

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
EM DIREITO

FABIO AUGUSTO GENEROSO

A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO COMO PRINCÍPIO DE PRESERVAÇÃO E
DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E ORGANISMO DE LIMITAÇÃO DA
AUTONOMIA DA VONTADE E A ONEROSIDADE EXCESSIVA

SÃO PAULO
2008

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
EM DIREITO

A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO COMO PRINCÍPIO DE PRESERVAÇÃO E
DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E ORGANISMO DE LIMITAÇÃO DA
AUTONOMIA DA VONTADE E A ONEROSIDADE EXCESSIVA

FÁBIO AUGUSTO GENEROSO

Orientador: Prof. Dr. Milton Paulo de Carvalho

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO
APRESENTADA AO CURSO DE PÓS-
GRADUAÇÃO EM DIREITO POLÍTICO E
ECONÔMICO COMO PARTE DAS
EXIGÊNCIAS DO EXAME PARA
OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM
DIREITO

SÃO PAULO
2008

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Milton Paulo de Carvalho (orientador)

Prof. Dr. José Carlos Francisco

Prof. Dr. Roque Komatsu

Profa. Dra. Mônica Herman S. Caggiano (suplente)

Prof. Dr. Walter Piva Rodrigues (suplente)

RESUMO

O contrato, afinal, é um elo que, de um lado, põe o valor do indivíduo como aquele que o cria, mas, de outro lado, estabelece a sociedade como o lugar onde o contrato vai ser executado e onde vai receber uma razão de equilíbrio e medida (Reale, 1986). Essa a nova concepção de contrato. Por tais razões, é que se tem admitido modernamente a possibilidade da revisão judicial do negócio jurídico contratual, substituindo-se a declaração volitiva dos contratantes pela vontade estatal, com vistas ao equilíbrio negocial e sua exeqüibilidade.

ABSTRACT

The contract, after all, is a link that, of a side, puts the value of the individual as that one that creates it, but, of another side, it establishes the society as the place where the contract goes to be executed and where it goes to receive a reason from balance and measure (Reale, 1986). This the new contract conception. For such reasons, it is that the possibility of the judicial revision of contractual the legal transaction has been admitted modernly, substituting it volitional declaration of the contractors for the state will, with sights to the business balance and its feasibility.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. O CONTRATO	33
1.1 Notas introdutórias.....	33
1.2 Conceito.....	34
1.3 Elementos dos contratos	35
1.4 Princípios informadores do moderno direito contratual	37
1.4.1 A noção clássica	37
1.4.2 Do princípio da autonomia da vontade.....	40
1.4.3 Do princípio da obrigatoriedade da convenção.....	45
1.4.4 Do princípio do consensualismo.....	48
1.4.5 Do princípio da relatividade dos efeitos da relação negocial contratual	49
1.4.6 Do princípio da boa-fé.....	51
1.4.6.1 Considerações iniciais.....	51
1.4.6.2 A boa-fé como regra de interpretação dos contratos.....	55
1.4.6.3 A boa-fé como fonte de deveres de conduta.....	57
1.4.6.4. A boa-fé como limitadora do exercício de direitos.....	59
2. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO.....	63
2. Noções introdutórias.....	63
2.1. A função social do contrato e a vigente normatização civil.....	66
2.2. A socialidade, a eticidade e a operabilidade, princípios norteadores da nova ordem civil e base da realização do negócio jurídico contratual	67
2.2.1.A socialidade.....	67
2.2.2. A eticidade.....	69
2.2.3 A operabilidade.....	71

2.3. Perspectiva civil-constitucional. A proteção contratual no direito brasileiro	72
2.4 A função social do contrato e seus conteúdos inter e extrapartes	77
2.5 A função social do contrato como projeção da função social da propriedade	81
2.6 Operatividade da função social do contrato. Exemplos de sua concreção	86
3. DA ONEROSIDADE EXCESSIVA.....	95
3.1 Noções introdutórias.....	96
3.2 O instituto da imprevisão.....	96
3.2.1 Evolução histórica.....	98
3.2.2 O dirigismo contratual.....	102
3.3 A cláusula <i>rebus sic stantibus</i> e teorias que a fundamentam.....	104
3.3.1 Proposições revisionistas extrínsecas.....	106
3.3.1.1 Fundamento na extensibilidade do caso fortuito, de acolhida jurisprudencial alemã, inglesa e francesa	106
3.3.1.2 Fundamento da socialização do direito.....	107
3.3.1.3. Fundamento na equidade e na justiça	109
3.3.1.4 Fundamento da boa-fé	109
3.3.1.5 Fundamento da moral.....	110
3.3.2 Proposições revisionistas intrínsecas.....	111
3.3.2.1 Teorias com base na vontade.....	111
3.3.2.1.1 Teoria da pressuposição.....	111
3.3.2.1.2 Teoria da vontade marginal ou da superveniência	114
3.3.2.1.3 Teoria da base do negócio jurídico.....	116
3.3.2.1.4 Teoria da base erro.....	119
3.3.2.1.5 Teoria da situação contratual e extracontratual	120
3.3.2.1.6 Teoria do dever de esforço ou da diligência	120
3.3.2.2 Teorias com base na prestação.....	122

3.3.2.2.1 Teoria do estado de necessidade.....	122
3.3.2.2.2 Teoria do equilíbrio das prestações.....	122
3.4 O âmbito de sua aplicação.....	124
3.4.1 Pressupostos de admissibilidade da teoria da imprevisão no direito brasileiro.....	124
3.4.2 A teoria à luz da lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, instituidora da nova sistemática civil.....	135
3.4.2.1 A resolução do contrato nos termos do artigo 478 e seguintes do Código Civil	138
3.4.2.1.1 Rescisão	139
3.4.2.1.2 Resolução	141
3.4.2.2 Resolução por onerosidade excessiva.....	143
3.4.2.2.1 O artigo 478 do Código Civil : resolução por onerosidade excessiva e seus efeitos	145
3.4.2.2.2 O artigo 479 do Código Civil: <i>a reductio ad aequitatem</i>	147
3.4.2.2.3 O artigo 480 do Código Civil: possibilidade de redução da prestação ou alteração de modo de sua execução, a fim de evitar a onerosidade excessiva da prestação, quando em um contrato couberem as obrigações a apenas uma das partes.....	151
3.4.3 O direito estrangeiro.....	154
3.4.3.1 O direito italiano.....	155
3.4.3.2 O direito alemão.....	156
3.4.3.3 O direito francês.....	159
3.4.3.4 O direito português.....	160
3.4.3.5 O direito argentino.....	161
3.5 A imprevisão no Código de Defesa do Consumidor.....	162
3.5.1 Confrontos.....	171
3.5.1.1 Entre o caso o fortuito e a teoria da imprevisão.....	171
3.5.1.2 Entre a cláusula da escala móvel e a teoria da imprevisão.....	171

CONCLUSÃO.....	173
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	183

INTRODUÇÃO

“A atribuição de função social ao contrato não vem impedir que as pessoas naturais ou jurídicas livremente o concluem, tendo em vista a realização dos mais diversos valores. O que se exige é apenas que o acordo de vontades não se verifique em detrimento da coletividade, mas represente um dos seus meios primordiais de afirmação e desenvolvimento”¹

Partindo da titulação sugerida ao presente trabalho, procurar-se-á, ao ensejo de não prospectar a temática valendo-se das clássicas e tradicionais doutrinas, mas também, através de estudo verticalizado do instituto (gênese e evolução histórica), demonstrar os contornos que entoam o moderno Direito obrigacional.

Em assim sendo, falho seria o trabalho, se se deixasse de lado a análise da evolução da teoria geral dos contratos, com abordagem de conceitos (jurídico e econômico), princípios fundamentais (clássicos e atuais) e, ainda, modernamente, de sua concepção social, decorrente do imperativo de preservar-se a vontade real dos contratantes, através da ingerência exógena do Estado nas relações privadas, com vistas a torná-las mais eqüitativas.²

¹ REALE, Miguel. *O Projeto do Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 1999, p.25

² Neste sentido opina Fernanda Stracke Moor ao afirmar que, na atualidade, o contrato, um dos três pilares fundamentais da teoria geral do direito privado, sofre profundas alterações ao deixar de seguir o modelo individualista oitocentista e passa a incorporar aspectos do estado social de direito, fundado na eqüidade e justiça. Assim, na linha dessa reformulação de paradigmas, os interesses individuais não são garantidos com ampla autonomia contratual, sendo o princípio da autonomia da vontade relativizado por meio de um intervencionismo do Estado, que procura garantir um justo equilíbrio nas obrigações das partes, bem como assegurar a função social do contrato (in Revista Legislativa, n. 152, out/dez 2001).

Não se querará demonstrar com isso que traslada o contrato da órbita privada para a pública, erguendo-se em lugar do negócio jurídico particular o ato estatal; muito pelo contrário. Na qualidade de interventor, o agente de Estado, age e atua em prol do equilíbrio econômico das relações e do interesse social.

Essa é a nova dinâmica do Direito, das relações jurídicas. É o dirigismo contratual, que surge como elemento mitigador do egoísmo e da injustiça social.

Afinal, proclama a nova ordem que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato” (Novo Código Civil, art. 421).

Daí se ver, esbarrar a liberdade econômica para contratar na acepção de que, *prima facie*, se deve buscar o bem comum da sociedade, tendo que o homem enquanto ser social não é autônomo dela, mas sujeito a ela intrínseco e de ordinário convívio.

Neste sentido, por sinal, é a voz de Cláudia Lima Marques ao expressar que “a nova concepção de contrato é uma concepção social deste instrumento jurídico, para a qual não só o momento da manifestação da vontade (consenso) importa, mas onde também e principalmente os efeitos do contrato na sociedade são levados em conta e onde a participação social e econômica das pessoas nele envolvidas ganha em importância.”³

³ *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 3.^a ed., São Paulo: RT, 1998, p.101,

Nessa marcha, enfim, seguirá o presente estudo, quando então, somente após exauridas as questões que volteiam a evolução da teoria geral dos contratos, e seus princípios, dedicando-se capítulo especial ao da função social dos contratos, ter-se-á condições de se ingressar na terceira parte da obra, analisando-se a extinção judicial da relação jurídica contratual em razão da onerosidade excessiva.

O assunto, conforme já se teve oportunidade de referir, é matéria nova trazida pelo legislador ordinário civil, muito embora disposição similar encontre-se no nosso Código de Defesa do Consumidor (CDC 6.º, V).

Não se quer dizer com isso será também este (CDC art. 6.º, V), parte do presente estudo, muito embora se reconheça a importância e relevância que representa o diploma de consumo para esta empreitada. Breves incursões, é claro, deverão existir.

Dessa forma, impossível seria dar andamento ao trabalho se não se atrelasse a análise dos artigos 478 a 480, da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o novo Código Civil – seção IV, Capítulo II, Parte Especial – e trata da resolução dos contratos por onerosidade excessiva à teoria da imprevisão, atual roupagem da cláusula **rebus sic stantibus**.

É certo que a teoria da imprevisão é instituto antigo, sendo resgatado no início do século com o advento da Primeira Grande Guerra, a começar por Alemanha e isto devido às dificuldades ali encontradas relativas à escassez de matérias-primas e à enorme depreciação do marco.

Por outro lado, sabe-se ainda que a legislação civil brasileira, seguindo orientação do Código Francês (Código de Napoleón), anti-revisionista, deixou de agasalhá-la expressamente preferindo fossem as soluções dadas pelos tribunais na medida em que se fizessem necessárias.

Entretanto, com a sabedoria que lhe é peculiar, Caio Mário da Silva Pereira⁴, já afirmava que a autonomia da vontade, no Código Civil, começou a sofrer um abalo com a Lei do Inquilinato, de 1921, que afetou o princípio da igualdade das partes, sem que se tivesse coragem, naquela época, de dizer que o que vale, e deve ser consagrado, é o princípio da igualdade das prestações.

Sob outro ângulo, Anísio José de Oliveira, outro mineiro estudioso do tema, informa que aquele que cronológica e doutrinariamente iniciou os estudos a respeito da cláusula “rebus sic stantibus” foi Jair Lins que se baseou na afirmação de que não se pode dizer seja a cláusula infensa ao nosso direito moderno, por que este, longe de a combater, a adota, expressamente, em diversos pontos, como por exemplo no artigo 85 do Código Civil do Brasil de 1916.⁵

Hoje em dia, considerando estudos mais avançados e dilargados a respeito do tema, perceber-se-á, além do artigo 85, terem encontrado os juristas supedâneo também, à teoria da imprevisão, nas disposições dos artigos 762, I e II, 1.058, 1.091, 1.131, 1.205, 1.250 e 1.499, todos do Código Civil de 1916.

Assim, no entanto, é de se ver, até a edição da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que muda este contexto, não havia sido o instituto

⁴ *A Cláusula Rebus Sic Stantibus*, Rev. Forense, Dez., de 1942, v. 92,

⁵ in *A teoria da Imprevisão nos Contratos*, Leud, 1991, p. 68.

da imprevisão acolhido em regra expressa, por nosso legislador civil, muito embora o anteprojeto do Código das Obrigações, de escopo do eminente prof. Cáo Mário da Silva Pereira, em seu artigo 358, dele já tratava, *verbis*:

“Nos contratos de execução diferida ou sucessiva, quando, por força de acontecimento excepcional e imprevisto ao tempo de sua celebração, a prestação de uma das partes venha a tornar-se excessivamente onerosa, capaz de gerar para ela grande prejuízo e para a outra parte lucro exagerado, pode o juiz, a requerimento do interessado, declarar a rescisão do contrato”.

Vale lembrar que referido dispositivo é reflexo do artigo 1.467 do Código Civil Italiano, cuja letra assim impõe:

“Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall’art. 1458.

La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell’alea normale del contratto.

La parte contro la quale é domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto”.⁶

⁶ “Nos contratos de execução continuada, periódica ou de execução futura, se a prestação de uma das partes torna-se excessivamente onerosa em consequência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, a parte que deve tal prestação pode demandar a resolução do contrato, com os efeitos estabelecidos no art. 1458.

A resolução não pode ser demandada se a onerosidade superveniente entra no risco normal do contrato.

A parte contra a qual é demandada a resolução pode evitá-la oferecendo-se para modificar equitativamente as condições do contrato” (tradução livre).

Por outro lado, a legislação consumerista (CDC), mostrando-se bem diferente das relações entre particulares, abraça a imprevisão, através de seu artigo 6.º, inciso V, incondicionadamente, permitindo a revisão das cláusulas que, em razão de situações supervenientes, mostrem-se excessivamente onerosas para o consumidor, ou estabeleçam prestações desproporcionais.

E isso, todavia, ensina Nery Júnior, aconteceu porque o Código Consumerista alterou a visão clássica do direito privado, embasado no liberalismo do século XIX, relativizando o princípio da intangibilidade do conteúdo do contrato, cunhada na regra milenar do brocardo *pacta sunt servanda*, para enfatizar o princípio da conservação do contrato.

Vale ressaltar, todavia, que a aplicação do instituto não está adstrita ao simples interesse da parte, dependendo sua objetivação do preenchimento de determinados e essenciais requisitos, de sorte tal que, a falta de um deles, implicaria na impossibilidade de ser o contrato atingido pelo instituto revisionista.

Entre nós, dos vários autores que se lançaram na perscrutação da temática, pode-se dizer que merecem destaque, entre outros, Francisco Campos, Cáo Mário da Silva Pereira, Arnaldo Medeiros da Fonseca, J. M. Othon Sidou, Regina Beatriz Tavares.

Arnaldo Medeiros da Fonseca⁷, só para ilustrar, aponta, como sendo fundamentais, os seguintes pressupostos: i) alteração radical no ambiente objetivo existente ao tempo da formação do contrato, decorrente de circunstâncias imprevisíveis e imprevistas; ii) onerosidade excessiva

⁷ *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*, Imprensa Nacional, 2.ª ed., 1943.

para o devedor e não compensada por outras vantagens auferidas anteriormente, ou ainda esperáveis, diante dos termos do ajuste; iii) enriquecimento inesperado e injusto para o credor, como consequência direta da superveniência imprevista.

No decorrer do presente estudo, cabe anotar, será de nossa competência a análise pormenorizada de cada um desses pressupostos, demonstrando forma e ambientação objetiva para sua aplicação.

E tudo isso, tão logo se passe pelas teorias que norteiam o princípio *rebus sic stantibus*, que segundo J. M. Othon Sidou “foi semente lançada pelos estóicos; colhida por poucos juristas clássicos; semeada pelos salmistas e canonistas; brotada da jardinagem dos pós-glosadores; tornada arbusto em proveito do incipiente direito internacional; e, árvore quase morta pelo egoísmo individualista, reverdeceu com o adubo do suor humano para dar sombra aos que procuram abrigo no direito social”.⁸

Segundo o renomado mestre, “se há conformidade de opiniões em torno dos fatores inerentes ao revisionismo dos ajustes em resultado de mudanças circunstanciais, a doutrina, ao diverso, aparta-se no tocante a sua natureza, buscando subjetivamente explicá-la e objetivamente dar-lhe força imperativa. Noutras palavras, conhece-se o fato, reconhecem-se as circunstâncias compositivas, delimita-se o campo aplicativo, porém é preciso explicá-lo à luz do direito, conferindo-lhe uma natureza jurídica, meio cogente ao encontro do modo aplicativo”.⁹

⁸ *Rosolução Judicial dos Contratos e Contratos de Adesão*, Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 25,

⁹ *op. cit.*, p. 26.

Procedem daí, demonstrar-se-á, as numerosas teorias na meta do cientificismo da cláusula **rebus sic stantibus**, que segundo a classificação proposta por Anísio José de Oliveira, *op. cit.*, somam, entre intrínsecas e extrínsecas, treze ao todo.

As intrínsecas, subdivididas em *com base na vontade* e *com base na prestação*, são as: i) da pressuposição, de Windscheid; ii) da vontade marginal, de Osti; iii) da base do negócio jurídico, de Oertmann; iv) da vontade eficaz, de Kaufmann; v) do erro, de Giovène; vi) da situação extraordinária, de Bruzin; e, vii) do dever de esforço, Hertmann. Com base na prestação, alinha o respectivo autor as teorias: i) do estado de necessidade, de Lemann e Coviello; e, ii) do equilíbrio das prestações, de Giorgi e Lenel.

As extrínsecas, não decorrentes nem da vontade real nem da base negocial, têm seus fundamentos: i) na moral, de Ripert e Voirin; ii) na boa-fé, Wendt e Klenke; iii) na extensibilidade do fortuito, base de aplicação da jurisprudência alemã, inglesa e francesa; iv) na socialização do direito, de Gasset; e, v) na eqüidade, de Arnaldo Medeiros da Fonseca.

E tudo isso como base do presente trabalho; e nesse crescendo se caminhará até que possamos chegar ao ponto fulcral da obra projetada, consubstanciada na análise dos artigos 478 a 480 do Novo Código Civil.

Antes porém, já teremos percorrido o Direito Estrangeiro e a evolução do pátrio, através das propostas dos Anteprojetos do Código das Obrigações, de 1941, de autoria de Orozimbo Nonato, Philadelpho Azevedo

e Hahnemann Guimarães, e de 1963, de lavra de Cáo Mário da Silva Pereira.

No plano internacional, por seu turno, procurar-se-á evidenciar que aí duas correntes tomam corpo: i) a dos países que admitem a imprevisão (corrente revisionista) e ii) a dos países que não admitem a imprevisão (corrente anti-revisionistas). Dentre os que seguem a primeira corrente, destaque para Alemanha, Itália, Portugal, Suíça, Polônia, México, Argentina, entre outros. Dentre os que não admitem a revisão enfileiram, entre outros, França, Bélgica e Japão. Quadra salientar, no entanto, que Estados Unidos da América e Inglaterra não compactuam de nenhuma delas.

O Brasil, por sua vez, continuaria a integrar a corrente dos anti-revisionistas, seguindo orientação francesa, se não fosse a sanção presidencial de 10 de janeiro de 2002, que, revogando o Código de 1916 (Lei n.º 3.071), institui, através da Lei n.º 10.406, o Novo Código Civil, apesar de, salienta-se, doutrina e jurisprudência admitirem o revisionismo contratual.

Inaugura-se assim, uma nova ordem social; após mais de 25 anos de tramitação pelo Congresso Nacional, o projeto de lei n.º 634-B, de 1975, enfim concretiza-se, perspectivando uma moderna visão, calcada em modelos jurídicos contemporâneos e conscientes do caráter dinâmico e processual da norma.

Vem à tona dessa forma, “uma legislação não-totalitária, com ventanas abertas para a mobilidade da vida, pontes que a ligam a outros

corpos normativos – mesmo os extrajurídicos – e avenidas, bem trilhadas, que o vinculam, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais”.¹⁰

A necessidade de a codificação do direito privado, nos dias atuais, apresentar-se metodologicamente, mediante modelos abertos, expressos mediante “uma estrutura normativa concreta (...), destituída de qualquer apego a meros valores formais abstratos”, o que seria alcançado se plasmadas, no Código, “soluções que deixam margem ao juiz e à doutrina, com freqüente apelo a conceitos integradores da compreensão ética, tais como os de boa-fé, eqüidade, proibidade, finalidade social do direito, equivalência de prestações, etc”, já era o ponto nodal do discurso de Miguel Reale, Organizador do Projeto.¹¹

E nesta esteira de raciocínio perfilharam outros integrantes da Comissão elaboradora do Projeto do Código Civil, nomeadamente José Carlos Moreira Alves e Clóvis do Couto e Silva. Este último, por sua vez, em estudos acerca da proposta da nova lei civil e referindo-se a respeito do caráter estruturalmente inovador de certas normas, ensejou manifestar:

“O pensamento que norteou a Comissão que elaborou o projeto do Código Civil central, no sentido que lhe deu ARTHUR STEINEINTER, sem a pretensão de nele incluir a totalidade das leis em vigor no País (...) O Código Civil, como Código central, é mais amplo que os códigos civis tradicionais. É que a linguagem é outra, e nela se contém cláusulas gerais, um convite par uma atividade judicial mais

¹⁰MARTINS-COSTA Judith et BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 118.

¹¹MARTINS-COSTA Judith et BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 119.

criadora, destinada a complementar o *corpus juris* vigente com novos princípios e normas”.¹²

Vê-se, pois, que já não era de hoje que se reclamava a reforma da Legislação Civil em vigor, como decorrência das profundas alterações havidas no plano dos fatos e das idéias, tanto em razão do progresso tecnológico como em virtude da nova dimensão adquirida pelos valores da solidariedade social.

E, finalmente, esta se deu (reforma), tratando-se de inovação do mais alto alcance, inspirada no princípio da função social do direito, que haverá de ser bem compreendido para que possa ser adaptado às variantes circunstanciais de cada caso concreto.

Assim, mediante o recurso à função social e também da boa-fé, instrumentaliza o Novo Código a diretriz constitucional da solidariedade social, posta como um dos objetivos fundamentais da República (CF 3.º III).

O novo Código Civil, confere ao juiz, não só poder para suprir lacunas, mas também para resolver, onde e quando previsto, de conformidade com valores éticos, ou se a regra jurídica for deficiente ou injustável à especificidade do caso concreto.

Miguel Reale¹³, ao fazer menção à parte especial do Código (Direito das Obrigações), matéria que aqui nos afeiçoa, diz que apesar de mantida a sistematização proposta por Agostinho de Arruda Alvim, minuciosa e bem fundamentada, a redação final do Código Projetado apresenta algumas modificações, resultantes da orientação seguida nas

¹² In REALE, Miguel. *O projeto do Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva. 1999.

¹³ Op.,cit, p.32

demais partes do sistema, bem como para acentuar o atendimento às já apontadas exigências de socialidade e concreção, em consonância com o imperativo da função social do contrato. Dos pontos fundamentais que integram esse contexto, seleciona-se o seguinte:

- a) conferir ao juiz poder moderador, no que se refere às penalidades resultantes do inadimplemento dos contratos, como, por exemplo, nos de locação, sempre que julgar excessiva a exigência do locador.

Coerentemente a esta percepção, é de se ver, o citado artigo 421 ao imprimir dever ao contrato não mais ser perspectivado na visão do campo negocial oitocentista, mas sim como um instrumento jurídico harmonizado com interesse social.

Assim, na sua concreção, poderá o juiz, avaliadas e sopesadas as circunstâncias do caso, determinar, por exemplo, a nulificação de cláusulas contratuais abusivas ou sua revisão, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

Eis então a tônica do presente trabalho, sendo, a normatização da resolução do negócio jurídico por onerosidade excessiva (Lei 10.406/02, arts. 478 a 480), uma das alterações mais significativas trazidas pela nova legislação civil. Desse modo, com pressuposto na manutenção do equilíbrio econômico do contrato, sofre o *pacta sunt servanda* um abrandamento, ganhando maior vulto a cláusula *rebus sic stantibus* (teoria da imprevisão).

Efetivamente, dizem os artigos 478, 479 e 480 do Novo Código Civil:

“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 eqüitativamente 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”.

Ressalta Miguel Reale¹⁴, no intento de enumerar as mais importantes inovações no âmbito do direito obrigacional, a necessidade de atender às novas contribuições da civilística contemporânea no que se refere, por exemplo, à disciplina dos negócios jurídicos, à necessidade de reger unitariamente as obrigações civis e as mercantis, com mais precisa distinção entre associação civil e sociedade empresária, cuidando das várias novas figuras contratuais que vieram enriquecer o Direito das Obrigações, sem se deixar de dar a devida atenção à preservação do equilíbrio econômico do contrato, nos casos de onerosidade excessiva, para umas das partes.

Essa realmente foi a intenção do legislador. Num primeiro momento, analisando-se os dispositivos supra, perceber-se-á, a exemplo do Código italiano, ter-se conferido ao autor, em caso de sair-se-lhe

¹⁴ Op. Cit., p.36

extremamente custoso o cumprimento da prestação, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, movimentar o órgão Judicante para pronunciar-se sobre a resolução do contrato.

De outro lado, serve também a lei (CC 479), direito ao demandado de oferecer-se a modificar eqüitativamente as condições do contrato, a fim de garantir sua manutenção e aproveitamento.

Demais disso, poderá ainda o devedor, com fulcro no artigo 480 transcrito, sem demonstrar interesse pela resolução do contrato, formular pretensão com vistas a modificar ou alterar disposição contratual, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

É claro que, ao Juiz, avaliadas e sopesadas as especificidades do caso, restará valer-se da natureza principiológica do instituto e a harmonização dos interesses das partes, a fim de equalizar economicamente o contrato.

Mister que se registre ainda que não é a todos os contratos que se aplica a teoria em apreço, estando limitado seu campo de atuação a certas espécies contratuais. Assim, nos exatos termos da norma preconizada no artigo 478, da Lei n.º 10.406/02, aos contratos de execução continuada ou diferida.

Sobre esse aspecto, cabe-nos trazer a lume a crítica desferida por Caio Mário, quando ainda pendente de aprovação a nova lei civil.

“O anteprojeto segue de perto a redação do meu Projeto de 1965. Dele se afasta em dois pontos, e com isto piora. O

primeiro, no tocante aos contratos aleatórios, que não comportam a teoria da imprevisão. E, se o novo Código o omitir, como fez o Anteprojeto, irá reabrir a vacilação jurisprudencial, inevitavelmente. O segundo, no atinente aos contratos unilaterais. Estes não admitem a resolução por onerosidade excessiva, mas tão-somente das prestações exageradas. O Anteprojeto, entretanto, não as exclui”.

Conquanto assim seja, não se deve olvidar do preceito incutido no artigo 458 da nova ordem civil, subordinado ao título contratos aleatórios, *verbis*:

“Se o contrato for aleatório, por dizer respeito a coisas ou fatos futuros, cujo risco de não virem a existir um dos contratantes assuma, terá o outro direito de receber integralmente o que lhe foi prometido, desde que sua parte não tenha havido dolo ou culpa, ainda que nada do avençado venha a existir”.

Consoante seus mentores (Comissão Organizadora), essa espécie contratual, por ela mesma, já afasta de si os efeitos da onerosidade excessiva. Daí então a desnecessidade de se ter repisado o instituto na seção que trata da resolução por onerosidade excessiva (Seção IV, Capítulo II, Título V), principalmente, ainda, se se considerar que, por princípio de hermenêutica, não pode haver divergência entre dispositivos de uma mesma lei.

Em que pese o ideal, certo é que não se estará distanciado dos conflitos de interesses, bastando ao juiz, caso animado pelo particular,

baixar à carga a boa prestação da atividade jurisdicional, dando ao caso concreto a melhor solução.

Independentemente disso, com apoio na lição de J. M. Othon Sidou, pode-se dizer que as diretrizes constantes dos dispositivos supra comportam destrinchar os seguintes critérios:

- a) aplicabilidade aos contratos de execução continuada ou diferida, excluídos apenas os de cumprimento momentâneo;
- b) onerosidade excessiva da prestação, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, assim cobrindo não só a imprevisão no ato de contratar, como também a superveniência, independentemente ou não de poder ser prevista naquele ato conclusivo;
- c) extrema vantagem para a outra parte (lucro exagerado), o que denota vinculação com o enriquecimento sem justa causa;
- d) resolução como regra, a pedido do devedor (demandante), evitável por iniciativa do credor (demandado) pelo oferecimento de modificação eqüitativa das condições do contrato;
- e) efeito resolutório *ex nunc*, retroagindo à data da citação, não à data do ajuste;
- f) extensibilidade da revisão judicial aos contratos unilaterais, não no sentido de serem rescindidos, mas exclusivamente para o efeito de ser reduzida ou alterada a prestação, a fim de seja evitada a onerosidade excessiva;
- g) inexistência de mora antes do acontecimento¹⁵.

¹⁵ Muito embora não contemplado pelo legislador civil o instituto da mora como em sendo pressuposto de validade necessário à resolução por onerosidade excessiva, resta-nos indispensável dizer, consoante o princípio que preside todos os contratos bilaterais mediante a *exceptio non adimplenti contractus*, que sem o prévio cumprimento de seu contrato nenhum dos compromissários poderá exigir a prestação da outra parte. Afinal, que autoridade tem um

No que tange à aplicação da teoria da imprevisão pelos nossos tribunais, importa ressaltar que, apesar de timidamente admitida, nunca foi relegada.

Consoante o escólio de J. M. Othon Sidou a tese revisionista teve entre nós seu batismo em 1930, com a sentença do então Juiz Nelson Hungria, quem, corajosamente, reconheceu e admitiu a interrupção contratual por motivo superveniente.

“A espécie consistia, segundo o mestre, na pretensão de um promissário comprador em obrigar o promitente vendedor, certa Ordem Terceira, da qual havia locado, por 25 anos, um prédio, com opção de compra ao final deste prazo, pela quantia certa de 25 contos de réis. Com o arrasamento do morro do Castelo e a urbanização da atual esplanada do mesmo nome, os terrenos dessa área experimentaram extraordinária valorização, de sorte que os ajustados 25 contos elevaram-se em sensata avaliação, a oitocentos. A Ordem Terceira recusou-se a cumprir a cláusula contratual, e o douto magistrado julgou improcedente a ação do promissário comprador, assim entendendo:

‘É certo que quem assume uma obrigação a ser cumprida em tempo futuro sujeita-se à alta dos valores, que podem variar 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 mesmo admitida como um corolário da teoria do erro contratual.

Considera-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 pré-ciência, não se teria obrigado, ou ter-se-ia obrigado sob condições diferentes.

Isto posto, julgo improcedente a presente ação, para declarar, como declaro, de nenhum efeito a promessa de venda e compra constante da cláusula 8.^a do contrato a fls. 7".¹⁶

E desde então vem a jurisprudência brasileira se orientando nesse sentido. O mais relevante e recente exemplo de aplicação da teoria da imprevisão é o respeitante ao atrelamento de moeda estrangeira, no caso o dólar norte-americano, como fator de indexação aos contratos de *leasing*.

¹⁶ SIDOU, J. M. Othon. *Resolução judicial dos contratos e contratos de adesão*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

O fato é que em decorrência da maxidesvalorização da moeda nacional ocorrida em janeiro de 1999, as prestações vinculadas à correção pela variação cambial, tornaram-se excessivamente onerosas, vez que, num ápice, passaram a representar o dobro da moeda brasileira. Na ocasião, o dólar americano subiu mais de 45% (quarenta e cinco por cento) em apenas uma semana, enquanto que a inflação daquele mês, medida pelo INPC do IBGE foi de 0,42%.

Em socorro a essa espécie de adquirente, pronunciaram-se diversos organismos de proteção ao consumidor, bem como entidades de classe, dentre as quais a Ordem dos Advogados do Brasil.

A Ordem dos Advogados do Brasil – Secção de São Paulo, por sua vez, com fulcro na disposição do artigo 6.º, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor, postulou fossem declaradas nulas referidas cláusulas, que estabeleciam a correção das prestações pela variação da moeda americana, modificando-se por outras que reproduzissem a realidade nacional (INPC do IBGE).

Muito embora acolhido em primeira instância o pedido, a ação pende ainda de julgamento no STJ. Em que pesem entendimentos contrários, a verdade é que aos poucos a situação vai ficando mais clara para os consumidores que adquiriram bens de consumo por meio de arrendamento mercantil (leasing) com cláusula de correção vinculada à variação cambial.

A título de ilustração, transcreve-se da parte dispositiva da sentença que cuidou da Ação Civil Pública (processo n.º

1999.61.00.004437-1), proposta pela OAB/SP, em trâmite pela 1.^a Vara Federal de São Paulo, depois de rejeitar 8 (oito) preliminares, o seguinte:

“(…) julgo procedente o pedido em face das demais rés, declarando nula a cláusula de variação cambial inserida nos contratos de arrendamento mercantil de veículos envolvendo consumidores finais domiciliados no Estado de São Paulo, firmados antes da maxidesvalorização do real ocorrida em janeiro de 1999. Essa cláusula fica substituída pela de correção monetária, adotando-se para esse fim, desde o início do contrato, a variação mensal da inflação medida pelo INPC do IBGE. Em conseqüência, fica assegurado aos consumidores o direito à restituição do que eventualmente pagaram a maior, devidamente atualizado, ressalvados os casos de acordo ou de sentença proferida em ação individual proposta pelo consumidor (art. 104, CDC)”.

Veja-se agora o comportamento do Superior Tribunal de Justiça, através do pronunciamento de sua 3.^a Turma, ao tratar do assunto (RESP 2999501/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 22.10.2001):

“Revisão de contrato – arrendamento mercantil (leasing) – relação de consumo – Indexação em moeda estrangeira (dólar) – Crise cambial de janeiro de 1999 – Plano Real. Aplicabilidade do artigo 6.^o, inciso V, do CDC – Onerosidade excessiva caracterizada. Boa-fé objetiva do consumidor e direito de informação. Necessidade de prova da captação de recurso financeiro proveniente do exterior.

