casos, a flexibilidade dos contratos é a regra, de modo que, sobrevindo algum motivo que desequilibre a relação jurídica, a revisão ou resolução do contrato se impõe.

Diferentemente, é o que ocorre com os demais contratos regidos pelo Código Civil, que são as situações abordadas por este trabalho. Nestes casos, tecnicamente, não há que se falar em hipossuficiência de uma parte sobre a outra, pois ambos encontram-se nas mesmas condições, razão pela qual não há como privilegiar um contratante em detrimento do outro, sob pena de se causar graves injustiças.

Dessa forma, pode-se dizer que, neste último caso, a flexibilidade dos contratos continuaria sendo a exceção, embora, agora, amplamente, permitida pela teoria da onerosidade excessiva a resolução dos contratos. Ou seja, mantém-se como regra o princípio da força obrigatória dos contratos, porém, admite-se, amplamente, sua revisão ou resolução, sem que isso represente qualquer conflito para o ordenamento jurídico, bastando, para tanto, a atuação correta da lei pelo magistrado, em cada caso concreto.

Aliás, este é o entendimento do jurista Miguel Reale²⁴⁴, ao afirmar que, “a idéia tradicional, de fonte romanista, de que *pacta sunt servanda* continua a ser o fundamento primeiro das obrigações contratuais”. E, tanto isso é verdade que, o vigente Código Civil reforçou ainda mais o princípio da força obrigatória dos contratos, ao disciplinar os arts. 422²⁴⁵ e 389²⁴⁶, estabelecendo sanções para a hipótese de inadimplemento do contrato.

A propósito, o Código Civil argentino, nos arts. 1197²⁴⁷ e 1198²⁴⁸, do Livro II (“De los derechos personales em las relaciones civiles”), da Seção III (“De las obligaciones que nacen de los contratos”), do Título I (“De los contratos em general”), do Capítulo VI (“Del efecto de los contratos”) reconheceu, simultânea e expressamente, as duas hipóteses, consagrando tanto o princípio da força vinculante dos contratos (*pacta sunt servanda*), como o da possibilidade de sua revisão, em virtude da superveniência de fatos imprevisíveis (*rebus sic stantibus*).

Haveria, desta forma, um conflito de normas no Código Civil argentino? A primeira vista, poderia se dizer que sim, porém, nada há que proíba a admissão de ambas as regras no mesmo texto legal, e como sustenta o próprio doutrinador argentino Luís Andorno²⁴⁹:

De qualquer modo uma observação fundamental se impõe nesta matéria: o princípio em nosso direito segue sendo o contido no referido artigo 1197, Código Civil, tendo em vista que a norma relativa a imprevisão é de caráter excepcional e de interpretação restritiva. O artigo 1198, CC, deve-se aplicar unicamente, aos contratos enumerados nele mesmo, quando se produzam os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis a que faz referência dito dispositivo legal. Sustentar o contrário seria perigoso para a segurança e estabilidade dos negócios jurídicos.

²⁴⁴ Idem. Ibidem, p. 266.

²⁴⁵ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

²⁴⁶ Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

²⁴⁷ Art. 1197. Las convenciones hechas em los contratos formam para las partes una regla, a la cual deben someterse como a la ley misma.

²⁴⁸ Art. 1198. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión. En los contratos bilaterales conmutativos y em los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de uma de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatórios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo próprio del contrato. En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos. No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese em mora. La outra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos dle contrato.

²⁴⁹ ANDORNO, Luís. La teoria de la imprevision, p. 8.

O grande problema das antigas teorias e seus respectivos mentores está, precisamente, no fato de considerarem ambas as teorias como estanques, isto é, como dois elementos de densidades diferentes, que não se misturam em hipótese alguma e são intoleráveis entre si. E, neste caminhar, os defensores da regra *pacta sunt servanda* criticavam os revisionistas de cuidar apenas do interesse do devedor, da mesma forma, como os defensores da regra *rebus sic stantibus* criticavam os anti-revisionistas de cuidar apenas do interesse do credor.

Contudo, o raciocínio deve ser outro. Deve-se ter em mente que as regras não se repelem, mas se completam e se complementam, pela simples razão de justiça comutativa.

Quer isto dizer que, assim como o princípio da força obrigatória dos contratos permite a exigência do cumprimento do contrato com base na justiça comutativa, a regra *rebus sic stantibus* (incluindo-se também a teoria da imprevisão e da onerosidade excessiva nos contratos) também admite revisá-lo ou modificá-lo, diante da excepcionalidade da situação. Trata-se, enfim, de um benefício comum, que deve ser garantido a ambos os contratantes em nome da boa-fé e da equidade e, sobretudo, da justiça comutativa. Assim, pois é o magistério de Nelson Borges²⁵⁰:

Os princípios se harmonizam, e em nenhum momento conflitam ou se chocam, direcionados que estão para o mesmo fim: a aplicação da justiça comutativa. Então, à luz da boa-fé e da equidade – fundamentos indispensáveis em todas as relações jurídicas –, é suficiente a conjugação das duas expressões, com o simples acréscimo da conjunção adversativa latina *sed*. Neste caminhar, teríamos: *pacta sunt servanda, sed rebus sic stantibus*, que equivale a “o contrato faz lei entre as partes, mas desde que mantidas as condições iniciais da contratação”.

Ademais, conclui o douto civilista, citando magistral excerto do argentino Carlos Cossio²⁵¹:

En nuestra cuestión, este tema haría ver, sin ninguna sombra de dudas, que las dos cláusulas *pacta sunt servanda* e *rebus sic stantibus* son ambas, por igual, expresiones necesarias de la misma buena fé constitutiva de la conducta contractual; que solo considerando las expresiones verbales por si mismas, como hace el racionalismo, resultan afirmaciones contradictorias que reciprocamente se excluyen; y que la terá de uma auténtica Ciencia Del Derecho estaria em encontrar la fórmula normativa de su juego conjunto y complementarlo em la experiencia.

²⁵⁰ BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil*, p. 142.

²⁵¹ *La teoría de la imprevisión*, p. 17-8 e 46-8 *apud* Idem. *Ibidem*, p. 142.

E, em seguida, arremata:

Aquellas cláusulas que como significaciones del lenguaje cada una niega a la outra, dando la impresión racionalista de que se anulan al conjugarse, como se complementan y se compenetran porque ninguna puede existir sin la outra, em cuanto que todo contrato está ontologicamente siempre em uma situación. Sólomente el hecho imposible de que existiera um contrato fuera de toda situación permitiría disociar aquellas cláusulas. Pero la estrutura de la vida humana es situacional y por eso todo contrato está necesáriamente siempre em uma situación. Por eso ambas cláusulas son forzosamente paralelas e inseparables, uma como referencia al contrato em situación y la outra como referencia a la situación del contrato.

Disso resulta que: os contratos de trato sucessivo ou de cumprimento diferido no tempo apresentam duas situações. Uma situação é aquela existente ao tempo da celebração do contrato, que exige respeito e obediência integral; a outra é a situação do contrato alterado por acontecimentos imprevisíveis, que exige um tratamento excepcional²⁵².

Assim, enquanto a situação inicial do contrato permanece inalterada, o negócio jurídico é, indiscutivelmente, imutável. A partir do momento que o contrato sofre interferências excepcionais, há uma transição de situações, deixando-se de vigorar aquela regra, passando a influir a cláusula *rebus sic stantibus* ou teoria da imprevisão ou a teoria da onerosidade excessiva.

²⁵² BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil*, p. 144.

CAPÍTULO 4

5 DA TEORIA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA NOS CONTRATOS NO ATUAL CÓDIGO CIVIL

Tecidas as considerações gerais acerca da cláusula *rebus sic stantibus*, da teoria da imprevisão e das diversas outras teorias revisionistas relacionadas ao assunto, cumpre, neste capítulo, analisar a teoria da onerosidade excessiva de acordo com o disposto na Legislação Civil vigente. Assim, este capítulo será destinado, especialmente, à análise dos pressupostos essenciais à aplicabilidade da teoria da onerosidade excessiva.

O atual Código Civil optou por um sistema aberto, composto de cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados, dando ampla liberdade ao magistrado, para julgar de acordo com o seu arbítrio, sua experiência e seu conhecimento, após a análise particular de cada caso concreto.

Portanto, somente com a análise de cada caso particular, diante dos vários que se apresentam, atualmente, é que o magistrado poderá decidir pela aplicação ou não da teoria da onerosidade excessiva.

No entanto, delimitar os pressupostos de aplicabilidade da teoria é de suma importância, para que se crie um parâmetro, que seja tomado como base para a aplicação aos demais casos concretos, evitando-se, assim, aplicações divergentes e incabíveis. Isso porque a obrigatoriedade dos pactos ainda é uma regra, que não pode ser esquecida, sob pena de se implantar a insegurança e a desordem.

Tal discurso, contudo, não representa um apego ao modelo clássico de contrato, mas é preciso manter essa parcela de segurança, pois é inegável e indiscutível, perante a doutrina majoritária, que a teoria da onerosidade excessiva é de “caráter excepcional e de interpretação restritiva”²⁵³.

Posto isto, o art. 478 traça, simultaneamente, o conceito e os pressupostos desta teoria, ao dispor que, “nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação”.

²⁵³ ANDORNO, Luís. La teoría de la imprevisión, p. 8.

No vertente trabalho, além dos pressupostos legais, enumerou-se outros pressupostos doutrinários, que são necessários à configuração da teoria da onerosidade excessiva dos contratos. Entre os primeiros têm-se os seguintes:

- a) contratos de execução continuada ou diferida;
- b) fato superveniente;
- c) acontecimentos extraordinários e imprevisíveis;
- d) onerosidade excessiva da prestação de uma das partes;
- e) vantagem extrema para a outra parte.

Por outro lado, além dos pressupostos legais, acima mencionados, a doutrina, desde a teoria da imprevisão vem enumerando outros pressupostos, quais sejam:

- a) qualidade de parte devedora;
- b) inimputabilidade (por culpa) do prejudicado pela alteração das circunstâncias;
- c) inexistência de mora do devedor;
- d) essencialidade e irreversibilidade.

Diante disso, neste capítulo, será analisado, especificadamente, cada um desses pressupostos, bem como a sua conveniência e necessidade para a configuração da teoria da onerosidade excessiva.

5.1 ÂMBITO DE APLICABILIDADE DA TEORIA

De plano, exclui-se do âmbito de aplicação da teoria, as obrigações provenientes das declarações unilaterais de vontade e dos atos ilícitos, posto que a presente teoria é de aplicação restrita ao campo contratual, tanto é que, foi disposta em parte, exclusivamente, contratual do Código Civil²⁵⁴.

As indenizações decorrentes de atos ilícitos, por questão óbvia, não podem ser revisadas ou resolvidas com fundamento na teoria da imprevisibilidade ou onerosidade excessiva, pelo simples motivos de que o causador do dano age com culpa, na modalidade de negligência, imprudência e imperícia (arts. 186 e 187).

²⁵⁴ A matéria, em exame, foi inserida no atual Código Civil, no Título V “Dos contratos em geral”, no Capítulo II “Da extinção dos contratos” e na Seção IV “Da resolução dos contratos por onerosidade excessiva”.

Dessa forma, embora não seja este um pressuposto expresso na Legislação Civil, é evidente que, aquele que age com culpa não pode ser beneficiado, de forma alguma, em sua torpeza. Além disso, a admissão deste recurso ao causador do ato ilícito poderia violar o princípio da reparação integral²⁵⁵, constante do art. 944 do atual Código Civil.

Por outro lado, em relação às declarações unilaterais de vontade, a primeira vista, nada obsta a aplicação da teoria da imprevisão para revisá-las ou resolvê-las, quando atingidas por eventos supervenientes e imprevisíveis. E, nesse sentido, aliás, é a opinião de Nelson Borges²⁵⁶, pela admissibilidade da aplicação da teoria da imprevisão a esta espécie de obrigação, como a promessa de recompensa.

Contudo, a referida teoria é de aplicação exclusiva à esfera contratual e, como se sabe, a manifestação unilateral de vontade não é uma espécie contratual²⁵⁷.

Entretanto, não seria justo, deixá-la isenta da tutela jurídica da revisão ou resolução do contrato, o que seria contra as diretrizes da nova Legislação. E até seria conveniente admiti-la, por meio de uma interpretação analógica, porém, isso não seria e não é preciso no atual contexto. Isto porque o Código Civil, a despeito de evitar quaisquer injustiças e abusividades, enumerou a mesma regra no art. 317²⁵⁸, destinando a teoria da imprevisão a toda esfera obrigacional, na qual se incluem as declarações unilaterais de vontade.

Dessa forma, o referido dispositivo legal, utilizando-se da mesma sistemática, permitiu a correção pecuniária da prestação, que se torne desproporcional, por motivos imprevisíveis, quando do efetivo pagamento.

Posto isto, o art. 478, na sua parte inicial, limitou a aplicação da teoria da imprevisão, aos contratos de execução continuada ou diferida. É certo, no entanto, que a aplicação não se mostra tão simples como aparenta ser, ao contrário, há uma complexidade maior.

²⁵⁵ Cf. MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações (arts. 389 a 420)*. v. V. t. II. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 321 e seguintes.

²⁵⁶ Cf. BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil: com referências ao Código Civil de 1916 e ao novo Código Civil*, p. 708.

²⁵⁷ A propósito, veja-se o conceito de Maria Helena Diniz, a respeito deste instituto: “É uma das fontes das obrigações resultantes da vontade de uma só pessoa, formando-se a partir do instante em que o agente se manifesta com intenção de se obrigar, independentemente da existência ou não de uma relação creditória, que poderá surgir posteriormente. Não haverá liberdade para se estabelecerem obrigações, que só se constituirão nos casos preordenados em lei: títulos ao portador e promessa de recompensa, gestão de negócios e pagamento indevido. Logo, as obrigações nascem da declaração unilateral da vontade manifestada em circunstâncias tidas pela lei como idôneas para determinar sua imediata constituição e exigibilidade, desde que o declarante a emita com a intenção de obrigar-se, que chegue ao conhecimento da pessoa a quem se dirige e seja determinada ou pelo menos determinável” (*Dicionário Jurídico*. v. 2. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 25).

Para tanto, será necessário esclarecer, neste ponto, os conceitos de determinados contratos, segundo determinadas classificações, como: quanto às obrigações (bilaterais e unilaterais); quanto à onerosidade (onerosos e gratuitos); quanto ao risco (comutativos e aleatórios); e quanto à execução (instantâneos, de trato sucessivo e de execução diferida).

Assim, passa-se à análise individualizada de cada uma dessas espécies de contratos.

5.1.1 Contratos sinalagmáticos, onerosos, comutativos e de execução continuada ou diferida

De início, cumpre assinalar que a nova teoria da imprevisão, nos moldes estabelecidos pelo vigente Código Civil, trata de um recurso destinado à resolução ou revisão dos contratos sinalagmáticos, onerosos, comutativos e de execução continuada ou diferida, o que, aliás, é indiscutível perante a doutrina e jurisprudência.

Os contratos bilaterais ou sinalagmáticos são aqueles que impõem obrigação a ambas as partes, sendo estas, ao mesmo tempo, credora e devedora uma da outra²⁵⁹, como é o caso do contrato de compra e venda de veículo, em que o comprador tem a obrigação de pagar pelo automóvel e o vendedor o dever de entregá-lo.

Os contratos bilaterais são, por sua própria natureza, onerosos. E, isto porque, havendo disposição patrimonial de uma das partes, isto sempre importará em contraprestação, igualmente, onerosa da outra parte.

Por conseguinte, o contrato comutativo é aquele que possui uma equivalência de prestações predeterminadas, equivalência esta que é, meramente subjetiva e nem sempre objetiva, isto é, conforme a avaliação de cada parte no momento da constituição do vínculo contratual, conforme os seus próprios arbítrios.

²⁵⁸ Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

²⁵⁹ Neste particular, é importante fazer a distinção entre a bilateralidade da obrigação e a bilateralidade do consentimento. Aquela se verifica nos contratos bilaterais, enquanto esta se verifica nos negócios jurídicos.

A comutatividade, ademais, relaciona-se ainda à possibilidade de riscos. Assim, na lição de Jorge Alsina Bustamante²⁶⁰, será comutativo, o contrato que, desde sua formação determina certamente qual é a vantagem e a desvantagem para cada uma das partes. São exemplos: a compra e venda, a permuta, a locação, a sociedade.

É indiscutível, portanto, que a teoria da imprevisão se aplica aos contratos bilaterais, onerosos e comutativos, haja vista que são espécies contratuais que pressupõem bilateralidade da obrigação (prestação e contraprestação), a patrimonialidade e a predeterminação dos riscos do contrato, respectivamente, características estas, típicas de incidência da teoria da imprevisão.

