

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

RESOLUÇÃO CONTRATUAL OU REVISÃO CONTRATUAL
Uma perspectiva à luz da boa-fé objetiva

Juliana Evangelista de Almeida

Belo Horizonte
2011

Juliana Evangelista de Almeida

RESOLUÇÃO CONTRATUAL OU REVISÃO CONTRATUAL
Uma perspectiva à luz da boa-fé objetiva

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Leonardo Macedo Poli

Belo Horizonte
2011

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

A447r Almeida, Juliana Evangelista de
Resolução contratual ou revisão contratual uma perspectiva à luz da boa-fé objetiva / Juliana Evangelista de Almeida. Belo Horizonte, 2011.
101f.

Orientador: Leonardo Macedo Poli
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Boa fé (Direito). 2. Autonomia privada. 3. Teoria da imprevisão (Direito Civil). 4. Renegociação de contratos administrativos. I. Poli, Leonardo Macedo. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 347.44

Juliana Evangelista de Almeida
RESOLUÇÃO CONTRATUAL OU REVISÃO CONTRATUAL
Uma perspectiva à luz da boa-fé objetiva

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito,

Leonardo Macedo Poli (Orientador) – PUC Minas

César Fiuza - PUC Minas

Rúbia Carneiro Neves - FUMEC

Belo Horizonte, 14 de fevereiro de 2011.

*À Deus,
fonte de toda inspiração.
Aos meus pais, João e Célia,
pelo incentivo e carinho.
Ao meu irmão, Daniel,
pela confiança.
Ao meu amor, Tadeu,
pelo companheirismo e dedicação.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao professor Doutor Leonardo Macedo Poli pela orientação na elaboração do presente estudo e, sobretudo, pelas lições de Direitos dos contratos.

A minha mãe, Célia Vasconcelos de Almeida, pelas orientações que ajudaram no desenvolvimento da dissertação.

Ao meu pai, João Evangelista de Almeida, agradeço pelos embates jurídicos que fizeram enaltecer esse trabalho.

Agradeço aos amigos da PUC Virtual, em especial, a Luzia Werneck, Gabriela Mansur, Rafaela Braga, Cláudia Mara, Carla Fonseca e Cássio Brant, pelo apoio, fundamental para a realização dessa dissertação.

Aos amigos de mestrado, Áurea Chaves, Michel Carlos, Aline Barbosa, Rosane Castro, Iara Antunes, Débora Fernandes, Luciana Leão e Marina Alice, pelo embate de idéias.

Odiei as palavras e as ameij, e espero tê-las usado direito.

Markus Suzak

RESUMO

A revisão ou resolução contratual é tema sobre o qual existem diversas discussões doutrinárias. Várias teorias dão substrato à espécie e não há consenso entre estas. O Código Civil de 2002 apesar de ter aclamado diversos princípios do direito contratual contemporâneo, tal como a boa-fé objetiva, ao dispor sobre a possibilidade de revisão ou resolução contratual, está atrelado a paradigmas passados. A Constituição brasileira proclama a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito. Assim, a imposição de uma norma legal à resolução contratual, sem a possibilidade de um pedido de revisão contratual vai de encontro com esse paradigma, e contra a boa-fé objetiva. A resolução ou revisão contratual só foi positivada em nosso ordenamento jurídico em 1990 com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor. O Código Civil de 2002 inseriu, em seu texto legal, a possibilidade de revisão ou resolução contratual, apesar disso, positivou-a de maneira ultrapassada, baseando-se em paradigmas contrários aos impostos pelo mesmo diploma legal. O que se tentará demonstrar é que a boa-fé objetiva pode ser um fundamento para a possibilidade de revisão ou resolução contratual, impondo às partes contratuais o dever de renegociar o contrato, tendo em vista a mútua-conformação entre a boa-fé objetiva e a autonomia privada, e a busca por um modelo democrático de contrato.

Palavras-chave: Boa-fé objetiva. Autonomia privada. Revisão contratual. Resolução contratual. Teoria da imprevisão. Dever de renegociar.

ABSTRACT

The revision or termination of contract is subject on which there are many doctrinal discussions. Several theories will give substrate species and there is no consensus among them. The Civil Code of 2002 despite several acclaimed contemporary principles of contract law as the objective good faith, to provide for the possibility of revision or termination of contract, is tied to past paradigms. The Brazilian Constitution proclaims the Federative Republic of Brazil as a democratic state. Thus, the imposition of a legal resolution to the contract, without the possibility of an application for review of contract is aligned with this paradigm, and against the objective good faith. The resolution or contractual revision was only positively valued in our legal system in 1990 with the enactment of the Consumer Protection Code. The 2002 Civil Code entered in their legal text, the possibility of revision or termination of contract, nevertheless, positive way to overcome it, based on paradigms opposed to taxes by the same statute. What we will attempt to demonstrate is that the objective good faith can be a foundation for the possibility of revision or termination of contract, the contracting parties by imposing a duty to renegotiate the contract, aimed at mutual-conformation between the objective good faith and private autonomy and the search for a democratic model of contract.

Key-words: Objective good faith. Private autonomy. Revision of contract. Resolution of contract. Theory of unpredictability. Duty to renegotiate.

LISTA DE ABREVIATURAS

BGB - Bürgerliches Gesetzbuch - Código Civil Alemão

C.C./02 - Código Civil de 2002

CDC - Código de Defesa do Consumidor

CF/88 - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CPC - Código de Processo Civil

Ed. - Editor

Org. - Organizador

LISTA DE SIGLAS

PECL - Princípios do Direito Europeu dos Contratos

UNIDROIT - Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 DO DIREITO CONTRATUAL.....	14
2.1 Evolução histórica e conceitos básicos.....	14
2.1.1 O contrato no Direito Romano	14
2.1.2 O contrato no Direito Medieval	16
2.1.3 As origens do conceito jurídico contemporâneo de contrato: o contrato no direito moderno.....	16
2.1.4 Em busca de um modelo democrático de contrato.....	19
2.2 Os princípios do direito contratual e a sua evolução	25
2.2.1 Autonomia Privada.....	25
2.2.2 Obrigatoriedade ou vinculatividade contratual	26
2.2.3 Função social dos contratos.....	29
2.2.4 Justiça contratual.....	30
2.2.5 Boa-fé objetiva.....	31
3 DA BOA-FÉ OBJETIVA.....	32
3.1 Evolução histórica	32
3.1.1 A boa-fé no Direito Romano	32
3.1.2 A boa-fé na cultura germânica.....	33
3.1.3 A boa-fé canônica.....	34
3.1.4 A construção da idéia de boa-fé até o direito moderno.....	34
3.1.5 A boa-fé no Código de Napoleão	37
3.1.6 A boa-fé no Código Alemão	39
3.2 A boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva	40
3.3 O conceito de boa-fé objetiva	42
3.3.1 A boa-fé objetiva como cláusula geral	43
3.3.2 A boa-fé objetiva como ética material normativa e como ética prática	47
3.4 As funções do princípio da boa-fé objetiva	48
3.4.1 A boa-fé com cânone hermenêutico-integrativo	48
3.4.2 A boa-fé como criadora de deveres jurídicos.....	49
3.4.3 A boa-fé como norma limitadora de direitos subjetivos.....	53
4 DA RESOLUÇÃO E DA REVISÃO CONTRATUAL.....	57
4.1 As teorias da resolução ou revisão contratual.....	57
4.1.1 A cláusula rebus sic stantibus.....	57
4.1.2 Teoria da Pressuposição.....	59
4.1.3 Teoria da Pressuposição Típica.....	60
4.1.4 Teoria da vontade marginal.....	61
4.1.5 Teoria da Base Negocial Subjetiva	61
4.1.6 Teoria da Base Negocial Objetiva.....	62
4.1.7 Teoria do erro	63
4.1.8 Teoria da Impossibilidade econômica.....	63
4.1.9 Requisitos Comuns às Teorias da Imprevisão.....	63
4.2 A resolução ou revisão contratual nos ordenamentos jurídicos alemão, italiano e português	67

4.2.1 Alemanha	67
4.2.2 Itália	69
4.2.3 Portugal.....	70
4.3 A resolução ou revisão contratual no direito civil brasileiro e a sua crítica	71
4.3.1 O Contrato de execução continuada ou diferida.....	72
4.3.2 A Onerosidade excessiva para uma parte e a extrema vantagem para a outra parte contratual	73
4.3.3 O fato superveniente extraordinário e imprevisível	74
4.3.4 O pedido de resolução pelo devedor.....	76
4.4 A resolução ou revisão contratual na lei 8078/90.....	79
5 A RESOLUÇÃO OU REVISÃO CONTRATUAL E A BOA-FÉ OBJETIVA	82
5.1 A resolução ou revisão contratual e o modelo democrático contrato: a questão da autonomia privada e o dever de renegociar	82
6 CONCLUSÃO	90
REFERÊNCIAS.....	95

1 INTRODUÇÃO¹

A possibilidade de revisão ou resolução contratual, apesar de presente na construção jurisprudencial brasileira desde 1930, só foi positiva da em 1990 com o Código de Defesa do Consumidor.

O Código Civil positivou a teoria da imprevisão nos artigos 478, 479 e 480, contudo existem discussões doutrinárias acerca do tema, principalmente em relação à redação desses artigos e suas conseqüências.

Como se verá, conforme a sistemática destes artigos, presente os requisitos da teoria da imprevisão somente o devedor poderá pedir a resolução contratual, cabendo ao credor, apenas, evitar a resolução contratual oferecendo revisar o contrato. Assim o devedor só poderá pedir a aplicação da teoria da imprevisão, ainda, esse pedido se limita a resolução contratual, sendo negado o pedido de revisão. E ao credor caberá, somente, impedir a resolução contratual oferecendo-se modificar o contrato, ou seja, o credor não poderá pedir a aplicação da teoria da imprevisão.

Hoje, como se tentará demonstrar, os contratos são permeados pela função social, pela boa-fé objetiva e pela autonomia privada. Não há espaço para a intangibilidade da vontade das partes que devem também promover e proteger a dignidade humana. Assim, como se verá a conservação dos contratos, desde que equilibrados, é preferível a sua resolução. A mais, a boa-fé objetiva impõe as partes o dever de agir com lealdade e de cooperarem para a realização do fim contratual, podendo até mesmo impor um novo dever, qual seja, o dever de renegociar o contrato.

A teoria da imprevisão tal qual posta no Código Civil de 2002 não guarda correspondência com a nova principiologia contratual e com a busca de um modelo democrático de contrato, como se verá. Ela está presa as amarras do dogma da vontade, visto que prefere a resolução contratual à revisão contratual. Na busca por um modelo democrático de contrato não se pode permitir que uma norma legal imponha à resolução contratual, preterindo a possibilidade de um pedido de revisão contratual, já que, não frustrado o escopo econômico-social que lícitamente se pode

¹ Ante o período de transição da reforma ortográfica que só se tornará obrigatória em 2012, essa dissertação foi escrita com base nas regras anteriores à reforma.

esperar de um contrato; a revisão contratual deve ser buscada, isso tudo em conformidade com a boa-fé objetiva e a mútua-conformação dos princípios contratuais.