- O preceito insculpido no inciso V do artigo 6.^o do CDC dispensa a prova do caráter imprevisível do fato

superveniente, bastando a demonstração objetiva da excessiva onerosidade advinda para o consumidor.

- A desvalorização da moeda nacional frente à moeda estrangeira que serviu de parâmetro ao reajuste contratual, por ocasião da crise cambial de janeiro de 1999, apresentou grau expressivo de oscilação, a ponto de caracterizar a onerosidade excessiva que impede o devedor de solver as obrigações pactuadas.

- A equação econômico-financeira deixa de ser respeitada quando o valor da parcela mensal sofre um reajuste que não é acompanhado pela correspondente valorização do bem da vida no mercado, havendo quebra da paridade contratual, à medida que apenas a instituição financeira está assegurada quanto aos riscos da variação cambial, pela prestação do consumidor indexada em dólar americano.

- É ilegal a transferência de risco da atividade financeira, no mercado de capitais, próprio das instituições de crédito, ao consumidor, ainda mais que não observado o seu direito de informação (art. 6.º, III, e 10, “caput”, 31 e 52 do CDC).

- Incumbe à arrendadora se desincumbir do ônus da prova de captação de recursos provenientes de empréstimo em moeda estrangeira, quando impugnada a validade da cláusula de correção pela variação cambial. Esta prova deve acompanhar a contestação (at. 297 e 396 do CPC), uma vez que os negócios jurídicos entre a instituição financeira e o banco estrangeiro são alheios ao consumidor, que não possui meios de averiguar as operações mercantis daquela, sob pena de violar o artigo 6.º da Lei n. 8.880/94”.

Do voto da relatora extrai-se:

“De há muito a doutrina e a jurisprudência assinalam, pacificamente, como implícita nos contratos de execução diferida e sucessiva, a célebre cláusula *rebus sic stantibus*, abreviação da fórmula *Contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelligentur* – pela qual o poder vinculante do contrato subordina-se à manutenção do estado de fato vigente à época da pactuação.

Daí resultou a teoria da imprevisão, a qual, nas palavras de Arnaldo Medeiros da Fonseca (*in Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*, 2.^a ed., Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943, pp. 13-16), consiste em:

‘(...) investigar, em síntese, se é justo, e em que termos, admitir a revisão ou resolução dos contratos, por intermédio do Juiz, pela superveniência de acontecimentos imprevisos e razoavelmente imprevisíveis por ocasião da formação do vínculo, e que alterem o estado de fato no qual ocorreu a convergência de vontades, acarretando uma onerosidade excessiva para um dos estipulantes’.

A se justificar a aplicação da teoria da imprevisão, faz-se necessário não apenas a superveniência de um acontecimento, mas o seu caráter imprevisível e a excessiva onerosidade resultante. Salienta neste aspecto Orlando Gomes (*in Contratos*, 18.^a edição, Rio de Janeiro: Forense, p. 39):

‘(...) a imprevisão há de decorrer do fato de ser a alteração determinada por circunstâncias extraordinárias.

(...)

Quando, por conseguinte, ocorre a agravação da responsabilidade econômica, ainda ao ponto de trazer para

ao contratante muito maior onerosidade, mas que podia ser razoavelmente prevista, não há que pretender a resolução do contrato ou a alteração de seu conteúdo.

Nesses casos, o princípio da força obrigatória dos contratos conserva-se intacto. Para ser afastado, previsto é que o acontecimento seja extraordinário e imprevisível”.

Esse então um caso típico de aplicação revisional de contrato por conta de oscilação radical do estado em que ele foi realizado.

Em conclusão, já não são tão somente doutrina e jurisprudência que fazem o Brasil incluir-se entre os países aderentes da teoria da imprevisão, mas agora, também, por intermédio da lei ordinária civil, amplamente autorizada por via dos artigos 478 a 480 da nova ordem substantiva (Lei n.º 10.406/02).

Assim, realizando-se o acordo de vontades em vista de condições normais ou desejáveis, e sofrendo estas vertiginosas alterações em virtude de acontecimentos imprevisos, devem as prestações recíprocas, se atacadas de onerosidade excessiva, ser ajustadas à atual realidade.

O CONTRATO

1.1 Notas introdutórias. 2. Conceito. 3. Elementos dos contratos. 4. Princípios informadores do direito contratual. 4.1. Noções gerais. 4.2. Do princípio da autonomia da vontade. 4.3. Do princípio do consensualismo. 4.4. Do princípio da obrigatoriedade da convenção. 4.5. Do princípio da relatividade dos efeitos da relação negocial contratual. 4.6. Do princípio da boa-fé. 4.6.1. Considerações iniciais. 4.6.2. A boa-fé regra de interpretação dos contratos. 4.6.3. A boa-fé como fonte deveres de conduta. 4.6.4. A boa-fé como limitadora do exercício de direitos.

1.1 Notas introdutórias

Conforme sabemos, três são as fontes das obrigações: a) os contratos; b) as declarações unilaterais de vontade; e, c) os atos ilícitos. À lei, enquanto fonte primária e principal pólo irradiador das obrigações, resta o ofício de as regular e garantir.

Daí se dizer que as obrigações decorrentes dos contratos são obrigações que resultam da lei, porque é a lei que disciplina os contratos, sujeitando-os a um estatuto jurídico.¹⁷

Do mesmo modo quanto às obrigações que nascem das declarações unilaterais de vontade (promessa de recompensa) e às que emergem dos atos ilícitos (ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia), porque é a lei que as operacionaliza e lhes confere eficácia.

¹⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, v. 5, São Paulo: Saraiva, 1991, p. 3.

Se assim o é, à criação da relação jurídica (vínculo obrigacional), necessário se faz o encontro de interesses subjetivos libertos de vícios e subordinados à norma positivada.

A verdade é que apenas o fato, estribado no direito objetivo, dá azo a que se crie a relação obrigacional, que atinge o indivíduo em sua liberdade, restringindo-a, para torná-lo vinculado ao poder de outra pessoa.¹⁸

Nessa perspectiva, fácil de se notar que a vontade humana e a lei exercem influência na obrigação como forças que atuam conjugadamente na determinação do vínculo obrigacional.¹⁹

2. O conceito de contrato

“Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes, s’obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose” (Code Napoléon, art. 1101)

O contrato, em sede de definição geral de seu conceito, é identificado como sendo o acordo de duas ou mais partes, para construir, modificar ou extinguir, entre si, uma relação jurídico-negocial realizável e apreciável economicamente²⁰.

¹⁸ FRANÇA, R. Limongi. Fato Jurídico, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 36, p. 347

¹⁹ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*, Freitas Bastos, 1964, v. 3, p. 7.1

²⁰ BEVILAQUA, Clóvis, em sua obra *Direito das Obrigações*, edição histórica, Rio de Janeiro, ed. Rio, 1977, p. 158, lembra-nos que os romanos distinguiam a convenção, o pacto e o contrato. Convenção era um termo geral, o gênero, dentro do qual se incluíam espécies: - pacto e contrato... O pacto era uma convenção incapaz de produzir, em rigor, força juridicamente vinculante, por lhe faltar a sanção da lei civil... Se, porém, o direito civil havia reconhecido a convenção, dando-lhe uma forma, atribuindo-lhe efeitos obrigatórios e munindo-a de uma ação sancionadora, então a convenção era um contrato, cuja função de vincular é bem claramente indicada pelo vocábulo – *contractus* (de *contrahere* – unir).

Álvaro Villaça Azevedo²¹ esboça o seu conceito entendendo o contrato como a manifestação de duas ou mais vontades, objetivando criar, regulamentar, alterar e extinguir uma relação jurídica (direito e obrigações) de caráter patrimonial.

Washington de Barros Monteiro²², do mesmo modo, define-o como o acordo de vontades que tem por fim criar, modificar e extinguir um direito, lembrando que, em vista de sua natureza e essência, própria de um ato jurídico, reclama para a sua validade agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei²³.

3. Elementos dos contratos

“Sendo o contrato um negócio jurídico, requer, para a sua validade, a observância dos requisitos do artigo 104 do Código Civil: agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei”.²⁴

²¹ *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: curso de direito civil*. São Paulo, Atlas, 2002, p. 21.

²² *Curso de Direito Civil*. São Paulo, Saraiva, 1991, p. 5.

²³ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*, São Paulo, Saraiva, 1993, v. 3, p. 9, ensina que: “Dentro da teoria dos negócios jurídicos é tradicional a distinção entre os atos unilaterais e bilaterais. Aqueles se aperfeiçoam pela manifestação da vontade de uma das partes, enquanto estes dependem da coincidência de dois ou mais consentimentos. Os negócios bilaterais, isto é, os que decorrem de acordo de mais de uma vontade, são os contratos. Portanto, o contrato representa uma espécie do gênero negócio jurídico. E a diferença específica, entre ambos, consiste na circunstância do aperfeiçoamento do contrato depender da conjugação da vontade de duas ou mais partes”.

²⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2003, v. 3, p. 27. Cabe anotar, contudo, que a autora cotejada, ao pronunciar-se sobre os requisitos em referência, necessários por sua vez para a validade do contrato, fá-lo subdividindo-os em subjetivos, objetivos e formais. Entre os subjetivos, destaca: a) existência de duas ou mais pessoas; b) capacidade genérica das partes contratantes para praticar os atos da vida civil; c) aptidão específica para contratar, pois a ordem jurídica impõe certas limitações à liberdade de contratar; v.g. art. 496; d) consentimento das partes contratantes, visto que o contrato é originário do acordo de duas ou mais vontades isentas de vícios sobre a existência e natureza do contrato, o seu objeto e as cláusulas que o compõem. Entre os objetivos cita: a) licitude de seu objeto, que não pode ser contrário à lei, à moral, aos princípios da ordem pública e aos bons costumes; b) possibilidade física ou jurídica do objeto, pois aquele que se obriga a realizar coisa insuscetível de realização a nada se obrigou; c) determinação de seu objeto, pois este deve ser certo ou, pelo menos, determinável; economicidade de seu objeto, que deverá versar sobre interesse economicamente apreciável. Entre os formais assere que não é rigor da lei exigir forma especial para a validação da declaração de vontade, citando para tanto os enunciados dos artigos 107 e 108 do Código Civil.

A capacidade do contraente é assim o primeiro elemento que nasce para a validação do acordo de vontades, sendo indispensável. Daí a sua nulificação se celebrado por pessoa absolutamente incapaz (CC, art. 166, I).²⁵

O segundo elemento, diz respeito ao objeto do contrato, à obrigação propriamente constituída pelos contraentes e que vislumbra realizar, dependendo para a sua validade de sua licitude, concreção e economicidade.

A forma seria o terceiro elemento de validação do contrato. Ressalta-se, todavia, que hodiernamente não se cogita de excessivo rigor na forma contratual para a prática negocial, uma vez que a simples declaração de vontade, o simples ato volitivo, tem força vinculativa entre os contraentes e obrigacional. A liberdade de forma é, no entanto, a regra, salvo se por disposição de lei, forma especial, exigir-se²⁶.

O quarto elemento ainda a ser considerado seria o do consentimento recíproco. Muito embora comum a todos os atos jurídicos (CC 104), em matéria contratual sobressai essencial, podendo dar-se expressa ou tacitamente. Assim, para a formação válida da relação jurídica negocial, mister que anuem livremente os interessados, sem que se apresentem quaisquer vícios de consentimento – *erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão, simulação ou fraude* –, sob pena de afetação da eficácia do ato.

²⁵ “É nulo o negócio jurídico quando: I – celebrado por pessoa absolutamente incapaz; (...)”. Vale lembrar, todavia, que se celebrado por pessoa relativamente incapaz, sem assistência, a manifestação de vontade será anulável e não nula.

²⁶ “A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente exigir” (NCC, art. 107). Exemplo disso traz o conteúdo do artigo 108 do NCC, *verbis*: “Não dispendo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País”.

Preterindo-se, pois, quaisquer desses gerais e essenciais elementos – *imprescindíveis à existência e validade do ato negocial* –, a nulidade sobejará conseqüente.

4. Princípios informadores do direito contratual

4.1. A noção clássica

Em virtude de um novo panorama político, econômico e social que se instaurou no século XIX, com a consolidação de Estados liberais fundados na ideologia individualista pregada pela Revolução Francesa e o estabelecimento do regime capitalista de produção decorrente da Revolução Industrial, os contratos revelaram-se instrumento de grande valia no desenvolvimento da vida econômica da época: garantiam a regulação de interesses individuais com igualdade entre as partes contratantes, ao mesmo tempo em que atendiam à necessidade premente de ampliação e difusão das relações de troca²⁷.

Sua expressão mais representativa foi o Código Civil francês de 1804, de inspiração napoleônica, que erigiu à condição de lei o ato volitivo contratual, com vistas a relegar às partes a decisão das questões econômicas, sem a ingerência do Estado ou da sociedade²⁸.

Assim, havendo o respeito à liberdade das partes, o contrato seria necessariamente justo: *quid dit contractuell, dit juste*²⁹. O Estado só

²⁷ GOMES, Orlando. *Contratos*, Rio de Janeiro, Forense, 1996, p. 6.

²⁸ “Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux que les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi” (art. 1.134 do Código Civil Francês).

²⁹ Fouillée, jurista francês seguidor de Kant, *apud* Renato José de Moraes, *Cláusula Rebus sic stantibus*, São Paulo, Saraiva, 2001, p. 10.

interviria na vida dos particulares, a fim de lhes garantir tão-só o exercício da sua liberdade formal.

Daí se dizer encontrar assento a noção clássica de contrato na idéia da ampla liberdade de contratar e na obrigatoriedade de atendimento integral e inequívoco dos termos em que foi querido.

Entretanto, essa realidade, ante o resultado do ideário individual e capitalista, notadamente no período marcado pela Revolução Industrial – exploração dos mais fracos pelos mais fortes; a instrumentalização do ser humano, visto apenas como força de trabalho; a miséria social – levou o Estado a adotar uma postura mais enérgica e intervencionista.

Isto porque, consoante o ensinamento de Mônica Yoshizato Bierwagen³⁰, se de um lado os princípios da igualdade das partes, da obrigatoriedade dos contratos (*pacta sunt servanda*), da autonomia da vontade (liberdade contratual), da relatividade dos contratos (efeitos restritos às partes) e da intangibilidade destes, foram concebidos para garantir a ampla e total liberdade entre os contratantes para dispor de seus interesses da forma como bem desejassem, de outro, o exercício de tal liberdade, levado a extremos, mostrou que esse modelo, em vez de libertar, cada vez mais escravizava a parte social ou economicamente mais fraca.

Ou seja: a pretendida isonomia das partes enfraquecia-se cada vez mais em decorrência do poderio econômico das grandes indústrias que se formavam e impunham unilateralmente suas condições; a liberdade de escolher com quem contratar paulatinamente era mitigada pela

³⁰ BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e Regras de Interpretação dos Contratos no Novo Código Civil*, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 26.

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 riquezas.

Desse modo, e não por outra razão, viu-se o Estado obrigado a se insurgir na ordem econômica das relações privadas, ou, por meio de lei, criando uma superioridade jurídica que compensasse a inferioridade econômica ou social da parte mais fraca; ou reconhecendo e apoiando grupos organizados de representação, como os sindicatos; ou adotando o dirigismo contratual, consistente na proibição ou imposição de certo conteúdo a alguns contratos, ou condicionando sua eficácia à autorização do Poder Público³¹.

Sintomaticamente, tornam-se de uso comum a projeção e execução de normas de planejamento pelo ente estatal, direcionando a sua percepção para as áreas de maior interesse na estratégia desenvolvimentista.

Em tal perspectiva, verifica-se um epidêmico alargamento da noção da ordem pública, com a integração, ao seu conceito, de institutos anteriormente adstritos aos particulares (p. ex., a função social da propriedade no plano constitucional).

Cresce o sentido de coletivização, que eclode a partir da conscientização da gravidade da problemática social, debilitando-se a noção e a posição do homem como indivíduo. No plano obrigacional, corolário é a socialização do contrato³².

³¹ GOMES, Orlando. *Contratos*, op. cit, p, 8.

³² CHAVES, Antonio. *Lições de Direito Civil, Parte Geral*, v. 2, São Paulo, RT, 1976, p. 36.

Substituiu-se então a idéia de indivíduo, como centro de preocupações, pela de homem localizado na sociedade, acentua-se o predomínio do social sobre o individual, característica principal do mundo contemporâneo, e que o Estado concentra a condução³³.

Conquanto assim seja, ainda hoje, salvo pela influência do denominado dirigismo contratual, que abreviou a autonomia da vontade dos contraentes ao estabelecer, sob o império normativo, condições contratuais mínimas, com vistas à realização e consecução da justiça, os princípios informadores do direito contratual ostentam suas bases em três vigas fundamentais, sendo elas: a) a autonomia da vontade; b) a supremacia da ordem pública; c) obrigatoriedade das convenções ou *pacta sunt servanda*.

Cabe anotar, contudo, que por ação dos tempos e infrene evolução das relações jurídicas, outros princípios de não somenos importância agregaram-se ao direito contratual. Assim é que, hodiernamente, os princípios da relatividade dos efeitos do contrato, do consensualismo, da boa-fé e da função social do contrato são tidos como de capital importância no vislumbre das relações contratuais.

4.2. Do princípio da autonomia da vontade

“Em tese, a liberdade contratual só sofre restrições em virtude da ordem pública, que representa a projeção do interesse social nas relações interindividuais. O *ius cogens*, o direito imperativo defende os bons costumes e a estrutura social, econômica e política da comunidade. Em determinada fase, a ingerência da ordem pública em relação aos contratos se fazia sentir pelo combate à usura,

³³ Georges Burdeau, *Lês Libertés Publiques*, pp. 13 e ss. *apud* Carlos Alberto Bittar, *O direito civil na Constituição de 1988*, 2 ed. São Paulo, RT, 1991, p. 118.

proibindo as leis medievais as diversas formas de agiotagem".³⁴

O fato é que a liberdade contratual é, ainda, a viga-mestra do direito contratual, sendo sujeita, em tese, consoante a lição de Arnaldo Wald, a sofrer restrições em virtude da ordem pública, que representa a projeção do interesse social nas relações interindividuais.

Funda-se, o princípio, na liberdade de contratar das partes, consistindo, mediante o consentimento recíproco, no poder de estipularem livremente a disciplina de seus interesses. Segundo Maria Helena Diniz³⁵ esse poder de auto-regulamentação dos interesses das partes contraentes, consubstanciado no princípio da autonomia da vontade, envolve, além da liberdade de criação do contrato:

1. a liberdade de contratar ou não contratar, isto é, o poder de decidir, segundo seus interesses, se e quando estabelecerá com outrem uma relação jurídica contratual;
2. a liberdade de escolher o outro contraente, apesar de às vezes a figura do outro contraente seja insuscetível de opção, v.g., empresas concessionárias de serviços públicos sob regime de monopólio;
3. a liberdade de fixar o conteúdo do contrato, escolhendo qualquer uma das modalidades contratuais reguladas por lei ou adotando novos tipos contratuais, conforme as necessidades do negócio jurídico.

³⁴ WALD, Arnaldo, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 14 ed., São Paulo, RT, 2000, v. 3, p. 29.

³⁵ Op. cit., p. 32.

Alerta-se, porém, que essa liberdade de contratar não é ilimitada ou absoluta, uma vez que é restringida pela supremacia da ordem pública, que coíbe ajustes que acenem contrariamente à moral e aos bons costumes.

É o sentido, por sinal, seguido pela codificação civil francesa ao expressar, em seu artigo 6.º, que não se pode derogar, por convenções particulares, as leis que interessam à ordem pública e aos bons costumes.

A verdade é que a liberdade de contratar ou poder de auto-regulamentação dos interesses das partes na expressão de Maria Helena Diniz, consolidada no princípio da autonomia da vontade, está subordinada *a priori* ao interesse público, do qual sofre limitações.

Quer-se dizer que, na condução do negócio jurídico contratual, obrigar-se-ão as partes a sujeitar suas vontades não só aos dispositivos de ordem pública, em atendimento aos interesses da coletividade – *organização da família, direito de propriedade, liberdade de trabalho, organização política, econômica e administrativa do Estado* etc – como também à moral e aos bons costumes.

Desse modo, em virtude dessa interferência do ente estatal na esfera das relações entre particulares, cognominada de dirigismo contratual, que surge como elemento mitigador do egoísmo e da injustiça social, repelida está a noção clássica do direito contratual, patrimonializante e individualista, tendo em vista que modernamente restrita a liberdade de contratar ao atendimento, em primeiro plano, do bem comum e dos interesses sociais.

Afinal, “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato” (CC, art. 421)³⁶.

Isto porque, o contrato não é apenas um instrumento jurídico, de interesses puramente interpessoais ou de operação de proveitos. O seu conteúdo deve importar nos fins de justiça e de utilidade, em superação do egocentrismo individual onde permeiam a fragilização do débil e a dominação do mais forte³⁷.

E outra não é a opinião de Cláudia Lima Marques³⁸ ao ressaltar que a nova concepção de contrato é uma concepção social deste instrumento jurídico, para a qual não só o momento da manifestação da vontade (consenso) importa, mas onde também e principalmente os efeitos do contrato na sociedade são levados em conta e onde a participação social e econômica das pessoas nele envolvidas ganha em importância.”

O contrato, afinal, é um elo que, de um lado, põe o valor do indivíduo como aquele que o cria, mas, de outro lado, estabelece a sociedade como o lugar onde o contrato vai ser executado e onde vai receber uma razão de equilíbrio e medida³⁹.

Por tais razões, é que se tem admitido modernamente a possibilidade da revisão judicial do negócio jurídico contratual, substituindo-

³⁶ Segundo o magistério de Maria Helena Diniz, *op.cit.*, p. 36, o princípio da autonomia da vontade está atrelado ao da socialidade, pois pelo art. 421 do Código Civil, declarada está a limitação da liberdade de contratar pela função social do contrato. Esse princípio é mero corolário do princípio constitucional da função social da propriedade e da justiça, norteador da ordem econômica. O art. 421 institui a função social do contrato, revitalizando-o, para atender aos interesses sociais, limitando o arbítrio dos contratantes, para tutelá-los no seio da coletividade, criando condições para o equilíbrio econômico-contratual, facilitando o reajuste das prestações e até mesmo sua resolução.

³⁷ ALVES, Jones Figueiredo. *A nova teoria do direito contratual no Brasil*, Revista Consultor Jurídico, 17 de janeiro de 2003. Disponível em: <http://conjur.uol.com.br/textos/16271>. Acesso em 27/09/03.

³⁸ in *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 3.^a ed., São Paulo, RT, 1998, p.101

³⁹ REALE, Miguel. *O projeto do Código Civil*, São Paulo, Saraiva, 1986, p. 9.

se a declaração volitiva dos contratantes pela vontade estatal, com vistas ao equilíbrio negocial e sua exeqüibilidade.

Exemplo disso é a cláusula *rebus sic stantibus*, que equivale à máxima *contractus qui habent tractum sucessivum et dependentium de futuro rebus sic stantibus intelliguntur* – os contratos de trato sucessivo ou a termo, ficam subordinados, a todo tempo, ao mesmo estado de subsistência das coisas – cuja análise mais aprofundada é de nossa preocupação.

Nada obstante a isso, e sem se interferir no estudo a que se propôs desenvolver, poder-se-ia asseverar que a cláusula *rebus sic stantibus*, apresenta-se hodiernamente sob a alcunha de teoria da imprevisão; instituto antigo, foi resgatado no início do século com o advento da Primeira Grande Guerra, a começar por Alemanha e isto devido às dificuldades ali encontradas relativas à escassez de matérias-primas e à enorme depreciação do marco.

A novel legislação civil, a pretexto de não mais permitir represente o contrato interesses antagônicos, recepcionou-a nos artigos 478, 479 e 480, preenchendo a lacuna da codificação de 1916.

Por outro lado, a legislação consumerista (Lei 8.078/90), mostrando-se bem diferente das relações entre particulares, abraçou-a de modo incondicional (CDC, art. 6.º, V), permitindo a revisão judicial do contrato pela superveniência de circunstâncias que se mostrem excessivamente onerosas para o consumidor, ou estabeleçam prestações desproporcionais.

E isto, porque a codificação de consumo alterou a noção clássica do direito privado, cunhado no liberalismo do século XIX, relativizando o princípio da intangibilidade do conteúdo do contrato, embasado na máxima de direito *pacta sunt servanda* (o contrato faz lei entre as partes), para enfatizar o princípio da conservação do pactuado.

Conquanto assim seja, é mister salientar que a aplicação do instituto revisionista, no molde da novel legislação civil, não está adstrita ao simples interesse da parte, dependendo sua objetivação do preenchimento de determinados e essenciais requisitos, de sorte tal que a falta de um deles implicaria na impossibilidade de ser o contrato atingido pela imprevisão. Mas, é matéria que relegaremos para os capítulos conseqüentes.

4.3. Da força obrigatória das convenções

“Se os contratantes ajustaram os termos do negócio jurídico contratual, não se poderá alterar o seu conteúdo, nem mesmo judicialmente, qualquer que seja o motivo alegado por uma das partes, e o inadimplemento do avençado autoriza o credor a executar o patrimônio do devedor por meio do Poder Judiciário, desde que não tenha havido força maior ou caso fortuito”.⁴⁰

É o princípio segundo o qual as estipulações pelas partes contratantes, e voluntariamente aceitas, deverão ser fielmente cumpridas – *pacta sunt servanda* –, sob pena de execução patrimonial contra o devedor inadimplente.

⁴⁰ DINIZ, Maria Helena, op. cit., p. 37.

Desse modo, celebrado que seja, com observância de todos os pressupostos e requisitos necessários à sua validade, deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos.⁴¹

E isto é assim porque o negócio jurídico contratual, uma vez formalizado espontaneamente, adere à ordem jurídica, constituindo um verdadeiro preceito de lei, a ponto de se autorizar à parte rogar a tutela jurisdicional em caso de eventual incumprimento do devedor quanto à obrigação ali assumida.

Conquanto assim seja, vale ressaltar que apesar de obrigatório para as partes, ante a sua força vinculativa e relativa aos seus intervenientes, pode ocorrer que haja escusa ao seu cumprimento em decorrência do caso fortuito ou de força maior (CC, art. 393).

“O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único: O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.”

Não obstante a isso, há de se levantar ainda a hipótese de as partes rescindirem voluntariamente o avençado, em oposição à imutabilidade ou à intangibilidade contratual.

⁴¹ GOMES, Orlando. *Contratos*, 18. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 36.

Leciona Alexandre Agra Belmonte⁴² que a força obrigatória das convenções encerra dois outros comandos: o da irretratabilidade e o da intangibilidade. Segundo o citado autor, norteiam os contratos os seguintes princípios: i) o da autonomia da vontade, que significa a liberdade que têm as partes na estipulação de normas destinadas a regular os seus interesses; ii) o da força obrigatória, posto que o contrato faz lei entre as partes quanto ao que convencionaram: *pacta sunt servanda*, levando assim, como consequência, aos princípios da irretratabilidade (nenhuma das partes pode, arbitrariamente, desfazê-lo) e da intangibilidade (inalterabilidade, não admitindo, de ordinário, modificações sem o consentimento da parte contrária).

Entretanto, é de se ressaltar que o princípio da força obrigatória dos contratos não pode ser entendido em termos absolutos, sendo a lavra do já anunciado artigo 393 do Código Civil evidência disso. Assim, em ocorrendo caso fortuito ou força maior, haverá derrogação automática dos ajustes diretamente atingidos, independentemente da vontade das partes.

A teoria da imprevisão, vertente atual da antiga cláusula *rebus sic stantibus*, é outra evidência do afrouxamento do *pacta sunt servanda*, sendo hipótese autorizativa à revisão do contrato pelo estado juiz. Mas, conforme já abordado, sua aplicação depende da ocorrência de acontecimentos extraordinários e imprevistos, que tornem a prestação de uma das partes sumamente onerosa.

Os institutos da lesão (CC, art. 157) e o do estado de perigo (CC, art. 156), incorporados pela novel legislação, são outras hipóteses que

⁴² *O Novo Código Civil*, São Paulo, Renovar, 2002.

também permitem a intervenção estatal na ordem privada, seja para dar solução, seja para revisar as condições a que se obrigaram as partes.

Desse modo, fora dessas circunstâncias – *caso fortuito ou força maior, estado de necessidade, lesão e imprevisão* –, o princípio da intangibilidade ou da imutabilidade contratual há de ser preservado.

4.4. Princípio do consensualismo

Antigamente, o negócio jurídico somente seria válido se o ato volitivo das partes fosse declarado em meio a um rigorismo formal, excessivo, tanto é que prevalente no Direito Romano a regra *ex nudo pacto non nascitur actio*, significando que do simples pacto não nascia ação.

E isto, em vista da distinção que faziam os romanos entre a convenção contratual, denominada *contractus*, que tinha força obrigatória e executiva, portanto, garantida em juízo, e o *pactum, pactio ou conventio*, convenções outras, em regra, não condicionadas à execução em juízo, por não consistirem uma obrigação civil; não tinham força obrigatória.

Atualmente, todas as convenções, desde que observados os pressupostos de validade do ato negocial - agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei – são asseguradas por ação judicial.

Assim, a simples declaração de duas ou mais vontades é bastante para se gerar um contrato válido, pois, em regra, não se exige forma especial para a formação do vínculo obrigacional, salvo se, por

expressa disposição de lei, forma solene à validação do negócio jurídico se exigir.

Embora alguns contratos, por exigirem forma especial, tenham sua validade condicionada ao atendimento de certos requisitos predispostos por lei, a grande maioria deles é consensual, tendo em vista que o simples ato volitivo, o mero consenso, tem o condão de realizá-los, sendo bastante à sua perfeição e validação.

4.5. Princípio da relatividade dos contratos.

Por esse princípio, os efeitos produzidos pelo negócio jurídico contratual restringem-se às partes que o celebraram, não aproveitando nem prejudicando terceiros – *res inter alios acta tertio nec nocet nec prodest*.⁴³

Historicamente, a afirmação desse princípio tem seu fundamento construído na estrita personalização da relação obrigacional no direito romano, cuja relação solene buscava estabelecer que os direitos e obrigações admitidos na formação do pacto somente poderiam ser exercidos pelas partes contratantes, de tal modo a permitir-se ao credor, em caso de incumprimento da obrigação pelo devedor, rebelar-se contra a pessoa do devedor, privando-o da liberdade ou até mesmo da vida.

Atualmente, o princípio da relatividade dos efeitos é atenuado em vista do afrouxamento da personalização da relação obrigacional, pois ao se aceitar a obrigação como um valor patrimonial suscetível de transmissão, pouco importa se o negócio contratual é formado diretamente entre os titulares do patrimônio ou por meio de representação válida (de

⁴³ Negócio realizado entre outros não prejudica, nem aproveita (tradução livre).

início vedada), como a cessão de crédito e a cessão de direitos hereditários.⁴⁴

Daí se dizer que sofre o princípio suas exceções, não sendo, portanto, absoluto. A principal delas – estipulação em favor de terceiro –, vem expressa no artigo 436 da atual legislação civil, autorizando pessoa interessada afetar patrimônio alheio, mediante ato de vontade, desde que lhe seja em seu favor. É o caso, por exemplo, do pai que contrata seguro com o intuito de garantir usufruam terceiros, em caso de sinistro, de determinado benefício.

Mas, não por isso que respectivo princípio fora abandonado, muito pelo contrário, ainda subsiste. Porém não mais como um princípio absolutista, preocupado tão somente com a satisfação dos interesses egoísticos dos contraentes, mas sim como um princípio coletivizado, alinhado à função social do avençado.

Consoante adverte Miguel Reale a socialidade foi base à fundamentação do novo estatuto civil, em contraposição ao sentido individualista que condicionou o Código Civil de 1916.

Desse modo, não há como negar que o conceito de relatividade dos efeitos dos contratos foi reestruturado pelo reconhecimento de seus efeitos a terceiros no cumprimento da função social; no mais, ou seja, com relação às partes (aspecto interno do contrato), a assertiva do princípio continua intacta.⁴⁵

⁴⁴ Jacques Ghestin, *Traité des contrats – Lês effects du constrat*, 2. ed., Paris, LGDJ, 1994, p. 368-73. *apud* Roberto Senise Lisboa, *Contratos Difusos e Coletivos*, 2. ed, São Paulo, RT, 2000.

⁴⁵ BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *op. cit*, p. 33.

Por fim, vale dizer, que o princípio da relatividade dos efeitos dos contratos, a seu turno, volta-se tanto às partes quanto ao objeto do contrato, atribuindo aos sujeitos da relação negocial o poder de decidir sobre os objetos e as prestações contratuais. Daí consubstanciar-se a regra geral na idéia de que o pactuado, de ordinário, vincula apenas as partes que nele intervieram, não alcançando terceiros, especialmente os de boa-fé.

4.6. O princípio da boa-fé

4.6.1. Considerações iniciais

“O princípio da boa-fé endereça-se sobretudo ao juiz e o instiga a formar instituições para responder aos novos fatos, exercendo um controle corretivo no Direito estrito, ou enriquecedor do conteúdo da relação obrigacional, ou mesmo negativo em face do Direito postulado pela outra parte”.⁴⁶

A boa-fé, segundo Álvaro Villaça Azevedo, é um estado de espírito que leva o sujeito a praticar um negócio em clima de aparente segurança, sendo esta a razão de todos os sistemas jurídicos serem escudados no princípio da boa-fé, que supera até, o princípio da nulidade dos atos jurídicos, uma vez que, os atos nulos, em certas ocasiões, produzem efeitos na ordem civil, como é o caso da validade do pagamento ao credor putativo ou dos efeitos em favor do cônjuge de boa-fé no casamento putativo. Nessas situações, não vigora o princípio segundo o qual o que é nulo não produz efeito – *quod nullum est nullum effectum producit*.⁴⁷

⁴⁶ COUTO E SILVA, Clóvis do. *O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português*, São Paulo, RT, 1980.

⁴⁷ *Op., cit.*, p. 26.

Conquanto assim seja, vale frisar que a expressão boa-fé comporta duas espécies: a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva. A primeira é aquela encontrada na consciência do agente e representa o conhecimento ou desconhecimento de algum vício, inexistindo do agir a intenção de a outrem lesar. A segunda consiste numa regra objetiva de conduta, fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e na transparência.