Isso porque, só se pode falar em “desproporção das prestações”, em contratos bilaterais; da mesma forma, só se pode falar em “onerosidade” e “vantagem”, em contratos onerosos; e, enfim, só se pode exigir a “álea normal”, nos contratos comutativos.

È oportuno dizer que a mera classificação dos contratos como bilaterais, onerosos e comutativos não é suficiente para a aplicação da teoria. É necessário ainda, que tais contratos sejam a prazo, ou seja, que os contratos possuam um razoável lapso temporal entre o momento da celebração e o de sua execução, do qual o Código Civil, no art. 478, se refere a “contratos de execução continuada ou diferida”.

Os contratos de execução continuada ou de trato sucessivo são aqueles que, necessariamente, se prolongam no tempo, sujeitando o devedor-obrigado a um cumprimento que não se esgota em momento inicial ou único, senão que se perdura por um período durante o qual se reiteram as prestações, periodicamente, sendo o exemplo mais comum, a locação de coisas ou imóvel.

Em contrapartida, os contratos de execução diferida são aqueles nos quais as exigibilidades das obrigações estão sujeitas a prazo suspensivo ou condição. Por exemplo: em uma compra e venda pode estipular-se o pagamento do preço em um prazo determinado e futuro, ou seja, posterior à celebração do contrato, ao vencimento do qual a obrigação será exigível²⁶¹.

²⁶⁰ ALSINA, Jorge Bustamante. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, p. 149.

²⁶¹ Apenas a título de informação, em posição minoritária, Llambías criticou a aplicação da teoria da imprevisão aos contratos de execução diferida, porquanto, “o crédito nascido destes contratos são incorporados ao patrimônio do credor, desde o momento da celebração, e portanto, garantido em sua intangibilidade pelo art. 17 C.N.”. Em outras palavras, afirma o doutrinador que seria uma violação ao direito de propriedade (*Estudio de la reforma Del Código Civil*, p. 319 *apud* ANDORNO, Luís. *La teoría de la imprevisión*, p. 14-5). Aceitar a opinião, *data venia*, é contrariar, totalmente, a teoria da imprevisão. Não há razões, portanto, para admiti-la. Primeiro, porque, não obstante, já estar acordo como certo e determinado o valor da prestação, esta ainda não ingressou no patrimônio do credor, justamente, porque o seu cumprimento foi postergado para momento futuro, quando somente então, o credor poderá dizer ser proprietário daquela prestação. Segundo, porque ainda não

Essa espécie contratual (contratos a prazo) é subdivida por Nelson Borges²⁶², em outras quatro subespécies:

- a) de execução diferida propriamente dita: trata-se do contrato que se executa algum tempo após a celebração do contrato, sem contraprestações durante o curso do tempo (amortizações parciais ou satisfação de condições), até o vencimento integral da contratação. Por exemplo: a compra e venda de um imóvel, cujo pagamento será efetuado em 6 meses após a celebração do contrato, sendo este pagamento sujeito apenas ao reajuste futuro da moeda;
- b) de execução continuada ou sucessiva: trata-se dos contratos, cujas obrigações são cumpridas semanal, quinzenal ou mensalmente, sempre de forma sucessiva ou continuada. É a obrigação contratual, que nasce de um só título, porém, não se esgota em um só ato. O pagamento de cada prestação satisfaz apenas, parcialmente, o contrato, pois ele não se extingue. Por exemplo: os contratos de locação;
- c) de execução periódica: trata-se dos contratos, cujas obrigações são cumpridas, periodicamente. Há aqui também uma continuação, porém, os espaços de tempo entre uma prestação e outra possuem períodos maiores. São exemplos, os contratos de arrendamento;
- d) de execução a termo: É a prestação que nasce vinculada à ocorrência de um fato específico e determinado, o qual pode ser inicial (condição suspensiva), quando indica o momento em que deve começar, ou final (condição resolutiva), quando estabelece o instante de cessação do exercício. Pode ainda ser certo, quando se houver estabelecido uma data no futuro para sua vigência, ou incerto, quando embora certa sua incidência, a época da efetivação não estivesse determinada.

Duas situações, portanto, se apresentam como essenciais: a sucessividade das prestações ou a dependência do futuro da prestação.

A exigência dessas situações é indispensável, na medida em que a incidência da teoria somente poderá se verificar com o advento de fato superveniente e

tendo sido cumprida a prestação, e tornando-se esta, excessivamente, onerosa, o objetivo da teoria da imprevisão é, justamente, este, ou seja, evitar o desequilíbrio da prestação.

²⁶² BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil: com referências ao Código Civil de 1916 e ao novo Código Civil*, p. 299-300.

imprevisível, durante o curso do contrato, o que somente ocorre nessas espécies contratuais. Em tópico adiante, será estudado o conceito de fato superveniente imprevisível, que está, intimamente, ligado aos contratos a prazo.

5.1.2 Alguns contratos polêmicos

Efetivamente, não pairam dúvidas quanto à possibilidade de aplicação da teoria da imprevisão aos contratos sinalagmáticos, onerosos, comutativos e de execução postergada no tempo.

Dúvidas, no entanto, existem em relação aos outros contratos pertencentes à mesma classificação dos anteriores, como: os contratos unilaterais, gratuitos, aleatórios e de execução imediata.

Passa-se, então, à análise de cada uma dessas espécies contratuais.

5.1.2.1 Contratos unilaterais

Os contratos unilaterais, embora, assim denominados, são classificados como negócios jurídicos bilaterais e, neste ponto, distingue-se das declarações unilaterais de vontade. Como negócio jurídico bilateral, esses contratos, como todos os outros, exigem a bilateralidade de consentimento, ao contrário, das declarações unilaterais de vontade, que não exige a aceitação ou concordância da contraparte.

Dessa forma, os contratos unilaterais são aqueles que, embora, pressupunham a bilateralidade de consentimento impõe obrigação a apenas uma das partes. O exemplo típico, “é o contrato de doação pura ou simples, em que o donatário não tem qualquer obrigação a desempenhar, tendo o direito de receber a coisa doada, diante da obrigação de dar assumida pelo doador”²⁶³.

Nada obsta a aplicação da teoria da imprevisão aos contratos unilaterais, quando a obrigação do devedor se torna, excessivamente, onerosa por evento superveniente.

Aliás, tal possibilidade vem, expressamente, consagrada pelo art. 480 do vigente Código Civil, que assim dispõe: “se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva”.

Todavia, o dispositivo legal pecou por admitir apenas a revisão contratual, afastando, assim, a possibilidade de resolução e contrariando a melhor sistemática, que se refere ao sistema misto²⁶⁴, como poderá ser estudado no capítulo seguinte.

Pela disposição legal, o devedor, no contrato unilateral, em caso de onerosidade excessiva de sua prestação, por acontecimento extraordinário e imprevisível, poderá optar pela redução da prestação ou pela alteração do modo de executá-la, porém, uma coisa é certa, deverá cumprir a obrigação a qualquer custo.

Entretanto, convém questionar: se somente a resolução for a solução, terá o devedor que cumprir a obrigação? Se a dificuldade de cumprir a obrigação for de tal monta que o devedor preferisse resolver o contrato a ver-se na ruína total, legalmente, não teria ele o direito de pleitear a primeira opção?

Evidentemente, a preservação do contrato é, sem dúvida, a melhor saída, porém, não é em todos os casos que ela seria cabível, ou mesmo, aceitável pelas partes contratantes, razão pela qual foi infeliz o legislador ao adotar esta disposição, sendo, indiscutivelmente, necessário que se previsse também a hipótese de resolução dos contratos unilaterais.

Isso não significa, contudo, que o devedor-obrigado estará isento de uma proteção. Para tanto, deverá recorrer-se à cláusula geral da função social do contrato para tentar obter a resolução contratual. E, neste particular, ressalva-se a operabilidade do Código Civil, que embora, obscuro e contraditório em determinada matéria, permitiu que o magistrado atuasse no caso concreto, buscando a melhor solução para a solução da controvérsia.

²⁶³ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil: Contratos e Declarações Unilaterais: Teoria Geral e Espécies*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 3 v., p. 181.

²⁶⁴ Como poderá ser observado no capítulo seguinte, as legislações têm adotado três sistemas de soluções para os casos de onerosidade excessiva, em virtude de acontecimentos supervenientes e imprevisíveis: o primeiro, admite apenas a revisão dos contratos; o segundo, apenas a resolução; e o terceiro, também conhecido como sistema misto, possibilita tanto a revisão, como a resolução do contrato.

5.1.2.2 Contratos aleatórios

Por conseguinte, mais polêmica ainda é a questão dos contratos aleatórios. De forma breve, pode-se conceituá-la como o contrato em que “há a assunção de um risco (álea) por uma ou ambas as partes, pois a prestação pecuniária é incerta, inexistindo a equivalência das prestações entre as partes. Uma delas poderá, destarte, vir a ter vantagem sobre a outra, por fatores não imputáveis a quaisquer delas”²⁶⁵.

Sem dúvida, todo contrato possui um risco inerente. Todavia, continua Roberto Senise Lisboa²⁶⁶, “quando o risco é assumido por uma das partes como elemento accidental do negócio jurídico pactuado, outra é a situação, submetendo-se tão-somente aquele que o assumiu aos seus efeitos”.

Quer isto dizer que, nos contratos aleatórios a(s) parte(s) contratante(s) assume(m) os riscos do negócio, antecipadamente, de maneira que o objeto do contrato, ou seja, a prestação, embora já conhecida pelas partes pode vir a não existir.

Nesse diapasão, é importante ressaltar a lição de Nelson Borges²⁶⁷, que assim se pronuncia: “aleatórios, por natureza, são convenções em que uma das partes tem sua prestação determinada no momento da celebração e a contraprestação da outra parte condicionada a evento que, embora identificado na vinculação, é incerto quanto à efetiva ocorrência e ao quando ela se dará, com riscos implícitos de ganho ou perda para os contratantes”.

Portanto, dois aspectos são importantes na determinação do contrato aleatório: a indeterminação quanto à ocorrência dos fatos previstos contratualmente e à sua data de efetivação.

São exemplos típicos de contratos aleatórios: o contrato de aquisição de safra agrícola, que poderá sequer vir a existir, perdendo o adquirente, neste caso, aquilo que pagou previamente²⁶⁸; o contrato de seguro, que não se pode precisar se o sinistro realmente

²⁶⁵ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil: Contratos e Declarações Unilaterais: Teoria Geral e Espécies*, p. 182.

²⁶⁶ Idem. *Ibidem*, p. 183.

²⁶⁷ BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil: com referências ao Código Civil de 1916 e ao novo Código Civil*, p. 711-2.

²⁶⁸ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil: Contratos e Declarações Unilaterais: Teoria Geral e Espécies*, p. 147.

ocorrerá; o contrato de convênio médico, que não se pode precisar quando o beneficiário fará uso dos serviços colocados à sua disposição, nem o valor referente a eles²⁶⁹.

Pois bem. Durante muito tempo, defendeu-se a inaplicabilidade da teoria da imprevisão aos contratos aleatórios, tendo, inclusive, legislações que a repeliram, expressamente, como ocorreu no Código italiano²⁷⁰ e no Projeto de Código de Obrigações brasileiro de 1965²⁷¹.

É certo, contudo, que por época da elaboração dos referidos diplomas legais, os legisladores, doutrinadores e operadores do Direito reconheciam apenas duas espécies de áleas: a normal e anormal, o que foi fundamental para a solução tomada. A primeira, diz respeito aos riscos comuns a todas as obrigações assumidas para serem executadas no futuro, em que os incidentes de percurso contratual são previsíveis no ato vinculativo. A segunda, por sua vez, refere-se ao terreno dos fatos imprevisíveis, incomuns, por isso identificados como extraordinários, tendo ocorrência, inclusive, no campo extracontratual²⁷².

Entretanto, quando se fala em contratos aleatórios é preciso ter em mente que, existe uma terceira espécie de álea, distinta das anteriores, que é a álea *sui generis*, que se refere à dúvida e incerteza da contraprestação. E é, exatamente, a esta espécie de álea que se refere o contrato aleatório.

A álea *sui generis* é “caracterizada pela possibilidade de ocorrência de evento assentado na futuridade, isto é, na mais absoluta incerteza (especificamente apenas no que tange à configuração do fato (se) e ao quando ele se dará)”²⁷³, o que não se confunde com imprevisibilidade.

Por tais razões, pode-se dizer com certa margem de perigo, que a álea *sui generis*, inerente ao contrato aleatório é “relativamente previsível”, justamente, porque, com o perdão da redundância, não se refere a acontecimentos, absolutamente, imprevisíveis aos contratantes, como leciona Nelson Borges²⁷⁴:

²⁶⁹ Idem. Ibidem, p. 183.

²⁷⁰ Art. 1469. As normas dos artigos precedentes não se aplicam aos contratos aleatórios por sua natureza ou por vontade das partes.

²⁷¹ Art. 348. Aos contratos aleatórios não se aplica a resolução por onerosidade excessiva.

²⁷² BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil: com referências ao Código Civil de 1916 e ao novo Código Civil*, p. 714.

²⁷³ Idem. Ibidem, p. 714.

²⁷⁴ Idem. Ibidem, p. 715.

É necessário, desde logo, estabelecer que, por todas as razões imagináveis, os termos imprecisão, incerteza, indeterminação, dúvida, não podem ser tomados como sinônimos de imprevisibilidade. Na verdade, de forma subjacente ao caráter específico dessas convenções, a álea disciplinada pela normalidade (que nasceu com o pacto) permanece inalterada, pela simples razão de que o aspecto duvidoso das convenções aleatórias refere-se especificamente à efetivação ou não do fato acautelado contratualmente (portanto, identificado, conhecido), e, em caso positivo, quando aquele fato se dará. Como se constata, a discussão gravita em torno de fatos previsíveis, conseqüente à sua identificação apriorística.

Conseqüentemente, todas as pessoas que celebram um contrato aleatório possuem uma representação mental ou cognitiva da realidade (espaço de verificação das áleas), da qual lhes permite antever os riscos normais e *sui generis* do contrato, como conclui o Nelson Borges²⁷⁵:

Seriam aleatórios todos os contratos assentados em dúvidas, incertezas, em relação à efetiva ocorrência do fato impreciso. Para tanto, há de existir na contratação aleatória a passagem do plano subjetivo (se) para o objetivo (quando). Por este prisma, existente o fato efetivamente duvidoso, no contexto identificado como objeto da relação jurídica que se forma, com ele surge a possibilidade de transformação de um estado virtual em objetivo, emergente da passagem da incerteza da entrega da prestação prometida para uma realidade que, em função das circunstâncias, será positiva ou negativa, mas sempre marcada pela ausência de certeza, como exigem a sorte ou azar contidos na aleatoriedade. Deste modo, aquele que se vincula em convenção aleatória sabe previamente que a essência de sua contratação já nasce indelevelmente marcada pelo risco calculado.

Um exemplo histórico, que marcou a aplicabilidade da teoria da imprevisão em contratos aleatórios se refere ao já citado caso das empresas seguradoras da Itália, no ano de 1906, no famoso caso dos incêndios das cidades de Messina e Regio Calabria, provocadas por fortes terremotos que as destruíra quase que completamente. Por essa ocasião, as Cortes italianas eximiram as empresas seguradoras do pagamento do prêmio aos segurados²⁷⁶.

Posto isto, mesmo os contratos aleatórios podem ser atingidos por acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, os quais se encontram na esfera das áleas anormais do contrato. Neste caso, é inegável que a teoria da imprevisão será aplicável sempre

²⁷⁵ Idem. Ibidem, p. 722-3.

²⁷⁶ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Da cláusula *rebus sic stantibus*, p. 48.

que o acontecimento alterador da base contratual não se relacione com sua álea específica de dúvidas e incertezas.

5.1.2.3 Contratos gratuitos

Os contratos gratuitos são aqueles que impõem o sacrifício patrimonial a apenas uma das partes, sem que a contraparte necessite efetuar o pagamento ao devedor-obrigado. A situação, neste caso, é semelhante ao que ocorre com os contratos unilaterais, ou seja, em princípio eram excluídos da previsão normativa e, posteriormente, passou-se a lhes garantir também a proteção contra a imprevisibilidade.

A exclusão da aplicabilidade da teoria aos contratos gratuitos deve ser criticada, na medida em que não havia e não há razão para tratar, desfavoravelmente, o devedor de uma prestação a título gratuito em relação ao devedor por um contrato oneroso.