A boa-fé impõe as partes contratantes o dever de agir com lealdade de cooperarem para a realização dos objetivos do contrato, a simples resolução contratual frustra esse objetivo. Na tentativa de se conformar a boa-fé objetiva e a autonomia privada, caso o contrato venha se tornar desequilibrado o juiz poderá impor as partes um novo dever anexo ao contrato, qual seja, o dever de renegociar. O que se tentará, portanto, demonstrar nessa dissertação é que a boa-fé objetiva pode ser um fundamento para a revisão ou resolução contratual na busca por modelo democrático de contrato.

2 DO DIREITO CONTRATUAL

2.1 Evolução histórica e conceitos básicos

O conceito jurídico de contrato está, para Roppo (2009), intrinsecamente ligado ao conceito social-econômico que lhe é dado – como instrumento que operacionaliza a circulação de riquezas, ou seja, contrato é sinônimo de operação econômica, mas com uma acepção mais ampla.

Conforme Roppo (2009) a construção teórica acerca do conceito jurídico de contrato se deu da análise dos aspectos da operação econômica que se queria tutelar. Assim, pode-se dizer que o conceito jurídico de contrato é o que dá formalidade a operação econômica, apesar de que, esse - o conceito jurídico de contrato - não se limita à operação econômica.

A operação econômica que dá substrato ao conceito jurídico de contrato é a circulação de riquezas vista de modo objetivo. Deste modo, toda a transferência de riquezas, mesmo aquela que não auferir lucro ou que não tenha interesse patrimonial, é considerada como operação econômica.

O conceito jurídico de contrato é histórico, para tanto, faz-se necessário perquirir como o contrato foi visto ou utilizado nos diferentes momentos históricos. Como início, adotaremos o Direito Romano que exerceu grande influência aos países que se basearam no sistema de leis romano-germânico, ao qual, o Brasil faz parte.

2.1.1 O contrato no Direito Romano

O contrato no **Direito Romano Clássico** (NAVES, 2007) era dotado de rigor formalista. Ele não era visto como meio regulador para qualquer operação econômica. Para cada operação havia uma fórmula que deveria ser seguida para que essa operação tivesse a proteção estatal. O mero acordo de vontades não era suficiente para criar as obrigações.

Nesse período, também, haviam alguns contratos – denominados *pacta* – que, mesmo destituídos de fórmula, eram aceitos, contudo não tutelados. Ou seja, nesses contratos o credor não poderia exigir a prestação em juízo, mas caso recebesse a prestação poderia retê-la.

[...] podemos perceber a utilização de três vocábulos para designar fenômenos semelhantes: convenção, contrato e pacto. A convenção era gênero e as espécies eram o contrato e o pacto. Contratos eram convenções normatizadas e por isso protegidas pela via da *actio*. Três eram as espécies contratuais: a) *litteris*, que exigia inscrição no livro do credor (denominado de *codex*); b) *re*, que se fazia pela tradição efetiva da coisa; e c) *verbis*, que se celebrava pela troca de expressões orais, como em um ritual religioso. Esses contratos tinham proteção judicial prevista pelo *ius civile*, podendo reclamar via *actio* sua execução. [...] o pacto era um acordo não previsto em lei. Não exigia forma especial, nem era protegido pela *actio* (NAVES, 2007, p. 231 e 232)

Deste modo diz-se que no Direito Romano se tinha uma grande categoria: a convenção. Ela se dividia em contratos – dotado de rigor formalista e protegido via *actio* – e o *pacto* – sem rigor formalista e sem proteção pela *actio*. Ainda, os contratos se dividiam-se em *litteris*, *re* e *verbis* dada a peculiaridade da fórmula de cada um.

O rigor formalista desse período pode ser atribuído a pouca utilização da escrita e pela alta carga religiosa da sociedade, já que, o contrato só seria protegido pelos deuses se observasse a forma prescrita.

No **Direito Romano Pós-clássico** NAVES (2007) foi conferida a alguns pactos mais utilizados a proteção via *actio*. São contratos como a compra e venda, locação, mandato e sociedade. Essa categoria de contratos passou a ser denominada *contratus solo consensu*, já que não requeriam formalidade bastando a declaração de vontade das partes. Os demais contratos que não estavam previstos nas categorias de *Litteris*, *Verbis*, *Re* e *Solo Consensu*, não eram considerados contratos, já que não produziram uma obrigação civil, apenas uma obrigação natural.

Observe que no Direito Romano o contrato era instrumento para criar obrigações e não para modificá-las ou extingui-las. Para essas operações utilizava-se dos pactos, *pacta adiecta*.

A *pacta adiecta* gerava obrigação civil, mas a sua oposição não se dava pela *actio* e sim pela *exceptio*. Caso o credor exercesse o contrato pela *actio*

desconsiderando o pactuado na *pacta adiecta* o devedor poderia opor a essa *actio* pela *exceptio*.

2.1.2 O contrato no Direito Medieval

O **Direito Medieval** (ROPPO, 2009) sofreu forte influência do Direito Canônico, Romano e Germânico costumeiro e assim apresentava parte do formalismo do Direito Romano. Com o crescimento da economia mercantil esse formalismo contratual passou a ser um entrave para as contratações, que pretendiam cada vez mais rápidas. Tornou-se, assim, comum, no instrumento contratual, constar que as fórmulas foram cumpridas, mesmo que, na realidade, não fossem realizadas. Além disso, era comum, ao se celebrar um contrato, fazer um juramento com motivos religiosos para dar força àquele contrato.

Outro aspecto importante, por influência do Direito Canônico que tinham a mentira como pecado, considerava-se o descumprimento contratual tal qual a mentira, sendo, portanto, também condenado. Acreditava-se que se a obrigação fosse assumida de forma livre e consciente, não haveria motivos para se descumprir o contrato.

2.1.3 As origens do conceito jurídico contemporâneo de contrato: o contrato no direito moderno

O contrato, tal qual o entendemos hoje, é fruto do jusnaturalismo e do nascimento do capitalismo. Nos períodos anteriores o indivíduo era determinado pelo grupo em que estava inserido e pela função que exercia dentro deste grupo, com o nascimento do capitalismo, o indivíduo passa a ser determinado por sua vontade autônoma, sendo, o contrato o meio mais utilizado para fazer valer essa vontade.

No século XIX, dada a expansão do capitalismo, o contrato e o direito dos contratos² passou a exercer um papel ideológico³ na sociedade (ROPPO, 2009). Era necessário que não houvesse impedimentos para a circulação de riquezas, assim a dogmática contratual da época desenvolveu algumas teorias para fundamentar a ideologia perquirida.

As idéias desenvolvidas no intuito de que a vontade exercesse um papel ideológico naquela sociedade, se somaram àquelas desenvolvidas pela própria teoria do direito. Fiuza cita quatro dogmas assentados nesse período:

- 1º) oposição entre o indivíduo e o Estado, que era um mal necessário, devendo ser reduzido;
- 2º) princípio moral da autonomia da vontade: a vontade é o elemento essencial na organização do Estado, na assunção de obrigações etc.;
- 3º) princípio da liberdade econômica;
- 4º) concepção formalista de liberdade e igualdade, ou seja, a preocupação era a de que a liberdade e a igualdade estivessem, genericamente, garantidas em lei. Não importava muito garantir que elas se efetivassem na prática. (FIUZA, 2007, p. 260)

No contexto do direito contratual, a principal idéia traçada nesse período era a da liberdade de contratar. O sujeito era livre para escolher contratar ou não contratar, escolher o seu parceiro contratual, além de estabelecer o conteúdo desse contrato. Não era dado ao Estado impor as parte um determinado tipo de contrato ou a contratar com determinado parceiro contratual. O Estado se limitava a fazer valer as vontades livremente estabelecidas. Assim, a intervenção estatal só ocorreria em caso de descumprimento contratual para fazer valer aquela vontade estabelecida no contrato, ou caso um contrato que se perfizesse por uma vontade viciada (vícios do consentimento) caso em que o Estado interviria por não haver vontade livremente estabelecida. Outro fator importante é que nesse período não havia proteção a alguma parte que tivesse inferioridade econômico-social, deste modo acreditava-se que o mercado se auto-regulava, ao Estado caberia apenas assegurar que a vontade fosse estabelecida de forma livre. Ainda, dado o primado da igualdade jurídica que rompeu com os privilégios do absolutismo, passou-se que todo indivíduo era igual perante a lei, somando-se a isso nasceu a idéia de que as vontades estabelecidas, mesmo que uma das partes tivesse inferioridade econômico-social,

² A expressão “direito dos contratos” foi retirada do livro de Roppo (2009) para qual expressa o conjunto de regras e jurisprudências que definem a disciplina do contratos.

³ Por ideologia se trás a idéia de distorção ou ocultamento parcial de uma certa verdade para se obter uma certa finalidade, conforme utilização de Roppo (2009).

seria livre em razão dessa igualdade perante a lei. Não se admitia que a parte economicamente mais forte pudesse impor a sua vontade em detrimento da do economicamente mais fraco, já que a igualdade jurídica estava estabelecida.

Por essa noção de vontade e para dar segurança ao tráfego econômico, perfez a idéia de que o contrato, emanado de uma vontade livre, faz lei entre as partes – *pacta sunt servanda*. Aquele que por sua vontade celebrou contrato deve executá-lo, já que ninguém o impeliu a contratar, pois, repita-se é fruto de sua própria vontade. Ripert (2000) chega a afirmar que o contrato é lei entre as partes, mas uma lei com força maior que todas as outras leis, já que, depois de formado com regularidade, nem mesmo as outras normas podem atingi-lo.

A idéia de justiça contratual substancial era rechaçada. O contrato era fruto da vontade das partes que eram iguais e estabeleciam por essa mesma vontade o conteúdo desse contrato. Veja Roppo:

Neste sistema, fundado na mais ampla liberdade de contratar, não havia lugar para a questão da intrínseca igualdade, da justiça substancial das operações económicas (*sic*) de vez em quando realizadas sob a forma contractual (*sic*). Considerava-se e afirmava-se, de facto (*sic*), que a justiça da relação era automaticamente assegurada pelo facto (*sic*) de o conteúdo deste corresponder à vontade livre dos contraentes (*sic*), que, espontânea e conscientemente, o determinavam em conformidade com os seus interesses, e, sobretudo o determinavam num plano de recíproca *igualdade jurídica* (dado que as revoluções burguesas, e as sociedades liberais nascidas destas, tinham abolido os privilégios e as discriminações legais que caracterizavam os ordenamentos em muitos aspectos semifeudais do <<antigo regime>>, afirmando a paridade de todos os cidadãos perante a lei): justamente nesta igualdade de posições jurídico-formais entre os contraentes (*sic*) consistia a garantia de que as trocas, não viciadas na origem pela presença de disparidades nos poderes, nas prerrogativas, nas capacidades legais atribuídas a cada um deles, respeitavam plenamente os cânones da justiça comutativa. Liberdade de contratar e igualdade formal das partes eram portanto os pilares – sobre os quais se formava a asserção peremptória, segundo a qual dizer <<contractual>> (*sic*) equivale a dizer <<justo>> (<<*qui dit contractuel dit juste*>>). (ROPPO, 2009, p. 35)

Essa idéia dava sustentáculo ao próprio capitalismo, para o contrato ser justo bastava que as partes o estabelecessem por suas vontades, que eram formalmente livres. Com isso se quer dizer que ordenamento jurídico da época, garantia que todos fossem iguais perante a lei, não havendo a distinção em classes juridicamente privilegiadas, como havia no antigo regime.