A boa-fé objetiva é um padrão genérico, objetivo, de comportamento, que exige do contratante uma atuação refletida, preocupada com a outra. Cuida-se de um princípio que impõe a cada uma das partes a observância de comportamento respeitoso com a outra parte, que seja leal, não abusivo, nem lesivo.⁴⁸

Daniel Ustároz⁴⁹ diz que foi na Alemanha (1900) que os juristas encontraram terreno fértil para concretizar a fórmula geral contida no § 242 do BGB – *as partes, na realização da prestação jurídico negocial, obrigam-se a envidarem boa-fé, detendo-se sempre aos usos e costumes do tráfico* – permitindo ensejo à ampla aplicação do instituto (princípio da boa-fé objetiva) nas relações intersubjetivas, em face da aceitação da jurisprudência e da doutrina.⁵⁰

Tanto é que na esteira do alemão o legislador italiano de 1942 acabou por destacar no artigo 1337 de seu código civil regra geral no sentido de que no desenvolvimento das tratativas e na formação do contrato, devem os contratantes comportar-se segundo a boa-fé.

⁴⁸ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da; Everaldo Augusto Cambler (Coordenação), *Curso avançado de direito civil*, v. 3, São Paulo, RT, 2002, p. 41.

⁴⁹ *Responsabilidade contratual no novo código civil*, Rio de Janeiro, Aide, 2003, p. 88.

⁵⁰ Cabe anotar que entre os modernos, a França, com o *Code Napoleon* (1804), já concebia a boa fé como base fundamental à formação da relação jurídica contratual, anunciando o código civil napoleônico, por meio, de seu artigo 1134, III, que as convenções deveriam ser executadas de boa-fé.

Nessa direção, também, seguiu o legislador civil português de 1967, ao esquadrihar em seu artigo 227 o seguinte enunciado: “quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nas preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte”.

Entre nós, tornou-se expresso o princípio, só agora em 2002, com a edição do novo código civil, impondo-se aos contratantes a obrigatoriedade de guardarem, quer na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé (art. 422).⁵¹

Clóvis do Couto e Silva explica que a aplicação do princípio da boa-fé na relação contratual no novo código civil irroga função harmonizadora, uma vez que concilia o rigorismo lógico-dedutivo da ciência do direito do século passado com a vida e as exigências éticas atuais, abrindo, por assim dizer, no *hortus conclusus* do sistema do positivismo jurídico, janelas para o ético.⁵²

Daí a razão do porquê se afirmar que na interpretação do pactuado é necessário ater-se mais à intenção das partes do que ao sentido literal da linguagem – *otimização do conteúdo contratual* –, competindo aos contraentes, a seu turno, o agir com transparência, lealdade e confiança recíprocas na formação, execução e extinção do contrato.

⁵¹ Deve-se esclarecer que o dever de guardar conduta proba e de boa-fé nas variadas fases de formação, execução e extinção do contrato não representa algo inovador nas relações contratuais. A novidade limita-se à sua inclusão no texto de lei civil, tendo em vista que dele já tratava o vetusto Código Comercial de 1850 e mais recentemente o Código consumerista de 1990. Antes era tido como princípio implícito no ordenamento jurídico.

⁵² *In A obrigação como processo*, São Paulo, José Bushatsky, 1976, p. 42.

“Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos e costumes do lugar de sua celebração” (CC, art. 113).

Portanto, se na relação jurídico-contratual as partes se movimentam por interesses contrapostos, não podem persegui-los com dissimulação e deslealdade, muito pelo contrário, “são obrigadas a dirigir a manifestação de vontade dentro dos interesses que as levaram a se aproximarem, de forma clara e autêntica, sem o uso de subterfúgios ou intenções outras que não as expressas no instrumento formalizado. A segurança das relações jurídicas depende, em grande parte, da lealdade e da confiança recíproca”.⁵³

“Comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (CC, art. 187).

Ademais, insta salientar que o princípio da boa-fé exerce três funções essenciais: a) ora fornece os critérios para a interpretação do contrato ou da declaração de vontade; b) ora funciona como fonte de deveres instrumentais, secundários ou anexos; c) ora funciona como limitadora do exercício de direitos subjetivos.⁵⁴

Em qualquer situação, porém, não deve ser desprezada a boa-fé subjetiva, dependendo seu exame sempre da sensibilidade do juiz. Não se esqueça, contudo, que haverá uma proeminência da boa-fé objetiva na hermenêutica, tendo em vista o novo descortínio social que o novo Código

⁵³ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*, v.1, Rio de Janeiro: Aide, 1988, p. 45.

⁵⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, São Paulo: RT, 2000, p. 427.

assume francamente. Nesse sentido, portanto, não se nega que o credor pode cobrar o seu crédito; não poderá, no entanto, exceder-se abusivamente nessa conduta, porque estará praticando ato ilícito.⁵⁵

4.6.2 A boa-fé como regra de interpretação dos contratos.

A primeira função, a hermenêutica-integrativa, segundo Judith Martins-Costa, é a mais conhecida, pois, aí atua a boa-fé como um *kanon* hábil ao preenchimento de lacunas, uma vez que a relação contratual consta de eventos e situações, fenomênicos e jurídicos, nem sempre previstos ou previsíveis pelos contratantes.⁵⁶

Daí se dizer permitir o princípio da boa-fé objetiva que, das cláusulas contratuais predispostas, e notadamente da causa de contratar, estabeleça-se a melhor interpretação para as dúvidas do pacto suscitadas ou dele surgidas se, porventura, não puderem as disposições nele expressadas, ou a lei, dar o devido esclarecimento.

Não se quer dizer com isso que poderá o magistrado, ao seu livre arbítrio ou discricionariedade, deixar-se conduzir individualmente, pelo seu próprio sentido de justiça, ditando normas que, *a priori*, fugiram à intenção dos contraentes no momento da declaração de vontades.

Ao magistrado, portanto, não cabe criar obrigações ou rever o contrato, com o intuito de dar-lhe interpretação, muito pelo contrário. Ao recorrer à boa-fé – *recurso à interpretação que somente tem lugar quando o aplicador do direito não encontrar na lei ou no contrato previsão da*

⁵⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, V. II, São Paulo: Atlas, 2003, p. 380.

⁵⁶ Op., cit, p. 428

*situação concreta que, eventualmente, exsurja no decurso da relação jurídico-contratual – “o juiz de direito estará simplesmente conferindo ao ajuste as exatas dimensões que a operação econômica por ele formatada reclama, segundo a sua função social e econômica e as legítimas expectativas das partes retratadas em um sinalagma (uma relação que possui prestações opostas e equilibradas)”.*⁵⁷

E assim o é, porque do contrário, a se permitir ingresse o juiz no mérito do contratado para livremente o interpretar, segundo o princípio da boa-fé como regra de hermenêutica, estar-se-ia a promover a total degradação do negócio jurídico, tornando-o sem subsistência, em vista do completo enfraquecimento dos princípios da força obrigatória da convenção e da autonomia da vontade, vigas ainda essenciais e vigorantes na relação contratual.

Desse modo, aos contraentes, não restaria uma só garantia de que os efeitos advindos do negócio jurídico iriam surtir, principalmente porque, a cada um deles, abrir-se-ia a oportunidade da impugnação do pactuado pela via jurisdicional, ficando à dependência e ao arbítrio do julgador a sorte do contratado, o que não se pode admitir.

Daí a razão de ser vedado ao aplicador do direito modificar a essência do contrato. A ele incumbe apenas o dever de “não permitir que o contrato atinja finalidade oposta ou divergente daquela para o qual foi criado, e que, à vista, de seu escopo socioeconômico, seria razoável e lícitamente esperada pelos contratantes”.⁵⁸

⁵⁷ MELO, Adriana Mandim Theodoro de. *A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo código civil*, Revista Jurídica, 294, p. 41.

⁵⁸ MARTINS-COSTA, Judith, op., cit., p. 437

4.6.3 A boa-fé como fonte de deveres de conduta.

Relevantíssimo papel que também desempenha o princípio da boa-fé modernamente é o de fonte de deveres acessórios ou laterais⁵⁹ que compõem a relação jurídica obrigacional conjuntamente com os clássicos deveres principais e secundários.

Ditos deveres caracterizam-se por uma função auxiliar da realização positiva do fim contratual e de proteção à pessoa e aos bens da outra parte contra os riscos de danos concomitantes, servindo, ao menos as suas manifestações mais típicas, o interesse na conservação dos bens patrimoniais ou pessoais que podem ser afetados em conexão com o contrato⁶⁰.

Entre os deveres com tais características – *deveres de conduta acessória* – selecionados por Judith Martins-Costa, encontram-se:

“a) os *deveres de cuidado, previdência e segurança*, como o dever do depositário de não apenas guardar a coisa, mas também de bem acondicionar o objeto deixado em depósito; b) os *deveres de aviso e esclarecimento*, como o do advogado, de aconselhar o seu cliente acerca das melhores possibilidades de cada via judicial passível de escolha para satisfação de seu *desideratum*, o do consultor financeiro, de avisar a contraparte sobre os riscos que corre, ou o do médico, de esclarecer ao paciente sobre a relação custo/benefício do tratamento escolhido, ou dos efeitos colaterais do medicamento indicado, ou ainda, na fase pré-contratual, ou do sujeito que entra em negociações, de avisar o futuro contratante sobre os fatos que podem ter relevo na formação da declaração

⁵⁹ Cumpre dizer que, doutrinariamente, para a designação do mesmo predicativo também se utilizam as seguintes denominações: deveres instrumentais, anexos, acessórios de conduta, de cooperação, de tutela, de lealdade, anexos.

⁶⁰ PINTO, Carlos Alberto Motta. *Cessão de contrato*, p. 281, *apud* Judith Martins-Costa, *op. cit.*, p. 440.

negocial; c) os *deveres de informação*, de exponencial relevância no âmbito das relações jurídicas de consumo, seja por expressa disposição legal (CDC, arts. 12 *in fine*, 14, 18, 20, 30 e 31, entre outros), seja em atenção ao mandamento da boa-fé objetiva; d) o *dever de prestar contas*, que incumbe aos gestores e mandatários, em sentido amplo; e) os *deveres de colaboração e cooperação*, como o de colaborar para o correto adimplemento da prestação principal, ao qual se liga, pela negativa, o de não dificultar o pagamento, por parte do devedor; f) os *deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte*, com, v.g., o dever do proprietário de uma sala de espetáculos ou de um estabelecimento comercial de planejar arquitetonicamente o prédio, a fim de diminuir os riscos de acidentes; g) os *deveres de omissão e de segredo*, como o dever de guardar sigilo sobre atos ou fatos dos quais se teve conhecimento em razão do contrato ou de negociações preliminares, pagamento, por parte do devedor etc.”

Desse modo, importa-nos dizer que, constituindo deveres que incumbem tanto ao devedor quanto ao credor, não estão ligados diretamente à realização da prestação principal, mas antes à exata satisfação dos interesses globais envolvidos na relação obrigacional complexa⁶¹.

Daí o por que de estarem impedidos os contraentes de engendram ações que contrariem o caráter finalístico do processo que se desenrola no vínculo contratual, dando ensejo tanto à obstaculização do resultado por eles almejado, como a do conjunto social.

O fato é que deverão as partes comprometidas pelo vínculo obrigacional agir com lealdade e cooperação, a fim de tutelar os interesses recíprocos e o sucesso da contratação.

⁶¹ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, Coimbra, Almedina, 1988,p. 281.

No mais, a boa-fé ainda serve para impedir o exercício de direitos subjetivos quando estes possam de alguma forma ocasionar danos abusivos aos partícipes do vínculo contratual.

4.6.4. A boa-fé como limitadora do exercício de direitos.

Segundo Ruy Rosado Aguiar Júnior⁶² a boa fé veda ou pune o exercício de direito subjetivo, quando caracterizar abuso da posição jurídica. De acordo com o autor, exemplo significativo dessa função limitadora é o da proibição do exercício do direito de resolver o contrato por inadimplemento, ou de suscitar a exceção de contrato não cumprido, quando o incumprimento é insignificante, em relação ao contrato total.

Isto porque, continua o festejado mestre, e agora ancorado na doutrina de Clóvis do Couto e Silva⁶³, o princípio do adimplemento substancial, derivado da boa-fé, exclui a incidência da regra legal que permite a resolução quando não observada a integralidade do adimplemento.

Ou seja, muito embora se admita a resolução do contratado sempre que comprovado o inadimplemento da obrigação, vêm doutrina e jurisprudência relativizando tal interpretação, com intuito de salvaguardar o resultado útil do negócio jurídico pelas partes entabulado e evitar que, da conduta faltosa perpetrada por uma delas, surja um direito à resolução do vínculo, sem que os efeitos mais amplos visualizados pelos contratantes sejam alcançados.

⁶² *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, Aide, Rio de Janeiro, 1991, p. 248.

⁶³ A boa fé no direito civil brasileiro e português, p. 56.

Desse modo, ainda que imperfeito o adimplemento, permite-se em situações tais se prefira mais à manutenção do vínculo à sua pura resolução, forçando-se a assegurar a função social do pactuado.

No mais, há se mencionar, consoante o magistério de Franz Wieacker⁶⁴, que é no ambiente dessa função limitadora do princípio da boa fé objetiva que também são estudadas e analisadas as situações de *venire contra factum proprium; suppressio; surrectio, tu quoque*.

Várias são as hipóteses, portanto, contempladas por esse campo funcional limitador do exercício de direitos subjetivos. A vedação do *venire contra factum proprium*, por exemplo, obriga o sujeito da relação a não adotar conduta contraditória ao comportamento preliminarmente assumido, sob pena de quebra dos princípios da lealdade e da confiança. Espera-se sim adote a parte uma conduta confiável, transparente e esmerada, abstendo-se de ingerir incorretamente no feito contratual, em prejuízo à contraparte.⁶⁵

Na *suppressio*, um direito ou uma pretensão não realizada no lapso de tempo determinado sofre limitação ao seu exercício, tornando-se

⁶⁴ *El principio general de buena fé*, p. 59 e ss, *apud* Ruy Rosado Aguiar Júnior, *op. cit.*, p. 248.

⁶⁵ Em seu *A boa-fé no direito privado*, Judith Martins-Costa, em nota de rodapé, à página. 469, traz como exemplo de infração ao princípio do *venire* a seguinte ementa (RE 86.782-2, RS, Rel. Min. Leitão de Abreu, j. 20.10.1978, v.u, não publicado): “Casamento. Regime de bens. Interpretação dos art. 7º, § 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. 1) Nubentes que, sem impedimento para casar, contraem matrimônio no Uruguai, depois de preencher, pela lei uruguaia, os requisitos para a fixação de domicílio nesse País. Decisão onde se reconhece que o domicílio se estabeleceu no lugar do casamento também segundo a lei brasileira. Conclusão que assentou, neste ponto, o exame da prova, sendo, pois, irreversível em sede de recurso extraordinário (Súmula 279). Inexistência, pois, de ofensa ao artigo 7º, § 4º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. 2) Dá interpretação razoável, por outro lado, o arresto impugnado, quando sustenta que não importa a ofensa ao aludido preceito da Lei de Introdução, no que toca ao regime de bens, casamento efetuado no estrangeiro, segundo a lei local, para que incida determinado regime de bens, quando este é admitido, também, pela lei brasileira. No caso, o matrimônio efetuou-se no Uruguai, onde o regime comum é o da separação de bens, para que este fosse o regime do casamento, regime também admitido pelo nosso direito. 3) Infração ao princípio geral de direito segundo o qual não pode a parte *venire contra factum proprium*”.

assim irrealizável, por contrariar o princípio da boa-fé. É o caso, por exemplo, do adquirente que relega ao vendedor, por tempo indeterminado, a guarda das mercadorias que não retirou. O que comprou não pode obrigar o que vendeu a assumir tal compromisso, demonstrando-se inaceitável o comportamento.

A *surrectio*, de modo inverso a *supressio*, consiste na constituição, criação de um direito, em virtude da prática continuada de determinados atos; é fonte de direito subjetivo. Imagine-se, por exemplo, que a habitual e duradoura distribuição de dividendos por sociedade empresária a um sócio minoritário, além de sua participação societária e não prevista contratualmente, pode gerar para o beneficiário o direito de reclamá-los futuramente.

Finalmente, aquele que afrontou cláusula contratual ou imperativo de lei e, de algum modo, tenha afetado determinado posicionamento jurídico, não pode exigir da contraparte o comportamento que tampouco fora observado (*tu quoque*).

Pois, consistindo o contrato um instrumento formalizado sob o pálio da livre manifestação de vontades, não inquinado a vícios ou máculas que o possam anular e sujeito à realização dos deveres e obrigações das partes, resta inadmissível àquele que contrariar regras contratuais, aproveitar-se de sua torpeza ou ilicitude e exigir do *alter* obediência ao preceito que ele próprio já desrespeitara.

Desse modo, considerados os argumentos nesta seção assentados, há de se perceber que “boa-fé é tanto forma de conduta como norma de comportamento, com correlação objetiva entre meios e fins, como

exigência de adequada e fiel execução do que tenha sido acordado pelas partes, o que significa que a intenção destas só pode ser endereçada ao objetivo a ser alcançado, tal como esse se acha definitivamente configurado nos documentos que o legitimam. Poder-se-ia concluir afirmando que a boa-fé representa o *superamento normativo*, e como tal *imperativo*, daquilo que no plano psicológico se põe como *intentio* leal e sincera, essencial à juridicidade do pactuado”.⁶⁶

Boa-fé é assim uma das condições fundamentais da atividade ética, nela inserta a jurídica, distinguindo-se pela probidade, sinceridade e transparência dos que dela são partícipes, qualquer que seja a fase negocial (pré-contratual, contratual, pós-contratual), haja vista ter-se em mira sempre o resultado frutífero do pactuado pelas partes, sem distorções, prevaricações ou tergiversações.

No que concerne à função social do contrato, em virtude da relevância do tema, preferimos analisá-lo em capítulo à parte, sendo o seguinte.

⁶⁶ REALE, Miguel. *Estudos preliminares do Código Civil*, São Paulo, RT, 2003, p. 77.

FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

2. Noções introdutórias. 2.1. A função social do contrato e a vigente normatização civil. 2.2. A socialidade, a eticidade e a operabilidade, princípios norteadores da nova ordem civil e base da realização do negócio jurídico contratual. 2.2.1. A socialidade. 2.2.2. A eticidade. 2.2.3. A operabilidade. 2.3. Perspectiva civil-constitucional. A proteção contratual no direito brasileiro. 2.4. Função social do contrato e seus conteúdos inter e extra partes. 2.5 A função social do contrato como projeção da função social da propriedade. 2.6 Operatividade da função social do contrato. Exemplos de sua concreção.

2. Noções introdutórias

Com o enfraquecimento do Estado Liberal e consolidação do Estado Social, a partir de fins do século XIX e início do século XX, oportuniza-se ao ente estatal a criar e adotar esporadicamente mecanismos de controle no processo econômico, ensejando-o a exercer um papel regulador variável com o tempo, circunstancialmente e específico, sem extremismo. Isto porque, se extremado o intervencionismo, correr-se-ia o risco de se comprometer a relação harmônica do indivíduo com a ordem pública social.

Despiciendo dizer que tal estado de coisas – ingerência estatal na economia – acabou por refletir sobre a teoria contratual, uma vez que é por intermédio do contrato que se operacionaliza a circulação de riquezas.

Não se quer afirmar com isso que se relega ao segundo plano os princípios clássicos que informavam a teoria do contrato sob o comando do liberalismo econômico – autonomia da vontade, força obrigatória do

contrato e relatividade dos efeitos contratuais –, muito pelo contrário. A eles se somam outros que os enriquecem e lhes diminuem a rigidez: a) o da boa-fé objetiva; b) o do equilíbrio econômico; e c) o da função social do contrato.

E isto, precipuamente, com propósito de se superar o individualismo egoístico e exacerbado das concepções liberais e se buscar, de acordo com a visão social do estado, a realização de uma sociedade harmonizada e presidida pelo bem-estar.

De fato, busca-se nas novas concepções do contrato a introdução no sistema de instrumentos mais eficazes para a concretização da justiça comutativa, como o que se faz por meio dos princípios do equilíbrio, da proporcionalidade e da repulsa ao abuso.⁶⁷ Mas, há que se ter presente que a declaração de vontade continua sendo seu elemento fulcral, sem a qual ele não poderia sequer existir.

O contrato, consoante o ensinamento de Caio Mário da Silva Pereira, ainda é originário da declaração de vontade, tendo força obrigatória, e se formando, em princípio, pelo só consentimento das partes. E, mais, continua nascendo, em regra, da vontade livre, segundo a autonomia da vontade.⁶⁸

Por óbvio que esse poder de contratar livremente sofre nos dias atuais, em prol da ordem pública, evidentes restrições. Basta que miremos olhos para o conteúdo dos artigos 421 e 422 da novel legislação civil que cuidam da função social do contrato e boa-fé objetiva

⁶⁷ THEODORO JÚNOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro. Forense. 2003.

⁶⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 15 ed. v. III. Rio de Janeiro. Forense. 2001.

respectivamente, bem como para o dos artigos 156 (estado de perigo), 157 (lesão) e ainda 478 (onerosidade excessiva).

Em todos os casos, é de se perceber, preferiu velar o legislador pelo equilíbrio contratual, garantindo a moralidade do ajuste preconizado pelos contratantes. Assim, assegura-se a liberdade de contratar, mas com a ressalva de que deverá ser exercida na razão e nos limites da função social do contrato, perspectivando restringir-se eventuais e potenciais abusos de uma liberdade desmesurada.

Probidade, boa-fé, equidade e razoabilidade: essa a tônica da teoria geral do contrato nos tempos atuais.

Como bem esclarece Cláudia Lima Marques⁶⁹, “a nova concepção do contrato é uma concepção social deste instrumento jurídico, para a qual não só o momento da manifestação da vontade (consenso) importa, mas onde também e principalmente os efeitos do contrato na sociedade são levados em conta e onde a participação social e econômica das pessoas nele envolvidas ganha em importância”.

A função social é, evidentemente, e na *littera* do disposto no artigo 421 do Código Civil, “uma condicionante posta ao princípio da liberdade contratual (...), desempenhando no campo contratual, que escapa à regulação específica do Código de Defesa do Consumidor, funções análogas às que são desempenhadas pelo artigo 51 daquela lei especial, para impedir que a liberdade contratual se manifeste sem peias”.⁷⁰

⁶⁹ in *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3.^a ed. RT. São Paulo. 1998. p.101.

⁷⁰ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil*. São Paulo. Saraiva. 2002. p. 88-161.

2.1. A função social do contrato e a vigente normatização civil

Segundo o escólio de Humberto Theodoro Júnior⁷¹, no campo dos princípios contratuais, a inovação sistematizada pelo Código Civil de 2002, concentrou-se notadamente em dois permissivos: o artigo 421, que trata da função social do contrato, e o artigo 422 que cuida da boa-fé objetiva.

De acordo com o autor, no artigo 422, proclamou-se o princípio ético, a direcionar o comportamento interno do negócio jurídico, exigindo-se dos contratantes o dever de concluir, interpretar e executar o contrato conforme as regras da lealdade. Já no artigo 421, proclamou-se, em termos genéricos, o compromisso de toda a ordem contratual com o ideário constitucional de submeter a ordem econômica aos critérios sociais, mediante a harmonização da liberdade individual (autonomia da vontade) com os interesses da coletividade (função social).

Neste sentido Antonio Junqueira de Azevedo ao referir inserir-se o contrato, em prol do princípio do solidarismo, mercê da regra do artigo 1º, inciso IV, da Constituição Federal, numa ordem social harmônica.

E não nos olvidemos que foi nesse contexto que se projetou a atual normatização civil, codificação marcada pelo culturalismo⁷² de Miguel Reale, membro e organizador, e conformada em torno de três importantes e fundamentais princípios: o da socialidade, o da eticidade e o da operabilidade, cuja análise, ainda que perfunctória, dar-se-á adiante.

⁷¹ In *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro. Forense. 2003. p. 35.

⁷² A respeito do assunto vide *O culturalismo de Miguel Reale e sua expressão no novo Código Civil*, de Gerson Luiz Branco, in *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*, op. cit., p. 2-81.

2.2. A socialidade, a eticidade e a operabilidade, princípios norteadores da nova ordem civil e base da realização do negócio jurídico contratual

2.2.1. A socialidade

A socialização dos modelos jurídicos, significando a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, sem dúvida, é uma das suas características mais acentuadas, já que responsável pela revisão dos direitos e deveres dos cinco protagonistas do direito privado tradicional: o proprietário, o contratante, o empresário, o pai de família e o testador.

A título de exemplo, esclarece Gerson Luiz Branco, a referência à função social aparece nos artigos 187, 420, 1228, § 2º e § 4º, 1239, 1242 e 2035, parágrafo único, do Código Civil.

O fato é que não se pode mais, salvo aos adeptos da dogmática jurídica, abstrair-se da aplicação do direito os fatos e as circunstâncias fáticas. A realidade social não pode ser só uma referência; mais que isto, deve ser uma fonte jurisfrutificante, devendo alterar o sentido da aplicação do direito.⁷³

Em razão disso merece assento a doutrina de Perlingieri ao pontificar que:

“O estudo do Direito e, portanto, também do Direito tradicionalmente definido privado não pode prescindir da análise da sociedade na sua

⁷³ RAPOSO, Paulo Marcelo Wanderly. *Autonomia provada e autonomia da vontade em face das normas constitucionais*, in *Direito Civil Constitucional*. LOTUFO, Renan (coordenador). Malheiros Editores. São Paulo. 2002. p. 89.

historicidade local e universal, de maneira a permitir a individualização do papel e do significado da juridicidade na unidade e na complexidade do fenômeno social. O Direito é a ciência social que precisa cada vez maiores aberturas; necessariamente sensível a qualquer modificação da realidade, entendida na sua mais ampla acepção. Ele tem como ponto de referência o homem na sua evolução psicofísica, existencial, que se torna história na sua relação com outros homens. A complexidade da vida social implica que a determinação da relevância e do significado da existência deve ser efetuada como existência no âmbito social, ou seja, como coexistência”.⁷⁴

De se depreender daí que o quadro hoje apresentado ao Direito Civil é o da reação ao individualismo exagerado, próprio e típico do oitocento, rechaçando a idéia de um sistema de direito privado conduzido pelo conceitualismo de direito subjetivo de outrora, que, restando inatingido, reconhecia a uma pessoa impor a sua vontade às demais.

Georges Ripert ainda no início do século XX afirma:

“(...) os direitos não são outorgados ao homem senão para lhe permitir que preencha sua função na sociedade, não há qualquer razão para lhe conceder direitos que lhe permitiriam subtrair, da utilização comum, bens úteis a todos”.⁷⁵

⁷⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do direito civil*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro. Renovar. 1999. apud LOTUFO, Renan (Coord.). *Direito civil constitucional*. op. cit., p. 90.

⁷⁵ Apud PACHECO BARROS, Wellington. *A propriedade agrária e seu novo conceito jurídico constitucional*. Revista Ajuris. Porto Alegre. n. 32.

E nesse contexto, portanto, é que se enquadra nossa atual legislação civil, prestigiando valores sociais sem, contudo, permitir-se a perda do valor basal da pessoa humana.

Desde então, e paulatinamente, as Cartas Constitucionais da segunda metade do século XX, concentram-se na idéia da harmonia entre idéias liberais de economia livre e a igualdade de chances e a distribuição de riquezas.

Daí o porquê de primar nossa atual legislação civil (Lei 10.406/02), pelo momento social, pela realização do bem comum, permitindo prevalecer-se o valor coletivo sobre o individual.

O fato é que a socialidade revela-se como uma diretriz central da normatização civil vigorante. O tratamento igualitário entre homem e mulher, a unificação das obrigações civis e mercantis, a concepção social-humanista da propriedade, a função social do contrato, demonstram a dimensão da socialidade.

2.2.2. A eticidade

Pela eticidade, princípio fundado no valor da pessoa humana como fonte de todos os demais valores, confere-se ao magistrado maior poder para encontrar a solução mais justa ou eqüitativa ao caso concreto.

Pelo princípio, prioriza-se a eqüidade, a boa-fé, a justa causa e demais critérios éticos, superando-se desse modo a dogmática cerrada.

“O papel do juiz, o que dele se espera é que se comporte dentro dos parâmetros e regras

estabelecidas pelo sistema jurídico num Estado de Direito. Nesse sentido, sua atuação deve ser técnica com um máximo de excelência. Contudo, não se espera só isso: há o imperativo moral que determina que ele seja justo (além, é claro do imperativo das próprias normas jurídicas nesse sentido, por exemplo o artigo 5.º da Lei de Introdução do Código Civil, que dispõe: ‘Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum). Com um maior entrosamento do juiz com a sociedade, a justiça será mais fácil!’⁷⁶.

E nessa toada é erigido o princípio do equilíbrio econômico do contrato como fundamento ético de todo o direito obrigacional, reconhecendo-se a possibilidade de resolução do instrumento se porventura atacado por circunstâncias imprevisíveis, que lhe modifiquem a substância negocial, tornando manifestamente desproporcional a posição de um dos contratantes.

Assim, o albergue do princípio da eticidade, pelo Código Civil de 2002, em caráter absoluto, conduz o intérprete e o operador da norma jurídica, em especial, o magistrado, ao reconhecimento de que o direito não está na norma escrita, simplesmente, mas sim num sistema harmônico de regras e premissas que exigem de modo intermitente recurso à equidade, à boa-fé, à razoabilidade. Nesse sentido, e em feliz observação, Humberto Theodoro Júnior, ao referir sobre o moderno Código Civil, *verbis*:

⁷⁶ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Ética na virada do milênio*. MARCILÍO, Maria Luiza; RAMOS, Ernesto Lopes (Coordenadores). São Paulo. LTR. 2002.

“O ideal insistentemente perseguido é, sem dúvida, o da justiça concreta, como adverte Miguel Reale, não em função de individualidades concebidas *in abstracto*, mas de pessoas consideradas no contexto de suas peculiaridades circunstanciais. Fugindo da antiga perspectiva hostil à equidade e da submissão aos princípios éticos, o novo Código Civil confessadamente reconhece a impossibilidade da plenitude do Direito escrito, pois o que há, na verdade, na nova ótica normativa, é, sim, ‘a plenitude ético-jurídica do ordenamento’. Dessa maneira, o Código é um sistema, um conjunto harmônico de preceitos que exigem a todo instante recurso à analogia e a princípios como esse da equidade, da boa-fé, de correção.”

No mais, consagrada a eticidade, pelo novo Código, nos mais diversos aspectos das relações civis (arts. 113, 128, 187, 422, 766), é de percebê-la, indissociável da boa-fé, norma impositiva de conduta leal, mais concentrada no campo das obrigações.

De se concluir que a eticidade na nova normatização civil é questão central da codificação, que vela pela moral e imprime eficácia aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da lealdade, da probidade, da boa-fé, da honestidade nas relações de direito privado.

2.2.3 A operabilidade

Sobre a operabilidade, esclarece Reale⁷⁷:

“O terceiro princípio é o da operabilidade. Ou seja, toda vez que tivemos de examinar uma norma jurídica, e havia divergência de caráter teórico sobre a natureza dessa norma ou sobre a sua conveniência de ser enunciada de uma forma ou de outra, pensamos no ensinamento de Jhering, que diz que é da essência do Direito a sua realizabilidade: o Direito é feito para ser executado; Direito que não se executa é como chama que não aquece, luz que não ilumina, o Direito é feito para ser realizado; é para ser operado”.

Como sói de perceber, o critério da operabilidade encerra, às vezes, que forcemos um pouco os aspectos teórico-formais e concedamos maior dinamismo à norma prescrita, a fim de se evitar a série de equívocos e dificuldades que entravam a codificação.

A possibilidade de redação de normas jurídicas abertas e não cerradas é pois a faceta da operabilidade, uma vez que, ao optar nosso sistema pela mobilidade, adotando cláusulas gerais, conceitos legais indeterminados e determinados pela função, flexibiliza-se a rigidez dos institutos jurídicos e dos regramentos do direito positivo.

2.3. Perspectiva civil-constitucional. A proteção contratual no direito brasileiro.

⁷⁷O Projeto do Novo Código Civil, 2.ed., Saraiva, São Paulo, 1999, p 10.

Não nos resta dúvida quanto ao fato de ter atingido seu ápice o liberalismo com o advento da Revolução Francesa, em 1789, oportunidade em que se inaugura uma nova era no meio jurídico.

Isto porque, com a ruptura do sistema feudal, passa o homem, antes envolto às relações estáticas e de submissão, a ordenar suas pretensões independentemente da interferência ou ingerência do ente estatal. Surge a liberdade contratual como pilar básico da Revolução Francesa (liberdade, fraternidade e igualdade).

Desse modo, distantes de qualquer delimitação externa jurídica, podiam as partes, segundo seus critérios e convicções, fixar o objeto da relação jurídica que visassem atingir, livre e irrestritamente, clausulando o instrumento da forma e modo que melhor lhes conviessem. A boa-fé era fundamento da convenção.

Entretanto, essa irrestrita e dilargada liberdade acabou por gerar profundos desequilíbrios aos partícipes da relação contratual, fomentando a exploração dos mais fracos pelos economicamente mais fortes. Nos contratos de trabalho do menor e da mulher, principalmente, o desequilíbrio soerguia mais evidente.

Tal situação perdurou até fins do século XIX quando então, com o fortalecimento e consolidação do Estado Social, ganha a liberdade contratual contornos de isonomia jurídica e de função social.

Assim, por meio de mecanismos legais, que imprimiriam um intervencionismo sem extremismos, as situações de potestade e de sujeição, que dominaram as relações obrigacionais, transformaram-se a

ponto de garantir-se aos contratantes um tratamento de igualdade e digno.⁷⁸

Esse tratamento, inserto nas principais constituições modernas, nesse rol a brasileira (artigo 1.º, III), acabou por refletir também na própria formação do contrato.

A pessoa humana e sua dignidade passam a preponderar, tornando-se o indivíduo o centro do ordenamento jurídico.

Norberto Bobbio, em seu *A Era dos Direitos*, em referência à passagem do Estado Liberal para o Social, assera:

“É com o nascimento do Estado de direito que ocorre a passagem final do ponto de vista do príncipe para o ponto de vista dos cidadãos. No Estado despótico, os indivíduos singulares só têm deveres e não direitos. No Estado absoluto, os indivíduos possuem, em relação ao soberano, direitos privados. No Estado de direito, o indivíduo tem, em face do Estado, não só direitos privados, como também direitos políticos. O Estado de direito é o Estado dos cidadãos.”

A valorização da pessoa humana é assim, razão de existência da sociedade e chave de toda ordem jurídica, incompatível com um Estado forte e despótico que expunge ou limita a eficácia e validade das regras

⁷⁸ FERREIRA, Carlos Alberto Goulart. *Equilíbrio Contratual*, in *Direito Civil Constitucional: Cadernos 1*. LOTUFO, Renan (Coordenador). São Paulo. Max Limonad. 1999. p 59.

civis, e alça o interesse público em patamar tal que torna inalcançáveis os direitos fundamentais.