Nesta linha de raciocínio, Jorge J. Llambías²⁷⁷, por sua vez, expressa que, não se justifica que o devedor gratuito seja tratado pior que o devedor oneroso: um devedor de uma renda vitalícia onerosa e outro de uma pensão vitalícia gratuita. Isso se afigura um absurdo, pois se, imprevisivelmente, e pela deflação sobrevinda, a dívida se torna, excessivamente, gravosa, podendo o primeiro devedor amparar-se na teoria da imprevisão, é injusto que o segundo não o possa, pelo simples fato de ter atuado, desinteressadamente, e não ter assumido um sacrifício tão pesado, como o que havia resultado.

Dessa forma, não há razões para que seja tolhida a aplicação da teoria da imprevisão aos contratos gratuitos, especialmente, quando se tratar de prejuízo ao devedor.

5.1.2.4 Contratos de execução instantânea

Como explica Jorge Alsina Bustamante²⁷⁸, “os contratos de execução instantânea, cuja virtualidade se esgota imediatamente pelo cumprimento e conseqüente

²⁷⁷ *Estudio de la Reforma del Código Civil*, p. 312 apud ALSINA, Jorge Bustamante. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, p. 150.

²⁷⁸ ALSINA, Jorge Bustamante. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, p. 150.

extinção do vínculo, não são afetados pela modificação das circunstâncias que podem produzir-se em um tempo ulterior”.

E, evidentemente, é pacífico na doutrina e na jurisprudência, por questões lógicas, que em contratos de execução imediata não se aplica a teoria da imprevisão. Essa lógica se deve ao fato de que, não havendo lapso temporal entre o momento da celebração do contrato e de sua execução, jamais se preencherá o pressuposto da superveniência do fato imprevisível, que é indispensável para a aplicação da teoria em estudo.

Interessante se faz mencionar, contudo, qual a mensuração que se deve conferir ao lapso temporal do contrato? Horas, dias, semanas, meses ou anos?

A despeito de se conceituar o contrato de execução instantânea, os doutrinadores não se preocuparam com essas questões. Talvez seja até desnecessário. Não, porém, em face da teoria da imprevisão. Por exemplo, Roberto Senise Lisboa²⁷⁹ afirma que, “o contrato de execução imediata conclui-se em curto espaço de tempo”. Georges Ripert e Jean Boulanger²⁸⁰, por sua vez, sustentam que o contrato de execução instantânea é aquele que se cumpre com uma só prestação.

Entretanto, pode vir a ocorrer, mesmo nesses contratos, que a prestação de uma das partes seja cumprida em determinado dia, e a contraprestação se dê no dia seguinte, ou até mesmo, na semana seguinte, por simples acordo das partes.

Ora, os acontecimentos imprevisíveis não escolhem momento algum para ocorrer. Assim, de minuto a minuto, corre-se o risco do advento de um acontecimento extraordinário e imprevisível. Com isso, pode ocorrer que, neste breve e pequeno intervalo de tempo, se verifique o acontecimento imprevisível, que gere a excessiva onerosidade da prestação. Talvez, no entanto, pode ocorrer, ainda, que esse acontecimento superveniente não venha causar nenhuma lesão virtual ao devedor-obrigado, em virtude de tão exíguo espaço de tempo.

Por isso, poderia deixar de especificar e, assim, limitar a aplicação da teoria, exclusivamente, aos contratos de execução continuada ou diferida, estendendo-a também a todo e qualquer contrato, de uma forma genérica, sem que isso implique imprecisão da norma, bastando ao magistrado, em observância, ao contrato perceber ou não a aplicação da teoria.

Enfim, a existência de um lapso temporal entre o momento de celebração do contrato e o momento da efetiva conclusão, ainda que exíguo, é indispensável, tendo

²⁷⁹ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil: Contratos e Declarações Unilaterais: Teoria Geral e Espécies*, p. 185.

²⁸⁰ RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil: segun el tratado de Planiol*, p. 65.

cabimento a teoria da imprevisão. Esse lapso temporal pode se verificar em qualquer espécie de contrato, daí porque conveniente seria que o legislador, neste particular, deixasse a norma com um caráter genérico.

5.2 ALTERAÇÃO DAS CONDIÇÕES OBJETIVAS EM RELAÇÃO AO MOMENTO EM QUE O CONTRATO FOI CELEBRADO: FATO SUPERVENIENTE EXTRAORDINÁRIO E IMPREVISÍVEL

José de Oliveira Ascensão²⁸¹ aponta que a discrepância entre o negócio jurídico e as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar, ou, simplesmente, a desproporção das prestações pode ser atribuída a duas espécies de fatos: originários ou supervenientes. Aqueles, são verificados no momento de criação do vínculo contratual e, estes são ocorridos após a celebração do contrato.

De acordo com o fato causador do desequilíbrio contratual, se originário ou superveniente, poderá se verificar a aplicação de diversos institutos, conforme cada caso. Por exemplo, tratando-se de fato originário pode-se constatar a hipótese de erro²⁸² (arts. 138 a 144), lesão (art. 157 e parágrafos), estado de necessidade (art. 156), ou abuso de direito (art. 187), sendo cada um desses institutos tratados por regras próprias.

Por outro lado, sendo o fato superveniente, somente será o caso de se aplicar a teoria da imprevisão ou da onerosidade excessiva, conforme se trate de contrato civil ou consumerista. A superveniência, portanto, é pressuposto fundamental para essas teorias, de maneira que a qualidade de extraordinário e imprevisível será analisada em um segundo momento, tendo em vista que, no último caso, essas condições são dispensáveis²⁸³.

Posto isto, interessa ao vertente estudo a teoria da imprevisão e para que esta possa ter cabimento no caso concreto, mister se faz, que o fato superveniente seja também

²⁸¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil. *Revista CEJ do CJP*, Brasília, n. 25, abr./jun. 2004, p. 62.

²⁸² A propósito, o Código Civil português, ao tratar do erro sobre os motivos remete a solução ao regime da modificação ou resolução do contrato por alteração das circunstâncias (ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil, p. 62).

²⁸³ Neste diapasão, é conveniente destacar que, a teoria da imprevisão (Código Civil, arts. 478 a 480) para ter aplicabilidade e cabimento exige que o fato superveniente seja extraordinário e imprevisível. Preenchidos esses requisitos poderá o contrato ser revisto ou resolvido, conforme o caso. A teoria da onerosidade excessiva (Código do Consumidor, art. 6.º, V), por sua vez, exige apenas o fato superveniente, sendo irrelevante as qualidades exigidas pela primeira.

extraordinário e imprevisível para as partes contratantes, e que ocorra após a celebração do contrato e antes de sua execução final, nos contratos de execução diferida, ou, durante o cumprimento das prestações, nos contratos de trato sucessivo.

Embora, não conste, expressamente, no texto legal, a necessidade de fatos supervenientes, não há dúvidas da necessidade desse pressuposto. E isso se pode constatar, não somente pela natureza do instituto, que exige “contratos de execução continuada ou diferida” e “dependência do futuro”, como também da própria expressão “se tornar” constante do texto legal.

Tecidas estas considerações, convém, agora, esclarecer qual o significado das expressões “fato extraordinário e imprevisível”, que diante da sua altíssima subjetividade se afigura como tarefa das mais difíceis e complexas.

O doutrinador argentino Luis Andorno²⁸⁴, em poucas palavras, conseguiu dar uma boa definição do que seria um evento imprevisível. E, segundo ele, seriam variações nas situações, que de modo algum poderiam ser previstas nem pelo mais avisado dos contratantes.

Em seguida, complementa o civilista português José de Oliveira Ascensão²⁸⁵ que, “a imprevisibilidade só pode ser objetiva, pois é independente da análise da situação psíquica das partes, e resulta de uma observação feita de fora. Dizer que é imprevisível equivale a dizer que é anômalo ou anormal”.

Disso decorre que fato extraordinário e imprevisível é um acontecimento estranho a ambas as partes, fora das suas realidades normais, porém, que se verificou no contexto comum dos contratantes. Ou seja, não diz respeito à modificação da situação subjetiva da parte contratante, por exemplo, a perda de emprego pelo devedor, ou a doença de um parente seu.

Isso porque sendo o acontecimento extraordinário e imprevisível um fato comum às partes, não há razão para que uma delas seja sacrificada ou beneficiada em detrimento da outra. Como exemplo desses fatos pode-se citar: “a guerra, revolução, golpe de estado, epidemia, proibição de fabricação de determinado produto, proibição de importação de matéria-prima ou de componentes, racionamento de energia elétrica, de água, de gás e, futuramente, quem sabe, uma greve de provedores da internet”²⁸⁶.

²⁸⁴ ANDORNO, Luís. *La teoría de la imprevisión*, p. 7.

²⁸⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil*, p. 63.

²⁸⁶ BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil: com referências ao Código Civil de 1916 e ao novo Código Civil*, p. 304.

Nelson Borges²⁸⁷ analisou a noção de imprevisibilidade em outro contexto. Segundo ele, mister se faz obter uma noção contrária a fato certo e provável. Assim, “se a previsibilidade decorre da identificação de um fato certo e provável, o fato incerto e improvável só poderá ser considerado imprevisível”.

Perante a doutrina, inúmeras foram as tentativas de se fixar uma noção de fato extraordinário e imprevisível, constituindo-se todas como idéias, meramente, relativas, na medida em que dependem da análise singular de cada caso concreto aliado a diversas outras situações, as quais devem resultar numa desproporção econômica das prestações.

No entanto, uma coisa é certa: o fato imprevisível é aquele que está além da “ordem do dia”, é anormal perante as situações reais, tendo em vista os acontecimentos normais do cotidiano. Por exemplo, nos contratos celebrados em moeda estrangeira. Se esta vem se valorizando, paulatinamente, durante seguidos dias, é evidente que o contrato celebrado neste período não poderá sofrer a intervenção da teoria da imprevisão, posteriormente. Contudo, se a valorização da moeda ocorre, repentinamente, de um dia para o outro, quando o contrato a prazo já esteja celebrado, é evidente que terá cabimento a teoria.

Ademais, afirma Nelson Borges²⁸⁸ que a relatividade da previsibilidade ou imprevisibilidade do evento pode estar relacionada ainda a situação ou condição de cada parte contratante. Dessa forma, um acontecimento pode ser imprevisível em relação ao conhecimento comum, em nível de informação, ao grau de instrução, a capacidade de discernimento do homem médio. Mas também, pode ser previsível de acordo com o conhecimento especializado, a experiência, a informação privilegiada ou qualquer outro motivo, correlacionado ao fato, que lhe dê condições de prever a alteração das circunstâncias que outro contratante pode encarar como imprevisível. E, neste caso, a efetiva previsibilidade destrói a imprevisibilidade.

O exemplo parte do próprio doutrinador: “para alguém ligado ao Ministério da Defesa ou às Forças Armadas, a eclosão de uma guerra com país vizinho poderá não consubstanciar um fato imprevisível, em razão de suas informações privilegiadas e confidenciais”. Por outro lado, “para alguém que com um dos beligerantes haja celebrado um contrato cuja execução se dará em pleno fragor do conflito, cujos antecedentes são por ele ignorados, certamente o será”²⁸⁹.

²⁸⁷ Idem. Ibidem, p. 304.

²⁸⁸ Idem. Ibidem, p. 307.

²⁸⁹ Idem. Ibidem, p. 308.

Um segundo aspecto a se verificar é se o fato imprevisível era existente ou inexistente à época da celebração do contrato. O alerta é válido, uma vez que, o fato pode ser existente no momento da contratação, porém, ainda não ter condições de produzir efeitos, vindo a tê-las apenas, posteriormente, trazendo profunda e anormal alteração das circunstâncias que serviram de base à contratação.

Se, realmente, o fato era desconhecido e inexistente à época da celebração do contrato, é indiscutível que o seu advento, trazendo consigo a alteração das circunstâncias objetivas do momento da contratação, irá ensejar a aplicação irrestrita da teoria da imprevisão, pois são, exatamente, situações como esta que se destina a norma do art. 478 do Código Civil.

Entretanto, se o fato já era conhecido e existente? Terá lugar a teoria da imprevisão?

Nesse diapasão, se o fato já era existente, quando da celebração do contrato, porém, nenhuma influência ocasionou na época da efetivação do vínculo contratual, nada obsta a aplicação da teoria da imprevisão se, posteriormente, tal fato se mostrar capaz de alterar o equilíbrio da economia contratual. Isto porque, “sua imaturidade não o deixou ser causa imediata da alteração ou extinção da base negocial, só vindo a ser qualificado para tanto, posteriormente, porque dependente de outros fatores para sua completude”²⁹⁰.

É o que ocorre, por exemplo, nas regiões próximas de áreas vulcânicas em atividade, ou ainda, de áreas de intensos abalos sísmicos. É manifesto que tal fato é de conhecimento dos seus moradores, porém, a ocorrência desses fatos e suas conseqüências são, absolutamente, imprevisíveis, porquanto incertos quanto à sua ocorrência, bem como à data de ocorrência, daí porque, nada obsta a aplicação da teoria quando tais fatos (terremotos, abalos) ocasionarem o desequilíbrio contratual.

Outra, portanto, não deve ser a interpretação do dispositivo legal, pois a onerosidade excessiva e, por conseqüência, o desequilíbrio contratual pode ser ocasionado não apenas pelo advento do fato imprevisível, mas também de suas conseqüências e de seus resultados.

Aliás, diga-se a propósito, esta foi a conclusão a que chegou o Conselho da Justiça Federal, na III Jornada de Direito Civil, quando se formulou o Enunciado n. 175, que assim dispõe: “a menção à imprevisibilidade e à extraordinariedade, insertas no art. 478 do

²⁹⁰ Idem. Ibidem, p. 305.

Código Civil, deve ser interpretada não somente em relação ao fato que gere o desequilíbrio, mas também em relação às conseqüências que ele produz²⁹¹.

Enfim, um evento imprevisível pode ser identificado pelo seu caráter anormal, surpreendente e inesperado, e mais, pela raridade com que se verifica no mundo cotidiano, podendo se referir, inclusive, a fatos já existentes, quando da celebração do contrato, porém, que só vem a produzir seus drásticos efeitos em momento posterior.

5.3 NEXO CAUSAL ENTRE A ONEROSIDADE EXCESSIVA E A ALTERAÇÃO CIRCUNSTANCIAL OBJETIVA

Posto isto, o fato superveniente extraordinário e imprevisível (causa) deve ser, diretamente, o agente causador do desequilíbrio econômico das prestações, especialmente, da onerosidade excessiva do contrato por parte do devedor (efeito).

Não é supérfluo destacar que, esses dois pressupostos, que constituem, justamente, a causa e o efeito da teoria da imprevisão, devem estar interligados por um nexo de causalidade, de maneira que, o efeito deve ser resultado direto da causa, condição esta *sine qua non* para a incidência da teoria da imprevisão, o que afigura por óbvio.

Dessa forma, feita as devidas considerações acerca da causa, passa-se, agora, à análise dos efeitos que aquela provoca no contrato.

5.4 DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO ENTRE AS PRESTAÇÕES

Obviamente, a simples ocorrência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, ainda que, com alteração das circunstâncias contratuais, não bastam para a configuração e aplicação da teoria da imprevisão. É indispensável que, aliado a isso, sejam

²⁹¹ O mesmo Conselho da Justiça Federal, anteriormente, na I Jornada de Direito Civil, já havia conferido a mesma interpretação à expressão “motivos imprevisíveis”, constante do art. 317 do Código Civil, ao formular o Enunciado n. 17: “a interpretação da expressão “motivos imprevisíveis” constante do art. 317 do novo Código Civil deve abarcar tanto causas de desproporção não previsíveis como também causas previsíveis, mas de resultados imprevisíveis”.

provocadas conseqüências drásticas no contrato, o que se constata, principalmente, pelo desequilíbrio e/ou desproporção econômica das prestações.

Por conseguinte, esse desequilíbrio econômico das prestações, segundo o texto legal (art. 478), deverá ser demonstrado por duas situações: pela onerosidade excessiva da prestação a ser cumprida por uma das partes e pela vantagem extrema da contraparte, as quais se passa a analisar.

5.4.1 Onerosidade excessiva da prestação

Inicialmente, é importante destacar que, a “onerosidade excessiva do contrato” não se confunde com a “teoria da onerosidade excessiva”. A primeira expressão, nada mais é que um dos pressupostos da teoria da imprevisão, necessária, por sinal, para a sua aplicabilidade.

Em contrapartida, a teoria da onerosidade excessiva trata de uma regra destinada à revisão ou resolução dos contratos, em virtude de desequilíbrio contratual ocorrido por evento extraordinário e imprevisível. O aspecto relevante desta teoria é que o acontecimento externo e inesperado não precisa ser provado e, tampouco, presumido, bastando, para tanto, a demonstração da desproporção contratual²⁹².