A dogmática do direito nesse período, garantindo a igualdade formal, constrói a noção de um conjunto de normas, sistematicamente organizadas que regresse toda a vida de um indivíduo em suas relações privadas, de modo, completo e coeso.

Surgem as grandes codificações, dentre elas, as que serviram de modelo para boa parte das demais codificações: o Código de Napoleão (1804 – Code Civil) e o Código Alemão (1900 – Bürgerliches Gesetzbuch - BGB).

No Código de Napoleão o contrato não tinha regramento em um livro próprio, era tratado no livro destinado a propriedade. Ou seja, o contrato era um dos instrumentos para se adquirir a propriedade, estava subordinado a essa. Isso porque, naquela sociedade a propriedade era o que movimentava a economia, tal como, na sociedade de consumo, na qual, é o contrato que a movimenta. Ainda, na construção ideológica daquele período histórico, conforme Roppo (2009), a liberdade só era possível com a propriedade, assim como para a propriedade era essencial a liberdade – liberdade de usá-la, dispô-la como bem o aprouver, sendo o contrato o meio hábil para isso.

A segunda grande codificação de destaque foi o Código Civil Alemão – BGB- que foi promulgado quase cem anos depois do Código de Napoleão. Isso se deu pelo fato da unificação tardia da Alemanha. O contrato nesse diploma teve tratamento diverso do estabelecido no Código de Napoleão, sendo tratado no capítulo referente ao negócio jurídico, categoria geral da qual o contrato é espécie.

A criação da categoria geral do negócio jurídico abarcaria qualquer relação entre sujeitos destinada a produzir efeitos jurídicos, assim, não só os contratos seriam negócios jurídicos, mas também, as relações não patrimoniais. Conforme Roppo (2009) essa categoria mais abstrata e geral do contrato afirmou com mais vigor o mito da vontade inviolável e da igualdade das pessoas perante a lei. Ou seja, com a criação dessa figura – negócio jurídico - a proibição da intervenção estatal na liberdade e vontade individual, não se daria somente nos contratos ou na propriedade, mas em qualquer negócio jurídico, ou seja, nas relações estabelecidas pelas vontades livres destinadas a produzirem efeitos jurídicos.

2.1.4 Em busca de um modelo democrático de contrato

O contrato, desde a revolução industrial que se inicia no século XVIII, passa a sofrer inúmeras mudanças, conforme o que já foi dito acima. Esse fato histórico que contribuiu para a alteração da teoria contratual até então existente e que no século

XX modificar-se-á novamente baseando-se nas próprias idéias desenvolvidas na modernidade.

No fim do séc. XIX com o desenvolvimento da sociedade industrial iniciou-se um novo modelo de sociedade que se comumente denomina-se de sociedade de consumo.

As indústrias diminuíram em quantidade, mas aumentaram em seu tamanho. O modo de produção também modificou, passando a ser organizado em categorias, nas quais, cada operário seria detento de apenas uma parte da produção. Esse modelo estabelecido culminou com o aumento da produção e barateamento do produto final.

Por essa modificação da sociedade o modo de contratar se modificou. De um contrato pessoalizado, no qual, era possível se discutir as cláusulas contratuais, se passou a um modelo de contrato impessoalizado, massificado e objetivizado. O capitalismo avançou e o ato de contratar passou a ser cada vez mais rápido. Por essa velocidade nas contratações foi estabelecido um novo tipo contratual, qual seja, o contrato por adesão, no qual as cláusulas contratuais já estão previamente estabelecidas, bastando a um das partes aderir ou não a esse contrato, ou seja, não se discute o conteúdo dessas cláusulas contratuais.

O resultado dessa modificação é que o contrato passou a ser um instrumento de poder e de opressão. O Estado passa a ter que intervir nos contratos para que a própria lógica do capitalismo não fosse frustrada.

O direito civil – assim como os outros ramos do chamado direito privado, o direito comercial e o direito do trabalho – assiste a uma profunda intervenção por parte do Estado. Procurou-se com êxito evitar que a exasperação da ideologia individualista continuasse a acirrar as desigualdades, com a formação de novos bolsões de miseráveis - cenário assaz distante do que imaginaria a ideologia liberal no século anterior, ou seja, a riqueza das nações a partir da riqueza da burguesia-, tornando inviável até mesmo o regime de mercado, essencial ao capitalismo. Estamos falando, como todos sabem, da consolidação do Estado Social. (TEPEDINO, 2003, p. 117)

O que se quer dizer é que aquele que é economicamente mais forte, depende que o economicamente mais fraco compre o produto disponibilizado pelo primeiro. Se o segundo passa a não ter condições o sistema pára. Por isto, já que o contrato virou uma forma de opressão dos economicamente mais fracos, o Estado precisou dirigir tais contratos no intuito de que a lógica do capitalismo não fosse frustrada.

Ressalta-se que a dogmática contratual que passou a justificar a intervenção estatal nos contratos desenvolveu-se de modo a resgatar as construções teóricas estabelecida no período histórico anterior, ou seja, do dogma da vontade. Quer dizer que as teorias estabelecidas que justificam a intervenção estatal nos contratos, o faz de modo a resguardar o dogma da vontade, ou seja, questionava-se como intervir nos contratos sem que a autonomia da vontade não fosse violada ou que permanecesse resguardada. Contudo, a mudança ocorrida nas contratações, como dito acima, muda a perspectiva do direito contratual. Não se que apenas garantir a vontade das partes, mas dada a velocidade das contratações e a conseqüente impessoalidade, é mister, garantir a segurança e estabilidade das contratações. Assim, ao se ter um conflito entre a vontade interna – psicológica - e a vontade declarada – aquela que é exteriorizada -, prevalece a vontade objetivamente declarada, de modo a dar segurança as contratações realizadas. Passa-se da teoria da vontade para a teoria da declaração.

O contrato, portanto, modifica-se, e sofre interferências do Estado, que, após duas guerras mundiais, passa a ter que interferir na economia, dirigindo os contratos. O que se tem é que o liberalismo gerou grande opressão das camadas sociais mais populares, que, em um dado momento passou a reivindicar outros direitos, que não só a igualdade perante a lei. Como dito antes, para que o próprio sistema pudesse se desenvolver, o Estado passou a ter que intervir nos contratos. Assim como o Estado passa de Liberal para Social em meados do século XX o contrato passa de liberal para social.

Em tentativa de maior precisão conceitual, o contrato não passa de um modelo liberal para um social. A dogmática contratual, até hoje, de certa forma, é relutante em aceitar as modificações ocorridas na teoria contratual, dizendo que o contrato é ainda o mesmo do modelo liberal, ou seja, aquele modelo de contrato em que se tem o dogma da vontade. Por isso, a afirmação de boa parte dos estudiosos do direito contratual no sentido de que o seu conteúdo pouco modificou, permanecendo o que foi teorizado no século dezenove. Outra parte da dogmática do direito contratual, afirma que o direito contratual está em crise ou que, hoje, temos a morte do contrato, já que é impossível estabelecer outro modelo contratual do que o liberal.

Face a estas objectivas (*sic*) e radicais transformações, existem, em geral, dois modos de análise, dois processos intelectuais mais frequentemente (*sic*) empregues no contexto de ideologias jurídicas de índole conservadora, que, indubitavelmente, precludem – consciente ou inconscientemente – a possibilidade de captar o seu sentido e a sua dimensão real. Simplificando, o primeiro consiste em negar que aquelas modificações se tenham verificado ou tenham sido profundas; por outras palavras, em fingir que o contrato e do direito dos contratos são, hoje, substancialmente idênticos ao que eram no século dezanove (*sic*): um tipo de análise que é causa e, ao mesmo tempo, efeito de uma certa incorreção das teorias e dos conceitos jurídicos, por sua vez coincidente com o tendencial tradicionalismo dos juristas, com a sua relutância e a sua lentidão na tomada de consciência do que é novo. O segundo processo- aparentemente oposto, mas na realidade radicado numa mesma atitude de misoneísmo e de <<laudatio temporis acti>>- consiste, ao invés, em lamentar que a teoria e a praxe moderna do direito contratual assinalem uma inversão completa das concepções e dos valores dominantes no passado: hoje - lamentam-se - a vontade dos contratantes já não conta, e uma vez que essa vontade se identifica com a essência do contrato, retiram conclusões, em termos de crise, de declínio, ou até de <morte> do próprio conceito de contrato, de extinção da liberdade de contratar e do papel da autonomia privada; e muito frequentemente (*sic*) o fenómeno, assim delineado, encontra-se articulado – segundo relações de causa e efeito – com um mais geral processo de <<decadência do indivíduo>>, de progressiva erosão da sua liberdade e da sua autonomia, por força das exigências sociais, das razões da coletividade. (ROPPO, 2009, p. 295 e 296)

O que se quer dizer, portanto, é que a dogmática do direito contratual é relutante em aceitar as modificações ocorridas nos contratos. Assim, Roppo (2009) afirma que no intuito de manter o dogma da vontade alguns afirmam que o contrato pouco modificou, ainda sendo a vontade a sua fonte primária. E outros, saudosistas dessa doutrina – do dogma da vontade intangível – afirmam não ser possível um contrato sem vontade e que as mudanças havidas no direito contratual a limita de tal maneira que a vontade deixa de existir. Nesse ponto de vista o que se tem é a morte ou o declínio do contrato. Aceitar a evolução do contrato, ou seja, que ele passe a um novo modelo é romper com o dogma da vontade intangível, mas isso não quer dizer, necessariamente, a morte ou o declínio do contrato, mas sim a morte ou o declínio do contrato naquela perspectiva passada, na qual, a vontade das partes era intangível. No âmbito dos contratos pelo visto acima, ainda, se discute a transição de um modelo liberal para um modelo social de contrato, pouco se trás do que poderia ser um modelo democrático de contrato.

Hoje, os contratos são objetivados, massificados, standartizados, despersonalizados, em contraponto àquele modelo de contrato pessoalizado. Novas figuras contratuais surgem: contratos por adesão, contratos necessários, todos fenómenos, em que a teoria da autonomia da vontade, ponto neofrágico, da teoria

contratual liberal, sofre grandes modificações. Outro fenômeno, o desenvolvimento dos meios de comunicação, em especial, da publicidade, interfere na ideologia da vontade livre. A publicidade hoje determina, em muito, a vontade e a necessidade de cada indivíduo em contratar, ou ter ou não ter algo.