A Constituição italiana em seus artigos 2.º e 3.º, consolidando a idéia de que o homem é o centro da ordem jurídica, estabelece (tradução livre):

“Art. 2.º A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, quer como ser individual ou nas formações sociais onde se desenvolve a sua personalidade, e requer o cumprimento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, econômica e social.

Art. 3.º Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei, sem discriminação de sexo, de raça, de língua, de religião, de opiniões políticas, de condições pessoais e sociais. Cabe à República remover os obstáculos de ordem social e econômica que, limitando de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do país.”

Ao direito, pois, interessa não mais o momento individual, mas o momento social, o instante da relação, pressuposto mesmo da própria

existência do direito subjetivo; o individualismo não tem mais sentido do ponto de vista jurídico.⁷⁹

Pietro Perlingieri⁸⁰, em não diferente sentido, tecendo opinião a respeito da moderna visão da autonomia privada, à luz do regramento constitucional italiano e do esquadro de Estado Social, refere:

“l'autonomia privata non è più la fonte esclusiva del contratto, nel senso che questo è espressione non più di autoregolamento ma di regolamento che ha le sue fonti, oltre che nel contratto, nella legge, negli usi, nell'equità”.

Tal é a disposição do direito pátrio ao reconhecer, pelo ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana como valor constitucional supremo (CF, art. 1.º, III) e o solidarismo social como princípio fundado na igualdade substancial⁸¹, garantindo-se aos indivíduos o exercício da liberdade jurídica conforme suas próprias aptidões ou diferenças.

Isso implica dizer que a própria Constituição Federal garante um real equilíbrio nas relações privadas, principalmente nas contratuais.

⁷⁹ FERRI, Luigi. *La autonomia privada*. Tradução de Luís Sancho Mendizabal. Madrid. Cuadernos civita. 1991. apud GODOY, Cláudio Luiz Bueno. *Função Social do Contrato*. São Paulo. Saraiva. 2004. p. 120.

⁸⁰ in *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. Napole. Ed. Scientifiche italiane. 1984. p. 141, apud GODOY, Cláudio Luiz Bueno, in *Função Social do Contrato*, Saraiva, 2004, p. 18. Em livre tradução: “a autonomia privada não é mais a fonte exclusiva do contrato, no sentido de que este é a expressão não mais do auto-regulamento, mas do regulamento que tem sua fonte, além do contrato, na lei, nos usos, na equidade”

⁸¹ Pietro Perlingieri, op. cit., p. 44, distingue igualdade formal da substancial. Pela primeira, os cidadãos têm igual dignidade social e são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça (...). Pela segunda, é tarefa da República remover os obstáculos de ordem social, que, limitando de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do país.

Num panorama constitucional do direito privado, percebe-se claramente que o legislador constituinte pátrio buscou afastar o voluntarismo exagerado próprio do Estado liberal e garantir a igual dignidade social como base das relações particulares, notadamente as que respeitam o contrato.

Exemplo disso é eleição da defesa do consumidor, pela vigente Constituição Federal, como princípio geral da atividade econômica (CF, art. 170, V). O tratamento igualitário e isonômico é o propósito.

Dentre as disposições da lei de consumo (Lei 8078/90) destaque para o conteúdo de seu artigo 6.º, inciso V, que prevê a teoria da imprevisão, e artigo 51 que regula a abusividade na contratação.

Procura-se, dessa maneira, mitigar o modelo voluntarista do século XIX, preso ao *pacta sunt servanda*, de função essencialmente econômica, e garantir a liberdade de contratar, preservando-se valores fundamentais adstritos à dignidade da pessoa humana.

De ver-se, pois, que, muito além da liberdade individual, passam a integrar a axiologia contratual a justiça, a igualdade, a solidariedade, e demais valores que, sob a ótica civil-constitucional, são essenciais à tutela da dignidade humana no âmbito da ordem econômica.⁸²

2.4 Função social do contrato e seus conteúdos inter e extra partes

*“O contrato já não é ordem
estável, mas eterno vir a ser”
Ripert*

⁸²NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos contratos: novos paradigmas*. Renovar. 2006, p. 226.

Desta feita, tal como os princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio econômico, o princípio da função social – coadjuvante dessa tríade de princípios que encampa e estrutura o moderno direito contratual –, também provoca aprofundamento às questões de olhar individualista, compondo-se como um elemento a mais da entroncada noção de abuso da liberdade contratual.

De se notar, todavia, que diversamente do que se abstrai dos princípios da boa-fé e do equilíbrio econômico, a função social do contrato somente se explicita infraconstitucionalmente com o advento do novo estatuto civil, oportunidade de sua positivação legislativa.

“A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Essa a dicção do artigo 421 do Código Civil.

Pela vanguarda da nova tese, afasta-se o contrato da perspectiva voluntarista e se modifica o seu eixo interpretativo, a fim de que, revitalizado, perceba-se-o não apenas como um instrumento de caráter estritamente interpessoal, mas sim, e principalmente, como instrumento de interesse da coletividade.

Entretanto, em que pese a novidade trazida pela codificação civil em vigor, ainda, subsiste certa imprecisão doutrinária quanto à definição das bases conceituais da função social do contrato, em especial ao traço normativo *em razão e nos limites* da liberdade de contratar.⁸³

⁸³Cabe anotar que com vistas à solução da celeuma tramita na Câmara dos Deputados o projeto de Lei sob nº 6.960/02, de lavra do Deputado Ricardo Fiúza, com vistas a modificar, entre outros dispositivos do novo Código Civil, o artigo 421, a fim de que, suprimida a expressão *em razão da*, preconize-se apenas que *a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato*.

Em verdade, há que se ter em mente, que “a função social do contrato prevista no artigo 421 do novo Código Civil não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio, quando presentes estejam interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana”.⁸⁴

O fato é que quando se preceitua que a liberdade de contratar será exercida em razão da função social do contrato (CC 421), simplesmente se admite que a força vinculante da avença não mais se contém na força jurígena da vontade, vez que o “contrato deve ser visto como um instrumento de convívio social e de preservação dos 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”.⁸⁵

A base da função social estaria, assim, alocada no princípio da igualdade, o qual, atuando como vetor de superação do individualismo, projeta a liberdade de cada um dos contratantes no espectro da igualdade coletiva.

Ainda nessa seara, importante a ilação de Paulo Nalin⁸⁶ no sentido de que a função social manifesta-se em dois patamares: “no intrínseco (o contrato como relação jurígena entre as partes) e no extrínseco (o contrato como instrumento jurídico de convívio social). Quanto ao aspecto intrínseco, a função social estaria vinculada à observância, pelos contratantes, dos princípios da igualdade material, equidade e boa-fé

⁸⁴Enunciado proposto na I Jornada de Direito de Civil, realizada, entre os dias 11 e 13 de setembro de 2002, no Superior Tribunal de Justiça.

⁸⁵AGUIAR JUNIOR, Rui Rosado. *Projeto do Código Civil: as obrigações e os contratos*. RT, São Paulo, número 775. p. 19. 2000.

⁸⁶*In A função social do contrato no futuro Código Civil brasileiro*. RDP. São Paulo, RT, v. 12, p. 54, OUT/DEZ 2002.

objetiva, todas as variações do princípio constitucional da solidariedade. Quanto ao aspecto extrínseco, a função social rompe com o princípio clássico da relatividade dos efeitos, de modo a admitir-se veja o contrato para além de seu âmbito interno, assim como instrumento jurídico de repercussão no largo campo das relações sociais”⁸⁷.

Antonio Junqueira de Azevedo⁸⁸, situando a função social do contrato tão-só no relacionamento externo dos contraentes com o meio social, ou seja, com terceiros, diz, apoiado na cabeça do artigo 170 da Constituição da República Federativa do Brasil, que os contratos devem se realizar numa ordem social harmônica e, assim, em razão do vínculo estabelecido, inibir-se a coletividade eventual prejuízo. Em outras palavras, a atividade contratual, no relacionamento externo das partes com o convívio social, deve apresentar-se como um comportamento social sempre adequado.

Nesta sua acepção, só se percebe encontrar guardada a função social do contrato no princípio constitucional da solidariedade, a exigir que os contraentes e os terceiros cooperem entre si, restando claro que o terreno próprio para cogitar-se tal princípio é o da modernização do clássico

⁸⁷Theodoro Júnior, op., cit., p. 43/44, assentando crítica à idéia de que o contrato tem a função de promover a igualdade das partes ou, em expressão equivalente, que as partes “sejam iguais”, revela-nos para o fato de que se função corresponde a definir um objetivo a ser alcançado e sendo o objetivo do contrato, essencialmente, o de promover a circulação de riqueza, não haveria porque admiti-lo ou conferir-lhe função de promotor da igualdade dos contratantes, principalmente, por não se tratar de instrumento de assistência ou amparo a hipossuficientes ou desvalidos. O único e primaz objetivo do contrato é o de fomentar a circulação de riqueza, de modo que pressupõe sempre partes diferentes com interesses diversos e opostos. Para harmonizar interesses conflitantes, o contrato se dispõe a ser útil na definição de como aproximá-los e dar-lhes saída negocial. Nunca, todavia, continua o autor, o interesse do vendedor será igual ao do comprador ou do mutuante igual ao do mutuário. Daí a imprestabilidade da tese de que o contrato teria a função social de igualar os contratantes. E conclui: somente sendo diferentes e exercendo interesses opostos, as pessoas praticarão o contrato, como instrumento naturalmente destinado à função específica de realizar a circulação dos bens patrimoniais entre pessoas diferentes e que atuam com objetivos distintos no relacionamento jurídico estabelecido.

⁸⁸*In Princípios do novo direito contratual e desregulamentação de mercado*. São Paulo. RT 750/117.

princípio da relatividade do contrato, que, em oposição, postula o isolamento da relação jurídica contratual.

Desse modo, “o contrato não mais se compadece com uma leitura individualista, de acordo com a qual haveria somente limites externos, isto é, confins para além dos quais seria concedida aos contratantes uma espécie de salvo-conduto para exercerem a liberdade contratual à maneira oitocentista, isto é, de forma absoluta”.⁸⁹

A função social, assim, reitera Teresa Negreiros⁹⁰, “muito além de ser mais um princípio, com finalidades delimitativas, é elemento de qualificação que varia conforme a concreta correlação de interesses em causa. À semelhança do que ocorre com a propriedade – cuja estrutura mesma é alterada pela função social, atuando esta como parâmetro de validade do exercício do direito do titular do domínio – também o contrato, uma vez funcionalizado, transforma-se em um 'instrumento de realização do projeto constitucional”.

2.5 A função social do contrato como projeção da função social da propriedade

Conforme já anunciado, “o novo conceber da propriedade, fundada no absoluto uso, gozo e disposição dos bens consagrados no Código Napoleônico e em outros sistemas jurídicos formados ao longo do século XIX e início do século XX, se por um lado representava o definitivo rompimento com o decadente regime feudal, a representação máxima da liberdade individual, por outro, com a crescente industrialização que se seguiu de forma desordenada pela não interveniência do Estado, logo

⁸⁹NEGREIROS, Teresa., op., cit., p. 210/211.

⁹⁰Op., cit., p. 210.

mostrou sua face nefasta: a exploração da propriedade de forma irrestrita e incondicional com o desmedido intuito de lucro permitiu a concentração de capital nas mãos de poucos, que, através do poder econômico e do monopólio dos meios produtivos, estabeleciam unilateralmente as condições dos contratos, tornando a tão decantada liberdade de contratar num verdadeiro cárcere aos menos favorecidos, que cada vez mais viam escasseadas as opções para a satisfação de suas necessidades, seja de trabalho, seja de consumo, senão através das grandes indústrias que se formavam”⁹¹.

Esse mote de desigualdade e exploração, vale lembrar, acabou por exigir do Estado uma atividade interventiva com vistas a garantir ao indivíduo o mínimo necessário para uma vida digna e harmoniosa. Ademais, é nesse contexto que ressurgiu a doutrina da função social, propugnando-se nova conceituação ao instituto da propriedade, a fim de que, de mero instrumento de apropriação humana, passasse a ser vislumbrado como um bem de produção a serviço do bem-estar social e da justiça.

Por sinal, essa a previsão do artigo 1228, §§ 1.º e 2º do Código Civil, *verbis*:

“Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha

§ 1.º O direito do proprietário deve ser exercido em consonância com as suas finalidades

⁹¹ BIERWAGEN, Mônica Yoshizato, op. cit., p. 36

econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em leis especiais, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”

§ 2.º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem”.

Gerson Luiz Carlos Branco⁹² faz observar que “de uma visão liberal-individualista, passou-se para uma concepção social-humanista de propriedade, que deixou de ser um direito exclusivo e ilimitado. Embora o exercício do direito e propriedade seja limitado pelas disposições dos §§ 2.º e 3.º, as disposições do § 1.º não tratam somente do exercício, mas do próprio direito, que tem sua existência condicionada à função social e econômica, com relevante destaque para a preservação de valores centrais do ordenamento, ligados à dignidade da pessoa e à preservação do valor ecologia”.

Em sendo assim, de transparecer abusivo o exercício do direito de propriedade se porventura calcada sua operatividade em ações contrárias às suas naturais finalidades, quer econômicas quer sociais. A concepção dominial primeva, de natureza eminentemente absoluta, egoística, não mais aparelha o seu conteúdo, por exigir-se modernamente,

⁹²In *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil*. Saraiva, 2002, p.67.

dado o caráter social no qual se insere seu enfoque jurídico⁹³, volte-se sua realização para o bem da coletividade.

Nada obstante a isso, em previsão anterior, o inciso XXIII do artigo 5º da Constituição Federal a exigir da propriedade atendimento à sua função social, bem como os incisos II e III⁹⁴ do artigo 170 da Carta Constitucional, a elevá-la como princípio informador da ordem econômica, ao lado da livre iniciativa e da propriedade privada.

Por via de consequência, aperceberam-se juristas e legisladores que o alcance dessa nova conceituação não estava restrito tão somente ao direito de propriedade, vez que projetado o fenômeno da funcionalidade sobre outros institutos do direito privado, a exemplo, a disciplina das obrigações e dos contratos.

Inescapável ao contrato, portanto, enquanto ferramenta de circulação de riquezas, o imperativo funcionalização. É que como reiteradamente tem acentuado Miguel Reale⁹⁵, o princípio da função social do contrato é mero corolário dos imperativos constitucionais relativos à função social da propriedade e à justiça que deve presidir a ordem econômica.

Tal perspectiva é bem delineada pela *littera* do artigo 421 do Código Civil, cujo princípio encerra a idéia de que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Essa

⁹³Esse enfoque, segundo Humberto Theodoro Junior, op., cit., p. 82, completa-se com o instituto constitucional da desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou interesse social (CF, 184), e, ainda, com a possibilidade de requisição pelo Poder Público, em caso de perigo iminente (CC, 1.228, § 3º).

⁹⁴Art. 170. A ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) III – função social da propriedade”.

⁹⁵O Projeto de Código Civil – situação atual e seus problemas fundamentais, cit. p.32.

disposição, por sinal, constitui a projeção do valor constitucional firmado como garantia fundamental dos indivíduos e da coletividade previsto no inciso XXIII, do artigo 5º da Constituição Federal, uma vez que o contrato tem, dentre suas funções⁹⁶, a de instrumentalizar a aquisição da propriedade.

Assim como ocorre com a função social da propriedade, refere Judith Martins-Costa⁹⁷, a atribuição de uma função social ao contrato insere-se no movimento da funcionalização dos direitos subjetivos: atualmente admite-se que os poderes do titular de um direito subjetivo estão condicionados pela respectiva função, e a categoria do direito subjetivo, posto que histórica e contingente como todas as categorias jurídicas, não vem mais revestida pelo 'mito jusnaturalista'⁹⁸ que recobriria na codificação oitocentista, na qual fora elevada ao *status* de realidade ontológica, esfera jurídica de soberania do indivíduo.

Portanto, prossegue a autora, o direito subjetivo de contratar e a forma de seu exercício também são afetados pela funcionalização, que indica a atribuição de um poder tendo em vista certa finalidade ou a atribuição de um poder que se desdobra como dever, posto concedido para a satisfação de interesses não meramente próprios ou individuais, podendo atingir também a esfera dos interesses alheios.

A função social é enfim uma condicionante posta ao princípio da liberdade de contratar, uma vez que habilitada a restringir o exercício da

⁹⁶ Mônica Y. Bierwagen, op. Cit., p. 39, no que tange às funções do contrato, assinala que três são as principais: uma econômica, na medida em que representa um instrumento de circulação de riquezas e difusão de bens; outra regulatória, enquanto enfeixa direitos e obrigações voluntariamente assumidas pelas partes; e, por fim, social, considerando que seu exercício dirige-se para a satisfação de interesses sociais.

⁹⁷ Op. Cit., p. 158

⁹⁸ Expressão emprestada de Vittorio Frosini, por Judith Martins-Costa, in *Lê trasformazioni sociali e il diritto soggettivo. Revista INternazionale di Filosofia del Diritto*, 1968, Milano, I, p. 114.

autonomia da vontade quando esta se evidenciar incongruente com as exigências da socialidade. Assim, é necessário que se atinja, com a relação negocial (contrato), o bem comum.

2.6 Operatividade da função social do contrato. Exemplos de sua concreção

Como já se viu os dispositivos que empregam uma função aos *standards* jurídicos e o compromisso deles com o bem comum são marcantes. Os artigos 421, que enuncia a função social do contrato, e o 1.228, que tece a função social do propriedade, blindam nossa atenção, precipuamente, em vista do posicionamento que lideram nas disciplinas respectivas.

O artigo 421 do Código Civil modifica substancialmente o próprio conceito de contrato e de função social, pois de um mero limite da autonomia da vontade a função social é recebida como razão determinante, lembra Gerson Luiz Carlos Branco⁹⁹.

A colocação de cláusula geral da função social do contrato, lembra o autor referenciado, “disciplina não só o contrato em si, mas a liberdade de contratar, tendo uma conotação mais ampla, pois além da mera limitação a tal liberdade, a função social tem um 'valor operativo', constitutivo do próprio contrato, cujas conseqüências são a interpretação e a concretização das normas contratuais particularmente consideradas, numa atividade de integração do direito que atribui ao Juiz um papel ativo de formação do direito”¹⁰⁰.

⁹⁹Op. cit., p. 65

¹⁰⁰Idem, ibidem, p.66

Forma-se assim um rico espectro investigativo à doutrina e à jurisprudência, apesar da observação rara nesse sentido. Exceção à regra, o Tribunal Catarinense ao decidir, com espeque na função social do contrato, já em 1999, pela procedência de ação indenizatória ajuizada pelo terceiro prejudicado diretamente contra a companhia seguradora, com suporte no princípio da função social do contrato.

Em que pese a circunstância fática retratada, nos dias hodiernos, não encontrar mais resistência de nossos tribunais quanto a sua possibilidade¹⁰¹, importa-nos reprisar o caso em vista do interessante debate travado à época, vez que trazido à baila o princípio da relatividade dos efeitos do contrato em virtude da problematização acerca da legitimidade de uma companhia seguradora figurar no pólo passivo de uma demanda em pretensão ajuizada, não pelo segurado, mas sim pelo terceiro prejudicado.

A companhia de seguros, em sede de Agravo de Instrumento (proc. n.º 990043843, 4.ª CC), argumentara, com vistas à sua exclusão do pólo passivo da relação contratual, não ser coaduno com o nosso sistema jurídico pretensão direta do terceiro vítima contra seguradora, uma vez que a obrigação decorrente do contrato de seguro só vincularia as partes que nele figuravam, mais ainda em se tratando de seguro facultativo, de natureza eminentemente privada, e não obrigatório.

¹⁰¹Nesse sentido, e mais recentemente, posição firmada pelo STJ, identificando, como fundamento a permitir ação direta de terceiro vítima contra segurador, o princípio constitucional da solidariedade e a função social do contrato. Do voto da Min. Nancy Andrigh, Resp 444.716-BA, 3.ª T., v.u., j. 11.5.2004, extrai-se: “De fato, a interpretação do contrato de seguro dentro desta perspectiva social autoriza e recomenda que a indenização prevista para reparar os danos causados pelo segurado a terceiro seja por este diretamente reclamada da seguradora. Assim, sem se afrontar a liberdade contratual das partes – as quais quiseram estipular uma cobertura para a hipótese de danos a terceiro – maximiza-se a eficácia social do contrato com a simplificação dos meios jurídicos pelos quais o prejudicado pode haver reparação que lhe é devida. Cumprem-se o princípio constitucional da solidariedade e garante-se a função social do contrato”.

O tribunal catarinense, por sua vez, apesar do respeito dispensado ao traço argumentativo adotado pela seguradora, acabou por afastá-lo e, não por outra razão, consignar o princípio da função social do contrato de seguro como primordial à solução da celeuma, já que autorizativo, na hipótese, a excepcionar o princípio da relatividade dos efeitos do contrato.

A seguir, dada a relevância do julgado, dele se extrai:

“Pela inafastável função social que o seguro encerra nos dias atuais, sobretudo nas vias de trânsito deste País, onde os sinistros tomam foros de incontabilidade, há que se admitir o ajuizamento da ação de ressarcimento de danos diretamente contra o proprietário do automotor causador do acidente como também contra a seguradora, circunscrita a responsabilidade desta às lindes do contrato de seguro (...) Assentada hoje, pela doutrina e jurisprudências pátrias, a viabilidade do ajuizamento, em tema de seguro obrigatório, da ação direta de indenização por danos em acidente de trânsito não só contra o segurado como também contra a companhia seguradora, muito se tem discutido, de outro vértice, no tangente ao cabimento de idêntica solução quando se trata, como no caso vertente, de seguro facultativo. Tanto isto é verdade que o respeitado jurista Paulo Alvim (in 'Responsabilidade Civil e Seguro Obrigatório', citado na apelação cível n.º 19.923, J. C., n.º 42, p.174) que inadmitiu a aludida demanda direta,

examina o tema '...advertindo ser a questão polêmica, dividindo a opinião dos especialistas em campos doutrinários inconciliáveis, sendo problema dos mais graves que se agitam no seguro de responsabilidade civil'. Os defensores da tese que inadmite a ação direta contra a seguradora, invocando o longínquo e quase esquecido Código Napoleônico (art. 1165), estribam-se, basicamente, na argumentação segundo a qual o contrato de seguro facultativo só obriga as partes avençadas, e, em verdade, tão somente quanto a elas produz efeitos no campo do direito civil. Lembram ainda estes juristas, no afã de verem sufragado o seu entendimento nessa área específica, vetusto princípio do direito romano, incorporado ao direito civil brasileiro, para o qual *res inter alios acta, nec prodest nec nocet*. Referem, ainda uma vez, a diversidade circunstancial, objetiva e formal entre o seguro facultativo e o obrigatório, ensejando este último, por expressa disposição legal a ação direta contra a seguradora, ao contrário do primeiro, de caráter eminentemente contratual. Os argumentos são respeitáveis por todos os títulos, porém não suficientes ao acolhimento da tese de inadmissão da ação direta do terceiro lesado contra o entre segurador. De fato, não se ignora o princípio de direito civil segundo o qual o contrato, em regra, só produz efeitos entre as partes nele avençadas. Menciona-se de regra porquanto, no caso vertente, há que se abrir uma relevantíssima exceção a fim de se contemplar uma avença que,

por sua irrecusável importância no contexto social dos dias hodiernos, precisa e deve ser tratada de modo diverso. A função social do seguro é, pois, fundamento primordial e inafastável para o agasalhamento da tese tendente a viabilizar, em juízo, em caso de seguro facultativo, o acionamento direto da seguradora, para, nos limites do contrato, de modo solidário com o segurado, ser satisfeita a indenização pertinente. Como bem trazido à baila pelo ilustrado Togado Monocrático, colhido em ensinamento do eminente jurista Wilson Melo da Silva '...a ação direta tem em mira exatamente o efeito social do contrato, impondo, como conseqüência, ao intérprete, não apenas a consideração do seu aspecto técnico, mas, sobretudo, a do social' (in 'Responsabilidade Civil Automobilística', Saraiva, 1974)".

No mais, de se perceber que, sem referir a uma eventual estipulação em favor de terceiro – tese *a priori* compatível com o conceber voluntarista – opta o colegiado catarinense pela trilha da função social, concedendo ao terceiro vitimado recurso direto contra a seguradora com base nas disposições contratuais firmadas entre esta e seu segurado, causador do dano.

Sob a ótica do artigo 421, no entanto, no sentido de que a liberdade de contratar exercitar-se-á em “razão e nos limites da função social” é que se afirma e se funcionaliza a força obrigatória dos contratos, a fim de que sua concreção contemple não só as finalidades traçadas pela ordem jurídica e fins visados pelo direito em geral – justiça social, bem

comum, segurança jurídica, dignidade da pessoa humana – como também se perceba o instrumento contratual não mais apenas como ferramenta de satisfação dos interesses individualmente colocados.

Nessa linha, Teresa Negreiros¹⁰², apoiada em ensinamento de Maria Celina Bodin de Moraes, ao tecer:

“O poder jurígeno reconhecido à vontade individual não é, pois, originário e autônomo, mas derivado e funcionalizado a finalidades heterônomas”. E prossegue: “Sendo a própria lei o fundamento da força obrigatória do contrato, tal força obrigatória encontra a sua razão de ser nos fins visados pelo Direito em geral: justiça social, segurança, bem comum, dignidade da pessoa humana... A função social do contrato é, neste passo, resultado do novo fundamento da sua força obrigatória, que se deslocou da vontade para a lei. A força vinculante do contrato, porque fundada na lei, passa a estar funcionalizada à realização das finalidades traçadas pela ordem jurídica, e não mais pode ser interpretada como apenas um instrumento de satisfação dos interesses dos contratantes individualmente considerados”.

Outro exemplo ainda, que merece nossa atenção, porém implicando a face de conteúdo interpretativo que se pode emprestar à função social, sobretudo quando externada pelo exercício da atividade

¹⁰²op. cit., p. 231

jurisdicional e, em especial, de arrefecimento do exercício da liberdade contratual, é o retratado pelo 4.º Grupo Cível, do Tribunal de Alçada Gaúcho, em aresto de relatoria do Juiz Roberto Expedito da Cunha Madrid, julgado em 17.3.1997, ao interpretar cláusula de contrato de seguro de acordo com a função social, em matéria que discutia se ínsito ou não em seu conteúdo eventual cobertura contra danos morais e estéticos:

“...o então Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul (EI 196032114, 4. Grupo Cível, rel. Juiz Roberto Expedito da Cunha Madrid, j. 17-3-1997), ao julgar a questão sobre se, no contrato de seguro, a cobertura dos danos morais ou estéticos estava em seu conteúdo, interpretou a respectiva cláusula de acordo com a função social do contrato, assentando, firme na lição de Roppo, acerca da essência de operacionalizar uma relação econômica, a que se volta o ajuste contratual, que 'a função social do contrato de seguro é, precisamente, a divisão dos prejuízos (que seriam, sem a contratação do seguro, suportados individualmente) por a coletividade que, igualmente, contratou; o rateio dos prejuízos efetuar-se-á por todos os segurados. Esta é a suso gizada finalidade econômico-financeira que o contrato persegue, a dita funcionalidade econômica do contrato'. Por isso, pela função social que se entendeu ser a repartição dos prejuízos, verdadeiro 'custo social', no dizer do aresto, que se interpretou o ajuste de modo a

garantir a cobertura, também de danos morais, além dos materiais, ao segurado”.¹⁰³

Daí, mais uma vez a acertada voz de Judith Martins-Costa¹⁰⁴ ao referir que o valor operativo da função social do contrato assenta não apenas numa atividade interpretativa da disciplina contratual, mas por igual, na integração e na construção das normas contratuais em si consideradas, de tal modo a caber nessa seara, e não só à doutrina como também à jurisprudência, papéis relevantes de complementação e de regulação da disciplina contratual.

De concluir-se, por fim, sofrerem os clássicos princípios contratuais, de cunho eminentemente individualista, restrições, sempre em proveito da justiça contratual e com vistas ao atingimento do bem comum e dignidade social, repousando a função social do contrato nessa harmonia, assim entre a autonomia privada e solidariedade social.

A disposição expressa e a aplicação concreta da teoria da imprevisão, estudo que aprofundaremos a seguir, também verte a idéia do fim social do contrato, que envolve colaboração. As hipóteses previstas no artigo 51 da lei consumerista revelam algumas das circunstâncias em que o instrumento contratual deixa de ter utilidade por não atingimento de sua finalidade social, sendo inclusive passível de anulação (CDC, 51, § 2.º).

Daí imperiosa a assertiva de Miguel Reale no sentido de que “A atribuição de função social ao contrato não vem impedir que as pessoas naturais ou jurídicas livremente o concluam, tendo em vista a realização

¹⁰³Observação, em nota de rodapé, de Cláudio Luiz Bueno de Godoy, *in Função Social do Contrato*, Saraiva, 2004, 153.

¹⁰⁴op. cit., 160.

dos mais diversos valores. O que se exige é apenas que o acordo de vontades não se verifique em detrimento da coletividade, mas represente um dos seus meios primordiais de afirmação e desenvolvimento”¹⁰⁵.

Isto porque, esclarece o saudoso mestre, “o contrato é um elo que, de um lado, põe o valor do indivíduo como aquele que o cria; de outro lado, estabelece a sociedade como o lugar onde o contrato vai ser executado e onde vai receber uma razão de equilíbrio e medida”¹⁰⁶. É o princípio da solidariedade governando o direito obrigacional, conclui.

¹⁰⁵ *O projeto de Código Civil – Situação atual e seus Problemas Fundamentais*. Saraiva, São Paulo, 1984, p. 10

¹⁰⁶ *O Projeto do Código Civil*. Saraiva, São Paulo, p. 9.

3

DA ONEROSIDADE EXCESSIVA

3.1 Noções introdutórias. 3.2 O instituto da imprevisão. 3.2.1 Evolução histórica. 3.2.2 O dirigismo contratual. 3.3 A cláusula *rebus sic stantibus* e teorias que a fundamentam. 3.3.1 Proposições revisionistas extrínsecas. 3.3.1.1 Fundamento na extensibilidade do fortuito, de acolhida jurisprudencial alemã, inglesa e francesa. 3.3.1.2 Fundamento da socialização do direito. 3.3.1.3 Fundamento na eqüidade e na justiça. 3.3.1.4 Fundamento da boa-fé. 3.3.1.5 Fundamento da moral. 3.3.2 Proposições revisionistas intrínsecas. 3.3.2.1. Teorias com base na vontade. 3.3.2.1.1 Teoria da pressuposição. 3.3.2.1.2 Teoria da vontade marginal ou da superveniência. 3.3.2.1.3 Teoria da base do negócio jurídico. 3.3.2.1.4 Teoria da base erro. 3.3.2.1.5 Teoria da situação contratual e extracontratual. 3.3.2.1.6 Teoria do dever de esforço ou da diligência. 3.3.2.2 Teorias com base na prestação. 3.3.2.2.1 Teoria do estado de necessidade 3.3.2.2.2 Teoria do equilíbrio das prestações. 3.4 O âmbito de sua aplicação. 3.4.1 Pressupostos de admissibilidade da teoria da imprevisão no direito brasileiro. 3.4.2 A teoria à luz da lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, instituidora da nova sistemática civil. 3.4.2.1 A resolução do contrato nos termos do artigo 478 e seguintes do Código Civil. 3.4.2.1.1 Rescisão. 3.4.2.1.2 Resolução. 3.4.2.2 Resolução por onerosidade excessiva. 3.4.2.2.1 O artigo 478 do Código Civil: resolução por onerosidade excessiva e seus efeitos. 3.4.2.2.2 O artigo 479 do Código Civil: a *reductio ad aequitatem*. 3.4.2.2.3 O artigo 480 do código civil: possibilidade de redução da prestação ou alteração de modo de sua execução, a fim de evitar a onerosidade excessiva da prestação, quando em um contrato couberem as obrigações a apenas uma das partes. 3.4.3. O direito estrangeiro. 3.4.3.1 O direito italiano. 3.4.3.2. O direito alemão. 3.4.3.3 O direito francês. 3.4.3.4. O direito português. 3.4.3.5 O direito argentino. 3.5 A imprevisão no Código de Defesa do Consumidor. 3.5.1 Confrontos. 3.5.1.1 Entre o caso fortuito e a teoria da imprevisão. 3.5.1.2 Entre a cláusula de escala móvel e a teoria da imprevisão. 3.6 O supedâneo jurisprudencial.

3.1 Noções introdutórias

“A história demonstra que o ordenamento jurídico é perpassado por um secular relação de tensão entre permanência e ruptura, entre estabilidade e mudança, entre segurança (na abstrata imutabilidade das relações constituídas) e inovação (para fazer justiça no caso concreto). Ecos dessa tensão se fazem ouvir no campo de regulação dos contratos: esses são feitos para serem cumpridos tal como contratados; nessa assertiva manifesta-se fortemente o pólo de permanência. Porém, há circunstâncias que tornam insustentável a manutenção do contrato tal qual pactuado. Então, prevalece o pólo da ruptura, em regra ocorrendo a extinção do contrato pela resolução ou pela denúncia”.¹⁰⁷

Inicialmente, cabe-nos o alerta de que, por se tratar o assunto à epígrafe de tema relevante e de fonte de estudos variados, crê-se que sua projeção tornar-se-ia deveras árdua se descuidássemos na investigação do problema de pesquisa os fenômenos que o emolduram (antecedentes e conseqüentes), uma vez que no campo das idéias é assunto efervescente.

Assim, através da análise integrada do ordenamento jurídico como um todo, ingressar-se-á na análise da parte especial do direito obrigacional (contratos), particularizando-o ao seu aspecto resolutório, notadamente no que respeita à sua extinção por onerosidade excessiva, instituto novel abraçado pela nova ordem civil (Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002), que dedica, através de seus artigos 478 a 480, seção especial ao assunto.

¹⁰⁷MARTINS-COSTA, Judith, *in A Revisão dos Contratos no Código Civil Brasileiro*. Rev. Roma e América – Diritto Romano Comune, Roma, v. 16, 2003, p. 135.

3.2 O instituto da imprevisão

Não sobejam dúvidas de que é na história que se revela o direito, sendo o dinamismo de suas relações perspectiva da mais marcante. O direito, por assim dizer, evolui não em ritmo aritmético mas sim em geométrico. Ugo Mattei¹⁰⁸, nesse sentido pontua:

“Os sistemas nunca são. Eles estão sempre se transformando, e essa transformação é determinada pelo peso variante dos modelos no interior dos sistemas jurídicos”.

Em cada direito, portanto, existe e coexiste uma sorte de modelos, cuja influência varia de acordo com a época e o campo de aplicação. Relatividade, pluralismo e evolução permanente são as características dos sistemas jurídicos do século presente.