Depois dessa brevíssima noção, convém tratar da onerosidade excessiva, enquanto pressuposto da teoria da imprevisão, em três diferentes aspectos.

O primeiro aspecto a ser analisado no âmbito da onerosidade excessiva, diz respeito à sua virtualidade. Ou seja, a excessiva onerosidade a que se refere o dispositivo legal, ainda se encontra em vias de se configurar, de maneira que, quando se socorre, judicial ou extrajudicialmente, à teoria, o devedor procura uma solução preventiva. Trata-se da chamada lesão virtual, como adotou Nelson Borges²⁹³, ou lesão superveniente, como preferiu Caio Mário da Silva Pereira²⁹⁴.

O instituto da lesão foi adotado como paradigma, uma vez que a onerosidade excessiva assim como aquele instituto pressupõe “uma desproporção evidente e

²⁹² Esta teoria está presente no Código de Defesa do Consumidor (art. 6.º, V) e ainda será analisada no tópico final deste capítulo.

²⁹³ BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil: com referências ao Código Civil de 1916 e ao novo Código Civil*, p. 316.

²⁹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 109.

anormal das prestações, quando um dos contratantes auferir ou tem possibilidade de auferir do contrato, um lucro desabusadamente maior do que a contraprestação que se obrigou”²⁹⁵, porém, em momento posterior à celebração do contrato. Contudo, reitere-se, mais uma vez, a lesão é iminente, vindo a se concretizar apenas se o contrato tiver de ser cumprido naquelas novas circunstâncias.

O segundo aspecto a ser analisado é que a onerosidade excessiva da prestação constitui-se numa dificuldade extrema de cumprimento da prestação, por parte do devedor, da qual não se confunde com a impossibilidade de seu cumprimento. Isto é, não é necessário que o evento imprevisível ocasione a impossibilidade ou desaparecimento da prestação, que é característica do caso fortuito ou de força maior.

A propósito, nem sempre a referência à impossibilidade é causa de exclusão da teoria da imprevisão e inclusão do caso fortuito ou de força maior. Isso porque a menção à impossibilidade é, em muitos casos, utilizada de forma equivocada, principalmente, quando se distingue a impossibilidade absoluta da relativa. Em verdade, aquela inviabiliza, totalmente, o cumprimento da obrigação, enquanto, a última apenas dificulta o cumprimento da prestação, daí porque ser imprecisa a expressão impossibilidade relativa.

Deveras, a impossibilidade não admite graus, como alerta Nelson Borges²⁹⁶:

O impossível existe ou não existe. Se existe, seu entendimento só pode ser absoluto; se não existe, não há o que discutir e nada justifica sua divisão em absoluto e relativo. Não se divide o que não existe. E se é dispensável dizer-se que uma impossibilidade sempre será total (simplesmente porque não pode ser parcial), pela mesma razão não se poderá dividi-la em absoluta e relativa. É mais do que evidente a existência de uma visão distorcida, fundada em comodismo perigoso, cujo descaso pode acabar por comprometer o real significado das palavras. O que comporta graus é a possibilidade, jamais a impossibilidade. Quando nada existe que impeça o cumprimento da prestação dizemos que a possibilidade é absoluta, quando surgem dificuldades, que ela é relativa.

O termo impossibilidade deve ser reservado para os casos em que a prestação se apresente insuscetível de ser cumprida física, moral, econômica ou legalmente, ou por qualquer outra forma, a despeito dos esforços empregados.

Por isso, é preciso estar atento para que a teoria possa ser aplicada com justiça em todos os casos, afastando-se hipóteses das quais seria, perfeitamente, cabível a

²⁹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito Civil: alguns aspectos da sua evolução*, p. 246.

imprevisibilidade, pois como se constatou a impossibilidade relativa, em verdade, de impossibilidade não se trata, ao contrário, refere-se à possibilidade relativa de cumprimento da obrigação e, por tais razões, aplicável é a teoria nestes casos.

Diferentemente dos dois primeiros aspectos, estritamente, teóricos, o terceiro aspecto da onerosidade excessiva diz respeito à sua efetividade e operabilidade. Trata-se de mensurar, numericamente, o que seria a onerosidade excessiva, contudo, surge a questão: seria isto possível?

José de Oliveira Ascensão²⁹⁷, a despeito de traçar a noção da expressão, assegurou que não basta qualquer acréscimo de onerosidade, deve esta ser “manifesta”, tendo em vista que vigoram, ainda, os princípios da segurança e da certeza e, como tais, não se pode admitir que todos os negócios possam ser revistos, ao sabor das alterações da realidade subjacente, que incessantemente evoluem, mesmo que essas alterações sejam alterações extraordinárias, pois a vida jurídica exige estabilidade.

A doutrina, rica e abundantemente, vem se utilizando das mais diversas formas de expressão para designar a onerosidade excessiva, como: “casos patológicos”, “sacrifício vultoso do devedor”, “ruína patrimonial do devedor” etc.

A ausência de um parâmetro legal, porém, confere mais uma vez ao magistrado o arbítrio de decidir quando e em quanto a onerosidade excessiva está presente.

Muito se discute acerca da necessidade de adoção de um critério objetivo de fixação da onerosidade excessiva. Isso porque ao mesmo tempo em que poderia facilitar a visualização da lesão virtual, poderia também ocasionar algumas injustiças, por conta de um critério estático e rígido, podendo afastar algumas situações de real desequilíbrio.

Não é supérfluo ressaltar que já no Direito Romano do século III, na Constituição dos Imperadores Diocleciano e Maximiliano, já houve algumas tentativas de se adotar um critério objetivo de fixação da lesão. Por exemplo, a lesão enorme ocorria quando, no contrato de compra e venda, a coisa era vendida por preço inferior a 50% (cinquenta por cento) do valor real de mercado, valor este apurado ao tempo da venda. O mesmo critério, foi adotado para avaliar a lesão enormíssima, que ocorria quando o vendedor era lesado em mais de 2/3 (dois terços) do preço de mercado da coisa.

No Direito Brasileiro, igualmente, houve algumas tentativas de adoção de critérios objetivos. Um bom exemplo é o Decreto n. 24.150/1934, também conhecido como

²⁹⁶ BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil: com referências ao Código Civil de 1916 e ao novo Código Civil*, p. 313.

²⁹⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil*, p. 65.

Lei de Luvas, que regulou as condições e o processo de renovação dos contratos de locação de imóveis destinados a fins comerciais ou industriais. Nesta legislação, adotou-se um instituto semelhante ao da teoria da onerosidade excessiva e sua verificação foi atrelada a um critério objetivo, como se percebe da leitura do seu art. 31²⁹⁸.

A mesma sistemática foi adotada pelo Decreto-Lei n. 869/1938, que, posteriormente, foi transformado na Lei n. 1.521/1951, e que tratou acerca dos crimes contra a economia popular. Esta legislação tarifou o lucro exorbitante, mediante lesão da contraparte, em 20% (vinte por cento) sobre o valor do bem ou da prestação feita ou prometida, como se constata da alínea “b”, do art. 4.^o²⁹⁹.

Como se percebe, não foram raros os casos de adoção de critérios objetivos para se aferir a lesão ou a onerosidade excessiva. Contudo, os doutrinadores pátrios, sempre se colocaram em oposição a este critério, especialmente, Caio Mario da Silva Pereira³⁰⁰, que assim se pronunciou: “sempre me pareceu mais construtivo que o legislador se limitasse a mencionar o critério, deixando ao juiz apreciar em cada caso se e quando o desequilíbrio das prestações se verificava”.

E, realmente, está com a razão o douto civilista, pois o critério objetivo se mostra insuficiente para aferir as reais situações de onerosidade excessiva. Isso porque a sua verificação não depende apenas do valor pecuniário, mas sim de muitas outras circunstâncias fáticas objetivas e subjetivas, até porque as prestações, neste caso, nascem equilibradas e se tornam desproporcionais no curso do contrato, por causa de acontecimentos externos, daí o porquê ser impossível atrelá-la a critério, exclusivamente, numérico.

²⁹⁸ Art. 31. Se, em virtude da modificação das condições econômicas do lugar, o valor locativo fixado pelo contrato amigável, ou em consequência das obrigações estatuídas pela presente Lei, sofrer variações, além de 20%, das estimativas feitas, poderão os contratantes (locador ou locatário), findo o prazo de três anos da data do início da prorrogação do contrato, promover a revisão do preço estipulado.

²⁹⁹ Art. 4.^o Constitue crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando:

- a) cobrar juros, comissões ou descontos percentuais, sobre dívidas em dinheiro, superiores à taxa permitida por lei; cobrar ágio superior à taxa oficial de câmbio, sobre quantia permutada por moeda estrangeira; ou, ainda, emprestar sob penhor que seja privativo de instituição oficial de crédito;
- b) obter ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida.

³⁰⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito Civil: alguns aspectos da sua evolução*, p. 247.

5.4.2 Vantagem extrema do credor

O Código Civil, em seu art. 478, ao tratar da teoria da imprevisão, exigiu como pressuposto, além da onerosidade excessiva da prestação do devedor, também a vantagem extrema do credor. Muito se discute acerca deste pressuposto, especialmente, quanto à sua verificação ou não, para se configurar a possibilidade de revisão ou resolução do contrato.

Trata-se de uma inovação na matéria, na medida em que “o requisito da extrema vantagem não é encontrado na teoria clássica da imprevisão ou mesmo em quaisquer textos legais ou precedentes jurisprudenciais brasileiros. Os principais trabalhos doutrinários sobre o tema, no Brasil, ora ignoram essa alteração, repetindo os comentários feitos ao instituto antes da entrada em vigor do NCC, ora repetem o requisito, sem questionar sua origem ou os impactos de sua aplicação”³⁰¹.

A doutrina ainda não se posicionou, tendencialmente, a favor ou contra este pressuposto, de modo que, são encontradas opiniões nos mais variados sentidos. O sempre destacado Nelson Borges³⁰² se posicionou, favoravelmente, a sua exigência, nos seguintes termos:

Neste contexto, consigne-se de imediato não ser possível a aceitação isolada destes elementos para a aplicação da doutrina. Objetivamente: são necessárias as presenças tanto da onerosidade exacerbada como da extrema vantagem, simultaneamente. À luz do art. 478 não se pode cogitar da possibilidade de aceitação de ocorrência de apenas uma das exigências. Embora o dispositivo não o diga expressamente, a concomitância é indispensável.

A propósito, Arnaldo Medeiros da Fonseca³⁰³, já havia feito a mesma exigência, acerca da vantagem excessiva do credor:

³⁰¹ Antonio Celso Fonseca Pugliese, ao pesquisar o direito alemão, francês, italiano, argentino, e também os sistemas da *common law* e do direito internacional privado europeu (Instituto Internacional para Unificação do Direito Privado – Unidroit), sustenta inexistir requisito semelhante, em qualquer outra legislação estrangeira (Cf. Teoria da imprevisão e o novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 830, n. 93, dez./2004, p. 15).

³⁰² BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil: com referências ao Código Civil de 1916 e ao novo Código Civil*, p. 678.

³⁰³ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*, p. 234-5.

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

E, em seguida, complementa:

Todavia, quando a superveniência imprevista e imprevisível, alterando profundamente o ambiente objetivo anterior, além de acarretar o sacrifício extremo do devedor, constitui para o credor uma fonte de enriquecimento inesperado, será conforme os ditames da justiça manter a obrigatoriedade integral do contrato? Não se verificará, assim, um enriquecimento injusto, por ser para o credor decorrente do acaso, enquanto para o devedor é causa de ruína? Porque é necessário reconhecer: não é o contrato a verdadeira fonte desse enriquecimento; mas a superveniência imprevista. E se é legítimo assegurar coativamente a execução de um direito convencional, constituirá talvez uma suprema injustiça permitir que assim se vá proporcionar a uma das partes, pelas circunstâncias supervenientes, vantagens novas e inesperadas, à custa da ruína e do sacrifício do outro contratante.

Em sentido oposto, Othon Sidou³⁰⁴ assegurou que, o enriquecimento sem justa causa ou vantagem extrema do credor, não é indispensável à configuração da teoria da imprevisão, por duas razões: primeiro, porque a excessiva onerosidade para uma das partes, nem sempre resulta em excepcional vantagem para a outra; e segunda, porque a excessiva onerosidade não se relaciona, necessariamente, com a vantagem extrema.

A bem da verdade é que a inserção deste pressuposto, longe de facilitar a aplicação da teoria, serviu para trazer maiores implicações, as quais são de duas ordens: a primeira, é saber se a exigência da vantagem extrema do credor não limitaria, demasiadamente, a aplicação da teoria; a segunda, diz respeito ao ônus probatório, que recairá sobre o devedor.

Cumprido, no entanto, delimitar o que se deve entender por “vantagem extrema do credor”. A noção da vantagem extrema pode ser alcançada, em comparação, com

³⁰⁴ SIDOU, Othon. A revisão judicial dos contratos por evento superveniente, p. 74.

o instituto do enriquecimento sem causa, previsto nos arts. 884 a 886 do vigente Código Civil, porém, com este não se confunde³⁰⁵.

Isso porque nos termos dispostos no Código Civil, a onerosidade excessiva do contrato deve provocar, por consequência, a vantagem extrema ou o enriquecimento sem justa causa do credor.

Nessa esteira, vale ressaltar que a vantagem extrema a que se refere o Código Civil, em seu art. 478, não diz respeito, basicamente, ao lucro patrimonial, pecuniário, mas sim a qualquer espécie de vantagem. Por tais razões, a comparação com o enriquecimento sem justa causa tem fundamento, pois, cientificamente, esse instituto também não leva em consideração apenas o enriquecimento patrimonial, sendo, portanto, semelhantes.

Neste particular, André Rouast³⁰⁶ destaca três formas de enriquecimento: o aumento patrimonial, a perda evitada e o benefício moral. Em complemento ao doutrinador francês, Giovanni Ettore Nanni³⁰⁷, assim se manifesta: “o enriquecimento deve consubstanciar-se num dado objetivo, numa vantagem concreta, permitindo a sua identificação para ao exercício da ação de enriquecimento em busca de extrair-se das mãos do enriquecido o produto que foi indevidamente auferido”.

Semelhantemente, Agostinho Alvim³⁰⁸, por sua vez, leciona que: “o enriquecimento pode consistir, e é o mais freqüente, na deslocação de um valor, de um para outro patrimônio; num dado evitado; na inutilização da coisa própria; numa diminuição de despesa; na transmissão da posse; numa remissão de dívida; em serviços prestados; em algum benefício moral com valor pecuniário ou na incorporação ao patrimônio de um elemento material ou imaterial”. Em seguida, complementa: “o enriquecimento tem o mais amplo sentido, compreendendo qualquer aumento do patrimônio, ou diminuição evitada, e até vantagens não patrimoniais, desde que estimáveis em dinheiro”.

³⁰⁵ A principal distinção entre o instituto do “enriquecimento sem causa” e da “onerosidade excessiva”, é que aquele, ao mencionar no dispositivo legal que o credor “será obrigado a restituir o indevidamente auferido” (art. 884) pressupõe o pagamento da prestação. Aliás, neste sentido, é a lição do doutrinador português Moitinho de Almeida: “o enriquecimento sem causa é um facto jurídico constitutivo, pois cria um direito de restituição para o dono do patrimônio empobrecido, e a obrigação de restituir por parte do dono do patrimônio enriquecido”, logo, só se pode restituir aquilo que já foi objeto de pagamento (Cf. ALMEIDA, L. P. Moitinho de. *Enriquecimento sem causa*. 2. ed. Coimbra: Libreria Almedina, 1998, p. 27). A onerosidade excessiva constante do art. 478 do Código Civil, por sua vez, dispõe que, “se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa”, o que significa que, o pagamento da prestação ainda não foi efetivado.

³⁰⁶ L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, v. 21, p. 53 *apud* NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 226.

³⁰⁷ NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*, p. 227.

³⁰⁸ ALVIM, Agostinho. Do enriquecimento sem causa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 259, n. 46, mai./1957, p. 18-9.

Como se observa, o Legislador Civil de 2002, ao adotar a teoria da imprevisão, exigiu que se demonstrasse, quando da sua aplicação, além da onerosidade excessiva da prestação, também, o enriquecimento ou a vantagem auferida pelo credor.

Teoricamente, a exigência deste pressuposto parece, à primeira vista, indispensável, porém, com uma análise mais acurada, vê-se, pois, que o legislador foi extremamente exagerado neste aspecto, sendo, portanto, dispensável, pelas seguintes razões.

Primeiro, porque, em muitos casos, a aplicação da teoria poderá ser, severamente limitada, porquanto nem sempre uma prestação que se torna, excessivamente onerosa trará extrema vantagem para a outra parte.