Pelo modelo Social de Estado, como se introduziu, anteriormente, os contratos passaram a serem dirigidos pelo Estado. Surgem direitos novos, como os dos consumidores, no qual, os contratos passam a serem amplamente regulados pelo Estado. Assim, novos preceitos passam a permear a dogmática contratual, com a justiça contratual, a função social dos contratos e a boa-fé objetiva, todos como limites para a autonomia da vontade.

Para Cláudia Lima Marques (2006) no modelo social de contratos se preocupa mais com os efeitos oriundos deste do que com o momento da manifestação de vontade (acordo de vontades). Em contraponto, no modelo liberal de contrato se procura mais com o momento da manifestação da vontade do que com seus efeitos. Assim, no modelo social de contrato, a liberdade das partes de regularem os efeitos dos contratos é limitada pela a própria lei, em função de um interesse social.

[...] mas o espaço reservado para que os particulares auto-regulem suas relações será reduzido por normas imperativas, como as do próprio Código de defesa do consumidor. É uma nova concepção de contrato no Estado social, em que a vontade perde a condição de elemento nuclear, surgindo em seu lugar elemento estranho às partes, mas básico para a sociedade como um todo: o interesse social. (MARQUES, 2006, p. 211)

Deste modo, portanto, se no modelo liberal de contrato o ponto central da teoria era a vontade, no modelo social passa a ser o interesse social.

O direito civil, como um todo, sofre um processo de publicização de suas normas que eram eminentemente privadas. A efetivação de políticas públicas atinge, sobretudo, o direito contratual, fonte antes, intocável da autonomia da vontade.

Contudo, em um modelo democrático de contrato, a autonomia privada não pode ser tolhida em função de um interesse social, tão pouco, pode ser exercida sem levar em conta o interesse social. Em um possível modelo democrático de contrato as partes devem ter autonomia para decidirem o seu destino, mas sempre, respeitando a confiança legítima da contra-parte e respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim,

[...] o contrato deve ser percebido como ato jurídico lícito, de repercussão pessoal e socioeconômica, que cria, modifica ou extingue relações dinâmicas de caráter patrimonial, formado pelo encontro de comportamentos típicos socialmente reconhecíveis, levados por duas ou mais pessoas, que, em regime de cooperação, visam atender suas necessidades e seus desejos, orientados pela preocupação fundamental de promoção da dignidade humana. (FIUZA, RIBEIRO, ALMEIDA, 2009, p. 331 e 332)

Conforme Roppo (2009), portanto, observa-se que o contrato, ou qualquer instituto jurídico, possui conceito que muda ao longo do tempo. Assim, a cada momento ele se revelará em conformidade com a vivência de uma certa sociedade em determinado espaço de tempo, não havendo um só modelo ou o modelo correto de contrato. Veja:

[...] Sabemos que qualquer instituto jurídico, longe de ser governado por leis absolutas, está sujeito a um princípio de relatividade histórica: postular uma << essência >> do contrato (e encontrá-la, em concreto, no exercício incondicionadamente livre da vontade individual e dos impulsos subjectivos (*sic*) das partes) significa destacar, de modo arbitrário, uma fase historicamente condicionada e circunscrita da evolução do instituto contratual (admitindo- o que é duvidoso- que também aquela fase tenha correspondido perfeitamente à pureza do modelo). Mas isto é ideologia: a verdade é que não existe uma <<essência>> histórica do contrato; existe sim o contrato, na variedade das suas formas históricas e das suas concretas transformações. (ROPPO, 2009, p. 347 3 348)

Deste modo, em processo de síntese, o modelo democrático de contrato deve estar em conformidade com o período histórico que se vive. Ainda, nesse processo de síntese não se pode admitir que a vontade seja intangível ou mesmo que a essência do contrato seja o interesse social. O que se pode afirmar até o momento é que o contrato, expressão da liberdade individual, não pode ser tolhida ou dirigida em razão do interesse coletivo, nem mesmo que pode ser exercida ao arbítrio do interesse social. Ambos, privados e Estado devem proteger e promover a dignidade humana. Deste modo, o contrato, no Estado democrático de direito, deve ser efetivado tendo em vista essa prerrogativa de proteção e promoção da dignidade humana.

2.2 Os princípios do direito contratual e a sua evolução

2.2.1 *Autonomia Privada*

O princípio da autonomia privada possui duas acepções no direito contratual: autonomia da vontade e autonomia privada.

Muitos autores consideram que ambos possuem o mesmo significado, sendo que a autonomia da vontade representaria o período do Estado Liberal e a autonomia privada o que sucedeu, a partir da intervenção do Estado nos contratos – dirigismo contratual. Para outros, possuiriam significados distintos, sendo, a autonomia da vontade sinônimo de liberdade de contratar; e a autonomia privada a liberdade das pessoas em regularem os seus interesses por meio dos contratos em conformidade com o ordenamento jurídico.

A autonomia privada é a esfera de liberdade em que as pessoas é dado estabelecer normas jurídicas para reger seu próprio comportamento. Os contratos são um fenômeno da autonomia privada, em que as partes se impõem normas de conduta. Difere do princípio da autonomia da vontade, em que o contrato viria de dentro para fora. Seria fenômeno exclusivamente volitivo. Na autonomia privada, o contrato não vem, exclusivamente, de dentro; não é fenômeno meramente volitivo. As pessoas não contratam apenas porque desejam. A vontade é condicionada por fatores externos, por necessidades, que dizem respeito as motivos contratuais.(FIUZA, 2006, p.409)

O princípio da autonomia privada é aquele princípio informador do direito contratual que vê no acordo de vontade das partes a força da relação obrigacional existente entre elas. É esse o princípio que garante aos indivíduos o poder de auto-determinar suas relações.

A autonomia privada, conformada pelo ordenamento jurídico, confere ao sujeito a possibilidade de determinar conteúdo, forma e/ou efeitos do negócio jurídico. Podendo, numa situação concreta, o sujeito determinar somente conteúdo e efeitos, ficando a determinação da forma como função da lei ou esta, prescrevendo forma e efeitos, restando ao sujeito o exercício da autonomia privada no referente ao conteúdo ou outras combinações de conteúdo, forma e efeitos determinados ora pelo ordenamento, ora pelo sujeito de direitos. É claro que essa determinação de conteúdo, forma e efeitos se faz na conformidade de outras normas jurídicas (NAVES, 2007, p. 239)

Do princípio da autonomia privada, segundo Fiuza (2006), desdobram outros princípios, tais como, a liberdade de contratar ou não contratar; a liberdade de estipular o conteúdo do contrato (liberdade contratual); o princípio da relatividade contratual (o contrato só produz efeitos entre as partes); o princípio do consensualismo (o contrato tem forma livre, exceto se a lei a exigir); o princípio da auto-responsabilidade que determina que a parte deve ser responsável por sua vontade livremente declara em conformidade com a lei; o princípio da imutabilidade no qual o contrato só pode alterado por acordo entre as partes; o princípio da intangibilidade que impõe as partes o dever de continuar a execução do contrato uma vez já celebrado comportando exceções; e o princípio da obrigatoriedade que determina que o contrato faz lei entre as parte que, também, admite exceções.

2.2.2 Obrigatoriedade ou vinculatividade contratual

O princípio da obrigatoriedade contratual se traduz em diversas teorias que evoluem através do tempo. Pergunta-se: caso a vontade subjetiva – interna - ensejadora da vinculação contratual, seja diversa da declaração dada – vontade declarada -, o que irá prevalecer: a vontade subjetiva ou a vontade declarada já que os contratos devem ser cumpridos?

A primeira teoria existente é a denominada teoria da vontade cujo maior expoente é Savigny. Para ele, a vontade é o elemento essencial do negócio jurídico e quando exteriorizada o direito lhe atribui efeitos jurídicos, assim, havendo divergência entre a vontade e a declaração, a vontade deve prevalecer já que é o elemento central da formação do negócio jurídico.

A crítica que se faz a essa teoria é que ela não trás segurança jurídica. Ou seja, o juiz ao interpretar um negócio jurídico em que vontade e declaração são antagônicas, deverá buscar a real intenção do declarante, perquirindo toda a intenção dos atos anteriores à formação do negócio jurídico e que foram necessários para a sua formação, ficando com um poder discricionário muito amplo. Ainda, a parte que recebe a declaração fica adstrita ao aspecto subjetivo dessa declaração, assim o negócio jurídico poderá ser desfeito se a declaração não corresponder à vontade do declarante.

Os adeptos da teoria subjetiva baseando-se nas críticas a mitigaram, o que originou as teorias da *culpa in contrahendo* de Ihering e a da garantia tácita de Windscheid.

A teoria da culpa *in contrahendo* diz que o declarante, na formação de um negócio jurídico, deve ser cauteloso evitando formar um negócio nulo ou anulável causando prejuízos à outra parte, sob pena de dever indenizar. Vicente Ráo (1997) informa que essa teoria não soluciona o problema, apenas estabelece uma responsabilidade pré-contratual.

Valendo-se, embora, como ensaio da atenuação das soluções subjetivistas, essa doutrina não tende a resolver o aludido conflito, mas o problema da responsabilidade decorrente das negociações pré-contratuais, ou do procedimento das partes no curso das mesmas negociações. (RÁO, 1997, p. 167)

Assim, para essa doutrina, por mais que se admita, como na teoria subjetiva que a vontade é o modelo central do negócio jurídico e que deve ser tutelada, o agente ao dar sua declaração deve ser cauteloso evitando formar um negócio jurídico nulo ou anulável, ou seja, evitando dar uma declaração sem vontade.

A teoria da garantia tácita ou da responsabilidade informa que o declarante é responsável pelos danos causados ao receptor se a distorção entre a sua vontade e a sua declaração violar a legítima confiança da outra parte gerando danos a essa. A crítica que se fez a essa vertente é que ela cria a ficção de ser o declarante o garantidor da confiança que houver despertado, não tendo um fundamento preciso para essa garantia.