Nova era que o direito deve acompanhar com o compromisso de a ela, incessantemente, ajustar-se, sob pena de quedar-se inexitoso à consecução e cumprimento de seus objetivos e finalidades, predominantemente assentados na igualdade, solidariedade, justiça e demais valores essenciais à tutela da dignidade humana no espectro da ordem econômica.

O disciplinamento contratual é exemplo dessa nova era, de prevalência dos valores sociais sobre os individuais, não comportando mais a visão voluntarista própria do oitocento. Daí o arrefecimento do *pacta sunt servanda* a permitir a revisão judicial do contrato quando, por circunstâncias

¹⁰⁸ Apud WALD, Arnaldo, in *Experiências do Direito*. Millennium, São Paulo, 2004, p. 71.

extraordinárias e imprevisíveis, der-se a radical alteração de sua base inicial e restar, como consequência desse irresistível evento, vantagem excessiva para uma das partes e grande prejuízo para a outra.

Nesse sentido, os artigos 478 a 480 do estatuto civil, dando abrigo à teoria da imprevisão, atual roupagem da cláusula *rebus sic stantibus*, cuja análise adiante se alinha.

3.2.1 Evolução histórica

Historicamente, a noção de teoria da imprevisão mostra-se presente na evolução do Direito, já desde a Antigüidade.

O famoso Código de Hamurabi¹⁰⁹, por meio da Lei 48, denunciava a aplicação do instituto ao preconizar:

“Se alguém tem um débito a juros, e uma tempestade devasta o campo ou destrói a colheita, ou por falta d'água não cresce o trigo no campo, ele não deverá neste ano dar trigo ao credor, deverá modificar sua tábua de contrato e não pagar juros”

Se analisado o clausulado, de perceber que, já naquela época – 2.300 anos aproximadamente –, acautelava-se o homem de circunstâncias que eventualmente, em razão da imprevisibilidade, pudessem ferir a tábua contratual.

¹⁰⁹O mais representativo e antigo documento que a ciência arqueológica ofertou à ciência jurídica. Hamurabi, reinou na Babilônia, há aproximadamente 2300 anos.

O Romano não passou incólume à questão, prevendo a possibilidade sempre de modificação dos contratos, desde que, no interregno de sua vinculação, vislumbrassem situações modificadoras de suas condições iniciais. É o que se extrai dos escritos de Cícero e Sêneca, cujos arrazoados são tidos como o primeiro centelhar do princípio da tácita cláusula “rebus sic stantitus”.¹¹⁰

No Medievo, no entanto, que se conhece sua formulação mais cara “contractus qui habent tractum successivum dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur”, difundida, abreviadamente, como “rebus sic stantibus”, cláusula, segundo entendimento majoritário, implicitamente considerada em todos os contratos de duração e execução diferida. Neste sentido Caio Mário da Silva Pereira¹¹¹, *verbis*:

“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 momento da celebração”.

¹¹⁰ Fabiana Rodrigues Barletta, in *A revisão contratual no código civil e no código de defesa do consumidor*, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 3, apoiada em Giuseppe Osti, *Clausola rebus sic stantibus*, em “Novissimo digesto italiano”, v. 3, p. 353/354, revela-nos que “Cícero, por meio de exemplos, justificava o inadimplemento das promessas que por mudanças de estado de fato não pudessem ser efetivadas. Assim, o advogado que tivesse prometido assistir uma causa poderia descumprir tal promessa em virtude de grave adoecimento de seu filho: o depositário de uma espada não deveria devolvê-la no caso de o depositante ter-se tornado louco; ou, ainda, desobrigar-se-ia de restituir dinheiro recebido em depósito aquele que soubesse que o depositante movia ação contra a Pátria. Já Sêneca entendia que na base do dever moral de cumprir uma promessa estaria também o poder de não cumpri-la diante de uma mudança de fato”.

¹¹¹ *Instituições de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1990, v. 3, p. 109

De se constatar, ainda, que encontra a cláusula o seu apogeu na metade do século XVIII, quando transmuda-se de princípio doutrinário para preceito legislativo. As legislações de origem germânica, como o Código Bávaro de 1756, o princípio doutrinário do Código Prussiano de 1794, e, mais tarde, o Código Civil austríaco de 1811, são sua consagração.

Entretanto, entre fins do século XVIII e início do século XIX, tem, a *rebus sic stantibus*, marcado o seu declínio, em virtude da consolidação do ideário liberalista burguês, que pregava, com fundo na liberdade de contratar, a irrestrita responsabilidade pelo pactuado, independentemente se, por razões extraordinárias e irresistíveis à partes, tornasse sua prestação deveras onerosa para uma delas.

O século XX, por sua vez, revelando sérias mudanças na relação entre Estado e atividade econômica, concebe o Estado social e anuncia a decadência do voluntarismo jurídico no direito privado. Em razão disso, os interesses sociais passam a exigir o disciplinamento da liberdade econômica em favor da coletividade, com vistas à concreção de determinadas finalidades públicas e a realização de um modelo de estado de todas as classes e não apenas de um grupo restrito ou elite¹¹².

O instituto revisionista, em especial, com a deflagração e conseqüências da Grande Guerra de 1914, ressurgiu, ganhando força. Em França, a *Loi Failliot*, de 21 de janeiro de 1918, protagoniza a adoção da

¹¹² SCOTT, Paulo Henrique Rocha, in *Direito constitucional econômico: Estado e normalização da economia*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 56, esclarece que “nessa nova fórmula de organização política o Estado assumiu uma sorte de deveres, na condição de objetivos determinantes, dentre eles, figurando, por exemplo, o dever estatal de combater o desemprego, de garantir moradia, de intervir na economia para proporcionar uma melhor distribuição de riqueza, de regular os preços praticados no mercado de modo a normalizá-lo, de comprar a produção, de selecionar e estimular as atividades e setores econômicos mais convenientes aos anseios sociais”.

cláusula *rebus sic stantibus* ao permitir a resolução de alguns contratos cuja base negocial, em virtude do estado de guerra, modificara-se radicalmente tornando sua execução demasiadamente onerosa. Referido estatuto exigia participação obrigatória do magistrado.

Segundo Judith Martins-Costa¹¹³, em França, o *leading case* na matéria e que cunha a teoria da imprevisão surgiu na área do Direito Público, com a célebre decisão de 30.3.1916 do Conselho de Estado Francês, em solução ao litígio anelado entre a prefeitura de Bordeuax e Compagnie Générale d'Eclairage daquela cidade. A *Loi Failliot* vem dois anos depois¹¹⁴.

Além dessa, outras leis foram editadas no mesmo país, relativas à locação de imóveis rurais e urbanos, a contratos de trabalho ou de empréstimos hipotecários, autorizando a rescisão ou revisão de contratos anteriores, sob o embasamento de que a guerra dera vazão a modificações imprevistas no ambiente social e econômico, onde aquelas avenças deveriam produzir efeitos.

Tais medidas, vale lembrar, foram excepcionais.

Entretanto, as novas teorias a respeito do caráter orgânico do Estado, mais constante e intervencionista, propiciaram um ambiente ainda mais salutar ao desenvolvimento da teoria revisionista. Cria-se a figura do contrato dirigido, resultado da chancela protetiva do Estado.

¹¹³ In *A teoria da imprevisão e a incidência dos planos econômicos governamentais na relação contratual*, RT, v. 670, AGO/1991, p.43 e nota de rodapé n.15 à p. 48.

¹¹⁴ A Inglaterra, com a *frustration of adventure*, a Alemanha, pautada no princípio geral da boa-fé e a Itália, com base na velha cláusula do direito medievo, são, também, participantes do processo revisionista nesse de transformações sociais, políticas e econômicas, em busca notadamente do justo equilíbrio dos interesses contrapostos no âmbito das relações contratuais.

3.2.2 O dirigismo contratual

“O direito deve cumprir a função de realizar uma ordem social justa, resultante de exigências transpessoais imanentes ao processo de viver coletivo. Portanto, instrumento para a distribuição racional e a limitação do poder na sociedade”.¹¹⁵

Como já relatado, a derrocada do voluntarismo jurídico no direito privado, como sistema, deve-se às mutações econômicas, políticas e sociais cultuadas pela sociedade moderna, a partir do primeiro decênio do século XX. A disciplina contratual também foi alvo de assenhoreamento dessas transformações, sofrendo o dogma da autonomia da vontade profunda relativização.

O Estado social impõe-se. A noção de liberdade contratual constituída sob o fundamento da autonomia da vontade arrefece, sofrendo o direito subjetivo limitação ao seu exercício; o contrato já não é mais imutável nem regra de controle absoluto às partes, vez que sujeito à interferência legislativa e também judicial, podendo ser revisto. Na advertência de Georges Ripert¹¹⁶, o contrato já não é ordem estável, mas eterno vir.

Segundo Orlando Gomes,¹¹⁷ “deixa de ser mero instrumento do poder de autodeterminação privada, para se tornar um instrumento que deve realizar também interesses da coletividade”; passa a ter função social.

¹¹⁵ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 18.

¹¹⁶ *O regime democrático e o direito civil moderno*. São Paulo: Saraiva, 1937, p. 313/314.

¹¹⁷ *In A função do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 109.

Os efeitos do negócio jurídico, no entanto, com a tutela da atividade negocial pelo Estado, resultam, cada vez mais, da vontade da lei que passa a regulamentá-lo.¹¹⁸

Michele Giorgianni, em lição a respeito não só das realizações e transformações da doutrina que encampa o direito subjetivo e seu movimento descendente, notadamente a partir do século XIX, vez que de senhorio da vontade, torna-se interesse juridicamente protegido, bem como de seu reflexo no campo contratual, porque permeado o negócio jurídico por tintas normativistas, assenta: todo o fundamento do direito se inverte: o direito, mesmo o privado, promana da vontade do estado, *verbis*:

“É no século XIX, no entanto, que se realiza – e não somente no terreno dogmático – a parábola descendente do 'direito subjetivo', que, da senhoria da vontade, se torna interesse juridicamente protegido, até se chegar – à parte a sua completa negação – a formulações nas quais é evidente a sua absorção pelo direito objetivo, ou seja, da chamada 'norma'. O próprio negócio jurídico, no passado considerado como sendo o domínio da vontade, é permeado por tintas normativistas. Todo o fundamento do direito se inverte: o direito, mesmo o privado, promana da vontade do Estado”.¹¹⁹

O legislador, segundo Gustavo Tepedino, desnuda-se da função de simples garante de uma ordem jurídica e social gizado pela igualdade formal, cujos riscos e resultados eram atribuídos à liberdade

¹¹⁸ BARLETTA, Fabiana Rodrigues, op. cit., p. 58.

¹¹⁹ *In O direito privado e suas atuais fronteiras*. RT, jan. 1998, p. 43.

individual, para adotar uma postura intervencionista¹²⁰, voltando-se à realização das finalidades sociais previamente estabelecidas e protegendo a atividade negocial.¹²¹

Assim, o sentido solidarista que prepondera na política contemporânea dos Estados democráticos e a intervenção crescente do Estado nas relações econômicas, para exercer, por órgãos próprios, um número cada vez maior de atividades, são na opinião de San Tiago Dantas¹²², os pontos de convergência da nova sistemática contratual.

A legislação consumerista, as teorias do enriquecimento sem causa, da imprevisão, do instituto da lesão nos contratos, princípios da boa-fé e função social da propriedade, são exemplos da instrumentalização do direito, sob a perspectiva do modelo de Estado social e democrático.

3.3 A cláusula *rebus sic stantibus* e teorias que a fundamentam

“Por isso que, em dados casos, a execução pontual dos contratos, ocorrido o risco imprevisto, faz deflagrar um conflito angustiante, um choque excessivamente brutal entre o direito e a justiça, a equidade e a observância cabal das convenções, raro o jurista moderno que se não disponha a extrair da teoria da imprevisão conseqüências, pelo menos atenuadas, e que, em todo caso, representam uma restrição ao conceito clássico do contrato”.¹²³

¹²⁰“Noção essa que se caracteriza pela possibilidade que é dada ao Estado de interferir direta ou indiretamente nos processos de produção, circulação, distribuição e consumo de riquezas, sob o argumento básico de estar promovendo valores e objetivos de ordem social”, in SCOTT, Paulo Henrique Rocha, op. cit., p. 20.

¹²¹TEPEDINO, Gustavo. *As relações de consumo e a nova teoria contratual in Temas de Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 201.

¹²²In *Evolução contemporânea do direito contratual*. RF, Rio de Janeiro: Forense, n. 139, 1952.

¹²³NONATO, Orozimbo. *Boletim do Instituto dos Advogados Brasileiros*, vol. VIII, p. 107, e *Revista Forense*, v. 56, p. 8 apud FONSECA, Arnaldo Medeiros, op. cit., p. 209.

De início, cabe salientar, que muitas são as teorias que procuram explicar o fenômeno revisionista, formando todas um complexo doutrinário. Para uns, assente Sílvio de Salvo Venosa¹²⁴, fundamenta-se na pressuposição: os fenômenos sociais posicionam-se dentro das situações em que os contratos foram ultimados. Outros entendem que todo o contrato possui uma condição implícita de permanência de uma realidade, cuja modificação substancial autoriza a supressão dos efeitos por ela causados. Outras ainda partem para explicações objetivas. Para outros como o contrato desempenha uma função social e econômica, o desequilíbrio da sociedade e da economia autorizam a revisão.

Anísio José de Oliveira, perfilhando a doutrina de Paulo Carneiro Maia, J. M. Othon Sidou, Arnaldo Medeiros da Fonseca, autores que nos ocuparemos nessa seção, dada a profundidade de seus trabalhos na investigação do tema, colhe, entre intrínsecas e extrínsecas, treze teorias ao todo.

As intrínsecas, subdivididas em teorias *com base na vontade* e teorias *com base na prestação*, são as: i) da pressuposição, de Windscheid; ii) da vontade marginal ou da superveniência, de Giuseppe Osti; iii) da base do negócio, de Oertmann; iv) da base erro, de Giovène; v) da situação contratual ou extracontratual, de Bruzin; e, vi) do dever de esforço, Hartmann. As com base na prestação, alinha o respectivo autor as teorias: i) do estado de necessidade, de Lemann e Coviello; e, ii) do equilíbrio das prestações, de Giorgi e Lenel.

As extrínsecas, não decorrentes nem da vontade real nem da base negocial, têm seus fundamentos: i) na moral, de Ripert e Voirin; ii) na

¹²⁴ *In Curso de Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. v. II. São Paulo: Atlas, 2001.

boa-fé, Wendt e Klenke; iii) na extensibilidade do fortuito, base de aplicação da jurisprudência alemã, inglesa e francesa; iv) na socialização do direito, de Gasset; e, v) na equidade e na justiça, de Arnaldo Medeiros da Fonseca.

Debruça-se a doutrina assim num sem-número de explicações sobre o instituto, a fim de justificá-lo, ainda que pouco convergentes entre si, salvo no que toca a um ponto em especial: a necessidade de adaptar-se o contrato, quando atacado por circunstâncias supervenientes graves, ao tempo de sua celebração.

3.3.1 Proposições revisionistas extrínsecas

3.3.1.1 Fundamento na extensibilidade do fortuito, de acolhida jurisprudencial alemã, inglesa e francesa.

De início, vale frisar, que tanto a legislação alemã, inglesa quanto francesa, impõem ao contrato observância irrestrita à sua execução, exceto se se tratar de causa de ruína ao contratante o cumprimento da obrigação. No que toca à imprevisão, a acolhida da teoria por estes países encontra fundamento na extensibilidade do caso fortuito.

À primeira vista, segundo José Anísio de Oliveira, pressupõe a melhor e a mais bem elaborada das teorias, porém, já desde o nascedouro vem fragmentada. Isto porque, tratam o caso fortuito e a cláusula *rebus sic stantibus* de institutos absolutamente diversos. O caso fortuito provém de uma causa objetiva, ao passo que a *rebus sic stantibus* de uma de caráter subjetivo, isto é, de uma impossibilidade subjetiva. Não há se confundir impossibilidade objetiva com impossibilidade subjetiva, existentes sem distinção para toda sorte de cidadãos.

Desse modo, a noção de caso fortuito ou de força maior, que remete à idéia de sobrestamento ou extinção do contrato, parcial ou total da obrigação assumida, não poderia ser aplicado na hipótese de onerosidade excessiva da prestação, para liberar o obrigado da responsabilidade contratual, por se compreender que este não só se exoneraria dos efeitos da circunstância superveniente e irresistível, mas também das decorrências naturais dos seus compromissos anteriores.

3.3.1.2 Fundamento da socialização do direito

Sob o olhar de Gasset, o credor não deve ter em mira apenas olhos para o devedor como um cidadão só, singularmente, mas sim para todo um grupo de cidadãos, isto é, para toda uma coletividade, uma vez que o interesse desta comunidade há de ser priorizado.

O contrato, com fundo nessa teoria, pode deixar de ser adimplido em razão da caridade jurídica, permitindo-se por isso, sua revisão com pressuposto na aplicação da *rebus sic stantibus*.

Wilson Melo da Silva em comentário sobre a adaptação do direito privado às novas idéias, nascidas das necessidades sociais dos tempos hodiernos, assera:

“O direito se socializa e, consoante Savatier, já se teria mesmo se iniciado a arrancada que, no direito privado, por terminar nos largos domínios do direito público.

Não se justificaria, pois, nos tempos presentes, quando um câmbio notável se justificou com as condições de vida que velhos postulados ainda

prevalecessem e que regras inadaptáveis aos novos padrões continuassem a bitolar o direito”.¹²⁵

Em que pesem opiniões destoantes, a voz de Gasset é merecedora de fina atenção, inda mais modernamente, donde, em vista do Estado social consolidado, não mais há de se consentir com a fruição sem limites do próprio direito; “reconhece-se que este deve ser exercido em benefício da pessoa, mas sempre respeitados os fins ético-sociais da comunidade a que seu titular pertence”.¹²⁶

A teoria da socialização do direito de Gasset, portanto, ao atribuir uma determinada flexibilização do princípio da obrigatoriedade das convenções, essencialmente em prol dos interesses sociais, contribui sobremaneira à aplicação da *rebus*.

Portanto, em nome dos interesses sociais, em nome de uma coletividade, não há se conceber a miséria de um indivíduo tão só para o enriquecimento de outro.

3.3.1.3 Fundamento na eqüidade e na justiça

Arnoldo Medeiros da Fonseca, em seu estudo a respeito da teoria da imprevisão, ao discorrer a respeito dos elementos que imprimem substância à aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, atesta que, à sua fundamentação, basta o sentido próprio de justiça e de eqüidade¹²⁷.

¹²⁵Revista da Faculdade de Direito, OUT/1961, p. 136, *apud* OLIVEIRA, Anísio José de, op. cit, p. 180

¹²⁶REALE, Miguel. *Estudos Preliminares do Código Civil*. RT: São Paulo, 2003, 36.

¹²⁷Segundo Medeiros da Fonseca, op. Cit., p. 231, “Não aquela eqüidade que 'envolve um desvio do que juridicamente seria', não a eqüidade separada do *jus*, em possível conflito com ele... Mas a eqüidade, elemento substancial e essência do próprio direito”.

A acentuada crítica que o jurista brasileiro recebe, caminha no sentido de que ao emprestar à sua teoria base em institutos de natureza conceitual ampla e flutuante (eqüidade, justiça, moral), opta seguir por entre os caminhos da dúvida e da incerteza¹²⁸, tendo em vista que o direito prefere a lida com elementos objetivos.

3.3.1.4 Fundamento da boa-fé

A boa-fé, sustentada essencialmente por Wendt e Klenke, como base da doutrina favorável à revisão ou resolução judicial dos contratos, é, no circunspeto contratualista, uma regra de aplicação geral, presente em grande sorte de Códigos estrangeiros, por isso, essencial para a validade dos contratos.

De acordo com Wendt o respeito à boa-fé não seria tão só uma necessidade resultante da primazia da segurança social, mas também de imperativo de ordem moral. Age a boa-fé, segundo o autor, como válvula de segurança para a convincente aplicação do direito ao caso concreto, notadamente por se tratar de tarefa legislativa sobre-humana desnudar, por inteiro, as hipóteses que eventualmente possam surgir no desenrolar da relação contratual.

Giorgi Osti e Windsheid tecem duras críticas à teoria wendtiana, tachando-a de imprecisa. Assim como a eqüidade, a boa-fé emana conceituação larga e flutuante preferindo o Direito base mais objetiva. “Quando dizemos que um princípio está alicerçado sobre a boa-fé, não dizemos mais nada que isto”, prega Windsheid.

¹²⁸OLIVEIRA, Anísio José de, op.cit., p. 183.

Entre nós, divergindo, pontua Nehemias Gueiros¹²⁹: “Para que os contratos sejam executados de boa-fé, é preciso que eles sejam entendidos *rebus sic stantibus*.”

3.3.1.5 Fundamento da moral

Para os defensores da idéia da moral, entre eles Ripert e Voirin, o fundamento da *rebus sic stantibus* justifica-se pelo predomínio da noção moral de equivalência das prestações sobre a noção econômica de segurança. Essa a trilha seguida por Voirin. De acordo com Medeiros da Fonseca, a imprevisão acenderia o conflito entre essas duas noções, mandatárias de interesses antagônicos: “de um lado, a noção de moralidade superior que requer a equivalência das prestações (justiça comutativa); e, de outro lado, uma noção econômica de segurança, cuja satisfação absoluta exigiria o respeito fiel das convenções nas condições prefixadas.”¹³⁰

Muito embora acene o jurista francês para o fato de que possa parecer paradoxal falar de moral a propósito de questões jurídicas, consente em afirmar que cada vez mais penetra o instituto no direito. No mais, reconhece que se trata a segurança de uma grande questão na vida econômica e social, para a salvaguarda das transações e continuidade dos negócios. Porém, “é preciso adotar uma técnica conciliatória das duas noções igualmente respeitáveis, limitando a noção de segurança suas

¹²⁹ *In A justiça comutativa nos direito das obrigações*, Recife, 1940, p. 108/109, *apud* OLIVEIRA, Anísio José de, *op.cit.*, p. 175

¹³⁰ *op.cit.*, p. 225.

exigências condicionadas a um mínimo de moralidade, que se harmonize com a consciência média dos indivíduos.”¹³¹

Ripert, por sua vez, encontrando fundamento da norma jurídica na regra moral, admite, ainda que excepcionalmente, a revisão dos contratos pela superveniência imprevista. Reconhece que essa norma não decorre do contrato, mas é dirigida contra ele; não está ligada à técnica jurídica do direito das obrigações, porém afronta a logicidade desta técnica. Assim, o rigor do exercício pelo credor de um eventual direito, por si só, provocaria, pela influência da regra moral, o levante da norma protetiva do devedor.

3.2.2 Proposições revisionistas intrínsecas

3.3.2.1 Teorias com base na vontade

3.3.2.1.1 Teoria da pressuposição

Esta teoria, edificada em meados do século XX, encontra fundamento na hipótese de que todo negócio jurídico de caráter patrimonial, pressupõe uma cláusula *rebus sic stantibus*.

Isto porque, subentendida a idéia da constância contratual, ou seja, em todo o negócio jurídico de execução continuada ou diferida existe o pressuposto tácito de que permaneça constante, ou que não lho acometa senão as variações normais, quer relativas as suas condições gerais de valor, de moeda, ou do mercado. Nesse ambiente de constância contratual, há, ainda, de se pressupor implícita a cláusula *rebus sic stantibus*, aplicável à revisão do contrato, caso sua execução, em razão de circunstância imprevisível, tornar-se excessivamente gravosa para uma das partes.

¹³¹FONSECA, Arnaldo Medeiros da. op.cit., p. 226.

Em outras palavras, baseia-se a teoria da pressuposição de Bernard Windsheid na premissa de que, se um agente declara sua vontade em um contrato, o faz sob um determinado contingente de pressuposições que, se preservadas, conservam a vontade e, se modificadas, exoneram o contratante.

Daí Windsheid afirmar:

“La presupposizione è una condizione non isvolta (una limitazione della volontà), che non si è svolta fino ad essere una condizione. Chi manifesta un volere sotto una presupposizione vuole, al par di colui che emette una dichiarazione di volontà condizionata, che l'effetto giuridico voluto abbia ad esistere soltanto dato un certo stato dei rapporti. La conseguenza di ciò è che l'effetto giuridico voluto sussiste e perdura, sebbene venga meno la presupposizione. Ma ciò non corrisponde al vero, proprio volere dell'autore della dichiarazione di volontà, e quindi la sussistenza dell'effeto giuridico, sebbene formalmente giustificata, non ha però sostanzialmente ragione, che la giustifichi. In conseguenza di ciò, colui, che è pregiudicato dalla dichiarazione di volontà, può tanto difendersi con l'eccezione contro le ragioni, che da essa si derivano, quando anche istituire a sua volta contro colui, a

vantaggio del quale l'effetto giuridico ha avuto luogo, un'azione diretta a farlo cessare".¹³²

Como toda teoria, a da pressuposição, de Bernard Windsheid, não ficou infensa à crítica. J. M. Othon Sidou¹³³, citando Abgar Soriano, aponta sua vulnerabilidade, sintetizando-a nos aspectos seguintes: i. O perigo de confundir-se a causa com os motivos do ato jurídico, emprestando-se a esses uma importância excessiva; ii. A eficácia de um contrato bilateral poder ser destruída por uma só das partes; iii. As pressuposições tácitas atentarem contra toda a estabilidade de operações jurídicas concluídas.

Arnoldo Medeiros da Fonseca, nessa linha de idéia, flexiona:

“Contra tal doutrina, porém, além das alegações gerais contrárias de fraqueza dogmática, falácia lógica e danosidade prática, por não poder uma condição não expressa vincular o destinatário da obrigação, da qual não faria parte a subordinação a um intento individual não manifestado e correlativa limitação – como fez sentir Pugliesi, entre outros –, argüiram ainda os próprios partidários da cláusula não decorrer da teoria da pressuposição nenhum critério geral que servisse de base à determinação precisa do conceito de pressuposição, de modo a permitir distingui-la dos motivos meramente subjetivos; o que, segundo Osti, importa na fixação do problema, mas não na

¹³² *In Diritto delle pandette*. Primeira tradução italiana por Carlo Fadda e Emilio Bensa. Milão: UTET, 1902, v.1.

¹³³ *In Resolução judicial dos contratos e contrato de adesão no direito vigente e no projeto de Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 34.

sua solução, que ficaria somente transmitida do jurista ao juiz *'come se fosse di mero fatto, e non consentisse od anzi non implicasse l'applicazione di criteri giuridici generali ed astratti'*”.

Por fim, vale lembrar que a teoria em referência não foi acolhida pelo Código Civil alemão de 1896, muito embora tenha sido aceita, ainda que parcialmente, no primeiro projeto. Em seu lugar e para supri-la, surgiu o § 812, sobre o enriquecimento ilícito.

3.3.2.1.2 Teoria da vontade marginal ou da superveniência, de Giuseppe Osti

De acordo com J.M. Othon Sidou¹³⁴, “subjetivamente aplicada ao conceito de *rebus sic stantibus*, a teoria só pode ser deduzida como a vontade acompanhando a execução do contrato de prestação futura, e não uma vontade esvaída no ato do consentimento. É melhor assim entender, mais justo, honesto e sensato, do que atribuir a uma só pessoa medianamente honesta duas 'vontades', uma para efeito do ato em que se obrigou, ou 'marginal', ditada por um impulso momentâneo, e outra 'autêntica', ou 'contratual' ou 'superveniente', a predominar no ato de execução do prometido”

A vontade é uma só, continua Othon Sidou, tanto a de contratar como a cumprir. O que ocorre é a modificação não da vontade (voluntas), porém de fatores circunstanciais (rebus) que dificultam a prestação e chegam ao ponto de autorizar ou impor uma revisão ou rescisão.

¹³⁴op.cit., p. 35.

Enfim, a teoria da vontade marginal de Giuseppe Osti propõe se estabeleça uma distinção entre a vontade contratual, considerada como sendo a vontade de obrigar-se à prestação, e a vontade marginal, considerada como sendo a vontade de realizar a prestação. “Representa, pois, a vontade marginal, o cumprimento efetivo do avençado, tal como se representou no momento de se contratar não sendo perfeita e definitiva enquanto não se traduzir em atos, no entanto, porque eventos não previstos pelas partes poderão modificar a representação que constitui seu pressuposto”.¹³⁵

De acordo com os seus críticos, e por ironia, vez que experimenta aquilo que argüiu contra Windsheid, não venceu enquadrar a sua própria teoria em torno de desejável pragmatismo, restringindo-se tão só à transmissão de conceitos de estrita comunicação.

3.3.2.1.3 Teoria da base do negócio jurídico, de Paul Oertmann

Com vistas a infundir sua teoria da base do negócio jurídico, retorna Oertmann à pressuposição de Windsheid, pretendendo distingui-la do motivo do contrato.

Paul Oertmann sua *base do negócio jurídico* como a “representação mental de uma das partes no momento da conclusão do negócio jurídico, conhecida em sua totalidade e não recusada pela outra parte, ou a comum representação das diversas partes sobre a existência ou aparecimento de certas circunstâncias em que se baseia a vontade

¹³⁵SILVA, Paulo Roberto Passos da. *Cláusula rebus sic stantibus: teoria da imprevisão*. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, v. 647, p. 47/56, SET/1989.

negocial”.¹³⁶ Assim, não existindo ou desaparecendo essas certas circunstâncias sem que se haja admitido a eventualidade de seu desaparecimento, ou verificando-se outras incompatíveis com a representação mental, dá-se, de acordo com a teoria de Oertmann, a possibilidade de extinção do contrato a pedido da parte que sofre prejuízos.

Mario Bessone, em referência as teorias subjetivas da *Geschäftsgrundlage* e pondo em relevo Oertmann, aduz:

“No quadro das teorias por assim dizer subjetivas da *Geschäftsgrundlage*, a argumentação de Oertmann teve o maior sucesso, e constitui até hoje o ponto de referência de cada debate doutrinário e as técnicas empregadas pelos tribunais traduzem um eco ainda maior que a área de aplicação do BGB”.¹³⁷

De se perceber, contudo, sustentar-se a teoria da base do negócio jurídico, de Oertmann, “no conceito de *base subjetiva do contrato*, segundo o qual as circunstâncias, independentemente de sua condição temporal (presentes, passadas, futuras), que os contratantes tiveram como motivação ao se vincular contratualmente, existentes no instante desse ato, devem ser tomadas como critério de adstringência ao cumprimento da cláusulas. Alteradas tais circunstâncias, modificada a base subjetiva, admite-se a liberação da parte devedora”.¹³⁸

¹³⁶ Apud LARENZ, Karl. *Base del negocio juridico y cumplimiento de los contratos*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956, p. 7.

¹³⁷ In *Adempimento e Rischio Contrattuale*. 2. ed., Milano: Giuffrè, 1998, p. 131.

¹³⁸ RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz, in *Revisão Judicial dos Contratos*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 80.

Entretanto, a teoria da base subjetiva do negócio jurídico não restou imune às inúmeras críticas desferidas, sendo modificada posteriormente por Larenz, que a complementou.

Em sua obra *Base del negocio juridico y cumplimiento de los contratos*, Karl Larenz, a respeito da teoria da base do negócio de Oertmann, aduz:

“No señala de modo satisfactorio cuales son as circunstancias que pueden estimarse como 'base' de un contrato perfeccionado, com cuya imprevista desaparición la relación contractual no puede subsistir o mantenerse inalterada. Si bien es cierto que esta teoría necesita, a fin de evitar un intolerable factor de inseguridad en todos los contratos, por un lado ser restringida, también necesita, para otros casos, una ampliación o complemento que debe apoyarse em criterios distintos de los psicológicos empleados em la literatura jurídica, tanto antes como después de la obra de Oertmann; de así que sea éste el momento de examinar la evolución de las teorías que interesan a este propósito”.

O mérito de Larenz foi haver sistematizado a teoria da base do negócio em duas acepções distintas: a base subjetiva e a base objetiva. Ou seja: i. a base subjetiva, como a determinação de uma ou de ambas as partes, como “a representação mental” existente ao concluir o negócio que tenha influído decisivamente na formação dos motivos contratuais; e, ii. a

base objetiva do negócio, enquanto “complexo de sentido inteligível”, isto é, o “conjunto de circunstâncias cuja existência ou persistência pressupõe devidamente o contrato, sabendo ou não os contratantes, pois, não sendo assim, não se alcançaria o fim do contrato”.¹³⁹

J. M. Othon Sidou, apesar de reconhecer repousar a teoria de Oertmann num denso conteúdo subjetivo, de aplicação difícil em face de determinadas relações, não se intimida em firmar idéia no sentido de que, dentre as teorias explicativas do revisionismo contratual, é a menos imperfeita no delimitar as fronteiras do *pacta sunt servanda* e do *rebus sic stantibus*.

3.3.2.1.4 Teoria da base erro, de Achille Giovene

A teoria do erro, de Achille Giovene, encontra o fundamento específico do instituto da superveniência num vício de vontade. Partindo da visão de Osti, investiga o processo volitivo do negócio jurídico. Distingue assim o *ato de vontade* da *determinação de vontade*, concentrando esforços na identificação da relação de causa e efeito que há entre ambos. Entende, pois, que “a representação das condições objetivas da entidade econômica da prestação está compreendida entre os elementos do acordo contratual”.¹⁴⁰

Rogério Ferraz Donnini, apoiado em Medeiros da Fonseca, diz haver incidência de erro quando, ocorrendo fato superveniente, imprevisto e imprevisível, a vontade inicial das partes difere da realidade posterior.¹⁴¹

¹³⁹LARENZ, Karl. op.cit., p.37.

¹⁴⁰FONSECA, Arnaldo Medeiros. op.cit., 219.

¹⁴¹In *A revisão dos contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo, Sraiva, 2001, p. 42.

A teoria do erro não tenciona, em verdade, o revisionismo contratual, uma vez que, em se considerando a vontade viciosa, aplicável seria o instituto da anulação do ato jurídico por vício de consentimento, o que, em si, justificaria a não adoção da *rebus sic stantibus*.

Na asserção de Othon Sidou “o contrato, patricularizadamente, cuja manifestação da vontade resulta de erro, já nasce vicioso e não há falar em modificação futura de circunstâncias, porque muito mais lógico, e mais fácil, será, para escusa do cumprimento da prestação argüir o vício, formal ou substancial, do que alegar a mudança do estado negocial”.¹⁴²

Osilia, Pugliesi e Serbesco foram alguns contraditores da teoria de Giovene.