Segundo, porque, como menciona a lição de Antonio Celso Fonseca Pugliese³⁰⁹, a sua adoção trará conseqüências práticas muito graves para o sistema jurídico brasileiro, haja vista que a parte lesada por um evento imprevisível terá, agora, um novo e pesado ônus processual, qual seja o de produzir provas sobre benefícios econômicos auferidos pela outra parte, muitas vezes sem qualquer acesso aos documentos e informações necessários para a identificação desses benefícios.

Não obstante isso, diante de tudo que já foi exposto nos capítulos II e III, é indiscutível, que a nova ordem contratual impôs ao contrato o cumprimento de uma função social. E, dentro dessa nova função do contrato está, evidentemente, a vedação do desequilíbrio econômico das partes e da desproporção das prestações, de modo que sobrevindo a excessiva onerosidade do contrato, é suficiente que o devedor assim o demonstre, para que o Poder Judiciário possa intervir e corrigir esta patologia.

Enfim, o fato superveniente extraordinário e imprevisível pode atingir o contrato celebrado, causando-lhe as seguintes situações: a) somente a onerosidade excessiva da prestação do devedor; b) a onerosidade excessiva do contrato e, simultaneamente, a vantagem extrema do credor; e c) apenas vantagem extrema do credor.

Diante dessas situações, é evidente que nenhuma delas pode fugir da tutela do Poder Judiciário, pois todas vão contra a nova ordem contratual, principalmente, contra o princípio da função social do contrato. Todavia, cada uma delas merece tratamento individualizado.

Assim, nos dois primeiros casos, é manifesto que a teoria da imprevisão seja aplicada, independentemente da existência ou não de vantagem extrema para o credor, pois tais fatos já bastam para provocar a desproporção contratual.

³⁰⁹ PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca. Teoria da imprevisão e o novo Código Civil, p. 15-6.

Da mesma forma, sobrevindo o terceiro caso, o contrato também não deixará de ser tutelado pelo Poder Judiciário, porém, neste caso, cabe ao credor socorrer-se ao instituto do enriquecimento sem causa, previsto nos arts. 884 a 886 do Código Civil³¹⁰.

Dessa forma, entende-se que é, demasiadamente, exagerado a exigência do pressuposto da “vantagem extrema do credor”, uma vez que, em persistindo este pressuposto a regra da teoria da imprevisão perderá o seu foco protetivo, que é, justamente, tutelar a parte contratante que se sujeitará à ruína patrimonial, se tiver de cumprir o contrato que se tornou excessivamente oneroso, em virtude de acontecimento extraordinário e imprevisível.

5.5 QUALIDADE DE PARTE DEVEDORA

Pela análise do dispositivo legal, é fácil perceber que a teoria da imprevisão é um recurso destinado, exclusivamente, ao devedor. E assim se constata, pelas expressões constantes do art. 478, como: “a prestação de uma das partes” e “poderá o devedor pedir a resolução do contrato”.

Com isso, obviamente, o dispositivo legal exclui, totalmente, a possibilidade do credor pedir a resolução ou revisão do contrato, por motivos supervenientes e imprevisíveis. Os principais defensores desta tese a fundamentam no fato de que os credores não estão obrigados a realizar uma contraprestação, daí porque não teriam qualquer prejuízo.

Contrariamente, Nelson Borges³¹¹ e Othon Sidou³¹² tecem severas críticas ao dispositivo legal, amparado, precipuamente, no Código Civil português que assim menciona no art. 437: “tem a parte lesada direito à resolução do contrato”.

³¹⁰ Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

Art. 885. A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir.

Art. 886. Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido.

³¹¹ BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil: com referências ao Código Civil de 1916 e ao novo Código Civil*, p. 680.

³¹² No mesmo sentido Othon Sidou sustenta a possibilidade da bilateralidade da postulação revisória (Cf. SIDOU, Othon. *A revisão judicial dos contratos por evento superveniente*, p. 74-5).

Ademais, afirma o doutrinador que, “a segurança contratual deverá ser sempre um valor bilateral” e, por isso, “tanto é condenável cuidar-se só do interesse do devedor como apenas do direito do credor”³¹³. E, em seguida, conclui:

Na injustificável e condenável distinção do artigo analisado fica estreme de qualquer dúvida que o único direito a ser protegido será sempre o do devedor, como se só ele pudesse ser afetado pelo evento imprevisível e, em decorrência, ver-se a braços com uma lesão virtual. O desafinado acorde deferiu apenas a ele o direito de pedir revisão ou resolução do pacto. Parcialidade normativa tanto injusta quanto maléfica, visto que trai, condenavelmente, o espírito da verdadeira imprevisibilidade, que, por se constituir em remédio jurídico de exceção, deve estar a disposição das partes contratantes, como consta de legislações mais atentas e preocupadas, acima de tudo, com a juridicidade³¹⁴.

Com isso, entende-se que a superveniência de motivos imprevisíveis, poderia trazer ao credor um aviltamento ou depreciação do valor ou coisa a ser recebida, de modo que, não será mais de interesse do credor recebê-la daquela forma, razão pela qual seria indispensável conferir ao credor o direito de ação para recompô-lo a uma situação de equilíbrio.

Prossegue ainda Nelson Borges³¹⁵ dizendo que, “mediano raciocínio há de aceitar que a razão que justifica a ação do credor contra a desvalorização da prestação é exatamente a mesma que sanciona a reação do devedor contra a onerosidade excessiva. Não existe apoio legal ou mesmo lógico para se considerar apenas o devedor como legitimado à reação. Para tanto seria necessário que apenas ele fosse parte. E isso não é verdade”.

Data venia, discorda-se da opinião de Nelson Borges, cuja obra sobre a teoria da imprevisão pode ser considerada uma enciclopédia do assunto, na medida em que abordou, praticamente, todas as situações de imprevisão.

A discordância, no entanto, é apenas em parte, não se refere ao desequilíbrio da prestação que, realmente, pode sofrer o credor, em virtude de acontecimento superveniente e imprevisível, pois é, perfeitamente, possível que isso ocorra e, neste caso, seria conveniente atribuir ao credor tal possibilidade.

³¹³ BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil: com referências ao Código Civil de 1916 e ao novo Código Civil*, p. 680.

³¹⁴ Idem. *Ibidem*, p. 680-1.

³¹⁵ Idem. *Ibidem*, p. 705.

Todavia, é oportuno acrescentar que as hipóteses de aviltamento ou depreciação do crédito do credor, por acontecimentos supervenientes e imprevisíveis são de ocorrência muito mais remota, além do que, o desequilíbrio das prestações produz conseqüências muito mais drásticas ao devedor que ao credor.

Sem dúvida, essas justificativas não servem para elidir a tese de Nelson Borges. Mas, é bem verdade que, o Código Civil não deixou em desamparo o credor, na medida em que o mesmo se pode valer de outros recursos na tentativa de evitar quaisquer prejuízos. Um desses recursos seria a própria cláusula geral da função social do contrato, constante do art. 421 que assegura, neste caso, tanto ao credor como ao devedor, trocas justas e úteis, evitando-se, assim, a onerosidade excessiva da prestação ou, o aviltamento e depreciação exagerada do seu crédito.

Neste particular, o Conselho da Justiça Federal, em estudos promovidos na I Jornada de Direito Civil, assim se posicionou, pelo Enunciado n. 22: “a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas”.

Posteriormente, o próprio Conselho da Justiça Federal, agora, na III Jornada de Direito Civil, deixou bem claro que, qualquer fato distinto da impossibilidade da prestação ou da excessiva onerosidade, que incida sobre o contrato, capaz de levá-lo à frustração tem a proteção do art. 421, podendo, desta forma, socorrer o credor nos casos de aviltamento ou depreciação do seu crédito³¹⁶.

Em última análise, verifica-se, ainda, que o credor em vias de ser lesado pode se socorrer ao instituto do enriquecimento sem justa causa, previsto nos arts. 884 a 886 do Código Civil, o que se afigura mais coerente.

É inegável que a regra da imprevisão foi destinada ao devedor-obrigado, que sofre as conseqüências da excessiva onerosidade do contrato, quando do advento de acontecimento superveniente e imprevisível, o que não significa tratar de forma desigual as partes contratantes, pois o credor, diante da sistemática do atual Código Civil não ficou carente de proteção.

³¹⁶ Neste sentido, é o Enunciado n. 166. A frustração do fim do contrato, como hipótese que não se confunde com a impossibilidade da prestação ou com a excessiva onerosidade, tem guarida no Direito brasileiro pela aplicação do art. 421 do Código Civil.

5.6 INIMPUTABILIDADE (POR CULPA) DO PREJUDICADO PELA MUDANÇA CIRCUNSTANCIAL

Talvez seja este um pressuposto já implícito na teoria, e, por isso, dispensa maiores comentários. Implícito, porque não existe nas legislações nada sobre a exigência expressa da inimputabilidade, tendo em vista que sua observância é tão lógica que dispensa sua positivação.

E, isto porque, considerando a teoria da imprevisão como um benefício do devedor, parece lógico que, a ninguém é lícito alegar a própria torpeza, e ainda com ela auferir vantagens³¹⁷.

Trata-se de uma evidência, da qual o acontecimento extraordinário, causador do dano iminente não pode ter sido provocado por quem invoca o benefício da imprevisão. E mais, não apenas é considerado culpado e desmerecedor deste benefício, o devedor que agiu, como também o que se omitiu quanto à produção do evento imprevisível.

Neste diapasão, manifesta-se Nelson Borges³¹⁸: “tanto é responsável o que, no instante vinculativo, plantou a semente da alteração da base contratual como o que, podendo evitar a ocorrência da modificação, permaneceu inerte”. E, em seguida, complementa: “é tão culpado o criador da causa como o que podia tê-la impedido de surgir. Ação ou omissão, pouco importa. E a exigência é perfeita, correta e incensurável sob todos os aspectos, na medida em que se tem como assente o fato de que não deve ser atendido quem pretenda alegar em seu benefício a própria torpeza”.

Embora seja coerente a opinião do doutrinador, é preciso ter cautela no rigorismo das exigências. Evidentemente, podendo evitá-las, o devedor deve agir para impedi-las, porém, é preciso levar em consideração o grau dessa inevitabilidade e as circunstâncias do caso concreto, pois como o próprio Nelson Borges afirmou, na teoria da imprevisão, a imprevisibilidade possui valor máximo, sendo afastadas a inevitabilidade e a irresistibilidade, ao contrário do que ocorre no caso fortuito e de força maior, em que a inevitabilidade possui valor máximo, enquanto a imprevisibilidade possui valor mínimo.

Enfim, entende-se que a possibilidade do devedor evitar o acontecimento imprevisível pode apenas, excepcionalmente, tolher a aplicação da teoria da imprevisão,

³¹⁷ SILVA FILHO, Artur Marques da. *Contornos atuais da teoria dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 151.

³¹⁸ BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil: com referências ao Código Civil de 1916 e ao novo Código Civil*, p. 321.

especialmente, quando comprovados a manifesta negligência do devedor-obrigado, e que, com simples atuações poderia ter evitado a ocorrência do acontecimento imprevisível.

5.7 INEXISTÊNCIA DE MORA DO DEVEDOR

Tem-se afirmado, até mesmo de forma majoritária que a parte devedora que esteja em mora não pode invocar a revisão ou resolução do contrato, diante da alteração das circunstâncias, por motivos imprevisíveis, pelas mesmas razões apontadas para o devedor que deu causa, com culpa, para a ocorrência desses fatos.

Tanto isso é verdade, que questiona o renomado Othon Sidou³¹⁹: “que autoridade tem o contratante omissa em encargo que se vencem em circunstâncias normais, ou cronológicas, para argüir a superveniente anormalidade das circunstâncias objetivas havidas no ato de ajuste?”

E é louvável que esse pressuposto seja exigido, quando da aplicação da teoria ao caso concreto, mesmo sem determinação legal expressa, pois, como assevera o argentino Luis Andorno³²⁰, se o devedor “houvesse cumprido a prestação em momento oportuno, não teria dado ensejo aos efeitos prejudiciais desencadeados pelos acontecimentos fora do curso normal das coisas, que constituem o substrato fático da teoria da imprevisão”.

É lógico, no entanto, que toda regra rigorosa, com o passar dos tempos, tende a sofrer uma atenuação. E foi, exatamente isso o que aconteceu com esse pressuposto, na medida em que se mostrou, profundamente, injusto. E, certamente, não poderia prevalecer, uma vez que o simples fato da mora não pode elidir as conseqüências drásticas provocadas pela alteração das circunstâncias.

Neste particular, José de Oliveira Ascensão³²¹ sustenta ser necessário distinguir “as hipóteses em que a mora é causal para que a relação fique desequilibrada em conseqüência da alteração das circunstâncias e as restantes”. Ou seja, “a parte pode prevalecer-se da alteração das circunstâncias que teria sobrevindo de qualquer modo e atuado sobre o contrato, houvesse ou não mora”.

³¹⁹ SIDOU, Othon. A revisão judicial dos contratos por evento superveniente, p. 81.

³²⁰ ANDORNO, Luís. La teoría de la imprevision, p. 16-7.

³²¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil, p. 66.

Na prática, o exemplo é do próprio jurista português: imagine-se uma empresa que se obrigue a reparar um navio e atrase-se seis meses em relação ao prazo a que se comprometera, contratualmente. Durante este período, desencadeia-se uma guerra que atinge o país de origem das matérias-primas necessárias, o que leva estas a cotações exorbitantes. Evidentemente, nesse caso, não poderá a empresa de navios se valer da teoria da imprevisão. Por outro lado, imagine-se uma dívida, cujo pagamento deve ser efetuado em cem parcelas. Na décima parcela, o devedor deixa de pagá-la na data apazada, faltando ainda, noventa parcelas para o término da obrigação. É evidente que, nesse caso, a alteração anormal adviria de qualquer forma, de modo que, é justo que o contrato seja revisado ou resolvido, para se atingir, novamente, o equilíbrio das prestações³²².

Como resultado, tem-se que o devedor, em mora, somente poderá se beneficiar da teoria da imprevisão, se demonstrar que o acontecimento superveniente e imprevisível é anterior à ocorrência da mora, que ocorreu em virtude da alteração anormal, ou, se depois do acontecimento imprevisível, que a mora não possui qualquer relação com estes e, mesmo que o devedor tivesse cumprido a obrigação, sobejaria a lesão virtual.

5.8 ASPECTOS COMPARATIVOS ENTRE A TEORIA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA NO CÓDIGO CIVIL E NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

É de se criticar, inicialmente, a denominação utilizada, pelo legislador civil, à Seção II “Da resolução por onerosidade excessiva”, do Capítulo II “Da extinção do contrato” do atual Código Civil.

Isso porque, embora seja a onerosidade excessiva de uma das prestações do contrato um dos pressupostos para a sua resolução e/ou revisão, é bem verdade que o pressuposto essencial para a sua configuração permanece sendo o fato exógeno e superveniente, ou seja, o acontecimento extraordinário e imprevisível, semelhantemente à já exposta teoria da imprevisão.

Assim, o que o legislador civil denominou de “onerosidade excessiva”, em verdade, trata-se da velha máxima da “imprevisão”, o que se constata pela simples análise dos seus pressupostos ensejadores.

³²² Idem. Ibidem, p. 66.

A principal diferença entre a teoria da imprevisão e da onerosidade excessiva está na exigência ou não do fato exógeno e superveniente imprevisível. E esse ponto distintivo é fundamental, pois será o principal diferencial entre aplicar ou não o instituto aos contratos civis em geral.

A propósito, a teoria da onerosidade excessiva foi adotada pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), em seu art. 6.º, V, ao enumerar como direitos básicos do consumidor, dentro outros, “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”³²³.

Interessante se faz mencionar, neste dispositivo legal, que a teoria consumerista da onerosidade excessiva nos contratos, não exige que o acontecimento superveniente seja imprevisível, extraordinário e excepcional, ao contrário do que consta no Código Civil.

Isto é, para a revisão do contrato consumerista, somente é necessário que o acontecimento seja superveniente. Com efeito, ao contrário disso, o novo Código exige que o acontecimento superveniente seja imprevisível. Isso ocorrendo, poderá um dos contraentes requerer junto ao Poder Judiciário a revisão ou correção da prestação, cabendo ao juiz corrigir a distorção entre a prestação avençada na contratação e a prestação devida na execução do contrato, atendendo aos princípios da boa-fé, da sociabilidade, da eticidade, da operabilidade, da equidade e do equilíbrio econômico do contrato.