Contudo, Windscheid irá reestruturar a teoria da garantia tácita, passando a sustentar uma nova teoria que conjuga os elementos vontade e declaração. Para o direito tanto a vontade sem declaração, quanto a declaração sem vontade são ineficazes. Portanto, quando a vontade distorcer da declaração, a primeira deve prevalecer, exceto se o declarante agiu com dolo ou culpa caso em que deverá reparar os danos causados ao receptor da vontade declarada. Vicente Ráo expõe da seguinte maneira essa construção teórica:

[...] sem dúvida, para quem deve adquirir é sempre conveniente que adquira validamente só pelo fato de proceder de boa-fé, mesmo não sendo real o fato que deveria justificar a sua aquisição; mas, para quem perde, é sempre doloroso perder quando uma justificação de sua perda não existe (*apud*

Ferrara, loc. Cit.). E, conciliando o princípio da responsabilidade com o da eficácia da declaração, Windscheid atenua as conseqüências extremadas da teoria subjetiva e sustenta que, surgindo um conflito entre a vontade e a declaração causado por *dolo* ou *culpa lata* do declarante, deverá este responder pela reparação do dano e, também, pelo cumprimento da obrigação assumida. Como se vê, o princípio fundamental dessa doutrina continua a ser o do predomínio da vontade, com a única exceção acenada, caso no qual a declaração prevalece, embora não corresponda à vontade (*Pandectas*, § 75). (RÁO, 1997, p. 168 e 169)

A teoria da declaração ou objetiva foi sustentada por Rover, Bahr, Holder, Köhler, dentre outros. Para essa teoria, o inverso da acima exposta, em muitos casos o direito atribuí força á declaração sem vontade, como cita Ráo (1997), são casos, por exemplo, de reserva mental do declarante que não pode invalidar o negócio com esse fundamento; cláusulas acessórias de um contrato que não corresponda a vontade do declarante não invalidarão todo o contrato; na oferta caso a declaração chegue antes da retratação dessa, a oferta será válida e teremos declaração sem vontade, entre outros. Por isso, para essa teoria o que é válido para o direito não é a vontade intencional do declarante e sim a vontade que aparece com a declaração, o que trás segurança jurídica.

As críticas que são feitas a essa teoria é que há o excesso de proteção à declaração, assim como faz a teoria subjetiva que protegia em excesso a vontade. Vicente Ráo (1997) cita Guillermo Ospina Fernandez e Eduardo Ospina Acosta que enumeram diversas conseqüências negativas ao comércio jurídico caso a teoria da declaração seja levada ao extremo:

A adoção da teoria objetiva levaria a conseqüências sérias no comércio jurídico, porquanto: a) estaria descartada a possibilidade da investigação subjetiva a respeito do ato jurídico; b) restaria inútil examinar se os agentes teriam, ou não, querido a produção de algum efeito jurídico; c) ficariam prejudicadas quaisquer considerações relativas à falta de discernimento das partes, a possíveis vícios de sua vontade; d) o teor literal ou verbal da declaração adquiriria o valor absoluto que o simbolismo atribuiu às formas sacramentais, ou seja, o teor da declaração determinaria, automaticamente, a eficácia do ato. (FERNANDEZ, ACOSTA apud RÁO, 1997, p. 171)

A teoria objetiva, também, possui variantes. Em uma de suas vertentes, formulada por Köhler, explica que a interpretação do negócio jurídico não se trata de estabelecer qual elemento é mais importante, a declaração ou a vontade. A declaração e a vontade são um só ato, assim, a declaração não é, somente, a exteriorização da vontade, mas é a “encarnação do querer” (RÁO, 1997, p. 172), ou

seja, a “vontade em ação” (RÁO, 1997, p. 172). Essa teoria não resolve o problema entre a divergência entre declaração e vontade.

Outra teoria existente é a da confiança ou da auto-responsabilidade que diz que a vontade declarada só prevalecerá sobre a vontade subjetiva se houver gerado na contraparte uma legítima expectativa de que a vontade real é a mesma da declarada. Deve-se levar em conta, para a criação dessa legítima expectativa as circunstâncias objetivas do caso. Contudo requer que o destinatário da declaração seja prudente e não haja com culpa, já que da análise atenta das circunstâncias do caso se puder perceber a divergência da vontade subjetiva e da declarada, não se poderá ter por existente o negócio jurídico sob a alegação de que o que constitui a formação do negócio jurídico é a vontade declarada.

Para Vicente Ráo (1997), todas as teorias esboçadas são insuficientes para por termo à discussão.

[...] mas, quando os conflitos surgem e se caracterizam, logo se revela a inexistência de uma regra única e geral de solução regra que a doutrina até hoje não logrou formular, por não ser possível submeter ao mesmo tratamento todas as espécies de fato ocorrente. Necessário se faz, em consequência, construir um sistema de regras, a começar pelas de delimitação do campo do conflito e a prosseguir com as que mais adequadas forem às suas diferentes espécies, observando-se e respeitando-se os princípios fundamentais da ordem jurídica, a teoria geral dos atos jurídicos e a natureza específica das diversas relações. (RÁO, 1997, p. 176).

Portanto, todas as teorias até então esboçadas tentam de algum modo por em evidência ou a declaração ou a vontade, relegando o outro elemento. Para ele será necessário construir diversas regras pautadas nos princípios fundamentais da ordem jurídica, na teoria dos atos jurídicos e na natureza jurídica das relações.

2.2.3 Função social dos contratos

Os contratos possuem três funções primordiais: a econômica, a pedagógica e a social (FIUZA, 2006).

Por serem os contratos meio de circulação de riquezas, de distribuição de rendas e geração de empregos, é também o meio pelo qual realizamos as nossas necessidades. Em termos gerais essa é a função econômica do contrato.

Na função pedagógica, o contrato é o instrumento através do qual as pessoas adquirem a noção de direito. O contrato é, de certa forma, uma miniatura do ordenamento jurídico (FIUZA, 2006). É meio pelo qual o homem se relaciona e aprende a respeitar o seu semelhante.

Naves (2007) afirma que o princípio da função social dos contratos é a efetivação da solidariedade no âmbito do direito contratual. Os efeitos dos contratos não atingem somente às partes envolvidas, mas toda a coletividade, assim o contrato deve primar pela dignidade humana.

Deve-se abandonar a idéia de que há apenas limites externos aos contratantes, quando o Estado regulamentava cláusulas e impunha deveres. A função social do contrato é um condicionante interno que exige que todos, contratantes e terceiros, se respeitem e colaborem entre si, permitindo que o contrato contribua para a edificação do ser humano digno. (NAVES in FIUZA, 2007, p. 248)

O contrato é o meio para realizar o bem-estar e a dignidade do homem, visto sua função econômica e pedagógica. Assim, a função social é a junção das outras funções do contrato. É meio adequado para garantir a dignidade humana (FIUZA, 2006).

2.2.4 Justiça contratual

Esse princípio determina que nas relações jurídica em que de ambas as partes se exija uma prestação, essas devem ser equilibradas. Não se pode exigir mais do que recebeu.

A justiça contratual pode ser formal ou substancial. A formal exige que a relação jurídica nasça equilibrada, garantindo a igualdade de oportunidades no início da contratação. Já a justiça contratual substancial exige que a relação jurídica permaneça equilibrada até a sua extinção.

2.2.5 Boa-fé objetiva

O princípio da boa-fé objetiva será analisado em capítulo próprio.

3 DA BOA-FÉ OBJETIVA

3.1 Evolução histórica

3.1.1 A boa-fé no Direito Romano

O Direito Romano foi a base para a construção dos direitos de origem romano-germânico ao qual o direito brasileiro faz parte. Por isso o estudo histórico da boa-fé se inicia na Roma antiga.

No Direito Romano a idéia de boa-fé estava relacionada ao termo *fides*. Inicialmente entendido como o culto a deusa *Fides*. Depois passou a designar a relação entre o cidadão romano e o *cliens* (relações de clientela). O *cliens* devia obediência e lealdade ao cidadão e este, por sua vez, proteção àquele, ambos eram recebido na *fides* um do outro (*fides* como promessa).

Nos contratos internacionais a boa-fé esteve presente no acordo entre Roma e Cartago, uma das cidades prometia a outra por sua própria fé, publica *fides*, a dar proteção aos interesses nascidos dos negócios realizados pelos cidadãos dessas cidades.

Observe que a *fides* no clientelismo tinha a função de auto-limitação ou intento protetivo; já nos contratos a função era de garantia, de respeito à palavra dada. (COSTA, 2000)

A *fides* como garantia passou a ter o condão de dar força coercitiva aos contratos que estavam sem a proteção da *actio*, dado não serem formais. Ou seja, a garantia era para os contratos consensuais que não exigiam a fórmula para a sua celebração, tais como, a compra e venda, a sociedade, a locação e o mandato. Por essas relações a *fides* passou a admitir o qualificativo de *bona*, passando a ser a *fides* garantia, *bona fides*. Costa (2000) cita Frezz, para o qual:

É uma *fides* que constringe a quem prometeu a manter sua promessa não segundo a letra, mas segundo o espírito; não tendo em vista o texto da fórmula promissória, mas ao próprio organismo contratual posto em si mesmo: não seguindo valor normativo externo ao negócio concretamente posto em si (o contexto verbal da promessa), mas fazendo do próprio

concreto intento negocial a medida da responsabilidade que a fizeram nascer. (FREZZ apud COSTA, 2000, p. 115)

Vê-se que a boa-fé era o que dava substrato aos contratos consensuais e o que fundamentava a responsabilidade dos contratantes, visto não haver *actio* que tutelasse esses contratos, pois os mesmos não possuíam uma fórmula.

A *bona fides* utilizada durante o período arcaico era fonte de direitos e deveres para os contratantes. Durante o período clássico a *bona fides* perderá esse caráter ao passo que será inserida no direito pretoriano, passando a ser denominada *bonae fidei iudicium*.

A *bonae fidei iudicium* era usada quando, apresentada a fórmula ao juiz, essa não possuísse a *intentio* baseada na *Lex*, tendo substrato na *fides*, deste modo o pretor ordenava ao juiz que julgasse conforme a boa-fé. Portanto, o juiz poderia buscar a solução do litígio no caso concreto ou em fatos ligados ao litígio.

A forma de aplicação da boa-fé no período do império se modificou e passou a ter denotação moral. A *fides* passou a ser utilizada para todos os casos, transmudando aquele significado objetivo, ou seja, o pretor poderia utilizá-la para resolver os litígios conforme as circunstâncias ligadas a estes, para conotar estado de ignorância ou intenção. Passou a ter larga aplicação nos direitos reais.

3.1.2 A boa-fé na cultura germânica

A boa-fé na cultura germânica era marcada pela fórmula *Treu und Glauben*. Não se tratava de fidelidade ao prometido como no Direito Romano, mas de lealdade e crença. Eram idéias objetivas baseadas nos juramento dos cavaleiros medievais. A boa-fé possessória, diferente da exposta acima, trata de aspectos subjetivos e na cultura germânica se dava pela fórmula *Gutten Glaube*. (CORDEIRO, 2007)

A fórmula *Treu und Glauben* expressava a garantia da manutenção do cumprimento da palavra dada. A garantia era objetiva, pois se espelhava no coletivo, todos deveriam respeitar as palavras dadas, era uma regra de comportamento social. No direito contratual ela exigia o cumprimento de todos os deveres do contrato e o respeito aos interesses da contraparte.

3.1.3 A boa-fé canônica

O Direito Canônico tratava a boa-fé nos contratos consensuais e na usucapião. (CORDEIRO, 2007)

No campo dos direito reais a conotação dada pelo Direito Canônico ia além daquela dada pelo Direito Romano. Neste a boa-fé era a ignorância do litígio, no Direito Canônico era a ausência de pecado, ou seja, a inexistência de má-fé.