3.3.2.1.5 Teoria da situação contratual e extracontratual, de Bruzin

Defendida por Bruzin, parte do princípio de que não se poderá conferir maior extensão ao ajuste do que aquele vislumbrado pelas partes, inicialmente, quando do assentimento. Ao contratarem, segundo Bruzin, naturalmente prevêem as partes os efeitos jurídicos e econômicos oriundos de seu ato. Porém, é de saber também que essas previsões não aniquilam todas as possibilidades, de sorte a se ter por imprevisível tudo o que exceder o limite dessa previsibilidade. Daí a razão da referência que faz à classificação das circunstâncias ou situações, em contratuais e extracontratuais.

Portanto, no complexo das circunstâncias contratuais estão inseridos todos os fatos previsíveis, ao passo que no das circunstâncias

¹⁴²op.cit., 31.

extracontratuais os fatos acaudados pelo imprevisível. Desse modo, surgindo um obstáculo de natureza imprevisível, conseqüentemente extracontratual, tem-se por cessada a força obrigatória do dever cumprir.

Voirin, um dos críticos dessa teoria diz confundir Bruzin o fato contratual, uma realidade, com a circunstância extracontratual, uma ficção.

3.3.2.1.6 Teoria do dever de esforço ou da diligência, de Hartmann

A teoria do dever de esforço, de Hartmann, segundo a qual o devedor, ao cumprir suas obrigações, prende-se a determinado esforço. Para ele, nascido o contrato, surge para as partes, em razão da relação jurídica que há entre elas, oriunda da vinculação, um dever jurídico, consistente ou numa obrigação de dar, fazer ou não fazer, ou, como prefere Hartmann, dever de esforço.

Aqui, o que cabe analisar é se o devedor dedicou-se prestimosamente ao cumprimento de sua obrigação, esforçando-se. O zelo, o desprendimento desempenhado pelos contratantes é o que conta; a culpa, em sentido lato, ou a impossibilidade, portanto, não importa à investigação.

Assim, esforçando-se o devedor para cumprir sua obrigação, valendo-se da natural diligência de um *bonus vir*, e em virtude de obstáculo superveniente não o conseguir, estará desonerado pela cláusula *rebus sic stantibus*. Não se há cogitar de culpa ou de impossibilidade, mas tão só o ânimo dispensado pelo promitente a fim de dar cabo à sua obrigação.

Entre os que objetaram a teoria do dever de esforço de Hartmann, destacam-se Giovene e Burchmann. A principal falha, segundo senso comum, reside no fato de que é aplicável a apenas uma parte da realidade, vez que fora do seu alcance o contrato de resultado.

3.3.2.2. Teorias com base na prestação

As teorias que encontram fundamento na prestação e não na vontade devem-se a Lehmann e Coviello (estado de necessidade) e Lenel (equilíbrio das prestações). A seguir, delas trataremos, uma vez que de fácil explicação.

3.3.2.2.1 Teoria do estado de necessidade

Sustentada por Coviello e Lehmann, respectiva teoria norteia-se pela possibilidade de, com fulcro no instituto do estado de necessidade, escusar-se o devedor do inadimplemento da prestação contratual, quando, em razão de fatores surpreendentes e imprevisíveis, tornar-se a execução excessivamente onerosa. Desse modo, diante de uma situação dessas, exonerar-se-ia o devedor da responsabilidade pelo inadimplemento, porque em meio a verdadeiro estado de necessidade. O estado de necessidade não se trata de uma cláusula de extinção de responsabilidade apenas, mas sobretudo de um “título constitutivo de direito”, afirma Coviello.

Da crítica inúmera que sofreu, de se selecionar a encetada por Medeiros da Fonseca¹⁴³, no sentido de que, caem em erronia Lehmann e Coviello, ao pressuporem que o não cumprimento de uma obrigação, pela onerosidade excessiva, constitui sempre um direito, superior ao do credor

¹⁴³op.cit., p. 109/110.

vê-la executada. No mais, há de se lembrar ainda que, entre nós, a tese vencedora é pelo direito à indenização para o dono da coisa, não culpado do perigo, mesmo quando esta é deteriorada ou destruída para evitar mal maior.

3.3.2.2.2. Teoria do equilíbrio das prestações

Da teoria do equilíbrio das prestações, proposta por Giorgi, ou da teoria do equilíbrio dos interesses, sugerida por Lenel, tem-se que, tornando-se impossível a execução do pactuado, em virtude de situações ou circunstâncias imprevisíveis, ocorridas posteriormente à formação do contrato, deve ser escusado o devedor do inadimplemento, em razão não só do desequilíbrio avolumado das prestações como também da imposição de sacrifícios não queridos pelas partes.

Assim, desde que haja o desequilíbrio das prestações pode haver resolução do contrato e a liberação do devedor da responsabilidade pelo incumprimento da obrigação, tendo em vista que nos ajustes deve existir uma justa proporção entre as partes.

Logo, argúi Anísio José de Oliveira¹⁴⁴, o desaparecimento dessa situação, o rompimento da igualdade natural, e pré-ordenada dos contraentes irá exigir da eqüidade e da justiça a sua intervenção, a fim de restabelecer a situação anterior, para fazer cessar a desigualdade ou a desproporcionalidade.

¹⁴⁴op. cit., p. 168.

Gasset, crítico dessa teoria, tacha-a de insuficiente à justificação da revisão contratual, mais, ainda, porque aliada aos conceitos de equidade e justiça distributiva.

Ademais, segundo Medeiros da Fonseca, “se não há nenhum vício de consentimento só excepcionalmente deve a lei intervir, limitando a liberdade de contratar, para impedir a exploração injusta dos fracos pelos fortes. Erigir, entretanto, em regra geral de direito o princípio da equivalência objetiva, seria resultado desastroso para a segurança das convenções.”¹⁴⁵

3.4 O âmbito de sua aplicação

No que concerne ao espectro de aplicação da teoria, vale ressaltar, que não é a todos os contratos que tem aplicação a teoria revisionista, não sendo ilimitado seu campo de incidência.

Assim, valendo-se dos traços desenhados pela doutrina e jurisprudência majoritárias, é plenamente aplicável a teoria em apreço aos contratos comutativos de execução diferida, continuada ou periódica, isto é não pode ter sido executado imediatamente após a sua celebração; dela não se cogita para os contratos aleatórios¹⁴⁶, muito embora resida divergência nesse sentido.

¹⁴⁵ op.cit., p. 223

¹⁴⁶ Os contratos aleatórios saem do campo de incidência da *rebus sic stantibus* notadamente em virtude do elemento que os cerca, a incerteza. Desse modo, sendo os contratos aleatórios sinalagmas de risco, a desproporção inicial entre as prestações emerge evidente, na media em que um dos contraentes realiza a prestação sem ter conhecimento preciso do peso ou não de sua contraprestação. Concluir-se daí que as partes, sendo o contrato aleatório, deveriam assumir qualquer espécie de oscilação que viesse ocorrer na economia contratual. De modo diverso opina Darcy Bessone ao assentir com a aplicação da *rebus sic stantibus* não só aos contratos de execução diferida ou continuada, como também aos aleatórios e aos especulativos, uma vez que os riscos do imprevisível têm limites. Eis sua justificativa: “o que se deve ter em mente é que, quando se afirma que os contratos aleatórios não reservam lugar à cláusula *rebus sic stantibus*, o que se quer dizer é que não se pode reconhecer direito àquele que assumiu certo risco de, exatamente com base nesse risco assumido,

3.4.1 Pressupostos de admissibilidade da teoria da imprevisão no direito brasileiro

De início, cabe ressaltar que a análise seguinte concentrará esforços tão somente no estudo e desenvolvimento daqueles pressupostos observados pela maior parte dos juristas, não se prendendo à riqueza de particularidades e diferenciações inseridas por um ou outro jurista.

Neste sentido, vale a lição de Arnaldo Medeiros da Fonseca¹⁴⁷ que indica, como sendo de fundamental importância à adoção da cláusula *rebus sic stantibus*, observação aos seguintes requisitos:

- a) alteração radical no ambiente objetivo existente ao tempo da formação do contrato, decorrente de circunstâncias imprevisíveis e imprevistas;
- b) onerosidade excessiva para o devedor e não compensada 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.

Maria Helena Diniz¹⁴⁸, baseada na jurisprudência que esteira a aplicação da teoria da imprevisão, ou da cláusula *rebus sic stantibus*, com vistas à restauração do equilíbrio na economia contratual, seleciona os seguinte:

invocar as benesses da revisão do contrato (...) Mesmo assim, dependendo das circunstâncias, será possível, por princípio da equidade a aplicação da cláusula revisionista, se a consequências do risco assumido ultrapassarem os limites do razoavelmente aceitável, conduzindo a relação contratual a desequilíbrio insensato e injusto". *In Do contrato: teoria geral.*, cit.p. 224.

¹⁴⁷ op.cit., p. 345

¹⁴⁸ *In Tratado teórico e prático dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 1993, v. 1, p. 173

- i. a vigência de um contrato comutativo de execução continuada (RTJ 68:95);
- ii. alteração radical das condições econômicas no momento da execução do contrato, em confronto com as do instante de sua formação;
- iii. onerosidade excessiva para um dos contraentes e benefício injusto e exagerado para outro (RTJ 117:323);
- iv. imprevisibilidade e extraordinariedade daquela modificação, pois é necessário que as partes, quando celebraram o contrato, não possam ter previsto esse evento anormal, isto é, que está fora do curso habitual das coisas.

Caio Mário da Silva¹⁴⁹ capitula que são necessários à teoria da imprevisão os seguintes pressupostos:

1. a vigência de um contrato de execução diferida ou continuada;
2. alteração radical das condições econômicas objetivas no momento da execução do contrato, em confronto com o ambiente objetivo no da celebração;
3. onerosidade excessiva para um contratantes e benefício exagerado para o outro;
4. imprevisibilidade daquela modificação.

José Maria Othon Sidou¹⁵⁰ indica como traços fundamentais para um tratamento científico da imprevisão os seguintes requisitos:

¹⁴⁹ *In Instituições de direito civil*, cit., p. 141.

¹⁵⁰ *op.cit.*, p. 108/109.

1. aplicação a qualquer contrato, independentemente do ensejo de executar-se, excetuados apenas os de natureza aleatória, por índole;
2. ausência de culpa do devedor quanto à alteração do ambiente objetivo existente ao tempo da conclusão do ajuste, e de mora com respeito à prestação a que se obrigou;
3. extrema onerosidade excessiva para o devedor, oriunda de fato imprevisto, de sorte que, se o previsse não teria consentido em obrigar-se;
4. revisão como regra, e só resolução no caso de malogro na tentativa de reequilíbrio da prestação.

Com base nessas informações, no entanto, pode-se oferecer, sem qualquer centelha de originalidade, uma significação aos pressupostos de incidência à teoria da imprevisão.

O primeiro deles, fulcrado na existência de um contrato comutativo¹⁵¹ de execução diferida ou sucessiva é, para a grande maioria dos estudiosos da *rebus sic stantibus*, condição central para a aplicação da teoria da imprevisão. Essa condição consta inclusive preconizada no atual artigo 478 do Código Civil pátrio, onde se lê:

“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

¹⁵¹Na definição de Caio Mário da Silva Pereira, em seu *Instituições de direito civil.*, v.3. p. 60, “comutativos são os contratos em que as prestações de ambas as partes são de antemão conhecidas, e guardam entre si uma relativa equivalência de valores”.

acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença, que a decretar, retroagirão à data da citação”.

Insta observar, no entanto, que, apesar de proceder de menor parte da doutrina, ainda se cogita a hipótese de não pertencer ao campo de incidência da imprevisão os contratos unilaterais¹⁵². A própria idéia de equivalência e de sinalagma tornaria obstativa a adoção da *rebus sic stantibus* nos contratos unilaterais. A natureza bilateral dos negócios jurídicos, é de se ver, era qualidade ínsita à aplicação da imprevisão.

Entretanto, em vista do teor normativo inscrito no artigo 480 da novel legislação civil, dúvida já não há subsistir. De acordo com o preceito referido, abstrai-se que ainda que em um contrato as obrigações caibam a apenas uma das partes, subsiste-lhe o direito de pleitear que sua prestação seja reduzida, ou alterado o seu modo de execução, a fim de evitar a onerosidade excessiva da prestação.

Como se vê, o dispositivo é encaminhado aos contratos unilaterais, negócios jurídicos decorrentes da declaração de vontade de uma só pessoa, a cargo de quem restarão os efeitos da obrigação.

¹⁵² A esse respeito, distinguindo-se os negócios jurídicos entre unilaterais e bilaterais, a lição de Orlando Gomes, a saber: “os qualificativos unilateral e bilateral empregam-se para diferenciar os negócios jurídicos, assim na formação como nos efeitos. Sob o ponto de vista da formação, negócio jurídico unilateral é o que decorre fundamentalmente da declaração de vontade de uma só pessoa, e bilateral o que se constitui mediante concurso de vontades. O contrato é negócio jurídico bilateral por excelência. Todo contrato, com efeito, é, por definição, negócio jurídico bilateral, visto que supõe declarações coincidentes de vontades. Considerando, pois, no momento de sua formação, seria contra-senso falar-se em contrato unilateral, mas, levando-se em conta os efeitos que esse negócio jurídico bilateral produz, verifica-se que ora cira obrigações para as duas partes, ora para uma só. Então, sob esse aspecto se denomina bilateral no primeiro caso, e unilateral no segundo, porque ali as obrigações nasceram nos dois lados e aqui num só. Assim, na formação, todo contrato é negócio jurídico bilateral, mas, nos efeitos, tanto pode ser bilateral como unilateral. Não se deve confundir, portanto, a bilateralidade da obrigação contratual com a bilateralidade do consentimento”. (*in Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 71).

Ressalta-se, todavia, que a unilateralidade do instrumento de contrato somente autorizará sua revisão ou resolução se lhe transparente a onerosidade, com aposição de uma vantagem extremada para uma das partes em face de um sacrifício suportado pela outra, recompondo a base sinalagmática, mas não em sua pureza original, marcada pelos caracteres de interdependência, coexistência ou execução simultânea.¹⁵³

O segundo requisito, consistente na alteração radical das condições econômicas no momento da execução do contrato, em confronto com as do instante da sua formação, remete à idéia da insubsistência do vínculo obrigacional, pela não previsão de risco anormal à economia contratual. Daí se entender que, se pudessem as partes prever a modificação das circunstâncias, por óbvio, não teriam concluído a avença.

O terceiro requisito, consubstanciado na onerosidade excessiva do contrato para uma das partes e benefício injusto e exagerado para o outro contraente, condicionam a existência de exacerbação excessiva para uma das partes e de lucro excessivo para a outra.

Regina Beatriz Tavares da Silva, veemente opositora dessa idéia, ou seja, de que não necessariamente os ônus decorrentes da alteração radical no ambiente econômico do contrato, e suportados por uma das partes, acarretará no enriquecimento indevido da outra, escreve:

“Alguns autores acreditam que deva ocorrer também o enriquecimento indevido para a outra parte, favorecida pelo desequilíbrio contratual, do

¹⁵³RODRIGUES JÚNOR, Otávio Luiz. *Revisão Judicial dos Contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 105.

que se ousa discordar, pois, casos há em que a onerosidade excessiva para uma das partes não implica em lucro excessivo para a outra, mas, sim, até em algum prejuízo, por sofrer também as conseqüências da alteração das circunstâncias e, além disso, a finalidade principal da imprevisão é socorrer o contratante que será lesado pelo desequilíbrio contratual e não punir a parte que se enriquecerá com esse desequilíbrio”.¹⁵⁴

Para a autora em referência, no entanto, para a aplicação da teoria da imprevisão bastante é a existência da onerosidade excessiva do contrato, como um dos seus requisitos.

No mais, vale lembrar que a onerosidade excessiva da prestação deverá ser considerada objetivamente, portanto, descentralizada da situação subjetiva do devedor. Entretanto, já de se perceber bem movimentada a doutrina consumerista, notadamente pela representação de Cláudia Lima Marques, em aceitar a ocorrência de eventos subjetivos do devedor como base para a revisão ou para a resolução de contratos de execução continuada, permitindo-se assim que situações subjetivas passivas, como, por exemplo, a perda de emprego, acidentes, divórcios, entre outros, sejam causas possíveis de inadimplemento sem culpa, aptas a liberar o devedor dos ônus decorrentes do incumprimento da obrigação, impedindo seu superendividamento.¹⁵⁵

Conquanto assim seja, não é demais ressaltar que há de ser aplicada com reservas essa doutrina, inclusive na esfera do consumidor. Se

¹⁵⁴ *In Cláusula rebus sic stantibus ou teoria da imprevisão – revisão contratual*. Belém: Cejup, 1989, p. 37

¹⁵⁵ *In Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 248.

sem medida sua aplicação, a segurança jurídica que há de sondar o tráfego negocial estaria absolutamente comprometida, mais, ainda, se levado em consideração que o cumprimento do contrato é a regra, enquanto a revisão exceção.

O quarto requisito, referindo à imprevisibilidade e extraordinariedade daquela modificação sugere acontecimento incomum, inimaginável, radical, modificador do equilíbrio contratual, que se de alcance das partes, quedaria sem selo a avença.

Segundo Laura Coradini Frantz, apoiada em Vincenzo Maria Cesàro, o noviço artigo 478 do Código Civil brasileiro, inspirado inegavelmente no artigo 1467 do *Codice Civile*, exige a imprevisibilidade e a extraordinariedade do fato causador do desequilíbrio, de modo que ele somente terá relevância jurídica para a admissibilidade do remédio resolutório se decorrer extraordinária oscilação do risco.¹⁵⁶

Nelson Borges, ao tratar daquilo que denomina como em sendo um dos pressupostos mais importantes da imprevisão, que é o requisito da imprevisibilidade, nomeando-a inclusive, salienta:

“Diferentemente do caso fortuito ou de força maior – em que a anormalidade do acontecimento é relativa, a ela se sobrepondo a lesão objetiva, decorrente da inevitabilidade e irresistibilidade do evento –, a excessiva dificuldade de adimplemento dá origem a um dos mais importantes pressupostos do princípio em discussão, verdadeira *ratio essendi* de sua

¹⁵⁶ *In Revisão do constrtos: elementos para sua construção dogmática*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 122

existência: a doutrina da imprevisibilidade. Sem ela, sem a ocorrência do inusitado, do elemento extraordinário situado fora dos quadros de previsões normais do cotidiano, da vivência do cidadão comum, modificador da base negocial que dá origem à lesão virtual (ou ao desaparecimento do alicerce contratual), não haverá possibilidade de revisão ou resolução judicial”.¹⁵⁷

De acordo com o autor referenciado, um primeiro prenúncio de imprevisibilidade pode ser conseguido por via da noção contrária a fato certo e provável. Isto porque salienta, de uma maneira geral, todos os acontecimentos são eventualmente previsíveis. Sendo assim, e, portanto, partindo-se dessas coordenadas, se a previsibilidade decorre da identificação de um fato certo e provável, o fato incerto e improvável só poderá ser considerado imprevisível. Como exemplos, de se citar a guerra, a revolução, o golpe de estado, a epidemia, a proibição de fabricação de certo produto, o racionamento de água, de gás, de energia elétrica etc.

Ruy Rosado Aguiar Júnior apreende à idéia de imprevisibilidade a de probabilidade, *verbis*:

“É provável que o acontecimento futuro que, presentes as circunstâncias conhecidas, ocorrerá, certamente, conforme o juízo derivado da experiência. Não basta que os fatos sejam possíveis (a guerra, a crise econômica sempre possíveis), nem mesmo certos (a morte). É

¹⁵⁷In *Ateoria da imprevisão no direito civil e no processo civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 304.

preciso que haja notável probabilidade de que um fato, com seus elementos, atuará eficientemente sobre o contrato, devendo o conhecimento da partes incidir sobre os elementos essenciais desse fato e da sua força de atuação sobre o contrato. (...) A probabilidade, para ter relevância jurídica, deve ter um certo grau (notável probabilidade), porque o conhecimento deve abranger os elementos essenciais do fato futuro causador da onerosidade e a força de seus efeitos sobre o contrato”.¹⁵⁸

É essa visão alargada da imprevisibilidade, pois, que propiciará a resolução ou revisão judicial dos contratos por onerosidade excessiva.

No mais, não nos é despidiendo frisar o embate que trava a doutrina a respeito da extraordinariedade, pressuposto componente da teoria em apreço.

Segundo Laura C. Frantz, parte da doutrina, de um lado, concebendo-lhe aplicação mais larga, entende que “os conceitos de imprevisibilidade e extraordinariedade coincidiriam, tendo em vista que a característica fundamental que irá diferenciar o evento ordinário do extraordinário é o grau de probabilidade em que é permitido prever que algo aconteça, pelo menos em determinado período de tempo, e que, em consequência, a previsibilidade do evento extraordinário superveniente deve ser valorada de acordo com os critérios do homem comum, de normal diligência.”¹⁵⁹

¹⁵⁸ *In Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2. ed., Rio de Janeiro: Aide, 2003, p.155/156.

¹⁵⁹ *op.cit.* 77

De outro lado, invocando opinião divergente, “aditem que os conceitos de imprevisibilidade e extraordinariedade mantêm sua autonomia, caracterizando-se a primeira por um 'juízo subjetivo e relativo', e a segunda, por um 'juízo objetivo’”.¹⁶⁰

Entretanto, em que pese a divergência doutrinária nesse particular, a jurisprudência não vem tratando os institutos da imprevisibilidade e extraordinariedade do fato como algo rijo, de sentido único e absoluto, de modo a admitir a resolução por onerosidade excessiva quando o desequilíbrio das prestações decorrer de uma situação fora da álea natural do contrato, que inesperada e drasticamente altere os dados do problema.

Por fim, como último requisito à aplicação da teoria da imprevisão é que a parte prejudicada pelo desequilíbrio não tenha dado causa à modificação da economia contratual, quer pelo concurso da mora quer pelo concurso da culpa. Ninguém pode valer-se da própria torpeza para beneficiar-se. Não obstante a isso, de se ressaltar, que o pedido de rescisão há de partir do contraente que está prestes a tornar-se inadimplente, e antes que o incumprimento se verifique. O fato é que para que se possa dar ensejo à ação de resolução ou revisão do contrato, imprescindível que o desequilíbrio não seja imputável ao devedor da prestação.

Judith Martins-Costa, nesse sentido asserta:

“É ainda condição de incidência que a causa da excessiva onerosidade não seja imputável ao

¹⁶⁰op.cit., 77, em referência a Valéria Martino. *La risoluzione per eccessiva onerosità*, in CEDON, Paolo (org.). *I contratti in generali*. Torino: UTET, 2000, v. 13, p.551

comportamento culpável da parte que o invoca: é necessário pois, que a causa do evento seja estranha à conduta daquele que o invoca”.¹⁶¹

Daí se concluir que a tutela normativa preconizada no artigo 478 do Código Civil, não está adstrita a uma modificação da ambiência econômica do contrato qualquer, mas sim àquela produzida por acontecimentos excepcionais que estão além do campo de previsão das partes.

Necessário pois, à aplicação da teoria da imprevisão, o preenchimento desses essenciais pressupostos, de modo tal que, a ausência de algum deles, aplacaria na não possibilidade de revisão ou resolução do contrato com fundamento na onerosidade excessiva.

3.4.2 A teoria à luz da lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, instituidora da nova sistemática civil.

Entre nós, conforme anteriormente adiantado, muito embora não terem doutrina e jurisprudência se calado a respeito da imprevisão, só recentemente, com a edição do novo Código Civil, torna a teoria regra expressa.

O fato é que graças a essa atividade doutrinária e jurisprudencial, intermitente e operante, pôde-se estruturá-la e ambientá-la aos tempos modernos, de essência eminentemente solidarista, visando à sua conformação.

¹⁶¹In *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, t. 1, p. 255.

Segundo José Maria Otlhon Sidou a tese revisionista teve seu batismo em 1930, com a sentença do então Juiz Nelson Hungria, quem, corajosamente, reconheceu e admitiu a interrupção contratual por motivo superveniente.¹⁶² De acordo com o professor, a questão levada a efeito exigia se desse cumprimento à regra presente em contrato de locação, que previa a aquisição do bem imóvel, pela quantia de 25 contos de réis, tão logo findado os 25 anos de locação ajustados. A ré, promitente vendedora, negou-se à prestação, sob o argumento de que o preço fixado, 25 contos de réis, já não mais endossava a realidade, tendo em vista que, em razão da extraordinária valorização que se experimentara, os 25 contos de réis elevaram-se, em sensata avaliação, a oitocentos.

Eis então, o trecho da sentença histórica

‘É certo que quem assume uma obrigação a ser cumprida em tempo futuro sujeita-se à alta dos valores, que podem variar 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 mesmo admitida como um corolário da teoria do erro contratual.

Considera-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.

¹⁶²op.cit., p. 88.

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 diferentes.”

E desde então vem a jurisprudência brasileira orientando-se por essa vereda, não sendo inoportuno por isso fazer-se menção à decisão tomada pela egrégia corte paulista, em 04 de setembro de 1950, *verbis*:

“A teoria da revisão, aos poucos, vai sendo acolhida pela jurisprudência, porque em face da injustiça do convencionado, do desequilíbrio evidente, da ruína talvez a alguma das partes, não é possível que o juiz cruze os braços.”¹⁶³

A justificativa para a aplicação da teoria da imprevisão, além da doutrina e experiência estrangeiras, encontrava fundamento no artigo 85 do Código Civil de 1916, sob a alegação de que nas declarações de vontade haveria de se atender mais a intenção das partes, do que a literalidade da linguagem. Depois disso, em vista de estudos mais avançados sobre a questão da revisão ou resolução do contrato por fatores supervenientes, as disposições dos artigos 762, I e II, 1.058, 1.091, 1.131, 1.205, 1.250 e 1.499, todos do Código Civil de 1916, também passaram a dar suporte à teoria da imprevisão

¹⁶³RT 191/177

Atualmente, não há mais se tergiversar, tendo em vista encontrar regulada a matéria nas disposições dos artigos 478, 479 e 480 do Novo Código Civil, cuja análise se dá a seguir.

3.4.2.1 A resolução do contrato nos termos do artigo 478 e seguintes do Código Civil

“Resolver é uma faculdade do credor e, portanto, depende da sua vontade; não é uma condição que atua de pleno direito, pela simples ocorrência do pressuposto, pois nesta o implemento da condição resolutiva tem eficácia ipso jure”.¹⁶⁴

De se saber que a relação obrigacional é um processo¹⁶⁵ dirigido à realização de um fim, que é a satisfação dos interesses manifestados no contrato. Desse modo, a sua direção principal, “consiste no direito à prestação e correlativo dever de prestar, mas nela também se integra, como elemento subsidiário, a responsabilidade, pois se trata de uma relação complexa, 'verdadeiro processo que se desenrola no tempo'”.¹⁶⁶

Entretanto, “a normalidade do desdobramento programado e tendente ao adimplemento poderá frustrar-se por fatores negativos surgidos contemporaneamente à celebração, ou a ela superveniente”.¹⁶⁷ A resolução

¹⁶⁴Pontes de Miranda. *Tratado de Direito Privado*. v. V, Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, p. 146

¹⁶⁵A concepção de obrigação como processo, cabe anotar, foi acentuada Clóvis do Couto e Silva, em sua *A obrigação como processo*. São Paulo: José Buschatsky Editor, 1976, p. 10.

¹⁶⁶VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. v. I, 3. ed., Coimbra: Almedina, 1980, p. 141

¹⁶⁷AGUIAR JUNIOR, Rui Rosado de, in *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1991, p. 18. Esclarece o autor que entre os primeiros (fatores negativos contemporâneos à celebração) estão os vícios invalidantes do ato, causadores de nulidade (impossibilidade absoluta da prestação), de anulabilidade (vícios de consentimento, por erro, dolo, coação, fraude) ou de invalidade por vício redibitório. O ato existiu, mas é inválido, com ineficácia ampla (atos nulos) ou mera ineficácia (como os atos anuláveis). (...) Independentemente desses fatos, há ainda os que surgem depois de celebrado o

é uma dessas causas de frustração da expectativa da efetiva realização do fim obrigacional.

Em sua *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, Rui Rosado de Aguiar Júnior, definiu a resolução como um “instituto do Direito das Obrigações, conseqüência de fato superveniente à celebração do contrato, com efeito extintivo sobre relação bilateral”.¹⁶⁸

Antes porém de se adentrar na perscrutação da resolução por onerosidade excessiva propriamente dita, necessário se faz apontar para o significado contextualizado dos institutos da resolução e rescisão, uma vez que se costuma indiscriminadamente tratá-los como se sinônimos fossem, ainda que tenha o novo Código Civil intuito minimizar o problema ao alterar significativamente o regime da resolução contratual. Veja-se, por exemplo a dicção do artigo 475, que substitui o antigo artigo 1092, *verbis*: “a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”.

3.4.2.1.1 Rescisão

Dá-se a rescisão do contrato quando é verificado vício contemporâneo à sua celebração. Isto é, na rescisão há um problema no instrumento jurídico em razão de uma situação existente à época da formação do ajuste.¹⁶⁹

contrato e atingem a relação, retirando-lhe eficácia. São fatos supervenientes que atuam no plano da simples ineficácia (resolução, revogação, distrato, denúncia, extinção ipso jure, arrendimento e prescrição).

¹⁶⁸ op.cit., p.16

¹⁶⁹ USTARROZ, Daniel. op.cit., p. 140

Em realidade, preleciona Araken de Assis, “a rescisão constitui modalidade de abertura de negócio jurídico ante defeito anterior à contratação, como deflui do chamado vício oculto ou do objeto”.¹⁷⁰

Diferente não é a lição de Orlando Gomes ao admitir que “rescisão é ruptura de contrato em que houve lesão. Não é sempre que a lesão determina a dissolução do contrato, porquanto pode ser salvo, restabelecendo-se o equilíbrio das prestações com a suplementação do preço (...) Outra hipótese da rescisão é a do contrato estipulado em estado de perigo, muito semelhante à anulação pelo vício da coação. Não se confundem, todavia, porque a rescisão requer, para ser decretada, o concurso de dois elementos: a) ciência, por uma das partes, do estado de necessidade em que se encontra a outra; b) a iniquidade das condições nas quais as obrigações são contraídas”.¹⁷¹

Em suma, e de acordo com o autor em referência, a rescisão requer o conhecimento de uma das partes do estado de necessidade em que se encontra a outra e da iniquidade das condições na quais as obrigações são assumidas.

Credita-se a confusão entre os institutos da rescisão e resolução à imprecisão do parágrafo único do artigo 1.092 do Código Civil de 1916, que equivocadamente invocava a rescisão, quando pela mensagem textual se concluía pela resolução.¹⁷²

¹⁷⁰ *In Resolução do contrato por inadimplemento*. 3 ed. São Paulo: RT, 1999, p. 77.

¹⁷¹ *Contratos*. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 188.

¹⁷² “a parte lesada pelo inadimplemento pode requerer a rescisão do contrato com perdas e danos”. O termo rescisão, aí erro crasso, deve ser evitado. De resolução é que se trata, advertia Pontes de Miranda, em seu *Tratado de Direito Civil*, v. 35, cit., p 337.

3.4.2.1.2 Resolução.

Carlos Alberto Gherzi define a resolução como o modo de extinção do contrato em decorrência de um fato posterior à celebração do contrato e que foi previsto pela lei ou pelos contratantes, em forma expressa ou tácita e com efeito retroativo.¹⁷³

Rui Rosado de Aguiar Júnior, nessa linha de raciocínio, diz tratar-se a resolução de “um modo de extinção do contrato, derivado da lei (resolução legal) ou do contrato (resolução convencional), que tem sua causa no fato superveniente do incumprimento da obrigação, ou da modificação da base do negócio, produzindo efeitos retroativos e dependente de manifestação de vontade do interessado, a ser efetivada normalmente através de um procedimento judicial ou extrajudicial”.¹⁷⁴

Dessas definições se inferir, que o alcance da resolução se dá tanto pelo traçado da via legal quanto pelo da via convencional. Diz-se legal aquela que encontra fonte na lei, enquanto convencional, aquela decorrente da vontade das partes, por meio de previsão de evento específico no corpo contratual.

O efeito específico da resolução é extinguir o contrato retroativamente (*ex tunc*). Um vez extinguida a relação contratual pela resolução, apaga-se o que se executou, devendo-se proceder a devoluções recíprocas, se couberem, isto se o contrato for de execução instantânea ou diferida. Se o contrato for de execução continuada a resolução não

¹⁷³ *Contratos civiles e comerciales*. t. I, Buenos Aires: Astrea, 1994, p. 268.

¹⁷⁴ *op.cit.*, p. 22

repercute efeito em relação ao passado: as prestações adimplidas não se restituem.¹⁷⁵

Assim sendo, resolvida a relação obrigacional atingida pelo descumprimento, quer legal ou convencionalmente, retornarão as partes à condição anterior à formação do negócio jurídico, desconstituindo a eficácia do negócio retroativamente, isto é, *ex tunc*.

A resolução, ainda, além de provocar a ruptura da ferramenta de contrato, obriga o responsável às perdas e danos. A parte que se sentir prejudicada pode postular a resolução e reparação de danos, abrangendo-se aí os danos emergentes e os lucros cessantes. Ressalva, apenas, para os direitos de crédito adquiridos por terceiro entre a conclusão e a resolução do contrato, vez que prejudicados pela resolução. “Se o terceiro adquiriu direito de natureza real este não se resolve por via de consequência. O credor, nesse caso, pode pedir indenização do dano que sofreu”.¹⁷⁶

No que se refere às suas causas, há de se vislumbrar a resolução quer em razão de inadimplemento (artigo 475 do CC) quer em razão de onerosidade excessiva sobrevinda a uma das prestações (artigos 478 a 480 do CC), esta sim de interesse deste ensaio.

3.4.2.2 Resolução por onerosidade excessiva

“Nesse contexto, abre-se campo a uma nova figura, que é a da resolução do contrato como um dos meios de preservar o equilíbrio contratual . Hoje em dia, praticamente só se

¹⁷⁵GOMES, Orlando. op.cit., p. 170/180.

¹⁷⁶GOMES, Orlando. op.cit., p. 170/180.

pode rescindir um contrato em razão de atos ilícitos. O direito de resolução obedece a uma nova concepção, porque o contrato desempenha uma função social, tanto como a propriedade. Reconhece-se assim, a possibilidade de se resolver um contrato em virtude do advento de situações imprevisíveis, que inesperadamente venham a alterar os dados do problema, tornando a posição de um dos contratantes excessivamente onerosa. Tal reconhecimento vem estabelecer uma função mais criadora por parte da justiça em consonância com o princípio da eticidade, cujo fulcro fundamental é o valor da pessoa humana como fonte de todos os valores”.¹⁷⁷

Ab initio, insta salientar que na atualidade a elaboração teórica de maior envergadura nos ordenamentos jurídicos é a denominada teoria da onerosidade excessiva. De desenvolvimento italiano, desde 1942, encontra repouso no artigo 1.467 do Código Civil peninsular, sendo motivo inclusive de inspiração legislativa para outras nações, dentre as quais a do Brasil.