Posto isto, pode-se enumerar como pressupostos essenciais à configuração da teoria da imprevisão nos contratos, no Código Civil:

- a) contratos a prazo, em que se verifica um lapso temporal entre o momento da celebração do contrato e de sua execução, ainda que a execução se dê em momento futuro único, ou, em diversos momentos periódicos;

³²³ É relevante destacar que, este dispositivo legal, admite duas situações distintas, ao contrário do que imagina Caio Mário da Silva Pereira. Segundo o civilista, esse dispositivo legal engloba apenas a hipótese de lesão originária ou superveniente (Cf. *Lesão nos contratos*, p. 210). Não obstante, o entendimento que se extrai de referido dispositivo legal é diverso, pois que, dois institutos decorrem do mencionado artigo: a) a primeira parte representa a lesão e confere ao consumidor o direito de modificar as cláusulas contratuais, que estabeleçam prestações desproporcionais; b) a segunda parte refere-se a onerosidade excessiva e confere ao consumidor o direito de revisão em razão de fatos supervenientes, que as tornem excessivamente onerosas. Convém registrar, ademais que, a lesão ocorre no momento de formação do contrato, ou seja, quando da contratação a parte lesada assume já uma prestação desproporcional à contraprestação. Por outro lado, a onerosidade excessiva ocorre em momento posterior à celebração do contrato, por qualquer motivo, não, necessariamente, imprevisível, que torne a prestação desproporcional à, inicialmente, contratada.

- b) advento de um acontecimento superveniente, ou seja, que seja desconhecido quando da celebração do contrato, ou, ainda que conhecido venha a provocar seus drásticos efeitos após a celebração do contrato;
- c) que o acontecimento superveniente seja qualificado como extraordinário e imprevisível;
- d) que, por conta do fato superveniente extraordinário e imprevisível, o contrato celebrado tenha sofrido um desequilíbrio econômico, que resultou em extrema dificuldade de cumprimento para o devedor, por conta da excessiva onerosidade da prestação;
- e) que a onerosidade excessiva da prestação e, por conseqüência, o desequilíbrio contratual, não tenha decorrido, diretamente, de culpa ou mora do devedor.

Em contrapartida, segundo o Código de Defesa do Consumidor, são suficientes para a aplicabilidade da teoria da onerosidade excessiva:

- a) a prestação duradoura ou periódica;
- b) a ocorrência de um fato superveniente qualquer;
- c) o advento, por conseqüência, da onerosidade excessiva da prestação;
- d) a inimputabilidade do consumidor pela onerosidade excessiva da prestação.

Por conseqüência, não se exige para a configuração da teoria da onerosidade excessiva nos contratos consumeristas:

- a) a impossibilidade total de cumprimento da prestação;
- b) a vantagem extrema do fornecedor;
- c) e, também não se exige que os acontecimentos supervenientes sejam anormais, extraordinários, imprevistos e imprevisíveis.

Como se observa, ao contrário da teoria da imprevisão prevista no Código Civil, que é de aplicação restrita, limitada e excepcional, a teoria da onerosidade excessiva prevista no Código do Consumidor é de aplicação mais ampla e irrestrita.

Aliás, como prova disso, “a jurisprudência tem aceito, como motivo suficiente para a revisão contratual e para a ação corretora do equilíbrio contratual pelo Judiciário, situações em princípio individuais, como, por exemplo, a perda do emprego”³²⁴, o

³²⁴ BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *A revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*, p. 151.

que não é aceita pela teoria da Legislação Civil, por ser considerada uma alteração circunstancial subjetiva.

Por conseguinte, as distinções não param por aí. Além dos elementos caracterizadores, os institutos também se distinguem quanto aos seus efeitos e quanto à finalidade de suas disposições.

A Legislação Civil em vigor adotou o sistema misto, admitindo tanto a resolução do contrato, como a sua revisão, esta apenas na hipótese de mútuo consentimento. O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, a despeito de tratar dos efeitos do reconhecimento da onerosidade excessiva, admitiu tão-somente a possibilidade de revisão do contrato.

Em seqüência, destaque-se que a finalidade do dispositivo legal civilista, sem dúvida alguma, foi atender às novas diretrizes do Código Civil (eticidade, sociabilidade e operabilidade), em especial, da função social do contrato, como, reiteradamente, já se expôs nos capítulos anteriores.

Sob outro enfoque, a Legislação Consumerista, ao disciplinar a teoria da onerosidade excessiva nos contratos, teve por ordem, tutelar a parte hipossuficiente do consumidor e, neste caso, é expressamente parcial, negando a proporcionalidade e equivalência das partes presente no Código Civil.

A propósito, neste sentido, é a lição de Fabiana Rodrigues Barletta³²⁵, ao afirmar que essas disposições constantes do Código do Consumidor foram elaboradas em vista do princípio da conservação dos contratos, que, por sua vez, baseia-se nos princípios consumeristas da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, da boa-fé e do equilíbrio das prestações e, também, nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da redução das desigualdades sociais, da erradicação da pobreza e da marginalização.

Assim, é de fácil inferência constatar que a teoria da imprevisão e teoria da onerosidade excessiva, embora, de mesma natureza, não se assemelham, ao contrário, distinguem-se em diversos pontos, especialmente, no que se refere aos pressupostos de aplicação, aos efeitos e a finalidade e fundamento, sendo a incidência da primeira bem mais restrita que a da segunda, de modo que o que, efetivamente, foi abordado pelo Código Civil foi a teoria da imprevisão e não da onerosidade excessiva.

³²⁵ Idem. Ibidem, p. 150.

5.9 DOS EFEITOS DO RECONHECIMENTO DA ONEROSIDADE EXCESSIVA NOS CONTRATOS

5.9.1 Dos regimes de solução do contrato e da solução legal

Pois bem. Reconhecida a desproporção contratual pela onerosidade excessiva da prestação do devedor, ocasionada pelo advento de fato superveniente extraordinário e imprevisível, em última análise, convém esclarecer qual o regime de solução do contrato deverá ser adotado como medida de justiça contratual.

Ao longo do último século, as legislações alienígenas têm reconhecido três regimes de solução, a saber: a) o regime da revisão; b) o regime da resolução; e c) o regime misto, autorizando tanto a revisão, como a resolução do contrato.

A história da regra em estudo, levando-se em consideração a opinião doutrinária, jurisprudencial e da legislação alienígena, desde a cláusula *rebus sic stantibus*, passando pela teoria da imprevisão e da onerosidade excessiva dos contratos, nunca foi unânime quanto à revisão e/ou rescisão e resolução do contrato³²⁶.

Neste diapasão, o Direito Civil brasileiro seguiu a mesma esteira do Direito Italiano, que determina a resolução do contrato, diante da causa superveniente, produzindo a anulação do negócio jurídico, com efeito retroativo entre as partes. Essa resolução contratual não prejudicará os direitos adquiridos de terceiro, e poderá ser evitada apenas quando, a outra parte se oferecer a modificar a condição do contrato, com uma redução equitativa da prestação³²⁷.

Do contido nos dispositivos legais³²⁸ decorrem três soluções para o caso:

a) poderá o devedor pedir a resolução do contrato; ou,

³²⁶ Em estudo de Othon Sidou, adotaram o regime da resolução, os Códigos Civis italiano, brasileiro e português. Por conseguinte, adotaram o regime da revisão, os Códigos Civis prussiano, egípcio e grego. Finalmente, adotou o regime misto, apenas o Código Civil bávaro (Cf. A revisão judicial dos contratos por evento superveniente, p. 82).

³²⁷ Cf. COLAGROSSO, Enrico. *Il libro delle obbligazione (parte generale)*. Milano: Società Editrice Libreria, 1943, p. 496.

³²⁸ Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

b) poderá o réu (credor) consentir na modificação eqüitativa das condições do contrato, evitando-se, assim, a sua resolução; e

c) nos contratos unilaterais, poderá o devedor pleitear a redução da prestação, ou o modo de executá-la.

Inicialmente, é importante esclarecer que, ao contrário do que aparenta, a Legislação Civil pátria, não adotou o regime misto (revisão e/ou resolução), embora, tenha consagrado tanto a possibilidade de resolução, como a de revisão do contrato, como sustenta Nelson Borges³²⁹.

Isto porque, pela solução legal, sobrevindo a onerosidade excessiva da prestação contratual, em virtude de acontecimento extraordinário e imprevisível, o devedor-obrigado, não obtendo um ajuste comum com o credor, somente poderá se valer da resolução contratual, o que parece claro, diante do texto legal.

Tanto isso é verdade que, o art. 479 do Código Civil, em seguida, vem confirmar que a resolução é a regra e somente poderá ser afastada, por mútuo consentimento das partes, posto que o contrato somente poderá ser revisado na hipótese do réu (credor), espontaneamente, se oferecer a modificar, eqüitativamente, as condições do contrato.

O regime misto, em verdade, implica a possibilidade de postular, judicialmente, ambas as soluções, revisão ou resolução do contrato, a critério do devedor prejudicado. E, ao postular a revisão ou resolução do contrato, poderá obter a solução pretendida, independentemente, da adesão ou não do réu, no caso, o credor.

Assim, neste último regime, compete ao magistrado, verificando-se a configuração da onerosidade excessiva no contrato, extingui-lo, se a ação for de resolução contratual, ou, revisá-lo, conforme o seu arbítrio, se a demanda for de revisão.

Pelo que se constata, o regime adotado pelo Código Civil não permite que o magistrado revise o contrato, impondo às partes contratantes o seu cumprimento, com novas feições, como, redução da prestação, modificação na forma de execução do contrato, supressão de cláusulas contratuais, entre outras possibilidades.

Aliás, essa mentalidade já vinha sendo adotada desde o Projeto de Código de Obrigações de 1965³³⁰, da lavra de Orosimbo Nonato (presidente), Caio Mário da Silva Pereira (relator-geral), Theophilo de Azeredo Santos, Sylvio Marcondes, Orlando Gomes e

³²⁹ Cf. BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil: com referências ao Código Civil de 1916 e ao novo Código Civil*, p. 692.

³³⁰ BRASIL. Serviço de Reforma de Códigos. Projeto de código de obrigações / Comissão de Estudos Legislativos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores. [s.l.]: Imprensa nacional, 1965, p. XVIII.

Nehemias Gueiros. Segundo os idealizadores do Projeto de 1965, a solução para tal caso, somente poderia ser a resolução contratual, pelos seguintes motivos:

A onerosidade excessiva com base na teoria da improvisação (art. 346) ficou adstrita à resolução, e não à revisão dos contratos, pois que esta última atenta muito mais contra a liberdade das partes do que a primeira, se se observar que o contratante levado a uma prestação que não ajustou e que lhe vem de sentença, é mais atingido na sua liberdade do que aquele que suporta o desfazimento do vínculo se vem a ocorrer modificação no ambiente objetivo da execução, por força de acontecimento imprevisto, gerando o proveito de um e o empobrecimento do outro. Mas o interessado poderá evitar a resolução oferecendo-se a modificar a prestação (art. 347). Realçou-se pela autonomia a extinção decorrente da impossibilidade da prestação (art. 350) com ressalva, porém do aproveitamento da parte exequível (impossibilidade relativa) se o contrato não resultar da avença mesma ou das circunstâncias (art. 351).

Na mesma esteira, o civilista argentino Luis Andorno³³¹ já lecionava que “o demandante é dono de seus interesses, e se prefere continuar com o contrato como originariamente foi pactuado, nada pode forçá-lo a outra situação. O juiz não pode substituir a vontade do demandante”.

Esse regime, adotado pelo Direito Brasileiro e por muitos outros ordenamentos jurídicos, como o italiano e o argentino, sem dúvida alguma, sofreu severas críticas, mormente, porque a doutrina majoritária tem consagrado o regime misto, que confere ao devedor prejudicado tanto a possibilidade de pleitear a resolução, como a revisão do contrato.

Neste sentido, ensinam Nelson Borges³³² e Othon Sidou³³³ que, ademais, complementam que não apenas se devem propiciar ambas as soluções aos contratantes, como também, deve-se respeitar um *iter* a percorrer, o qual, necessariamente, deve admitir, primeiramente, a revisão e, somente quando esta não for possível, admitir a resolução.

A propósito, o mesmo Nelson Borges³³⁴ critica os Códigos Civis Português, Italiano e Brasileiro, por inverterm a ordem lógica, admitindo, primeiramente, a resolução e,

³³¹ ANDORNO, Luís. La teoría de la imprevisión, p. 20.

³³² BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil: com referências ao Código Civil de 1916 e ao novo Código Civil*, p. 328-9.

³³³ SIDOU, Othon. A revisão judicial dos contratos por evento superveniente, p. 84.

³³⁴ BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil: com referências ao Código Civil de 1916 e ao novo Código Civil*, p. 691-2.

posteriormente, a revisão, o que contraria o espírito da doutrina da imprevisibilidade, que preconiza a manutenção do pacto, via adequação ao novo estado. Nestes termos, veja-se:

Como exposto, primeiro deveria ser tentada a adaptação do avençado à nova situação fática; depois, não sendo possível, proceder-se à ruptura do vínculo. E isto porque a incolumidade da vontade manifestada pelas partes – único e verdadeiro comando de um contrato – a qualquer custo deve ser mantida. A adoção deste critério, além de atender a um princípio lógico de desenvolvimento processual, estaria de resto, em perfeito acordo com o disposto no art. 448 do CPC, que contempla a tentativa de composição do litígio como hipótese a ser discutida em primeiro lugar, antes da instrução de uma causa com tais características.

Portanto, é este o entendimento da doutrina majoritária, ou seja, pela conservação do contrato, devendo-se possibilitar, como medida prioritária, a revisão do contrato e, como medida de escape, a resolução contratual.

Ademais, parece que é esse o entendimento que o Poder Judiciário, por ora, passará a adotar, ou seja, buscando sempre a conservação dos negócios jurídicos, pela revisão do contrato e apenas, residualmente, a resolução contratual³³⁵, o que se constata pelas interpretações conferidas pelo Conselho da Justiça Federal, aos arts. 421 e 478 do vigente Código Civil.

Assim, é o que prescreve o Enunciado n. 22³³⁶: “a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas”. Posteriormente, o Enunciado n. 176³³⁷ arremata o entendimento: “em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual”.

³³⁵ Apenas a título de informação, é interessante destacar que, o Código de Defesa do Consumidor, adotou solução diversa da resolução contratual, ao tratar da onerosidade excessiva do contrato consumerista, permitindo apenas a revisão contratual, como se observa no seu art. 6.º, V (São direitos básicos do consumidor: a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas), porém, pode-se dizer, incorreu no mesmo equívoco da Legislação Civil ao permitir apenas uma solução e, nem sempre, a revisão contratual será cabível em todas as situações, havendo casos em que a resolução será a única saída.

³³⁶ Enunciado aprovado na I Jornada de Direito Civil promovido pelo Conselho da Justiça Federal.

³³⁷ Enunciado aprovado na III Jornada de Direito Civil promovido pelo Conselho da Justiça Federal.

Aliás, tão logo foi publicado o Código Civil de 2002, diversas emendas foram propostas, sendo uma delas referente à seção da onerosidade excessiva do contrato, a qual partiu do desembargador Jones Figueirêdo Alves³³⁸, nos seguintes termos:

Capítulo II – Da revisão e da extinção do contrato

Seção I – Da revisão

Art. 474. Nos contratos de execução sucessiva ou diferida, tornando-se desproporcionais ou excessivamente onerosas suas prestações em decorrência de acontecimento imprevisível, anormal e estranho aos contratantes à época da celebração contratual, pode a parte prejudicada demandar a revisão contratual, desde que a onerosidade exceda os riscos normais do contrato.

§ 1.º Nada impede que a parte deduza, em juízo, pedidos cumulados, na forma alternativa, oportunizando, assim, o exame judicial do que venha ser mais justo para o caso concreto.

§ 2.º Se nos contratos as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

§ 3.º A parte que requer a revisão do contrato não deve encontrar-se em mora no momento da alteração das circunstâncias.

§ 4.º Os efeitos da revisão contratual não devem ser estendidos às prestações satisfeitas, mas somente às ainda devidas, resguardados direitos adquiridos por terceiros.

§ 5.º Nos contratos com obrigações unilaterais aplicam-se os dispositivos anteriores, no que for pertinente, cabendo à parte obrigada pedido de revisão contratual para redução das prestações ou modificações na forma de seu cumprimento.

Seção II – Da resolução por onerosidade excessiva

Art. 475. Requerida a revisão do contrato, a outra parte pode opor-se ao pedido, pleiteando a sua resolução em face de graves prejuízos que lhe possa acarretar a modificação das condições contratuais.

Parágrafo único. Os efeitos da sentença que decretar a resolução do contrato retroagirão à data da citação.