Nos contratos consensuais o que os dava coercitibilidade era o consentimento. A promessa tinha um valor moral, portanto a quebra de promessa seria pecado, já que a mentira era um pecado. Haveria, nesse sentido, união entre os conceitos da boa-fé tanto na aplicação no campo obrigacional quanto nos direito reais, sendo que, em ambos os casos ela representava a ausência de pecado.

3.1.4 A construção da idéia de boa-fé até o direito moderno

A idéia de boa-fé que conhecemos hoje é fruto da sociedade européia. Com a queda do Império Romano, a força política que se destacou foi a Igreja. Assim, na Europa, coexistiu o Direito Romano, o direito germânico consuetudinário e o Direito Canônico.

Segundo Cordeiro (2007) a sociedade européia, que se iniciou no século IX, foi marcada, na produção, pelo feudalismo; como valor, o cristianismo; no ensino, o trivium (gramática, lógica e retórica) e o quatrivium (aritmética, geometria, música e astronomia); e pelo saudosismo ao Império Romano.

Nas Universidades iniciou-se o estudo do Direito Romano – em especial do *Corpus Iuris Civilis*, fenômeno, que ficou conhecido como recepção. Essa foi a semente do que seria a Ciência do Direito.

A boa-fé, nesse período histórico, foi, basicamente, o que estava disposto no *Corpus Iuris Civilis*. Segundo Cordeiro (2007), marcou-se três acepções da boa-fé: a boa-fé nos contratos consensuais, a boa-fé na garantia das obrigações e a boa-fé na prescrição, visto que, a idéia de boa-fé no *Corpus* era extremamente diluída, ou seja,

não era utilizada para fundamentar soluções autônomas, tinha caráter apenas retórico.

A boa-fé, no Direito Romano era substrato para a fundamentação dos contratos consensuais. Tratava-se da garantia da palavra dada, deixando a par o formalismo que era emblemático dos demais contratos. Contudo, na Idade Média, conforme Cordeiro (2007), o fundamento dos contratos consensuais estava mais no Direito Romano como conjunto do que na boa-fé propriamente dita.

A boa-fé prescritiva tinha caráter mais marcante no *Corpus Iuris Civilis*, por esse motivo, teve maior destaque do que a boa-fé objetiva no período da recepção. Junte-se a isso o fato do Direito Canônico, também utilizar a boa-fé prescritiva em larga escala. Nesse aspecto a boa-fé, era utilizada na posse, tendo caráter subjetivo, protegendo o possuidor que acreditava ser o proprietário. Contrapunha-se a má-fé ou ao dolo.

A boa-fé, no período da recepção, esvaziou-se da concepção objetiva da cultura germânica, sendo marcada pela subjetividade.

O Estudo do *Corpus Iuris Civilis* torna-se inócuo. A Europa passou a viver uma nova fase. O passado não serviria para sustentar a ordem jurídica, a história seria buscada para que se construísse algo diverso daquilo que já existia. Com o humanismo e o renascimento quis-se simplificar o sistema jurídico, necessitando-se da sistematização e ordenação o direito.

O humanismo transpôs o homem para o centro dos interesses do direito. Teceu críticas aos estudos do Direito Romano através de glosas e acreditava que ele - o Direito Romano - deveria ser estudado com caráter histórico. Foi ele o primeiro processo histórico que tentou dar um tratamento global a noção de boa-fé. Nesse período a boa-fé nos contratos passou a ter dois mandados, um positivo, de dever de prestar a outra parte o que é devido; e outro negativo, o dever de não agir de má-fé.

Com o mercantilismo, o modo de economia medieval se modificou, deixando de ser doméstica para ser pública. O Estado nesse ponto precisou cada vez mais ampliar a sua arrecadação, o que tornou o poder estatal mais burocrático e complexo. Os intelectuais também se viram livres das amarras do poder da Igreja. Ainda se pode perceber nesse período a mudança na forma do ensino, a cientificidade se basearia no modelo matemático, o que passou a determinar o

conhecimento foi a razão humana, substituindo, desta forma, a verdade pela certeza.

O jusnaturalismo fez a leitura do Direito Natural sobre o prisma da razão. As normas que não estivessem em conformidade com a razão deveriam estar fora do ordenamento.

A idéia de direito subjetivo foi cunhada no jusracionalismo. E, assim, o Direito assumiu duas acepções: de direito objetivo, ou seja, de lei; e de direito subjetivo, faculdade de agir.

A sistematização do direito, necessidade proeminente dessa sociedade dada a formação do Estados Absolutistas, foi embasada no modelo matemático. Buscou-se axiomas, princípios básicos que não necessitavam de demonstração, seriam verdadeiros e inatos. Os jusracionalistas demonstrariam que os princípios do direito natural são princípios naturais da sociedade. A idéia do jusracionalista era a criação de um direito válido em absoluto para qualquer sociedade.

Até o jusracionalismo o panorama da boa-fé era extremamente diluído e conflitante, dado a coexistência do Direito Romano, Germânico e Canônico. Para Cordeiro:

Perante os operadores racionalistas, a boa-fé surge, assim, com uma séria de potencialidades, contraditórias até, por vezes: por um lado, um conceito técnico-jurídico, de conteúdo psicológico, dobrado, no texto do *Corpus Iuris Civilis*, de uma menção diluída puramente retórica, na gênese da qual, não obstante, era possível detectar o vector (*sic*) da busca de soluções materiais, tidas por equilibradas, no domínio contratual; por outro, uma representação ética, também subjectivada (*sic*), a entender dentro da escala axiológica ocidental cristã; por fim, um factor afectivo (*sic*), dominado por padrões sociais objectivos (*sic*). (CORDEIRO, 2007. p. 202)

Conforme Cordeiro (2007), o primeiro jusracionalista foi Hugo Grotius. Ele queria a criação de um direito baseado na experiência prática, para ele entre a vontade e a razão prevaleceria esta última.

A boa-fé na teoria de Grotius serviu de hermenêutica para os negócios jurídicos. Ela se relacionava, portanto, com a responsabilidade e com a liberdade. O negócio jurídico deveria ser cumprido se aquilo que fosse declarado suscitasse a confiança do outro. Para Cordeiro (2007) esse autor abrirá espaço para o desenvolvimento técnico-jurídico da boa-fé, que, até então, estava diluído.

Conforme Cordeiro (2007), Puffendorf, outro jusracionalista, afirmava existir dois princípios: os racionais inflexíveis e permanentes (axiomas); e o os empíricos

derivados da experiência. Nos axiomas estavam os princípios - certezas derivadas da observação que iriam fundamentar o direito. Com essas idéias o direito passou a ser uma ciência demonstrável que deveria ser separada da teologia.

A boa-fé, no estudo de Puffendorf, conforme Cordeiro (2007), esteve adstrita a usucapião. Não era fundamento para os contratos.

Veja que o momento histórico vivido pelo direito europeu era de uma tentativa de sistematização ou unificação do direito, para criar regras únicas, universais, apreensíveis pela razão. O direito até então era diluído e confuso. Coexistia o Direito Romano, Canônico e Germânico. A partir do humanismo, como se viu, com o estudo da lingüística do *Corpus Iuris Civilis* se iniciou uma tentativa de sistematização. O jusracionalismo observou que o modo de pensamento tópico, que se dava pelo estudo dos textos do *Corpus* operado pelo humanismo, engessou o direito, já que este era algo que poderia ser apreensível pela razão. A boa-fé, como um conceito unitário, ainda estará diluída, mesmo com o jusracionalismo. Veja:

[...] é razoável admitir que um sistema periférico, no seu anseio de ordenar elementos culturais díspares, pré-sistemáticos, sem outras conexões do que, por exemplo, as lingüísticas, de existência patente no caso da boa fé, seja levado, perante conceito diluídos, á sua reconstrução unitária. Pelo contrário, o sistema central, desenvolvido a partir de postulados firmados, justamente, para o possibilitar, será incapaz de superar um sector (*sic*) em estado de diluição: o factor (*sic*) diluído não é suceptível (*sic*) de construir, ele próprio, um princípio donde se possa deduzir um sistema; não aprece, pois, nas sua ramificações activas (*sic*) e, quando sentido, é ignorado pela impossibilidade para o sistema central, de o reduzir. Ou seja: um sistema periférico reconduz a boa-fé a um princípio geral único, ao passo que um sistema central mantém a sua diluição. (CORDEIRO, 2007, p. 225)

A boa-fé como conceito unitário só passará a existir em um direito sistematizado, ou seja, com as codificações. Contudo, como se verá, a boa-fé nos contratos só passou a ter aplicabilidade maior a partir do Código Civil Alemão. Na codificação francesa a boa-fé teve maior aplicabilidade em seu aspecto subjetivo.

3.1.5 A boa-fé no Código de Napoleão

A França no final do século XVIII encontraria terreno propício para o processo de codificação de suas leis. Tratava-se de um período de tensão, no qual, se podia

observar que as antigas estruturas não poderiam mais dar substrato a essa nova sociedade, seria necessário uma ruptura, que tivera toda a sua ideologia construída pelo renascimento e o iluminismo. Tratava-se da revolução francesa.

A sociedade precisava romper com a estrutura de privilégios dados a nobreza e o clero, a classe social que estava em larga expansão e que passava a ter domínio econômico era a burguesia. A economia comercial estava em larga expansão e se tornou cada vez mais necessário diminuir a insegurança jurídica existente. A unificação das fontes e a sistematização do direito eram essenciais para que se garantisse a expansão do tráfego comercial.

O jusracionalismo deu o substrato teórico para a cientifização do direito, o que culminou com a própria codificação. Nesse período, dado os desmandos do Estado e a sua freqüente intervenção na economia para a garantia dos privilégios do clero e da nobreza, criou-se a idéia de separação estanque entre o que é público e o que é privado – o Estado seria um mal necessário. Além do mais, foi necessário que se garantisse a igualdade de todos perante a lei, portanto, a Constituição passou à regular tudo aquilo que fosse referente ao Estado e o Código, como um manual, completo e coeso da vida privada, as relações privadas.

Conforme Cordeiro (2007) a boa-fé no Código de Napoleão estava presente nos artigos que regulavam o casamento putativo; o possuidor de boa-fé, face aos frutos; na acessão; no dever de executar as convenções de boa-fé; no pagamento recebido de boa-fé; no pagamento feito de boa-fé; na cessão judiciária de bens, permitida ao devedor; na dissolução, por renúncia, da sociedade; na venda da coisa depositada feita de boa-fé pelo herdeiro depositário; no terceiro de boa-fé na cessação do mandato; e na prescrição.