Efetivamente, dizem os artigos:

“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 eqüitativamente as condições do contrato.

¹⁷⁷ REALE, Miguel. *O projeto de Código Civil no Senado Federal*. Brasília: Senado Federal, 1998, v. 1:29.

“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”.

Da leitura e observação dos dispositivos supra transcritos, fácil depreender quais as exigências reclamadas pelo legislador para a resolução do contrato por onerosidade excessiva, em consequência de fatos imprevistos:

- i. Essencialmente, sua ocorrência dar-se-á nos contratos de execução continuada ou diferida;
- ii. De modo objetivo, é necessária a existência concomitante de prestação excessivamente onerosa para uma das partes e a “extrema vantagem para a outra”, em virtude de “acontecimentos extraordinários e imprevisíveis”;
- iii. O devedor poderá pedir a resolução do contrato, admitindo-se a alternativa ao réu de evitá-la, oferecendo-se para “modificar equitativamente as condições do contrato”;
- iv. O reconhecimento da onerosidade excessiva será necessariamente por sentença, cujos efeitos deverão retroagir à data da citação;
- v. Nos contratos unilaterais, a parte a quem couber executá-lo poderá pleitear que a “sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva”.¹⁷⁸

¹⁷⁸RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz., op.cit., p. 155.

3.4.2.2.1 O artigo 478 do Código Civil: resolução por onerosidade excessiva e seus efeitos.

Como referido anteriormente, a resolução tem o escopo de desnaturar a relação obrigacional, extinguindo-a, provendo à partes sua recondução ao estado em que encontravam antes da formação do negócio. Com efeito, no caso específico da resolução por onerosidade excessiva, informa o artigo 478 do estatuto civil que os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação, sem prejuízo, em razão disso, da restituição das prestações realizadas.

Isto porque, lembre-se, além de a resolução desconstituir a celebração (*ex tunc*) gera dois efeitos principais: libera o credor e devedor das obrigações correspectivas e permite a restituição das prestações efetuadas”.¹⁷⁹ Essa a idéia ínsita no artigo 478 do Código Civil. Há de se anotar, ainda, que, à parte que não puder restituir, cabe o exercício do direito de resolução, tendo em vista que a restituição das prestações realizadas é seu efeito, não pressuposto.

Especialmente quanto à restituição da prestações efetuadas, conseqüência da recondução dos contratantes à situação que se encontravam antes da formação do vínculo, de se atentar direcionar-se a eficácia do comando normativo para os contratos de execução diferida ou continuada.

Nos primeiros, como no caso da venda e compra de um bem, dado em garantia fiduciária, cuja execução tenha se tornado excessivamente onerosa, a resolução apontará para a devolução do bem e

¹⁷⁹ MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*. 3 ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, t. 25, p. 306/307.

ressarcimento das prestações realizadas, abatido do reembolso o valor da depreciação. Nessa hipótese, cabe observar, que o comando normativo do artigo 478 perderá em parte sua força, uma vez que, em virtude da devolução da coisa, a restituição das parcelas liquidadas retroagirá necessariamente até o momento inicial de formação da relação jurídica, e não até a data da citação somente.

Diferente a ordem, contudo, para os casos de contratos de execução duradoura ou continuada, quando ferida sua função econômica por circunstâncias anormais. Nessa hipótese contratual, explica Laura Coradini Frantz, “a regra de que os efeitos da resolução serão *ex tunc* deverá ser excepcionada, uma vez que somente poderão operar 'para o futuro, mantendo-se íntegras as prestações recíprocas já efetivadas. É o que se chama de resilição' (para os casos de inadimplemento), cujos efeitos, por analogia, deverão ser equiparados para os casos de resolução por onerosidade excessiva”. Os contratos de seguros, de planos de saúde, de locação de bens, fornecimento de energia são exemplos desses sinalagmas de execução duradoura ou continuada, no qual as prestações se renovam no tempo.

No mais, Rui Rosado assevera que a restituição ou sua possibilidade não é propriamente condição da ação de resolução, é apenas um efeito, de modo que se houver impossibilidade de restituição do bem ou do serviço, cumpre-se pelo equivalente. É o que ocorrerá na hipótese de perdimento ou deterioração da coisa, com ou sem culpa do devedor da obrigação de restituir, isto porque, no interregno do lapso contratual, possuiu a coisa como se dono fosse, motivo bastante para que arque os riscos.

Outra questão que merece esclarecimento diz respeito ao exercício do direito de indenização, existente na resolução por inadimplemento imputável ao devedor, nas hipóteses de onerosidade excessiva. A resposta é negativa, denotando-se inexecutável indenização à espécie – resolução por onerosidade excessiva da prestação –, pelo fato da inexistência de descumprimento ou mesmo impossibilidade da prestação pelo devedor. Garante-se direito tão só à restituição, mas não à indenização. “Só há indenização pelos danos para o caso de resolução com culpa do devedor. Nas situações em que há perda do interesse do credor por fato não imputável ao devedor, há resolução, mas não indenização. Igualmente nas hipóteses de resolução por onerosidade excessiva”.¹⁸⁰

3.4.2.2.2 O artigo 479 do Código Civil: a *reductio ad aequitatem*

A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar eqüitativamente as condições do contrato, é o que preconiza a norma em comento. Restabelecer-se às condições iniciais de paridade do sinalagma, por meio de oferta equânime do réu e, precipuamente, com vistas à preservação da relação jurídica obrigacional, é, portanto, a proposta deste dispositivo de lei, de igual inspiração italiana.

Em seu estudo a respeito da natureza jurídica da oferta de *reductio ad aequitatem*, se substancial ou processual, e respectivo alcance, Laura Coradini Frantz, apresenta-nos, em suas conclusões, a tese firmada pela jurisprudência do *Supremo Collegio*, admitindo que o caráter da oferta é de natureza processual, parte do princípio de que o poder de modificar o

¹⁸⁰AGUIAR JUNIOR, Rui Rosado, op.cit., p. 262

contrato se exercita dentro do processo e que o efeito do seu exercício é exclusivamente processual.¹⁸¹

No mais, a oferta de modificação eqüitativa do contrato tem por finalidade precípua reconduzir à eqüidade a base econômica da relação, restabelecendo o equilíbrio do negócio jurídico, não sendo necessário que a *reductio* consista obrigatoriamente em dinheiro, para mais ou para menos, “podendo ser uma variação da prestação ou mesmo de sua modalidade, desde que apta a mudar a relação de valores entre as prestações”.¹⁸²

De se ter em mente também que a *reductio ad aequitatem* é uma proposta ofertada pelo réu na ação de resolução por onerosidade excessiva superveniente a ser aceita ou não pelo autor da demanda. Caso ignore a proposta, não a aceitando, sua ponderação será encaminhada ao magistrado, que, sem se valer de valoração subjetiva, sopesará as circunstâncias anormais à álea e a conseqüente alteração da base negocial.

Eventualmente, no caso do autor da demanda negar a oferta do demandado e esta reconduzir à eqüidade contratual, a sentença a se exarar será de eficácia constitutiva.

Outra questão a se considerar na *reductio ad aequitatem*, diz respeito à sua medida, quer-se dizer, o limite a se conferir à eqüitativa mudança das circunstâncias supervenientes. A jurisprudência italiana mais atual orienta-se no sentido de que “o demandado não é obrigado a fazer uma oferta que restaure exatamente o equilíbrio inicial entre as prestações,

¹⁸¹op. cit., p. 150

¹⁸²FRANTZ, Laura Coradini, op. cit., p. 150

pois a resolução do contrato somente é permitida se as prestações recíprocas se tornaram onerosas e se essa alteração ultrapassar a denominada álea normal do contrato. A oferta sim, deve propiciar que o contrato volte a ser uma relação sinalagmática tal que não possibilite ao prejudicado propor ação de resolução por onerosidade excessiva”.¹⁸³

Demais disso, discute-se na *reductio ad aequitatem*, ainda, não só a respeito do sentido a se emprestar à palavra “eqüidade”, como também o alcance da esfera de atuação do magistrado. No primeiro caso, de ser entendida a eqüidade como um critério técnico tão somente, uma vez que, nessa hipótese, em razão de não se atribuir ao magistrado nenhuma sorte de discricionariedade, pois não se cogita da objetivação de um juízo de eqüidade, ela assume um significado não de justiça do caso concreto, mas de equilíbrio da relação obrigacional.

Neste sentido, a observação de Augusto Pina, *verbis*:

“Por equidad, en el sentido atribuído en el art. 1467, non se puede entender ni el conjunto de los supremos principios de justicia, ni numa desviación de lo que se habría dispuesto jurídicamente si no hubiera la norma; ahora se añade que del artículo 1467 no resulta que al término equidad se le haya querido atribuir otro significado que ya se le há atribuído alguna vez, y que indicaría en el juez un poder de decidir el caso concreto sin aplicar una norma jurídica formulada precedentemente, y de crear así el

¹⁸³FRANTZ, Laura Coradini, op. Cit., p. 151

derecho para cada caso, puesto que no se trata aquí de crear una norma que ya existe”.¹⁸⁴

Nesse caminhar também a jurisprudência italiana,

“L’indagine del giudice deve essere condotta attenendosi a criteri estimativi oggettivi di carattere tecnico, e non soltanto con un mero criterio di equità”.¹⁸⁵

Daí se deprender que a intervenção do juiz na *reductio ad aequitatem* deve limitar-se a analisar se as mudanças ofertadas pelo demandado são hábeis a equacionar a relação jurídica contratual, integrando eventuais deficiências, inadmitida sua intervenção na oferta efetuada, em que pese hodiernamente vir admitindo a jurisprudência italiana a possibilidade de o magistrado determinar qual a melhor solução à recondução da equidade, se porventura a proposta ofertada pelo demandado seja por ele reputada inidônea.

Por fim, partindo do pressuposto de que a possibilidade de revisão prevista no artigo 479 da lei civil brasileira é alternativa, de se ter em pensamento, que não haverá um “poder-dever revisional do juiz, cujo papel ativo está, *prima facie*, em decidir se a modificação proposta é equitativa, ou não, pesando sobre o réu a ameaça de resolução”.¹⁸⁶

Não se olvidar, ademais, que essa possibilidade de se evitar a resolução por onerosidade excessiva, oferecendo-se o réu a modificar

¹⁸⁴ *La excesiva onerosidad de la prestación*. Trad. Frederico Mallol. Barcelona: Bosch, 1959, p.109.

¹⁸⁵ Cass. 9/10/89, n. 4023, *GI*, 1990, *apud* MARTINO, Valéria. *La risoluzione per eccessiva onerosità*. In: CEDON, Paolo (Org.). *I contratti in genere*. Torino: UTET, 2000, t. 13, p. 575.

¹⁸⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A revisão judicial dos contratos no novo código civil brasileiro*, cit., p. 158.

eqüitativamente as condições iniciais do sinalagma, está de acordo com os princípios de conservação da relação jurídica, observados tanto os princípios da boa-fé e da socialidade quanto o do equilíbrio econômico que entoam a execução do contrato.

3.4.2.2.3 O artigo 480 do código civil: possibilidade de redução da prestação ou alteração de modo de sua execução, a fim de evitar a onerosidade excessiva da prestação, quando em um contrato couberem as obrigações a apenas uma das partes

O artigo em referência, conforme já relatado anteriormente, volta direção aos contratos unilaterais, negócios jurídicos cuja eficácia gera obrigação para uma só pessoa. Desse modo, um dos contraentes tem direitos e o outro deveres. O peso do contrato é suportado exclusivamente por uma das partes, sendo os seus efeitos somente passivos de um lado, e somente ativos de outro.¹⁸⁷

De se considerar, todavia, que a doutrina, ainda, que pouco expressiva, chegou a excluir do campo de incidência da imprevisão os contratos unilaterais, uma vez que impossível à onerosidade excessiva existir longe da natureza bilateral do negócio jurídico. A própria idéia de equivalência e de sinalagma tornaria impeditiva a aplicação da *rebus sic stantibus* nos contratos unilaterais.

Nesse sentido a crítica de Caio Mário da Silva Pereira, quando ainda dependente de aprovação a nova lei civil.

¹⁸⁷MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Trad. R. O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo. E M. Volterra. Bueno Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, v. 2, p.413.

“O anteprojeto segue de perto a redação do meu Projeto de 1965. Dele se afasta em dois pontos, e com isto piora. O primeiro, no tocante aos contratos aleatórios, que não comportam a teoria da imprevisão. E, se o novo Código o omitir, como fez o Anteprojeto, irá reabrir a vacilação jurisprudencial, inevitavelmente. O segundo, no atinente aos contratos unilaterais. Estes não admitem a resolução por onerosidade excessiva, mas tão-somente das prestações exageradas. O Anteprojeto, entretanto, não as exclui”.

A comissão organizadora do novo Código Civil, presidida por Miguel Reale, em resposta às críticas desferidas por Caio Mário da Silva Pereira, escreveu que essa espécie contratual, referindo-se aos aleatórios, por ela mesma, já afasta de si os efeitos da onerosidade excessiva, e cita o preceito do artigo 458¹⁸⁸ do Código. Por isso então a desnecessidade de se ter repisado o instituto na seção que trata da resolução por onerosidade excessiva (Seção IV, Capítulo II, Título V), mais ainda se se considerar que, por princípio de hermenêutica, não pode haver divergência entre dispositivos de uma mesma lei.

De volta à discussão, em vista do teor normativo empregado no artigo 480 da novel legislação civil, não restam dúvidas quanto à possibilidade de aplicação da *rebus sic stantibus* em casos de contrato em que as obrigações caibam a apenas uma das partes, como anteriormente alertado.

Não obstante a isso, há que se ressaltar que modernamente existe na doutrina uma tendência ao abandono dessa distinção formal dos

¹⁸⁸art. 458. “Se o contrato for aleatório, por dizer respeito a coisas ou fatos futuros, cujo risco de não virem a existir um dos contratantes assumiu, terá o outro direito de receber integralmente o que lhe foi prometido, desde que sua parte não tenha havido dolo ou culpa, ainda que nada do avençado venha a existir”.

contratos ou aos seus aspectos onomásticos, conferindo-se maior prestígio à sua execução, fase em que melhor se pode observar a ocorrência dos pressupostos de admissibilidade da imprevisão.¹⁸⁹

Nesse sentido Othon Sidou, *verbis*:

“os códigos de feição mais moderna afastaram a menção à unilateralidade e à bilateralidade dos contratos, e o que é objeto de um capítulo no vigente Código Civil brasileiro, desapareceu do congêneres português, do Projeto de Código das Obrigações e do Projeto de Código Civil, ambos pátrios, em desfavor destes, que anda esparsamente lhes fazem referência”.¹⁹⁰

Entretanto, é de se salientar que a unilateralidade do contrato apenas autorizará sua revisão ou resolução se lhe transparente a onerosidade, com aposição de vantagem extremada para um dos contratantes e prejuízo exagerado para o outro.

Disso tudo, concluir-se que somente aos contratos bilaterais e aos unilaterais onerosos se aplica a imprevisão.¹⁹¹

¹⁸⁹MORAES TEPEDINO, Maria Celina Bodin de. *O procedimento de qualificação dos contratos e a dupla configuração do mútuo no direito civil brasileiro*. Revista Forense, Rio de Janeiro: Forense, v. 309, p. 33/61, jan/fev/mar 1990.

¹⁹⁰A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas: teoria da imprevisão contratual (*cláusula rebus sic stantibus*): interpretação dos negócios jurídicos (contratos de adesão): dos efeitos da fiança (benefício de execução – benefício de ordem): limitação de responsabilidade do empresário individual (*empresa individual de responsabilidade limitada*). 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984.

¹⁹¹VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. v. 2. São Paulo: Atlas, 2001, p. 416.

3.4.3. O direito estrangeiro

No plano internacional, duas são as correntes que se voltam à imprevisão: a dos países que a admitem (revisionistas) e a dos países que não a admitem (não-revisionistas). Entre os revisionistas, destaque para a Alemanha, Itália, Portugal, Suíça, Polônia, Holanda, Argentina, Bolívia, Peru e Paraguai; entre os não-revisionistas, destaque para França, Bélgica, Japão, Uruguai. Estados Unidos e Inglaterra, encontram-se entre os que não se enquadram em qualquer dessas correntes.

Outrossim, cabe anotar, que o estudo que se pretende a seguir não assume o caráter comparativo, mas tão só o informativo, estando, ademais, limitado à algumas das nações supra-referidas, dentre as quais Itália, Alemanha, França, Portugal e Argentina.

3.4.3.1 O direito italiano

A legislação estrangeira, por sua vez, mostra-nos os elementos constantes que devem estar presentes na revisão. Como tantos outros, também o Direito italiano sofreu marcante influência do Código Napoleônico. O teor normativo do artigo 1.123, do diploma de 1865, sinalizando que os contratos tinham força de lei para aqueles que os celebrassem, só podendo ser revogados por mútuo acordo ou por razões legais, é exemplo dessa influência. A base de sustentação da teoria revisionista, porém, vem do conteúdo de seu artigo 1.124, onde se estabelece que “(...) os contratos devem ser executados de boa-fé e obrigam não só a quanto está neles expresso mas ainda a todas as conseqüências que, segundo a eqüidade, o uso ou as leis deles deriva”.

Ressalta-se, todavia, que os estudos a respeito da imprevisão nos que seguiram à vigência do *Codice Civile* foram escassos, tornando-se assunto praticamente sem importância. Só a partir do último decênio do século XIX é que se tem o florescimento da *rebus sic stantibus*, com a publicação de estudos criteriosos sobre o alcance e fundamentação da imprevisão. Dentre essa sorte de estudos, destaque para Giuseppe Osti com a sua teoria da vontade marginal ou superveniente, já analisada linhas acima.

Seguindo a direção de Osti, seguiram Dusi e Giovene, também apresentando formulações voluntaristas da cláusula *rebus sic stantibus*. De maneira geral, e contando com os pressupostos teóricos por eles plantados, procuraram esboçar uma solução para o problema da alteração de circunstâncias em um contrato. As críticas às suas elaborações partiram de Elio Osilia e Giuseppe Pugliese, chegando a afirmar o primeiro que a teoria da superveniência não estaria implícita, quer racionalmente, quer legalmente nos contratos de execução continuada ou diferida. Nem por via legislativa seria conveniente se adotar o conceito de superveniência, escrevia o autor. Do outro lado, Pugliese, afirmando que a espinha dorsal da disciplina obrigacional seria destruída, caso adotada.

Contudo, em 1942, o novo Código Civil italiano sela nos artigos 1.467, 1.468 e 1.469, em definitivo, a onerosidade excessiva como uma das causas de resolução dos contratos, com o privilégio ainda de ser a primeira nação do mundo a admitir a imprevisão em ordenamento.

De acordo com J. M. Othon Sidou, do sistema revisionista italiano, constata-se: “que é mantida na pureza histórica a cláusula *rebus sic stantibus*, inclusive abrangendo a imprevisão e superveniência como

elementos do contexto volitivo; que apenas à parte onerada incumbe a iniciativa; que a rescisão é erigida em tônica da demanda, constituindo exceção o reequilíbrio obrigacional; que são excluídos os contratos aleatórios; e, finalmente, que a prestação opera *ex nunc*, sem qualquer efeito retroativo”.¹⁹²

3.4.3.2 O direito alemão

Com a deflagração da I Grande Guerra, no início do século passado, como em todo o continente europeu, via de regra, dá-se nascimento as mais variadas construções doutrinárias alemãs, com vistas à satisfação das exigências de justiça e equidade. Otto Lennel é destaque deste período, sendo dele a seguinte asserção, quando da análise do que chamou de “o verdadeiro papel do juiz contemporâneo”, dentro dos limites do seu poder de revisão:

“A nova época impõe ao juiz o dever de procurar a solução do processo, não somente do ângulo abstratamente jurídico, mas também dos pontos de vista econômico e coletivo. Oferecendo ao juiz numa escala cada vez maior, a possibilidade de intervir nos contratos de maneira construtiva, substitui-se o velho juiz, cuja atividade consistia essencialmente na interpretação e aplicação das regras de Direito, pelo novo juiz, que está chamado a intervir de maneira ativa e construtiva na vida econômica”.¹⁹³

¹⁹² *Resolução Judicial dos Contratos e contrato de adesão no direito vigente e no projeto de Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 63.

¹⁹³ *Revista de Derecho Privado* 118/206 *apud* BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão no Direito Civil e no Processo Civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 462.

O princípio do revisionismo contratual, vale dizer, nunca sofreu desprestígio da doutrina alemã, sendo sempre bem aceito. A boa-fé e a equidade davam-lhe assento.

Depois de muitas formulações, é com a construção teórica de Paul Oertmann, com sua *base do negócio jurídico*, de 1921, que o direito alemão encontra novo fundamento para a determinação da natureza jurídica da imprevisibilidade.

A teoria, cuja análise já nos detivemos a fazer, entendia que as “representações mentais” que as partes contratantes tiveram como certas por ocasião da contratação, quanto a serem fundamentais para a disposição de contratar, deveriam, caso surgissem outras que não tivessem sido conhecidas, ser constituídas pelos interessados, como base do contrato. Previa também a possibilidade de extinção do contrato a pedido da parte que sofre prejuízos, caso se verificasse a incompatibilidade com a representação mental, da circunstância não prevista ou não conhecida pelas partes na ocasião da celebração.

Embora aceita por muitos, a doutrina predominante não se harmonizou inteiramente com os princípios que a fundamentavam, sofrendo inúmeras críticas. Larenz, um de seus opositores, complementou-a posteriormente, buscando distinguir bases objetivas e subjetivas na relação negocial.

Apesar das críticas que a teoria de Oertmann sofreu, não foi desprezada pelo Tribunal do *Reich* que a acolheu em 1923, expressamente, tratando-se de instituto reconhecido e estabelecido na jurisprudência alemã. De modo geral, em que pese o *BGB (Código Civil*

alemão) não ter cuidado da imprevisão, de maneira expressa, a doutrina deu cobertura completa à imprevisibilidade no § 242, que textualmente dispôs: “(Prestação: cumprimento segundo a boa-fé). O devedor está obrigado a efetuar a prestação como a exige o princípio da boa-fé, considerando os usos e costumes”.¹⁹⁴

Esta a base normativa, portanto, para a aceitação do princípio, cujo vigor enfatiza a boa-fé. Nada obstante a isso, de se relevar que a jurisprudência germânica conta um vasto manancial, para empregar a teoria revisionista, encontrável em vários dispositivos do *BGB*, a considerar os §§ 119, 157, 275, 306, 315, 343.¹⁹⁵

3.4.3.3 O direito francês

Conforme já se teve oportunidade de concluir, a evolução da teoria da imprevisão na França, nos dois últimos séculos, seguiu por veredas diferentes. Depois da edição do *Code Civil*, a jurisprudência francesa admitiu, em casos específicos, a modificação ou resolução de contratos em razão de fatores supervenientes à álea negocial. No entanto, essa tendência foi sendo deixada de lado, a partir da segunda metade do século XIX, em respeito à intangibilidade do conteúdo contratual.

¹⁹⁴É de se salientar que Larenz discorda com a orientação de se buscar na boa-fé o suporte legal da teoria da base do negócio jurídico, porque, ao assim se entender, conferi-se-ia ao instituto esfera de aplicação demasiadamente ampla, quando de fato deveria ser reservado para casos específicos, apenas. (*in Base del negocio juridico y cumplimiento de los contratos*, cit. p. 223/224).

¹⁹⁵§ 119. “quem, ao enunciar uma declaração de vontade, estava em erro sobre o seu conteúdo, poderá impugná-la, caso se possa admitir que não a teria enunciado se tivesse conhecimento do estado de coisas tidas como essenciais (...)”; § 157. “os contratos devem ser interpretados como o exige a boa-fé, atendendo-se aos usos e costumes”; § 275. “a impossibilidade posterior ao nascimento da obrigação é igualada ao do devedor, em relação à que se surgir depois do seu nascimento – aplicação analógica”; § 306. “é nulo o contrato direcionado para prestação impossível; § 315. “possibilidade de revisão pelo juiz, com base na equidade, na dúvida quanto ao estabelecimento da prestação deixada a critério de uma das partes; § 343. “decisão judicial para redução de multa excessiva”. (*in BORGES, Nelson. A teoria da imprevisão do Código Civil e no Código de Processo Civil*, cit., p. 464 e 466).

A teoria ressurge na área do Direito Público, com a célebre decisão de 30.3.1916 do Conselho de Estado Francês, em solução ao litígio anelado entre a prefeitura de Bordeaux e Compagnie Générale d'Eclairage daquela cidade. Em 21 de janeiro de 1918, edita-se a *Loi Failliot* admitindo, em virtude das transformações econômicas e sociais promovidas pela I Guerra, a resolução de alguns contratos cuja execução depreendesse oneração excessiva.

Independentemente dessa, há inúmeros outros exemplos de leis e decretos franceses que interferem no desdobro da relação jurídica contratual, quer relativos à locação de imóveis rurais e urbanos, quer a contratos de trabalho ou, ainda, a empréstimos hipotecários. No entanto, vale lembrar, que tais medidas assumiram o caráter de excepcionalidade e não de solução geral e satisfatória.

Nada obstante, há de se concluir que a revisão judicial dos contratos tem encontrado seu espaço nos tribunais civis franceses, ainda que reservadamente e sem o emprego das expressões *rebus sic stantibus* ou teoria da imprevisão. De outro turno, há que se ter em mente que no âmbito do direito público, a jurisprudência convive pacificamente com a revisão contratual em casos de alteração por fatores supervenientes.

3.4.3.4 O direito português

O vigente Código português, ensina Venosa¹⁹⁶, avançou no alcance dessa figura jurídica, obtendo uma forma mais vinculada ao negócio jurídico em si e ao princípio da boa-fé, realçando com propriedade a alteração das circunstâncias do contrato. O artigo 437 dispõe:

¹⁹⁶op. cit., p. 419.

“1. Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa-fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato. 2. Requerida a resolução, a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato nos termos do número anterior.

“2. Requerida a resolução, a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato nos termos do número anterior”.

O artigo 438 seguinte previne que a lesada não poderá se valer da resolução ou modificação do contrato se porventura, ao tempo da alteração das circunstâncias, estiver em mora.

3.4.3.5 O direito argentino

O Código argentino, na segunda parte do artigo 1.198, dispõe:

“Nos contratos bilaterais comutativos e nos aleatórios onerosos de execução diferida ou continuada, se a prestação a cargo de uma das partes se tornou excessivamente onerosa, por acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, a parte prejudicada poderá demandar a resolução do contrato. O mesmo princípio se aplicará aos contratos aleatórios quando a excessiva onerosidade se produza por causas estranhas ao risco próprio do contrato. Nos contratos de execução continuada a

resolução não alcançará os efeitos já cumpridos. Não procederá a resolução, se o prejudicado tiver agido com culpa ou estiver em mora. A outra parte, poderá impedir a resolução oferecendo melhorar eqüitativamente os efeitos do contrato”.

3.5 A teoria da imprevisão no Código de Defesa do Consumidor

Nosso Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), no artigo 6.º, ao enumerar os direitos básicos do consumidor, dispõe, entre eles:

“V. a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”

Despiciendo frisar que a legislação consumerista, mostrando-se bem diferente das relações entre particulares, abraça a imprevisão plenamente, permitindo, através de seu artigo 6.º, inciso V, a revisão das cláusulas que, em razão de situações supervenientes, mostrem-se excessivamente onerosas para o consumidor, ou estabeleçam prestações desproporcionais.

Como bem ensina Antonio Carlos Efig, “busca o Código de Defesa do Consumidor, com a norma em questão, tornar o contrato de consumo mais justo e equânime, evitando, assim, que distorções de ordem social, financeira ou econômica que afetem a relação contratual, provoquem um desequilíbrio no contrato, e, por via de conseqüência, prejudiquem o consumidor”.

“Efetivamente, com o advento do CDC, o contrato passa a ter seu equilíbrio, conteúdo ou equidade mais controlados, valorizando-se o seu sinalagma. Como ensinam os doutrinadores alemães, sinalagma é um elemento imanente estrutural do contrato, é a dependência genética, condicionada e funcional de pelo menos duas prestações correspectivas. Nesse sentido, no CDC acreditam, o sinalagma não significará apenas bilateralidade, como muitos doutrinadores brasileiros acreditam, influenciados apenas pelo art. 1.102 do *Code Civil* francês. Revivendo suas fontes gregas, a impor uma maior boa-fé nas relações no mercado, conduz o ordenamento jurídico a controlar mais efetivamente este sinalagma e, por conseqüência, o equilíbrio contratual”.¹⁹⁷

E isso, todavia, ensina Nery Júnior, já falamos, aconteceu porque o Código Consumerista alterou a visão clássica do direito privado, embasado no liberalismo do século XIX, relativizando o princípio da intangibilidade do conteúdo do contrato, cunhada na regra milenar do *pacta sunt servanda*, para enfatizar o princípio da conservação do contrato.

Daí o inciso V do artigo 6.º a permitir a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão ante a superveniência de circunstâncias que as tornem demasiadamente onerosas.

Entretanto, aqui, como no direito privado, dependente a aplicação da teoria revisionista do preenchimento de determinados requisitos ou pressupostos De igual modo ao direito comum, indispensável se faz o contrato de execução continuada ou diferida, a fim de se

¹⁹⁷MARQUES, Cláudia Lima. *Notas sobre o sistema de proibição de cláusulas abusivas no Código brasileiro de Defesa do Consumidor (entre a tradicional permeabilidade da ordem jurídica e o futuro pós-moderno do direito comparado)*. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma, v. 1, p. 13/58, jan/mar. 1996.

contemplar o decurso de tempo entre sua celebração e seus eventos posteriores. O sistema dá margem à incidência da imprevisão sobre toda a sorte de contrato de consumo, seja ele bilateral ou unilateral, comutativo e oneroso, tendo em vista o princípio da interpretação mais favorável ao consumidor, que preside o artigo 47 da lei consumerista. A ressalva continua para os aleatórios.

A alteração da realidade econômica, que envolve a mudança de moeda, elevação de taxas de juros, planos de estabilização econômica, tem sido regularmente invocada como suporte à aplicação da teoria revisionista no campo das relações de consumo.

A questão não é tão simples, pelo contrário, é complexa, notadamente em razão da controvérsia que reside na interpretação do artigo 6.º, inciso V, do CDC. Isto porque, há quem compreenda que à aplicação da teoria, mesmo no âmbito das relações de consumo, exige-se, para sua conformação, a conjunção de elementos subjetivos, como o caráter imprevisível dos acontecimentos, e objetivos, como a excessiva onerosidade.

De outro lado, os defensores da onerosidade excessiva, preocupando-se apenas com os elementos objetivos, com dispensa de recurso à ocorrência de fatos supervenientes, sejam anormais, imprevistos, imprevisíveis ou extraordinários.

Em que pese a divergência em torno do preceito, a doutrina e a jurisprudência conformam-se em favor do grupo defensor da teoria da onerosidade excessiva, não sendo necessário que as circunstâncias supervenientes se façam imprevistas, imprevisíveis ou extraordinárias.

Contemporaneamente, observa Fabiana Rodrigues Barletta, “o subjetivismo dos acontecimentos supervenientes deve ceder lugar ao objetivismo de uma situação de excessiva onerosidade, que, se possível, deverá ser afastada por meio dos esforços de integração, dentre os quais se destaca a revisão ou a modificação de dispositivos contratuais a fim de preservar as expectativas dos pactuantes através da conservação do vínculo”.¹⁹⁸

Ademais, segundo Otávio Luiz Rodrigues Júnior, há de prevalecer nos contratos de consumo aspectos tais como a objetivação das relações contratuais, uma vez que em virtude da massificação e padronização dos liames obrigacionais, a compreensão subjetiva quanto ao caráter previsível de eventos futuros, torna-se pouco perceptível. “(...) Assim, a 'quebra do equilíbrio contratual, a ausência de equivalência nas prestações' seriam os fatores, por si mesmos e por suas próprias forças, determinantes da onerosidade excessiva para o consumidor, dando-lhe oportunidade para pleitear, em juízo a revisão contratual, sem que se ocupe da 'comprovação de que o fato seja imprevisível, imprevisto, extraordinário ou mesmo irresistível, mas apenas um acontecimento superveniente, que poderia ter sido previsto e não foi, e que cause onerosidade excessiva para o consumidor’”.¹⁹⁹

No espectro da jurisprudência, há um caso exemplar grave ocorrido no país e que demonstra bem a importância da norma do artigo 6.º, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor. Trata-se do caso daqueles consumidores que, mantendo contrato de financiamento em moeda estrangeira, ou tendo adquirido veículos automotores pela variação do dólar, foram pegos de surpresa com a liberação do câmbio ocorrida em

¹⁹⁸ *A revisão judicial no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 196.

¹⁹⁹ *In Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 168/169.

janeiro de 1999. Com o aumento do câmbio e a desvalorização de nossa moeda, o real, os contratos sofreram acréscimos muito além do que os consumidores podiam suportar. Típico caso de revisão de cláusula contratual, com vistas à substituição do índice de reajuste ali previsto, que tomava o dólar como base, por outro mais adequado à realidade econômica do consumidor, no caso o IGPM, da Fundação Getúlio Vargas, a fim de se preservar o equilíbrio e dar manutenção à avença.

Os tribunais do país, a esse respeito, em maioria pronunciaram:

“ARRENDAMENTO MERCANTIL FINANCEIRO. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. [...] II – DISCIPLINA JURÍDICA DAS OBRIGAÇÕES DE DAR *IN PECUNIA* E PREÇO DO DINHEIRO NOS NEGÓCIOS DE CONSUMO. [...].

Sendo fato público e notório que o Banco Central do Brasil, a partir de janeiro de 1999, adotou regime de taxas de câmbio livre ou flutuante, abandonando o regime de minibandas na administração da política cambial do país, resultando em imprevisível impacto na economia real e acentuada volatilidade no mercado de moedas estrangeiras, com imediata e desproporcional majoração das obrigações contratuais internas indexadas à variação cambial do dólar norte-americano – cuja oscilação chegou ao patamar de 77,68% (1,21 / 2,15) em relação à cotação corrente diante da moeda brasileira (real) procede o pedido revisional fundado na

onerosidade excessiva no negócio firmado (art. 6º, inc. V, do CDC), substituindo-se o indexador cambial pelo IGP-M/FGV (art. 51, § 2º, do CDC)”.²⁰⁰

O STJ, por meio de sua Terceira Turma, em caso análogo decidiu:

“Revisão de contrato – Arrendamento mercantil (leasing) – relação de consumo – Indexação em moeda estrangeira (dólar) – Crise cambial de janeiro de 1999 – Plano real. Aplicabilidade do art. 6º, inciso V, do CDC – Onerosidade excessiva caracterizada. Boa-fé objetiva do consumidor e direito de informação. Necessidade de prova da captação de recurso financeiro proveniente do exterior.