Art. 476. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Não obstante, ficou nítida que a intenção do Legislador Civil foi optar, unicamente, pela resolução do contrato, ou seja, pelo seu desfazimento com base na idéia de que, se o contrato é celebrado de acordo com a vontade das partes, evidentemente, que qualquer modificação ou revisão no seu conteúdo deve ser feito levando-se em consideração também essa autonomia de vontade, de modo que não existindo esta, não se pode impor ao credor a permanência do contrato.

³³⁸ Cf. ALVES, Jones Figueirêdo. *Novo Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 426-7.

Dessa forma, o operador do Direito, especificamente, o magistrado, ao enfrentar uma situação de desequilíbrio contratual por onerosidade excessiva da prestação, se encontrará diante do seguinte dilema: priorizar a conservação do contrato impondo ao credor o cumprimento da obrigação de forma revisada ou alterada, ou, de imediato, determinar o desfazimento do negócio jurídico, pela resolução do contrato, o que traz, indiscutivelmente, consequências econômicas mais drásticas, porém, não fere a autonomia e independência da vontade do credor.

Neste diapasão, José de Oliveira Ascensão³³⁹, com o intuito de efetivar o princípio da conservação dos negócios jurídicos, sem ofender a vontade das partes, propõe duas espécies de modificação contratual: a quantitativa e a qualitativa.

A primeira se refere apenas à redução do preço da prestação contratual, conservando-se nos demais aspectos, o negócio jurídico. A segunda consiste na supressão, acréscimo ou modificação da cláusula contratual, e vai além da mera alteração dos valores. Aquela hipótese poderia ser aplicada pelo magistrado. Esta hipótese, porém, é de difícil aceitação, pois, explica o doutrinador português, “uma cláusula tem sempre fundamento na autonomia privada”, pode ser modificada quantitativamente, sem o consenso da parte, mas não pode ser modificada, qualitativamente, sem vontade dela.

Apesar de todos os argumentos contrários, entende-se que foi correta a disposição legal, em permitir a revisão contratual apenas na hipótese de mútuo consentimento das partes contratantes, determinando-se nos demais casos a direta medida de resolução do contrato, pelos seguintes motivos:

- a) a ação revisional de contrato com a imposição da revisão para o credor, nos contratos regidos pelo Código Civil (portanto, excetuados os contratos de adesão, bancários e consumeristas), fere o princípio da autonomia da vontade das partes, que ainda vigora, apesar das novas diretrizes contratuais;
- b) via de regra, a revisão ou modificação do contrato deve ser buscada extrajudicialmente, com a notificação do contraente para alterar as bases do contrato, que é um pressuposto da ação de resolução³⁴⁰. Evidentemente, quando os contratantes estão em Juízo, é porque, a outra parte não concordou com a revisão do contrato. Por tais motivos, é certo que não pode

³³⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil, p. 64.

³⁴⁰ Ao ajuizar uma ação de resolução contratual, compete a parte requerente, proceder a interpelação judicial da outra parte, quando, então, poderão optar pela revisão do contrato. Este pressuposto é exigido pela segunda parte do art. 474 do Código Civil, que determina que, a cláusula resolutiva tácita, depende de interpelação judicial.

o Poder Judiciário impor o cumprimento de um contrato que a outra parte credora não aceite cumprir, por isso, entende-se que o correto seja mesmo a resolução do contrato.

Tecidas essas considerações, convém tratar as conseqüências produzidas pela resolução e pela revisão no contrato e perante as partes contratantes.

5.9.2 Dos efeitos da resolução e da revisão

Por fim, advindo um desequilíbrio contratual, por conta de um evento superveniente extraordinário e imprevisível, que torne a prestação de uma das partes excessivamente onerosa, terá o devedor-obrigado à sua disposição o instituto da onerosidade excessiva do contrato. Com isso, poderá pleitear, judicialmente, a ação de resolução do contrato, com o fim de obter o desfazimento do negócio jurídico.

Antes disso, porém, poderá por meio de notificação ou interpelação prévia ao credor, na forma do art. 474³⁴¹ do Código Civil, obter a revisão do contrato, o que somente ocorrerá na hipótese de ambas as partes chegarem a um consenso, conforme determina o art. 479³⁴² do mesmo diploma legal.

A intenção deve ser sempre voltada à conservação do contrato, portanto, à sua revisão. Todavia, esta solução não poderá ser imposta pelo juiz à contraparte, contudo, entende-se que, deve-se atribuir aos membros do Poder Judiciário, a difícil tarefa de conciliar os contratantes, aliás, medida esta de caráter prioritário ao prosseguimento da demanda.

Pois bem. Frustrada a tentativa de revisão do contrato, por mútuo consentimento, a ação de resolução terá prosseguimento³⁴³, competindo ao magistrado analisar sua conveniência e admissibilidade e, por fim, fixar os seus efeitos e conseqüências.

A resolução do contrato importa em extinção da relação jurídica contratual, por inexecução das obrigações pactuadas, ou seja, o desfazimento completo do negócio jurídico.

³⁴¹ Art. 474. A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial.

³⁴² Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

³⁴³ É evidente que, nada obsta as partes, de comum acordo, proceder a revisão ou resolução, extrajudicialmente. O vertente trabalho se presta a demonstrar as possíveis soluções aos contratos atingidos pela onerosidade excessiva, os quais as partes se encontram em litígio.

A grande discussão que existe em torno da resolução do contrato, nessas situações, é saber se essa medida opera efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*. O Código Civil, em seu art. 478, parte final³⁴⁴, determinou que, os efeitos da sentença que decretar a resolução retroagirão à data da citação e não ao momento vinculativo das partes. Com isso, o legislador civil pressupôs uma resolução judicial, o que não significa que esta deve sempre ser realizada pela via judicial, admitindo-se, evidentemente, a resolução por mútua acordo.

Neste particular, é a lição de Nelson Borges³⁴⁵, que ainda complementa: “adicione-se que a admissão do efeito *ex tunc* não seria correta, uma vez que, implicitamente, se estaria admitindo a existência oficial de um direito que, na realidade, naquele momento ainda não seria conhecido – e muito menos reconhecido – oficialmente. Este só passaria a ter existência regular, para a produção de efeitos, depois de posto em juízo”.

Data venia, discorda-se, parcialmente, da opinião de Nelson Borges e, por consequência, da disposição legal. Isto porque, o efeito da sentença, de caráter *ex tunc* ou *ex nunc*, depende da espécie contratual que se está tratando. Ou seja, para se determinar o efeito a ser produzido em cada contrato, convém fazer uma distinção fundamental entre contratos de execução diferida e execução continuada.

E, neste sentido, acolhe-se a opinião do civilista argentino Luis Andorno³⁴⁶, segundo o qual, nos contratos de execução diferida, os efeitos se produzem desde o momento inicial, deixando, portanto, sem efeito a relação contratual. As partes deverão, neste caso, restituir-se mutuamente ao que cada um houvera recebido da outra.

Nos contratos de execução continuada, por sua vez, os efeitos se produzem *ex nunc*, quer dizer, somente para o futuro. A resolução não alcançará os efeitos já cumpridos. Desta forma, o efeito retroativo somente se verifica quando se trata de prestações que foram reciprocamente cumpridas. Não haveria, em verdade, razão para levar mais além o efeito aniquilatório do contrato, pois até ali ou existiu a equivalência, ou uma onerosidade tolerável, e basta que a proteção do Direito se desenvolva nas etapas posteriores, de maneira que, os efeitos produzidos, até então, tornam-se perfeitos e acabados³⁴⁷.

³⁴⁴ Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

³⁴⁵ BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil: com referências ao Código Civil de 1916 e ao novo Código Civil*, p. 689.

³⁴⁶ ANDORNO, Luis. *La teoría de la imprevisión*, p. 17.

³⁴⁷ Idem. *Ibidem*, p. 18.

Diante disso, tem-se que, não sendo alcançada a revisão contratual, por mútuo acordo, a única saída do devedor-obrigado será pleitear a resolução do contrato, ou seja, o desfazimento do negócio jurídico, podendo esta solução produzir tanto o efeito *ex tunc*, como *ex nunc*, dependendo da espécie de contrato em discussão.

6 CONCLUSÃO

A estrutura dos direitos obrigacional e contratual, mesmo com o passar dos anos e após inúmeras reformas legislativas, constituem um dos ramos do Direito que menos sofrem alterações, sendo raras as modificações em sua estrutura. Por isso, diz-se que os direitos obrigacional e contratual são estáveis no tempo e uniformes no espaço. Daí o fato de que, em qualquer época e em qualquer lugar, as formas e modos de negociar e as regras contratuais são, praticamente, as mesmas.

Entretanto, não é a forma contratual e nem o modo de circulação dos bens que irá dizer que um direito contratual é mais evoluído e justo que o outro, mas sim os princípios e diretrizes que informam este direito.

No Direito Brasileiro, assim como em grande parte dos países ocidentais, foram as situações sociais, jurídicas e econômicas, que determinaram as diretrizes e os princípios que deveriam concretizar e realizar as obrigações contratuais.

Assim, conheceram-se dois grandes modelos contratuais, quais sejam: o modelo clássico de contrato e a nova ordem contratual. Em nome da segurança e estabilidade jurídica, o primeiro modelo priorizou os princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória dos contratos, logo, referido modelo era, totalmente, avesso à mutabilidade e flexibilização dos contratos.

Isso não significa, contudo, que tal modelo era injusto por impor o cumprimento da obrigação contratual, ao contrário, foi, de fato, necessário à economia e à sociedade dos séculos XVIII e XIX, caracterizada, principalmente, pela estabilidade e pelo liberalismo econômico (capitalismo em sua era inicial).

Contudo, com o passar dos tempos e as mudanças sociais e econômicas, verificou-se que aquele modelo clássico não servia mais à sociedade, havendo a necessidade de se implantar um novo modelo, regido por novas diretrizes e princípios, que atendessem a partir de então, uma sociedade e uma economia de massa.

Com esse intuito, instalou-se a nova ordem contratual, trazendo novas formas e modos de interpretar e realizar o contrato, agora, amparado em novos princípios fundamentais, como o da eticidade, da sociabilidade e da operabilidade, além de outros princípios específicos, como os da função social do contrato, da probidade e boa-fé e do equilíbrio contratual.

Durante a transformação desses modelos contratuais, existiu e ainda existe um princípio que sempre esteve em discussão e acompanhou de perto essa evolução, qual seja: o princípio da flexibilização dos contratos. Assim, a mutabilidade dos contratos somente foi possível, com a mudança da mentalidade das pessoas que estão em contato direto com as relações contratuais, dentre elas os próprios contratantes e os operadores do Direito. Com isso, o contrato deixou de ser um instrumento de circulação de riquezas, estritamente, patrimonial e especulativo, para se tornar um instrumento com destinação social, o que significa que, além de útil deve ser justo.

Dessa forma, mesmo durante o modelo clássico de contrato sempre se discutiu a questão da rigidez contratual diante de fatos supervenientes, extraordinários e imprevisíveis, que trouxessem o desequilíbrio contratual, principalmente, com a onerosidade excessiva da prestação contratual. A doutrina, de uma forma geral, sempre se posicionou, favoravelmente, mesmo no Direito dos séculos anteriores. Tanto é que, a esse respeito, três institutos foram elaborados, ao longo dos séculos, quais sejam: a cláusula *rebus sic stantibus*, a teoria da imprevisão e a teoria da onerosidade excessiva.

Essas teorias, sempre tiveram um caráter excepcional, sendo aplicadas em situações de absoluta extraordinariedade e anormalidade. Ademais, são regras que possuem a mesma finalidade e objetivo, pois visam atenuar a rigidez e imutabilidade da relação contratual, permitindo a sua revisão e/ou resolução e, ao mesmo tempo, procuram evitar que o devedor seja levado à ruína patrimonial por um motivo do qual não contribuiu para que ocorresse.

Por conseguinte, é oportuno destacar que profundos estudos foram realizados para explicar o fundamento dessas teorias, porém, definitivamente, ainda não se chegou a um consenso a esse respeito, mormente, porque das teorias apresentadas, todas, em algum aspecto, se mostraram falíveis. O que é possível fazer, no entanto, diante das dezenas de teorias que foram criadas, é atribuir a algumas delas o seu fundamento, dentre as que se entende como as mais convenientes.

Assim, num primeiro momento, pode-se atribuir o seu fundamento, à teoria de Giorgi e Lenel, do equilíbrio da obrigação, na medida em que todos os contratos sinalagmáticos e comutativos possuem, em regra, um equilíbrio nas prestações, ainda que de ordem subjetiva. Este equilíbrio está ligado a diversos fatores internos e externos ao negócio, como o preço, a oportunidade de negociar, a demanda, a oferta, a necessidade da contraprestação, a utilidade do bem, entre outros fatores.

Num segundo momento, pode-se apontar como fundamento, a teoria da quebra da base objetiva do negócio, formulada por Larenz, já que havendo modificações supervenientes naqueles fatores apontados para o equilíbrio das prestações, não é possível que o contrato se mantenha intacto, para cumprimento, de forma onerosa, pelo devedor-obrigado.

Por último, podem-se invocar as teorias de Medeiros da Fonseca e Gasset, os quais apontam com fundamentos dessas regras de exceção, a equidade e justiça e a socialização do direito, respectivamente, o que se afigura lógico, uma vez que, a flexibilização do contrato com o fim de reequilibrar as prestações que se tornaram desproporcionais é medida de interesse social, acima, portanto, da vontade individual das partes contratantes.

A par de semelhante finalidade, objetivo e fundamento, as teorias em estudo, contrariamente, não apresentam os mesmos pressupostos de configuração e é, exatamente, esta a questão discutida no presente trabalho.

A cláusula *rebus sic stantibus*, de origem canônica, por incrível que pareça tem o âmbito de aplicação maior que as duas outras teorias. Isso porque seu enunciado não limitou as espécies contratuais em que teriam incidência e condicionou sua aplicação ao simples fato de ocorrer modificação nas circunstâncias fáticas originais.

A teoria da imprevisão, por sua vez, exprimiu que, nos contratos a prazo, ou seja, naqueles em que há um lapso temporal entre o momento de celebração do contrato e o de sua execução, sobrevindo um acontecimento imprevisível e extraordinário, que provoque o desequilíbrio da equação econômico-financeira e jurídico-contratual, pode a parte prejudicada requerer, judicial ou extrajudicialmente, o reequilíbrio das prestações contratuais, através da revisão, ou o desfazimento do negócio, através da resolução.

Por conseguinte, a teoria da onerosidade excessiva nos contratos, embora, à primeira vista possa se confundir com a teoria anterior, com esta possui uma distinção fundamental. Segundo o Direito Italiano, berço desta teoria, é suficiente o desequilíbrio da equação econômico-financeira, por fatos supervenientes ao momento da celebração do contrato, sendo, pois irrelevante a imprevisibilidade ou anormalidade deste evento.

Neste diapasão, o ponto crucial do presente estudo residiu na análise da teoria da onerosidade excessiva nos contratos, introduzida no Código Civil de 2002. E, neste particular, constatou-se que, o que, realmente, pretendeu o legislador civil foi positivar a teoria da imprevisão e não, propriamente, a onerosidade excessiva nos contratos.

E isso se conclui diante dos pressupostos legais exigidos, os quais consistem em: a) contratos a prazo, de execução continuada ou diferida; b) advento de um

acontecimento superveniente, extraordinário e imprevisível; e c) desproporção das prestações, por excessiva onerosidade do devedor-obrigado, ou vantagem extrema do credor.

Disso decorre que o elemento essencial para a configuração da teoria, ainda reside na imprevisibilidade do fato superveniente, razão pela qual o que o legislador denominou de “onerosidade excessiva nos contratos”, em verdade, trata-se de “imprevisão”.

A imprevisibilidade, portanto, exsurge como elemento indispensável à configuração do instituto disposto no atual Código Civil Brasileiro, sendo prescindível, por conseqüência, à teoria da onerosidade excessiva do Direito Italiano. Aliás, esta teoria já é adotada no Direito Brasileiro, no Código de Defesa do Consumidor, constituindo-se como direito básico do consumidor, a revisão contratual por fato superveniente que tenha tornada a relação contratual excessivamente onerosa.

Ademais, neste estudo, pesquisou-se também acerca da conveniência e necessidade de cada um desses pressupostos legais, além de outros exigidos pela doutrina e constatou-se, em primeiro lugar, que a referência a contratos de execução continuada ou diferida foi correta, porém, poderia ser dispensada, na medida em que traz limitação interpretativa, devendo o instituto ter incidência em qualquer contrato que possua um lapso temporal suficiente a prejudicar o equilíbrio dos contratos.