Afirma-se que a boa-fé no Código de Napoleão teve a sua aplicabilidade limitada, sobretudo no seu aspecto subjetivo. Isso se deve ao modo de interpretação jurídica imposta naquele período histórico- o método exegético. Ao juiz caberia aplicar a letra da lei, na interpretação do direito era necessário buscar a vontade do legislador. Desta feita, por mais que o Código afirmasse que era dever executar as convenções de boa-fé a sua interpretação – das convenções - esteve limitada a letra fria da lei, comparando a boa-fé à equidade.

3.1.6 A boa-fé no Código Alemão

A larga utilização do princípio da boa-fé no âmbito contratual vem da aplicabilidade dada pelo Código Alemão e o que preceituou o §242 desse sistema.

A inserção da boa-fé objetiva nesse código adveio da sua aplicabilidade no âmbito comercial, mesmo antes da sua elaboração positiva. Algumas cidades alemãs formaram um tribunal para julgar as suas questões comerciais. Neles, conforme Cordeiro (2007), a boa-fé objetiva tinha larga aplicação, criando deveres obrigacionais não estipulados pelas partes ou pela lei.

O processo codificatório alemão não teve fundamento, tal qual o francês, no jusracionalismo, o fundamento do direito para aquele povo não advinha da razão. Na Alemanha a Escola Histórica foi a responsável pelo seu sistema codificatório e buscou a fundamentação direito no espírito do povo – *volkgest*. O direito era considerado como uma série de conceitos, sendo que os mais gerais determinariam o conteúdo dos mais específicos. Isso explica o modo da disposição do código Alemão, no qual há uma parte geral, conceitual mais abstrata que dá suporte a todos os outros livros do Código Civil.

Segundo Cordeiro, a boa-fé objetiva no Código Civil Alemão – BGB – está positivada:

[...] No §157: <<os contratos interpretam-se como o exija a boa fé, com consideração pelos costumes do tráfico>>; no §162/1 2:<<Quando a verificação da condição seja, contra a boa fé, impedida pela parte a que ela desfavoreça, tem-se por ocorrida>> e <<Quando a verificação da condição seja, contra a boa fé, provocada pela parte a quem favoreça, tem-se por não ocorrida>>; no §242: <<O devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa fé, com consideração pelos costumes do tráfico>>; no §320/2, a propósito da exceção (*sic*) do contrato não cumprido: <<Quando, por uma das partes, apenas tenha havido uma prestação parcial, a contraprestação não pode, contudo, ser recusada quando a recusa, segundo as circunstâncias, em especial por causa da pequenez relativa do que falta, seja contrária a boa-fé>>; no §815, a propósito do enriquecimento sem causa: <<A restituição por não ocorrência do resultado visado com a prestação é excluída quando fosse, desde o princípio, impossível e o autor da prestação soubesse disso e quando este, contra a boa fé, tenha impedido tal resultado>>. (CORDEIRO, 2007, p. 325 e 326)

O que faz com que o BGB seja um marco na concepção objetiva da boa-fé é a positivação da cláusula geral do §242, que permitiu uma maior flexibilidade de sua

aplicação nas decisões judiciais. Para Judith Martins Costa (2000) o §242 é a mais emblemática cláusula geral já produzida dada a sua repercussão.

Quando da redação do BGB os redatores não queriam, com esse tipo de norma, ampliar os poderes do juiz; mas sim reforçar outras disposições do código.

Contudo a aplicação no aspecto objetivo da boa-fé logo permeou os tribunais alemães. Isso porque, nas práticas comerciais a boa-fé romana e germânica sempre estiveram presentes nas decisões.

Antes da promulgação do BGB a boa-fé teve o papel de reforçar o cumprimento dos deveres contratuais não de modo formal, mas de reforçar o efetivo cumprimento desses deveres. Com a promulgação do BGB o seu sentido é alargado. Na Alemanha, os juristas não tinham a lei como algo intransponível, o que fará desse país, conforme Costa (2000), o pioneiro na teorização e aplicação das cláusulas gerais, visto que estas, também, estavam presentes no Código francês, mas não tinha a sua devida aplicação.

3.2 A boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva

Pode-se se dizer, em linhas gerais, que a boa-fé subjetiva é aquela que analisa a intenção do agente, se contrapondo à má-fé, já a boa-fé objetiva refere-se a um comportamento, ao respeito à intenção do pactuado ou da promessa, ao agir com lealdade jurídica.

Para Judith Martins Costa (2000), a boa-fé subjetiva é a intenção psicológica da parte de agir em conformidade com o ordenamento jurídico. É antítese de má-fé e possui grande utilidade nos direitos reais. Já a boa-fé objetiva, para a mesma autora, é um modelo de conduta social que leva em conta os aspectos culturais das partes e o contexto histórico no qual elas estão inseridas, não tendo aplicação abstrata, ou seja, o seu conteúdo é revelado no caso concreto.

A expressão 'boa-fé subjetiva' denota 'estado de consciência', ou convencimento individual de obrar (a parte) em conformidade ao direito [sendo] aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se 'subjetiva' justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé

subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar outrem

Já por 'boa-fé objetiva' se quer significar – segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao § 242 do Código Civil alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos, e, bem assim, daquela que lhe é atribuída nos países da **common law** – modelo de conduta social, arquétipo ou **standard** jurídico, segundo o qual 'cada pessoa deve ajustar sua própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade'. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o **status** pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do **standard**, de tipo meramente subjetivo. (COSTA, 2000, p. 411)

Conforme preceitua César Fiuza:

A boa-fé subjetiva consiste em crenças internas, conhecimentos e desconhecimentos, convicções internas. Consiste, basicamente, no desconhecimento de situação adversa. Quem compra de quem não é dono, sem saber, age de boa-fé, no sentido subjetivo.

A boa-fé objetiva baseia-se em fatos de ordem objetiva. Baseia-se na conduta das partes, que devem agir com correção e honestidade, correspondendo à confiança reciprocamente depositada. As partes devem ter motivos objetivos para confiar uma na outra. (FIUZA, 2006, p. 410 e 411)

César Fiuza (2006), assim como Judith Martins Costa (2000), conceitua a boa-fé subjetiva como contraponto a má-fé. Já a boa-fé objetiva para Fiuza é aquela que advém da confiança que as partes reciprocamente depositam uma na outra de modo objetivo.

Segundo Francisco Amaral:

A boa-fé é um princípio geral do direito que oferece duas perspectivas de análise e consideração. Para a primeira, de natureza subjetiva ou psicológica, a boa-fé é a crença de que se procede com lealdade, com certeza da existência do próprio direito, donde a convicção da licitude do ato ou da situação jurídica. É estado de consciência, uma crença de agir conforme o direito; é o respeito consciente ao direito de outrem. Para a segunda perspectiva, de natureza objetiva, a boa-fé significa a consideração, pelo agente, dos interesses alheios, ou da imposição de consideração pelos interesses legítimos da contraparte, o que é próprio de um comportamento leal, probado, honesto, que traduza um dever de lisura, correção e lealdade, a que o direito italiano chama de **correttezza**. (AMARAL, 2006, p. 420)

Para Francisco Amaral (2006) a boa-fé subjetiva é a certeza do agir conforme o ordenamento jurídico ou de se ter a convicção que se tem o direito subjetivo; já a boa-fé objetiva corresponde ao fato das partes terem que respeitar os interesses legítimos da contraparte.

Para Joaquim Ribeiro de Sousa (2004), não é possível estabelecer, previamente o conteúdo do princípio da boa-fé objetiva. Diante do fato, verificada as posturas assumidas pela partes, é que se poderá estabelecer o seu conteúdo. Isso se dá porque só da análise da relação estabelecida entre as partes é que se pode verificar a confiança despertada e a conduta desleal que a boa-fé tenta impedir. É esse aspecto particular que faz com que a boa-fé se distinga dos bons costumes, ou seja, os bons costumes fixam exigências de condutas gerais para qualquer caso, contudo a boa-fé fixa deveres de condutas que só poderão ser verificadas, ou estabelecidas, ante o enlace das partes, seja para formar um contrato, seja durante um contrato, seja após um contrato.

A boa-fé subjetiva, conforme preceitua Francisco Amaral (2006) tem aplicabilidade no direito possessório, no direito de família, como no caso do casamento putativo, nos casos de usucapião, revogação de mandato, cessão de crédito, pagamento indevido, no direito sucessório, como no caso do herdeiro aparente, entre outros. Já a boa-fé objetiva, ou simplesmente boa-fé, na maioria das vezes, ocorre nos casos de formação, interpretação e execução dos negócios jurídicos.

3.3 O conceito de boa-fé objetiva

O conceito de boa-fé objetiva tem sido objeto muita discussão na dogmática do direito privado, já que é difícil estabelecer o seu conteúdo. Segundo Lorenzetti (2004), as críticas que se fazem a boa-fé objetiva, de um modo geral, são:

- a) por sua aplicabilidade no direito contratual, no qual, a autonomia privada seria o princípio de maior expressão, a boa-fé não poderia ser um limite a este princípio. Ao contratar uma das partes realiza o seu interesse, sendo, portanto, contraditório exigir a essa mesma parte que reflita sobre o interesse da outra parte;
- b) por ter um conteúdo impreciso ela põe em risco a própria noção de segurança jurídica, dando um poder excessivo ao julgador ao aplicar esse princípio que possui aceção de cláusula geral. Nessa crítica,

admiti-se que a boa-fé possa ser um limite a autonomia privada, mas se discute que não há critérios ou limites para isso;

- c) outros afirmam que a boa-fé não é uma norma jurídica por ser um princípio moral, reduzindo deste modo, a boa-fé a ausência de má-fé.

3.3.1 A boa-fé objetiva como cláusula geral

A monografia jurídica brasileira que melhor exemplifica a boa-fé objetiva como cláusula geral é a apresentada por Judith Martins Costa (2000) - Da Boa-fé no Direito Privado. Para isso fará uma análise do apresentado nessa obra no que concernem as cláusulas gerais.

A técnica da cláusula geral se contrapõe ao método da *causuística*, nesta última, o legislador especifica e determina do modo mais completo possível as *fattispecie* da regra, assim, o modo de aplicação da norma se dá pelo método da subsunção.

A técnica das cláusulas gerais, de modo diverso, utiliza o mínimo de tipicidade, ou seja, deixa as *fattispecies* da norma o mais indeterminada possível. Isso torna a norma feita pela técnica da cláusula geral mais móvel, cabendo inúmeras interpretações.