- i. o preceito insculpido no inciso V do artigo 6º do CDC dispensa a prova do caráter imprevisível do fato superveniente, bastando a demonstração objetiva da excessiva onerosidade advinda para o consumidor.
- ii. A desvalorização da moeda nacional frente à moeda estrangeira que serviu de parâmetro ao reajuste contratual, por ocasião da crise cambial de janeiro de 1999, apresentou grau expressivo de oscilação, a ponto de caracterizar onerosidade excessiva que impede o devedor de solver as obrigações pactuadas.
- iii. A equação econômico-financeira deixa de ser respeitada quando o valor da parcela mensal

²⁰⁰ Ap. Civ. n. 70.000.312.397, 14ª Câmara. Civ., Des. Rel. Aymoré Roque Pottes de Mello, TJRS, 9.12.1999.

- sofre um reajuste que não é acompanhado pela correspondente valorização do bem da vida no mercado, havendo quebra da paridade contratual, à medida que apenas a instituição financeira está assegurada quanto aos riscos da variação cambial, pela prestação do consumidor indexada em dólar americano.
- iv. É ilegal a transferência de risco da atividade financeira, no mercado de capitais, próprio das instituições de crédito, ao consumidor, ainda mais que não observado o seu direito de informação (art. 6º, inc. III, e 10, *caput*, 31 e 52 do CDC).
- v. Incumbe à arrendadora se desincumbir do ônus da prova de captação de recursos provenientes de empréstimo em moeda estrangeira, quando impugnada a validade da cláusula de correção pela variação cambial. Esta prova deve acompanhar a contestação (arts. 297 e 396 do CPC), uma vez que os negócios jurídicos entre a instituição financeira e o banco estrangeiro são alheios ao consumidor, que não possui meios de averiguar as operações mercantis daquela, sob pena de violar o artigo 6º da Lei 8.880/94”.

Do voto da relatora extrai-se:

“De há muito a doutrina e a jurisprudência assinalam, pacificamente, como implícita nos contratos de execução diferida e sucessiva, a célebre cláusula *rebus sic stantibus*, abreviação

da fórmula *Contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelligentur* – pela qual o poder vinculante do contrato subordina-se à manutenção do estado de fato vigente à época da pactuação.

Daí resultou a teoria da imprevisão, a qual, nas palavras de Arnaldo Medeiros da Fonseca (*in Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*, 2.^a ed., Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943, pp. 13-16), consiste em:

‘(...) investigar, em síntese, se é justo, e em que termos, admitir a revisão ou resolução dos contratos, por intermédio do Juiz, pela superveniência de acontecimentos imprevisos e razoavelmente imprevisíveis por ocasião da formação do vínculo, e que alterem o estado de fato no qual ocorreu a convergência de vontades, acarretando uma onerosidade excessiva para um dos estipulantes’.

A se justificar a aplicação da teoria da imprevisão, faz-se necessário não apenas a superveniência de um acontecimento, mas o seu caráter imprevisível e a excessiva onerosidade resultante. Salienta neste aspecto Orlando Gomes (*in Contratos*, 18.^a edição, Rio de Janeiro: Forense, p. 39):

‘(...) a imprevisão há de decorrer do fato de ser a alteração determinada por circunstâncias extraordinárias.

(...)

Quando, por conseguinte, ocorre a agravação da responsabilidade econômica, ainda ao ponto de trazer para ao contratante muito maior onerosidade, mas que podia ser razoavelmente prevista, não há que pretender a resolução do contratado ou a alteração de seu conteúdo.

Nesses casos, o princípio da força obrigatória dos contratos conserva-se intacto. Para ser afastado, previsto é que o acontecimento seja extraordinário e imprevisível”.²⁰¹

De se ver, portanto, que nas relações contratuais de consumo, a demonstração objetiva da excessiva onerosidade advinda para o consumidor é elemento bastante para justificar a revisão do contrato, com vistas ao seu equilíbrio.

Demais disso, importante ao intérprete que alie ao estudo da excessiva onerosidade superveniente os princípios constitucionais fundamentais, como os da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, constantes do artigo 1.º da Constituição da República Federativa do Brasil, porquê de significação e importância essenciais à concretude do Estado social, cujo escopo se manifesta na preponderância do interesse social e da justiça social por meio do intervencionismo estatal.

²⁰¹RESP n.º 268.661/RJ, j. 16.08.2001. Rel. Min. Nancy Andrighi, DJU de 24.9.2001, p. 296.

3.5.1 Confrontos

3.5.1.1 Entre o caso fortuito e a teoria da imprevisão

Conceitualmente, o caso fortuito e a força maior se distinguem. O primeiro é o acidente produzido por força física ininteligente em condições que não podiam ser previstas pelas partes. A segunda é o fato de terceiro que criou, para a inexecução da obrigação, um obstáculo que a boa vontade do devedor não pode vencer.²⁰²

Não é, porém, a imprevisibilidade que deve caracterizar o caso fortuito, mas sim a inevitabilidade. Ora, como a *vis maior* também é inevitável, juridicamente se assemelham essas duas causas de irresponsabilidade²⁰³.

O caso fortuito se afasta do campo da teoria da imprevisão; ora, enquanto que aquele implica a impossibilidade absoluta, ou total (objetiva), neste se cogita de impossibilidade subjetiva (onerosidade excessiva)²⁰⁴.

3.5.1.2 Entre a cláusula de escala móvel e a teoria da imprevisão

A cláusula de escala móvel é o “mecanismo previsto no contrato, que estabelece uma revisão dos pagamentos, que deverão ser feitos em função das variações do preço de certas mercadorias ou serviços ou do índice geral do custo de vida ou dos salários”. Por esta cláusula, no entanto, adotam os contratantes, no ato da realização do negócio jurídico,

²⁰² Clóvis Beviláqua, *Código Civil dos Estados do Brasil Comentado*, ed. Hsistórica, Rio, 1976, v.2, p. 173.

²⁰³ Clóvis Beviláqua, *ibidem*, p. 174.

²⁰⁴ Arnaldo Medeiros da Fonseca. *Op. cit.*, p. 346.

um mecanismo que indexa a prestação a índice econômico, proporcionando sua escala.

A cláusula de escala móvel aparta-se da teoria da imprevisão, não havendo semelhança entre elas, “pois, enquanto que, por meio desta, o Estado-juiz procede à revisão contratual, independente da vontade de um dos contraentes, aquela é predeterminada pela vontade das partes, tornando factível a revisão do valor do objeto da prestação”.²⁰⁵

Ressalta-se todavia que a questão não é pacífica na doutrina, sendo exemplo claro disso a análise que se fez dos arestos à epígrafe autorizativos à revisão judicial, em virtude da variação cambial do dólar ocorrida em 1999, quando o Banco Central adota o sistema de taxas livres ou flutuantes.

²⁰⁵ Orlando Gomes. *Contratos*. Forense, p. 40.

CONCLUSÃO

O discurso até aqui, submetido de início ao contrato, pilar fundamental da teoria geral do direito privado, não poupou referência à sua conceituação, nem muito menos à sua análise evolutiva e principiológica, marcadas notadamente pela aproximação e consolidação do Estado social e democrático.

A idéia de indivíduo, como centro de preocupações, é substituída pela de homem localizado na sociedade, acentuando-se o predomínio do social sobre o individual, característica principal do mundo contemporâneo, e que o Estado concentra a condução.²⁰⁶

A liberdade de contratar, agora subordinada ao interesse público, tem restringido o seu exercício ao atendimento do bem comum e dos interesses sociais. Será exercida, no entanto, em razão e nos limites da função social do contrato (art. 421, CC).

Deixa de ser o contrato, por isso, um instrumento jurídico de interesses meramente interpessoais ou de operação de proveitos, muito mais se se admitir que o seu conteúdo deve importar nos fins de justiça e de utilidade, em superação do individualismo irrestrito onde permeiam a fragilização do débil e a dominação do mais forte.²⁰⁷

Não se quer afirmar com isso que os princípios clássicos que norteavam a teoria contratual sob o manto do liberalismo, consistentes na

²⁰⁶BURDEAU, Georges. *Lês libertes Publiques*, p. 13 e ss. *Apud* BITTAR, Carlos Alberto. *O direito civil na Constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1991, p.118.

²⁰⁷ALVES, Jones Figueiredo. *A nova teoria do direito contratual no Brasil*. Revista Consultor Jurídico. 17/01/03. Disponível em <http://conjur.uol.com.br/textos/16271>. Acesso em 27/09/03.

autonomia da vontade, força obrigatória e relatividade dos efeitos, foram deixados ao segundo plano, pelo contrário, uma vez que a eles somados outros que os enriqueceram e lhes diminuíram a rigidez, a exemplo do da boa-fé, do equilíbrio econômico e da função social do contrato.

No que toca a este último, atenção especial lhe foi dispensada, em virtude de sua relevância diante do tema aqui enfrentado. De se lembrar que concepção social do contrato apresenta-se, na modernidade, como um dos eixos da teoria contratual. Defronta-se com o antigo princípio *pacta sunt servanda*, exortado expressamente pelos Códigos Civil francês (art. 1.134) e italiano (art. 1.372) para, arrefecendo a autonomia da vontade, promover a concreção de uma justiça comutativa.

Por sua função social, o contrato é submetido a novos elementos integradores de relevância à sua formação, existência e execução, superando a esfera consensual.²⁰⁸

Neste sentido, importante se faz a lição de Mário Aguiar Moura, quando, ao discorrer a respeito da concepção moderna do contrato, acentua a socialização desse modelo jurídico, com prestígio dos valores coletivos sobre os individuais, visando à realização do bem comum, *verbis*

“O contrato fica em condições de prestar relevantes serviços ao progresso social, desde que sobre as vontades individuais em confronto se assente o interesse coletivo, através de regras de ordem pública, inafastáveis pelo querer de ambos ou de qualquer dos contratantes, com o

²⁰⁸ ALVES, Jones Figueiredo. *Novo Código Civil comentado*. FIÚZA, Ricardo (org.). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 373.

propósito maior de evitar o predomínio do economicamente forte sobre o economicamente fraco”.²⁰⁹

De se notar, pois, que ao direito não mais interessa o momento individual, mas o momento social, o instante da relação, pressuposto mesmo da própria existência do direito subjetivo; o individualismo não tem mais sentido.²¹⁰

“l'automia privata non è più la fonte esclusiva del contratto, nel senso che questo è espressione non più di autoregolamento ma di regolamento che hà le sue fonti, oltre che nel contratto, nella legge, negli usi, nell'equità”, asserta Perlingieri.²¹¹

Na perspectiva civil constitucional, diferente não é o comportamento, vez que afastando-se o legislador constituinte do voluntarismo oitocentista, buscou garantir a igual dignidade social como fundamento das relações particulares, em especial as que respeitam o contrato. A exemplo, a defesa do consumidor, erigida como princípio geral da atividade econômica (CF, art. 170, V).

Nesse ponto, destaque para o artigo 6º, inciso V, da lei consumerista, que prevê a teoria da onerosidade excessiva, tema nesse estudo, tratado no capítulo 3.

²⁰⁹In *A função social do contrato*. RT, 630/247-249, abr., 1988.

²¹⁰FERRI, Luigi. *La autonomia privada*. Tradução de Luís Sancho Mendizabal. Madrid. Cuadernos civita. 1991, *apud* GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 120.

²¹¹in *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. Napole. Ed. Scientifiche italiane. 1984. p. 141, *apud* GODOY, Cláudio Luiz Bueno, in *Função Social do Contrato*, Saraiva, 2004, p. 18. Em livre tradução: “a autonomia privada não é mais a fonte exclusiva do contrato, no sentido de que este é a expressão não mais do auto-regulamento, mas do regulamento que tem sua fonte, além do contrato, na lei, nos usos, na equidade”

À axiologia contratual, portanto, passam a integrar a justiça, a igualdade, a solidariedade, e demais valores que, sob o crivo civil-constitucional, são essenciais à tutela da dignidade humana no âmbito da ordem econômica.²¹²

Nessa entroncada noção de abuso da liberdade contratual, assim, compõe-se o princípio da função, ao lado dos da boa-fé objetiva e equilíbrio econômico, como mais um elemento mitigador da injustiça social.

No mais, em que pese a imprecisão doutrinária que subsiste em torno da definição das bases conceituais da função social do contrato, vale assentar o ensinamento de Rui Rosado Aguiar Júnior, no sentido de que “quando se preceitua que a liberdade de contratar será exercida em razão da função social do contrato (CC 421), simplesmente se admite que a força vinculante da avença não mais se contém na força jurígena da vontade, vez que o “contrato deve ser visto como um instrumento de convívio social e de preservação dos 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”.²¹³

O estudo da função social dedicou-se também a entendê-la como projeção da função social da propriedade. Segundo Miguel Reale²¹⁴, o princípio da função social do contrato é mero corolário dos imperativos constitucionais relativos à função social da propriedade e à justiça que deve presidir a ordem econômica.

²¹²NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos contratos: novos paradigmas*. Renovar. 2006, p. 226.

²¹³AGUIAR JUNIOR, Rui Rosado. *Projeto do Código Civil: as obrigações e os contratos*. RT, São Paulo, número 775. p. 19. 2000.

²¹⁴O Projeto de Código Civil – situação atual e seus problemas fundamentais, cit. p.32.

E tal perspectiva, de acordo com o esposado, é bem delineada pela *littera* do artigo 421 do Código Civil, cuja disposição, por sinal, constitui a projeção do valor constitucional firmado como garantia fundamental dos indivíduos e da coletividade previsto no inciso XXIII, do artigo 5º da Constituição Federal, uma vez que o contrato tem, dentre suas funções²¹⁵, a de instrumentalizar a aquisição da propriedade.

Quanto à operatividade do princípio da função social, mais uma vez a acertada voz de Judith Martins-Costa²¹⁶ ao referir que o valor operativo da função social do contrato assenta não apenas numa atividade interpretativa da disciplina contratual, mas por igual, na integração e na construção das normas contratuais em si consideradas, de tal modo a caber nessa seara, e não só à doutrina como também à jurisprudência, papéis relevantes de complementação e de regulação da disciplina contratual.

Concluir-se daí que, a função social do contrato integra-lhe o conteúdo, de modo a garantir ao ato de vontade respaldo jurídico, desde que, todavia, útil socialmente e subserviente à promoção de valores constitucionais fundamentais, dentre os quais a dignidade humana (CF, art. 1º, III), de que, é certo, o exercício da liberdade contratual não deixa de ser um expressão.²¹⁷

Em meio, pois, a esse novo quadro de funcionalização do direito, donde bem se entender o preceito do artigo 421 do Código Civil,

²¹⁵Mônica Y. Bierwagen, op. Cit, p. 39, no que tange às funções do contrato, assinala que três são as principais: uma econômica, na medida em que representa um instrumento de circulação de riquezas e difusão de bens; outra regulatória, enquanto enfeixa direitos e obrigações voluntariamente assumidas pelas partes; e, por fim, social, considerando que seu exercício dirige-se para a satisfação de interesses sociais.

²¹⁶op. cit., 160.

²¹⁷GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.191.

prossegue a investigação seguindo rumo à análise da onerosidade excessiva nos contratos.

O estudo, particularizado na análise da parte especial do direito obrigacional (contratos), em especial, no que toca à resolução do contrato por onerosidade excessiva (CC, artigos 478 a 480), compreendeu não só os seus aspectos evolutivos e pressupostos de aplicação, como também seleccionou, dentre as teorias que o informam, treze ao todo, sendo pela doutrina comumente subdivididas entre intrínsecas e extrínsecas.

A análise compreendeu, também, a investigação do instituto na esfera da legislação consumerista, exigindo o detalhamento do inciso V, do artigo 6º, da lei 8.078/90. De nossa preocupação, ainda, a análise do instituto no direito comparado, muito embora, como antes dissemos, ter assumido o estudo, pelo menos nesse tópico, muito mais o carácter informativo.

Nada obstante a isso, de se lembrar que historicamente, já desde a Antigüidade, a noção de teoria da imprevisão mostra-se presente na evolução do Direito. Há 2.300 anos, com o Código de Hamurabi, já se tinha conhecimento de sua aplicação. Os romanos dela também cuidaram, apesar de ter sido no medievo que se conheceu sua formulação mais cara “*contractus qui habent tractum successivum dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur*”, difundida, abreviadamente, como “*rebus sic stantibus*”.

Apesar de ter encontrado o seu apogeu na metade do século XVIII, teve configurado seu declínio em virtude da consolidação do Estado Liberal, que preconizava, pautado na liberdade de contratar, a irrestrita responsabilidade pelo ajustado.

Entretanto, é com a afirmação do Estado social e democrático que a *rebus* ganha força e ressurge. Em França, dá-se a sua adoção, em 1916, com a célebre decisão do Conselho de Estado Francês, em solução ao litígio anelado entre a prefeitura de *Bordeuax* e *Compagnie Générale d'Eclairage* daquela cidade. A *Loi Failliot* vem dois anos depois, protagonizando a adoção da teoria da imprevisão, atual roupagem da cláusula *rebus sic stantibus*, ao permitir a resolução de alguns contratos cuja base negocial, em virtude do estado de guerra, modificara-se radicalmente tornando sua execução demasiadamente onerosa.

O Estado social e democrático impõe-se. A idéia de liberdade contratual, constituída sob o crivo da autonomia da vontade, arrefece, vindo a sofrer o direito subjetivo limitação ao seu exercício; o contrato já não é mais imutável, nem regra de controle absoluto às partes, vez que sujeito à interferência legislativa e também judicial, podendo ser revisto. Na advertência de Georges Ripert²¹⁸, o contrato já não é ordem estável, mas eterno vir a ser.

Outrossim, os efeitos do negócio jurídico, com a tutela da atividade negocial pelo Estado, resultam, cada vez mais, da vontade da lei que passa a regulamentá-lo.²¹⁹ A lei de consumo, as teorias do enriquecimento sem causa, da imprevisão, do instituto da lesão nos contratos, princípios da boa-fé e função social da propriedade, são exemplos da instrumentalização do direito, sob a perspectiva do modelo de Estado social e democrático.

A teoria ganha em força e chama atenção de juristas de renome, que a ela passam a se dedicar com vistas à sua fundamentação.

²¹⁸ *O regime democrático e o direito civil moderno*. São Paulo: Saraiva, 1937, p. 313/314.

²¹⁹ BARLETTA, Fabiana Rodrigues, op. cit., p. 58.

Windscheid, Osti, Oertmann, Giovène, Bruzin, Hartmann, Lemann, Coviello, Giorgi, Lenel, Ripert, Voirin, Wendt, Klenke, Gasset e Arnaldo Medeiros da Fonseca são alguns exemplos.

Em que pese a divergência doutrinária, de se frisar que num ponto converge: no da necessidade de se adaptar o contrato, quando atacado por circunstâncias supervenientes graves, ao tempo de sua celebração.

No que concerne a seu espectro de aplicação, pôde-se perceber, que não é a todos os contratos que tem aplicação a teoria revisionista, sendo aplicável, de acordo com a doutrina majoritária, aos contratos comutativos de execução diferida, continuada ou periódica, isto é não pode ter sido executado imediatamente após a sua celebração; dela não se cogita para os contratos aleatórios, muito embora resida divergência nesse sentido.

Quanto aos seus pressupostos de aplicação, de bom grado citar os selecionados por Maria Helena Diniz²²⁰, cuja base encontra-se na jurisprudência pertinente à matéria. Assim, à sua aplicação necessário se faz o encontro dos seguintes requisitos: i. a vigência de um contrato comutativo de execução continuada; ii. alteração radical das condições econômicas no momento da execução do contrato, em confronto com as do instante de sua formação; iii. onerosidade excessiva para um dos contraentes e benefício injusto e exagerado para outro; iv. imprevisibilidade e extraordinariedade daquela modificação, pois é necessário que as partes, quando celebraram o contrato, não possam ter previsto esse evento anormal, isto é, que está fora do curso habitual das coisas.

²²⁰In *Tratado teórico e prático dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 1993, v. 1, p. 173

Conquanto assim seja, bom ter em mente que o quesito imprevisibilidade e extraordinariedade não é visto com bons olhos por parte da doutrina, causando dissensão. Isto porque, a assim exigir, tem-se por demais restringido o campo de incidência da imprevisão. Porém, independentemente da discussão doutrinária ao redor desses requisitos, vale dizer que a jurisprudência não tem dado tratamento absoluto aos institutos, de modo a admitir a resolução por onerosidade excessiva quando o desequilíbrio das prestações decorrer de uma situação fora da álea natural do contrato, que inesperada e drasticamente altere os dados do problema.

Entre nós, conforme anteriormente adiantado, só recentemente, com a edição do novo Código Civil, torna-se a teoria da imprevisão regra expressa, apesar de nunca terem se omitido a doutrina e jurisprudência nesse particular. Atualmente, tem sua previsão regulada pelo artigo 478 e seguintes do Código Civil brasileiro. A análise pormenorizada desses dispositivos encontra-se no capítulo 3.

Por fim, de se salientar que imprescindível à sua aplicação a conjugação da ordem de princípios que informam a atual teoria contratual, dos quais destacam-se o da boa-fé objetiva, do equilíbrio contratual e o da função social do contrato, sem prejuízo, evidentemente, dos fundamentais constitucionais, consubstanciados nos da dignidade da pessoa humana e solidariedade. Deste modo:

“A idéia de função social do contrato está claramente determinada pela Constituição, ao fixar, como um dos fundamentos da República, o valor social da livre iniciativa (art. 1º, inciso IV); esta disposição impõe, ao jurista, a proibição de

ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo o mais. O contrato, qualquer contrato, tem importância para toda a sociedade e essa asserção, por força da Constituição, faz parte hoje do ordenamento positivo brasileiro – de resto, o art. 170, caput, da Constituição da República, de novo, salienta o valor geral, para a ordem econômica, da livre iniciativa”.²²¹

²²¹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *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 inadimplemento contratual*. Revista dos Tribunais, São Paulo: RT, v. 750, p. 113/120, abr.1998.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Luís O. *La Teoria de la Imprevisión*. Revista de Direito Civil, ano 8, outubro/dezembro de 1984.

AGUIAR JUNIOR, Rui Rosado. *Projeto do Código Civil: as obrigações e os contratos*. São Paulo: RT, número 775. 2000.

_____. *A boa-fé na Relação de Consumo*. Revista de Direito do Consumidor n.º 14, São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)*. São Paulo: Aide, 1991.

ALVIM, Arruda. *Código do Consumidor Comentado*. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 2. ed., aum. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

AMARAL, Júnior, Alberto do. *Proteção do Consumidor nos Contratos de Compra e Venda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Aspectos da Evolução da Teoria dos Contratos*. São Paulo: Saraiva, 1949.

-----*.Do Contrato – Teoria Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. v.1, 7. ed., Coimbra: Almedina, 1991.

ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Código do Consumidor Comentado*. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ASSIS, Araken. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 3. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Contratos inominados ou Atípicos e Negócios Fiduciários*. Edições CEJUP, 3.^a edição, 1998.

----- . *Curso de Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações*. 4.^a ed., , São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *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 inadimplemento contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 750, p. 113/120, abr.1998.

_____. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.

AZEVEDO, Noé. *O dirigismo na vida contratual – Aplicação da cláusula rebus sic stantibus*. RT 45/817.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A tutela dos Interesses Difusos*. Max Limonad, 1984.

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *A revisão contratual no código civil e no código de defesa do consumidor*, São Paulo: Saraiva, 2002.

BETTI, Emílio. *Teoria geral dos Negócios Jurídicos*. 1.^a ed., tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1969.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Obrigações*. Ed. histórica. Editora Rio: 1977.

----- . *Código Civil*. 10.^a ed., Livraria Francisco Alves, volume IV.

BITTAR, Carlos Alberto. *O aspecto moral no direito das obrigações*. Revista Forense, n.º 261.

----- . *Teoria da Imprevisão: aplicação por força do factum principis, uma vida dedicada ao direito, homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. 3.ed. Brasília: UnB, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao estado social*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão no código civil e no código de processo civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

BRUNO, Vânia da Cunha. *A teoria da imprevisão e o atual direito privado nacional*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1994.

CAMPOS, José. *A cláusula rebus sic stantibus e o surto inflacionário no país*. RT 252/44.

CARDINI, Eugênio Osvaldo. *La Teria de La Imprevisión*. Buenos Aires. 1937.

CARVALHO SANTOS, J. M. *Código Civil Interpretado*. V. XV. 6.^a ed., Livraria Freitas Bastos, 1954.

COSSIO, Carlos. *La Teoria de la Imprevisión*. Abeledo Perrot, 1960.

COSTA, Judith H. Martins. *A teoria da Imprevisão e a incidência dos Planos Econômicos Governamentais na Relação Contratual*. RT 670/41.

DANTAS, San Tiago. *Evolução Contemporânea do Direito Contratual – Dirigismo – imprevisão*. RT 195/544.

DE RUGGIERO, Roberto. *Instituições de Direito Civil*. V. III. São Paulo: Saraiva, 1958.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 13. ed. rev. – v. 3. – Editora Saraiva : São Paulo, 1998.

----- . *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. Saraiva. São Paulo: 1994.

----- . *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. vol. 1. São Paulo: Saraiva. 1998.

------. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 3.^a vol. São Paulo: Saraiva. 1995.

DONNINI, Rogério Ferraz. *A Constituição Federal e a concepção social do contrato*, in *Temas Atuais do Direito Civil na Constituição Federal*. Organizadores: Rui Geraldo Camargo Viana e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

------. *A revisão dos contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. Dissertação de mestrado apresentada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1997.

ESPÍNOLA, Eduardo. *A cláusula rebus sic stantibus no direito contemporâneo*. Revista Forense 137, p. 281

FERREIRA, Carlos Alberto Goulart. *Equilíbrio Contratual*, in *Direito Civil Constitucional: Cadernos 1*. LOTUFO, Renan (Coordenador). São Paulo: Max Limonad. 1999. p 59.

FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 1.^a ed., vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1990.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Cláusulas Abusivas nos Contratos*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de Direito Civil*. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

FRANTZ, Laura Coradini. *Revisão do constrtos: elementos para sua construção dogmática*. São Paulo: Saraiva, 2007.

GEBRIN, Vera Lúcia. *Da cláusula rebus sic stantibus e da teoria da imprevisão*. Dissertação de mestrado apresentada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1995.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno. *Função Social do Contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *A função do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GUIMARÃES, Hahnemann. *Estudo Comparativo do Anteprojeto do Código das Obrigações e do Direito Vigente*. Revista Forense - 97, p.288.

KLANG, Márcio. *A teoria da Imprevisão e a Revisão dos Contratos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

LARENZ, Karl. *Base del Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos*. Tradução para o espanhol de Carlos Fernandez Rodriguez. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956.

LEME, Lino de Moraes. *O Anteprojeto do Código das Obrigações*. Revista Forense - 97, p. 295.

LISBOA, Roberto Senise. *Contratos Difusos e Coletivos*. 2. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2000.

LOBO Neto, Paulo Luiz. *Contrato e Mudança Social*. RT 722/44.

-----*.Contratos no Código do Consumidor: Pressupostos Gerais*. Revista de Direito do Consumidor nº 6. Editora Revista dos Tribunais, abril/junho – 1993.

-----*.Da Cláusula Resus Sic Stantibus*. Monografia apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1959.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. vol. IV, 4.^a ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

MAIA, Paulo Carneiro. *Cláusula Rebus Sic Stantibus*. Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 15.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 3.^a edição. São Paulo: Revista do Tribunais, 1998.

-----*. Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 2.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

_____*. Notas sobre o sistema de proibição de cláusulas abusivas no Código brasileiro de Defesa do Consumidor (entre a tradicional permeabilidade da ordem jurídica e o futuro pós-moderno do direito comparado)*. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma, v. 1, p. 13/58, jan/mar. 1996.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Contratos Anteriores ao Plano Brasil Novo sem mecanismo de adaptação à nova realidade econômica*. Afastamento

do princípio de Pacta Sunt Servanda e adoção da Cláusula Rebus Sic Stantibus. A teoria da imprevisão. A necessidade de reequilíbrio contratual. Revista Forense 308/84.

MARTINS-COSTA, Judith. *O Projeto do Código Civil Brasileiro: em busca da Ética da Situação*, in Revista Jurídica, n. 282, Notadez, 2001.

_____. *A Revisão dos Contratos no Código Civil Brasileiro.* Rev. Roma e América – Diritto Romano Comune, Roma, v. 16, 2003.

_____. *A teoria da imprevisão e a incidência dos planos econômicos governamentais na relação contratual*, RT, v. 670, AGO/1991, p.43 e nota de roda pé n.15 à p. 48.

_____; BRANCO, Gerson Luiz. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil.* São Paulo: Saraiva. 2002.

MATTOS Neto, Antônio José. *A Cláusula Rebus Sic Stantibus e a Cláusula de Escala Móvel.* Revista de Direito Civil nº 63, Editora Revista dos Tribunais.

MEDEIROS DA FONSECA, Arnaldo. *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*, Imprensa Nacional, 2.^a edição, 1943.

MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato.* Trad. R. O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo. E M. Volterra. Bueno Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, v. 2, p.413.

MONTEIRO, Osvaldo de Carvalho. *Cláusula Rebus Sic Stantibus*. Revista Forense 94, p. 242.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 25. ed. atual. – v. 5. São Paulo: Saraiva, 1991.

-----, *Curso de Direito Civil*. volume V, Saraiva, 14ª. Edição, 1979.

MORAES TEPEDINO, Maria Celina Bodin de. *O procedimento de qualificação dos contratos e a dupla configuração do mútuo no direito civil brasileiro*. Revista Forense, Rio de Janeiro: Forense, v. 309, p. 33/61, jan/fev/mar 1990.

MOURA, Mário Aguiar. *Ruptura do Princípio da Relatividade dos Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. Repertório IOB de Jurisprudência, 2ª. Quinzena de agosto de 1992.

-----, *Subsídios para Interpretação do Código do Consumidor*. Repertório IOB de Jurisprudência, 2ª. Quinzena de agosto de 1991, nº 16/91.

-----, *Teoria da Imprevisão no Código do Consumidor*. Repertório IOB de Jurisprudência, 1ª. Quinzena de dezembro de 1991, nº 23/91.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos contratos: novos paradigmas*. Renovar. 2006.

NEGRÃO, Theotônio. *Código Civil e legislação civil em vigor*. 17. ed. rev. Atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Forense Universitária, 2ª edição, 1992.

-----*Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. Editora Revista dos Tribunais, 1992.

-----*Código de Processo Civil e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*. Editora Revista dos Tribunais, 1994.

NEVES, Geraldo Serrano. *Teoria da Imprevisão e Cláusula rebus sic stantibus*. Revista Forense 142, p.513.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Ética na virada do milênio*. MARCILÍO, Maria Luiza; RAMOS, Ernesto Lopes (Coordenadores). São Paulo. LTR. 2002.

OLIVEIRA, Anísio José. *A teoria da Imprevisão nos Contratos*. 2. ed. São Paulo: Leud, 1991.

OLIVEIRA, Juarez, MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. *Novo Código Civil*. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *DIREITO CIVIL: Alguns aspectos de sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

-----*A Cláusula Rebus Sic Stantibus*, Revista Forense, 1942, v. 92.

-----*Instituições de Direito Civil*. v. 1 e 3, Forense, Rio de Janeiro: 1981.

-----*Lesão nos Contratos*. 6. edição, Forense, Rio de Janeiro: 1994.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro. Renovar. 1999. apud LOTUFO, Renan (Coord.). *Direito civil constitucional*. op. cit., p. 90.

PINO, Augusto. *La Excesiva Onerosidad de la Prestación*. Tradução de Federico de Mallol, J. M^a Bosh Editor, Barcelo, 1959.

RAPOSO, Paulo Marcelo Wanderly. *Autonomia provada e autonomia da vontade em face das normas constitucionais*, in *Direito Civil Constitucional*. LOTUFO, Renan (coordenador). Malheiros Editores. São Paulo. 2002. p. 89.

REALE, Miguel. *O Projeto do Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1981

RIPERT, Georges. *O regime democrático e o direito civil moderno*. São Paulo: Saraiva, 1937.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz, in *Revisão Judicial dos Contratos*. São Paulo: Atlas, 2002.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil, Dos Contratos e das Declarações Unilaterais de Vontade*. 9^a ed., v. 3, São Paulo: Saraiva, 1980.

----- . *Direito Civil*. 15. ed. rev. atual. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1997.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Editora Almedina, 1998.

ROSSETTI, Flávia. *A revisão dos contratos de leasing indexados ao dólar norte-americano sob a égide do Código de Defesa do Consumidor*, in *Relações de consumo no direito brasileiro*. Organizador Glauber Moreno Talavera. Editora Método, São Paulo: 2001.

SANTOS, Regina Beatriz Papa dos. *Cláusula rebus sic stantibus ou Teoria da Imprevisão – Revisão Contratual*. Edições Cejup, 1989.

SCOTT, Paulo Henrique Rocha, *in Direito constitucional econômico: Estado e normalização da economia*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil, Fontes das Obrigações: Contratos*. volume III, 4ª. Edição, 1991.

SIDOU, J. M. Othon. *Rosolução Judicial dos Contratos e Contratos de Adesão*, 3. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

SILVA, Agathe E. Schmidt. *Cláusula Geral de Boa Fé nos Contratos de Adesão*. Revista de Direito do Consumidor, janeiro/março – 1996, Editora Revista dos Tribunais.

SILVA, Paulo Roberto Passos da. *Cláusula rebus sic stantibus: teoria da imprevisão*. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, v. 647, p. 47/56, SET/1989.

STOLFI, Giuseppe. *Teoria del Negocio Juridico*. Tradução para o espanhol de Jaime Santos Briz. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959.

TÁCITO, Caio. *Teoria da Imprevisão – Cláusula rebus sic stantibus – Empreitada – Contratos administrativos – Concorrência pública*. Revista Forense – 103, pp. 451/454.

TEPEDINO, Gustavo. *As relações de consumo e a nova teoria contratual in Temas de Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Contrato e seus Princípios*. 1.^a edição. Aide Editora, 1993.

_____. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro. Forense. 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral do s Contratos*. V. II. São Paulo: Atlas, 2001.

WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Obrigações e Contratos*. 11.^a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

----- . *Curso de Direito Civil Brasileiro – Introdução e Parte Geral*. 11^a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Experiências do Direito*. São Paulo: Millennium, 2004.