Um outro importante aspecto, diz respeito à exigência legal da vantagem extrema colhida pelo credor da obrigação contratual, o que também poderia ter sido dispensado, muito embora, à primeira vista, tal elemento pareça imprescindível. Mas, em verdade, é que tal elemento não se mostra conveniente, pois não são todos os casos em que a onerosidade de uma parte acarreta extrema vantagem para outra, até porque os dois elementos não apresentam relação direta entre si.

Outra relevante questão refere-se às partes legitimadas a invocar a onerosidade excessiva do contrato. Neste diapasão, restou claro que, a intenção do dispositivo legal, em conformidade com a sua tradição e origem, foi tutelar o devedor-obrigado. Isto não significa, todavia, que o Código Civil deixou o credor desamparado, quando a sua prestação venha a se tornar irrisória, por motivos supervenientes e imprevisíveis.

Para tanto, o legislador civil disponibilizou ao credor outros recursos, como a própria função social do contrato e o instituto do enriquecimento sem causa, previsto, expressamente, no atual Código Civil.

Quanto aos efeitos do reconhecimento da onerosidade excessiva dos contratos, chegou-se à conclusão de que duas são as soluções possíveis. A primeira refere-se à revisão contratual, que somente se obtém pelo mútuo consenso das partes. A segunda diz

respeito à resolução contratual, que enseja a extinção do contrato, podendo operar efeitos *ex tunc*, na hipótese de contratos de execução diferida no tempo, ou *ex nunc*, no caso de contratos de execução continuada.

Por fim, o que se deve ressaltar é que o conflito aparente existente entre os princípios da força obrigatória dos contratos e da flexibilização dos contratos, deveras, não possui razão de existir, ao contrário, podem, perfeitamente, conviver em complementação um ao outro, cada um dentro de seu espaço de aplicabilidade. Quer isto dizer que a formação do contrato continua a ser regida pelos princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória dos contratos, contudo, sobrevindo acontecimentos que provoquem alteração das prestações contratuais das partes, passa-se a incidir, como regra legal, a possibilidade de revisão e/ou resolução do contrato.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Projeto do Código Civil – As obrigações e os contratos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 775, n. 89, p. 18-31, mai./2000.

ALMEIDA, L. P. Moitinho de. *Enriquecimento sem causa*. 2. ed. Coimbra: Libreria Almedina, 1998.

ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *Elementi di Diritto Civile*. Milano: Giuffrè Editore, 1990.

ALSINA, Jorge Bustamante. *Teoria General de la Responsabilidad Civil*. 9. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

ALVIM, Agostinho. Do enriquecimento sem causa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 259, n. 46, p. 3-36, mai./1957.

AMARAL, Francisco. A equidade no Código Civil. In: ARRUDA ALVIM, José Manuel de; CÉSAR, Joaquim Pontes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (Coords.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 197-208.

_____. *Direito Civil: Introdução*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ANDRADE JÚNIOR, Attila de Souza Leão. *Comentários ao Novo Código Civil: Direito das Obrigações (art. 233 a 420)*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ARRUDA ALVIM, José Manuel de. A função social dos contratos no novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 815, n. 92, p. 11-31, set./2003.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil. *Revista CEJ do CJP*, Brasília, n. 25, p. 59-69, abr./jun. 2004.

ASSIS, Araken de. *Resolução do Contrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo Código Civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva (*laesio enormis*). In: ARRUDA ALVIM, José Manuel de; CÉSAR, Joaquim Pontes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (Coords.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 31-46.

_____. Teoria da imprevisão e revisão judicial nos contratos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 733, n. 85, p. 109-119, out./1997.

_____. *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos*. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2002.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 775, n. 89, p. 11-17, mai./2000.

_____. *Negócio jurídico – existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 750, n. 87, p. 113-120, abr./1998.

BALBINO, Renata Domingues Barbosa. O princípio da boa-fé objetiva no novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 808, n. 92, p. 741-752, jan. e fev./2003.

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *A revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BEGALLI, Paulo Antonio. *Direito Contratual no Novo Código Civil*. Leme (SP): LED, 2003.

BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das Obrigações*. Campinas (SP): Red Livros, 2000.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BITTAR, Carlos Alberto (coordenador). *Contratos atuais da teoria dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. *O direito civil na Constituição de 1988*. 2. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. A figura da lesão na jurisprudência pátria: do direito anterior aos nossos dias. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 784, n. 90, p. 138-151, fev./2001.

_____. Contratos: perfil jurisprudencial no direito brasileiro vigente. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 801, n. 91, p. 115-123, jul./2002.

_____. Da cláusula *rebus sic stantibus*. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, v. 61, n. 16, jul.-set./1992, p. 43-57.

_____. Teoria da imprevisão: sentido atual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 679, n. 81, p. 18-29, mai./1992.

BOLLMANN, Vilian. *Novo Código Civil: princípios, inovações na Parte Geral e Direito Intertemporal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

BORGES, Nelson. A teoria da imprevisão e a cláusula de escala móvel de reajustamento. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 788, n. 90, p. 114-122, jun./2001.

_____. A teoria da imprevisão e os contratos aleatórios. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 782, n. 89, p. 78-89, dez./2000.

_____. *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil: com referências ao Código Civil de 1916 e ao novo Código Civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

BOULOS, Daniel Martins. A autonomia privada, a função social do contrato e o novo Código Civil. In: ARRUDA ALVIM, José Manuel de; CÉSAR, Joaquim Pontes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (Coords.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 125-136.

BRASIL. Serviço de reforma de Códigos. Projeto de código de obrigações / Comissão de Estudos Legislativos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores. [s.l.]: Imprensa nacional, 1965.

COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O enriquecimento e o dano*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

COLAGROSSO, Enrico. *Commento al Nuovo Codice Civile Italiano: Il Libro delle Obbligazioni: Parte Generale*. Milano: Società Editrice Libreria, 1943.

CORNELSEN, Julce Mary; MÜLLER, Mary Stela. *Normas e Padrões para Teses, Dissertações e Monografias*. 5. ed. Londrina: Eduel, 2003.

COSTA, Dilvanir José da. Inovações principais do novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 796, n. 91, p. 39-65, fev./2002.

DAIBERT, Jefferson. *Das obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

_____. *Dos contratos: Parte especial das obrigações*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DANTAS, San Tiago. *Direito Civil: os contratos*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978.

_____. Evolução contemporânea do direito contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 195, n. 41, p. 544-5, jan./1952.

DELGADO, José Augusto. O Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1988. Cláusulas gerais e conceitos indeterminados. In: ARRUDA ALVIM, José Manuel de; CÉSAR, Joaquim Pontes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (Coords.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 393-420.

DINIZ, Maria Helena. *Comentários ao Código Civil: Parte Especial: Livro Complementar: Das Disposições Finais e Transitórias: arts. 2.028 a 2.046*. São Paulo: Saraiva, 2003, 22 v.

_____. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Curso de Direito Civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, 3 v.

_____. *Dicionário Jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, 2 v.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. A livre negociação dos índices: Leis de ordem pública e teoria da imprevisão. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 672, n. 80, p. 72-79, out./1991.

DONNINI, Rogério Ferraz. A Constituição Federal e a concepção social do contrato. In: VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria de Andrade (Organizadores). *Temas atuais de Direito Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *A revisão dos contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1999.

ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Tratado de Derecho Civil: Derecho de Obligaciones*. 2. ed. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1954, 1 v, t. II.

FACHIN, Luiz Edson (coordenador). *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. *Revisão do Contrato*. Curitiba: Juruá, 2004.

FIUZA, Ricardo. *Novo Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 2. ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Algumas considerações sobre a teoria da imprevisão. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 5, n. 51, out./2001. Disponível em:
<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2206>>. Acesso em: 03 jan. 2006.

_____; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Obrigações*. 2. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2003, 2 v.

GARCEZ NETO, Martinho. *Temas atuais de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOLDBERG, Daniel. Teoria da imprevisão, inflação e “fato príncipe”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 723, n. 85, p. 194-203, jan./1996.

GOMES, Orlando. A função do contrato. In: GOMES, Orlando. *Novos Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 101-9.

_____. *Contratos*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. Decadência do voluntarismo jurídico e novas figuras jurídicas. *Transformações gerais do Direito das Obrigações*. 2. ed. aumentada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 9-26.

_____. Introdução ao problema da revisão dos contratos. *Transformações gerais do Direito das Obrigações*. 2. ed. aumentada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 95-114.

_____. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1958.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil: Em comentário ao Código Civil Português*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, [s/d], 4 v, t. II.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 7. ed., revista e ampliada, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das Obrigações: o caráter e permanência dos seus institutos, as alterações produzidas pela Lei Civil brasileira de 2002 e a tutela das gerações futuras. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. (Coordenadora) *Novo Código Civil: interfaces no ordenamento jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 50-68.

_____. Matizes preliminares do direito contratual. *Direito Civil: Estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 83-100.

JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil: teoria general de las obligaciones*. Buenos Aires: Bosch y cia. Editores, 1950, 1 v, t. II.

KLANG, Márcio. *A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos*. 2. ed., revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

LEÃO, Antonio Carlos Amaral. A teoria da imprevisibilidade e o “Plano Brasil Novo”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 656, n. 79, p. 249-253, jun./1990.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Teoria das redes contratuais e a função social dos contratos: reflexões a partir de uma recente decisão do Superior Tribunal de Justiça. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 832, n. 94, p. 100-112, fev./2005.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil: Contratos e Declarações Unilaterais: Teoria Geral e Espécies*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 3 v.

_____. Princípios Gerais dos Contratos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 745, n. 86, p. 27-40, nov./1997.

LOBO NETO, Paulo Luiz. Contrato e mudança social. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 722, n. 84, p. 40-45, dez./1995.

LOMONACO, José Antonio. A cláusula *rebus sic stantibus* no direito brasileiro. Algumas considerações doutrinárias. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 683, n. 81, p. 37-44, set./1992.

LOTUFO, Renan (coordenador). *Cadernos de autonomia privada*. Curitiba: Juruá, 2001.

MAC-DONALD, Norberto da Costa Caruso. Novo Código Civil: A unificação do Direito das Obrigações no novo Código Civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 20, ano 4, p. 27-40, nov.-dez./2002.

MAIA, Paulo Carneiro. Cláusula *rebus sic stantibus*. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. v. 15. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 123-167.

MACEBO, Rafael Chagas. *A função social do contrato*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MANESCHY, Renato Lemos. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris Ltda., 1984.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: arts. 1.º a 74 – aspectos materiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. A teoria da imprevisão e a incidência dos planos econômicos governamentais na relação contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 670, n. 80, p. 41-48, ago./1991.

_____. *Comentários ao Novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações (arts. 389 a 420)*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, 5 v, t II.

_____. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 59, n. 16, jan.-mar./1992, p. 19-38.

_____. Culturalismo e experiência no novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 819, n. 93, p. 23-38, jan./2004.

_____. O direito privado como um “sistema em construção” – as cláusulas gerais no Projeto de Código Civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 753, n. 87, p. 24-48, jul./1998.

_____; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. A função social do contrato. In: ARRUDA ALVIM, José Manuel de; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (Coords.). *Aspectos controversos do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 335-342.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean. *Leçons de Droit Civil: Obligations: Théorie Générale. Biens: Droit de Propriété et ses Démembrements*. 12. ed. Paris: Éditions Motechrestien, 1965.

MELLO, Adriana Mandin Theodoro de. Função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo Código Civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 801, n. 91, p. 11-29, jul./2002.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico (plano da existência)*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Teoria do fato jurídico (plano da validade)*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MESSINEO, Francesco. *Dottrina Generale Del Contratto*. Milano: Dott. A. Giuffrè – Editore, 1952.

MOURA, Mário Aguiar. A função social do contrato. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 630, n. 77, p. 247, abr./1988.

NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional): pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2004.

NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos contratos: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Anotado e Legislação Extravagante*. 2. ed., revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. O princípio da boa-fé e a execução contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 794, n. 90, p. 56-75, dez./2001.

OLIVEIRA, Anísio José de. *A teoria da imprevisão nos contratos*. 3. ed. São Paulo: Leud, 2002.

PASSOS, Paulo Roberto da Silva. Cláusula *rebus sic stantibus* – Teoria da imprevisão. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 647, n. 78, p. 48-56, set./1989.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Cláusula *rebus sic stantibus*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 92, n. 472, out./1942.

_____. *Direito Civil: alguns aspectos da sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Lesão nos contratos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. *Instituições de Direito Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, 3 v.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 1. ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das Obrigações*. Tradução de Adrian Sotero De Witt Batista e Douglas Dias Ferreira. Campinas (SP): Servanda, 2001.

PROENÇA, José Carlos Brandão. *A resolução do contrato no Direito Civil: do enquadramento e do regime*. Coimbra: Editora Gráfica de Coimbra, 1982.

_____. *Do incumprimento do contrato – promessa bilateral: a dualidade execução específica - resolução*. Coimbra: Editora Gráfica de Coimbra, 1987.

PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca. Teoria da imprevisão e o novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 830, n. 93, p. 11-26, dez./2004.

REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (coordenação). *História do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 1 v.

_____. *O Projeto de Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. *O Projeto do Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Visão Geral do novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 808, n. 92, p. 11-19, jan. e fev./2003.

REYS, Clayton. *Inovações ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Campinas: Bookseller, 2000.

_____; BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil: segun el tratado de Planiol*. Buenos Aires: Ediciones La Ley, 1988, 1 v, t. IV, 1.^a parte.

_____. *Tratado de Derecho Civil: segun el tratado de Planiol*. Buenos Aires: Ediciones La Ley, 1965, t. V, 2.^a parte.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Da ineficácia dos atos jurídicos e da lesão no direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio *res inter alios acta*, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 821, n. 93, p. 80-98, mar./2004.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. 1. ed. Campinas (SP): Bookseller, 1999, 3 v.

SANTOS, Ulderico Pires dos. *Contratos*. 1. ed. Rio de Janeiro: UPS Editorial S/A, 1994.

SIDOU, J. M. Othon. *A cláusula rebus sic stantibus no Direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1962.

_____. A revisão judicial dos contratos por evento superveniente. In: NOGUEIRA, Adalicio (Coord.). *Estudos jurídicos em homenagem ao professor Orlando Gomes*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 57-88.

_____. *Sobre o novo Código Civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

SILVA, Clóvis do Couto e. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 628, n. 77, p. 7-18, fev./1988.

SILVA FILHO, Artur Marques da. *Contornos atuais da teoria dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

SILVA, Luís Renato Ferreira da. *Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

STRENGER, Irineu. *Da autonomia da vontade: direito interno e internacional*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000.

TALAVERA, Glauber Moreno. A função social do contrato no novo Código Civil. *Revista CEJ do CJP*, Brasília, n. 19, p. 94-96, out./dez. 2002.

TARTUCE, Flávio. A revisão do contrato pelo novo Código Civil. Crítica e proposta de alteração do art. 317 da Lei 10.406/02. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Editora Método, 2003, p. 125-148.

TEPEDINO, Gustavo (coordenador). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Contratos – princípios gerais – tendências do direito contratual contemporâneo – abrandamento dos princípios tradicionais – intervenção estatal crescente – impacto do Código de Defesa do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 765, n. 88, p. 11-33, jul./1999.

TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. A lógica do razoável e o negócio jurídico: reflexões sobre a difícil arte de julgar. *Mundo Jurídico*, Rio de Janeiro, ago./2004. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 25 nov. 2005.

USTÁRROZ, Daniel. Novo Código Civil: o contrato no novo Código Civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 19, ano 4, p. 151-154, set.-out./2002.

VELOSO, Zeno. *Invalidez do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. A cláusula de “melhores esforços” nos contratos. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). *Novo Código Civil: interfaces no ordenamento jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 219-222.

VIEIRA, Iacyr de Aguiar. A autonomia da vontade no Código Civil brasileiro e no Código de Defesa do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 791, n. 90, p. 31-64, set./2001.

VIEIRA NETTO, Mário Machado. A teoria da imprevisão e a rescisão de promessas de compra e venda de imóveis. A nulidade da cláusula de perda das prestações pagas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 689, n. 82, p. 106-113, mar./1993.

VITTA, Heraldo Garcia. Considerações ao novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 811, n. 92, p. 11-23, mai./2003.

WALD, Arnold. A evolução do contrato no terceiro milênio e o novo Código Civil. In: ARRUDA ALVIM, José Manuel de; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (Coords.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 59-76.

_____. Um direito para a nova economia: a evolução dos contratos e o novo Código Civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 12, ano 2, p. 39-54, jul.-ago/2001.

ZULIANI, Ênio Santarelli. Reflexões sobre o novo Código Civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 16, ano 3, p. 96-115, mar.-abr./2002.