[...] Na verdade, por nada regulamentarem de modo completo e exaustivo, atuam tecnicamente como metanormas, cujo objetivo é o de enviar o juiz para critérios aplicativos determináveis ou em outros espaços do sistema ou através de variáveis tipologias sociais, dos usos e costumes. Não se trata – é importante marcar desde logo este ponto – de apelo à discricionariedade: as cláusulas gerais não contêm delegação de discricionariedade, pois remetem para valorações objetivamente válidas na ambiência social. Ao remeter o juiz a estes critérios aplicativos, a técnica das cláusulas gerais enseja a possibilidade de circunscrever, em determinada hipótese legal (estatuição), uma ampla variedade de casos sujas características específicas serão formadas por via jurisprudencial, e não legal. Em outros casos, por não preverem, determinadamente, quais são os efeitos ligados à infringência do preceito, abrem a possibilidade de serem também estes determinados por via jurisprudencial. (COSTA, 2000, p. 299)

Como se observa, portanto, Judith Martins Costa (2000), acredita que a maior mobilidade da cláusula geral não significa uma maior discricionariedade ao juiz ao aplicar a norma. Isso porque, apesar da gama de possibilidades de interpretações

que as cláusulas gerais possibilitam. O juiz ao utilizá-las deve se ater a critérios objetivos para determiná-las. Ainda, afirma que por via jurisprudencial serão estabelecidos os critérios de determinação da cláusula geral; que será móvel no tempo.

Para Judith Martins Costa (2000) as cláusulas gerais não são genéricas, são vagas. A generalidade, genericidade, ambigüidade e vagueza não são sinônimos. O geral é aquilo que vale para determinado grupo sem exceções. Para a autora não é contraditório dizer que algo é geral e preciso. Cita o exemplo da norma que estabelece o que são bens fungíveis e infungíveis. É uma norma geral, que vale para aquela classe de bens, sem exceção, e é precisa. O termo geral pode ser qualificativo de uma cláusula geral se por essa cláusula tiver a “possibilidade de previsibilidade geral de condutas, ao modo de ensejar o tratamento em conjunto de um vasto domínio de casos.” (COSTA, 2000, p. 304)

Uma norma genérica seria aquela que se aplica a qualquer caso de uma determinada classe. A autora cita o exemplo da culpa, nos casos de responsabilidade civil subjetiva, assim como os prazos prescricionais das ações pessoais. Não se tratam de cláusulas gerais.

Uma norma pode ser ambígua quando, dada a sua homonímia ou polissemia, não se possa estabelecer o seu significado preciso, mesmo que esteja situada.

As cláusulas gerais não são assim necessariamente nem gerais, nem genéricas, nem ambíguas; desde aí, aliás, poderia ser procedida a crítica da expressão derivada do alemão *Generalklauseln*, infelizmente já consagrada. O que as caracteriza enquanto técnica é, fundamentalmente, ou o emprego de expressões ou termos vagos no delineamento da *fattispecie* ou a conferência de um mandato – cujo significado pode ser semanticamente impreciso – ao juiz para, a partir dele, sejam concretizadas as conseqüências normativas visadas. (COSTA, 2000, p. 306)

Deste modo, para Judith Martins Costa (2000) a característica marcante da cláusula geral é a vagueza e não a generalidade, genericidade ou ambigüidade como a sua denominação pode induzir. Ela poderá ou não conter essas características. Contudo a vagueza dos termos da *fattispecie* estará sempre presente, ou seja, são empregados termos semanticamente imprecisos.

A vagueza semântica para Judith Martins Costa (2000) não é uma característica só das cláusulas gerais. Toda expressão é de certa forma vaga, não

se sabe ao certo quando uma expressão vaga se torna certa, é uma questão de grau.

No momento de transição entre o vago e o não vago surgem casos limites, ou emblemáticos que passam a dar um significado aquela expressão. A questão da vagueza é uma questão de imprecisão de significado. Desta feita, significado pode ser: extensão ou denotação, intenção ou conotação, elemento do sistema lexical ou uso. A linguagem jurídica quer significação em determinado contexto e conforme o seu uso, sendo, portanto, o seu significado conotativo e determinado pelo uso.

A vagueza na conotação, portanto, irá variar assim como o contexto permitir, podendo a expressão vaga ser restringida (menor grau de vagueza) ou ampliada (maior grau de vagueza). A vagueza na linguagem jurídica deve, em muitos casos, ser intencional.

A vagueza na linguagem jurídica é característica, das cláusulas gerais, como já dito, mas também, dos conceitos jurídicos indeterminados e dos princípios.

Para Judith Martins Costa (2000) existe distinção entre cláusulas gerais e princípios, contudo, ressalta que pela polissemia de significado de princípios há equiparação entre cláusulas gerais e princípios. Os princípios podem ser expressos em lei ou não, sendo estes últimos extraídos na decisão judicial. As cláusulas gerais nunca podem ser inexpressas ou implícitas como os princípios. As cláusulas gerais sempre trazem um comando de reenvio, ou seja, remete para o julgador a possibilidade de buscar no ordenamento jurídico ou em valores, quais sejam, moral social, regras sociais e costumes, a solução do litígio; fato que não é uma regra nos princípios.

Tanto as cláusulas gerais como os conceitos jurídicos indeterminados possuem um certo grau de vagueza semântica. Contudo, existem dois tipos de conceitos jurídicos indeterminados: os que trazem reenvio valorativo e os que para ter o seu significado preciso necessitam somente da observação da realidade fática. As cláusulas gerais se confundem com os conceitos jurídicos indeterminados que trazem o reenvio a questões axiológicas. Os conceitos jurídicos indeterminados, por mais que contenham termos vagos, requerem a aplicação da norma pelo método da subsunção não dando margem para a criação do direito como ocorre nas cláusulas gerais.

Ocorre que os conceitos formados por termos indeterminados integram, sempre, a descrição do "fato" em exame com vistas à aplicação do direito. Embora permitam, por sua vagueza semântica, abertura às mudanças de

valorações (inclusive as valorações semânticas) – devendo, por isso, o aplicador do direito averiguar quais são as conotações adequadas e as concepções éticas efetivamente vigentes, de modo a determiná-los in concreto de forma apta -, a verdade é que, por se integrarem na descrição do fato, a liberdade do aplicador se exaure na fixação da premissa. Por essa razão, uma vez estabelecida, in concreto, a coincidência ou não-coincidência entre o acontecimento real e o modelo normativo, a solução estará, por assim dizer, predeterminada. O caso é, pois, de subsunção. Não haverá, aí, “criação do direito” por parte do juiz, mas apenas interpretação. (COSTA, 2000, p. 326)

Na cláusula geral o juiz cria direito ao completar o tipo, diferente do que ocorre com normas elaboradas pelo método da casuística, na qual, cabe ao juiz somente estabelecer o significado do enunciado normativo. Nesse método o juiz terá a liberdade de, a partir do caso concreto, estabelecer o conteúdo da cláusula geral. Fará isso com base nas regras sociais e nos casos semelhantes já julgados. O que se terá ao final será um catálogo de casos que estabelecem o conteúdo daquela cláusula, sem que essa esteja engessada, pré-estabelecida em um tipo legal. O preenchimento das cláusulas gerais será dado segundo as fontes jurisprudencial, consuetudinária e a negocial.

Neste aspecto a boa-fé é uma expressão vaga que pode ter a sua aplicação determinada pelo comportamento social típico, sendo, portanto, uma cláusula geral. O conteúdo do comportamento de boa-fé pode ser estabelecido pelas fontes consuetudinárias e negocial, nas quais, estão os usos e costumes que são moldados pela fonte jurisprudencial.

Um standard ou um valor moral, retirados da prática da sociedade civil, se considerados por si sós não são, por evidente, normas juridicamente aplicáveis. Contudo, mediados pelas fontes, constituirão o conteúdo – e, portanto, o critério de aplicabilidade – dos enunciados (ou modelos) abstratamente previstos nas cláusulas gerais. (COSTA, 2000, p. 335)

Para a autora as cláusulas gerais têm a função de dar abertura e mobilidade ao sistema jurídico, possibilitando o reenvio de questões fora do ordenamento jurídico, assim como, o reenvio de questões dentro do ordenamento jurídico.

3.3.2 A boa-fé objetiva como ética material normativa e como ética prática ⁴

A boa-fé como ética material normativa é a idéia de que ela seria a recepção no direito positivo de uma norma de conduta social estruturada, ou seja, uma ética axiológica de caráter geral e de validade universal, que pode ser aplicada segundo moldes acabados.

Essa concepção, segundo Franz Wieacker (1977) é a que sucedeu durante o positivismo jurídico no direito alemão. Nesse contexto, queria-se explicar como o parágrafo 242 do BGB teria aplicabilidade de modo que a atuação do juiz fosse a mais limitada possível. Admitia-se que o parágrafo 242 era uma cláusula geral, mas não se queria que o direito fosse dado no caso concreto, a igualdade perante a lei deveria ser o imperativo maior.

Para Wieacker (1977) a boa-fé não pode ter aplicação abstrata, de modo subjuntivo. Ela tem aplicabilidade no caso concreto, participa para a evolução do direito, criando o direito para o futuro.

[...] Na medida em que a aplicação da norma se faz na decisão judicial – considerada como realização daquela eleição - contém elementos volitivos ao lado do ato de juízo lógico, cada decisão constitui um elemento de uma nova criação do direito, decidir, em certo modo – e também em nosso país – fazer a lei. Assim é tanto mais quanto mais indeterminada seja a prescrição do legislador. De maneira especial, é o caso das cláusulas gerais. Por essa razão, a aplicação de uma cláusula geral – isto é, toda sentença baseada no parágrafo 242 -, contribui para a criação do Direito futuro, da mesma forma que cada agulhada na formação do tecido: traça uma linha cuja direção não se pode estabelecer previamente. (WIEACKER, 1977, p. 39 e 40, Tradução nossa)⁵

A boa-fé ou até mesmo as cláusulas gerais são, para esse autor – Wieacker (1977) – uma referência a experiências, ou até mesmo, máximas que se atualizam no julgamento do caso concreto. Para ele a boa-fé se apresenta como uma ética

⁴ Expressão de Franz Wieacker (1977)

⁵ En la medida en que la aplicación que de la norma se hace en la decisión judicial – considerada como realización de aquella elección – contiene elementos volitivos al lado del acto de juicio lógico, cada decisión constituye en elemento de una *nueva* creación de Derecho, es decir, en cierto modo – y también en nuestro Continente – *law in making*. Y ello es tanto más así cuanto más indeterminada sea la prescripción Del legislador. Y de manera especialísima, en el caso de las cláusulas generales. Por esta razón, la aplicación de una cláusula general – esto es, toda sentencia basada en el parágrafo 242 -, contribuye a la creación del Derecho futuro, de la misma manera que cada golpe de aguja a la formación de tejido: traza una línea cuya dirección no puede establecerse previamente.

jurídica prática, ou seja, uma ética que possui variedade histórica, configurando-se como uma ética da situação.

3.4 As funções do princípio da boa-fé objetiva

A doutrina destaca três funções fundamentais do princípio da boa-fé objetiva: função hermenêutica-integrativa, função criadora de deveres jurídicos e de norma limitadora de direitos subjetivos.

3.4.1 A boa-fé com cânone hermenêutico-integrativo

Clóvis do Couto e Silva (2006) já salientava que a boa-fé, nas relações contratuais, tem o escopo de preencher as eventuais lacunas que os contratantes não previram ou que não pudessem prever. Esse mesmo autor separa a interpretação integradora do contrato, que busca ampliar a interpretação do mesmo e que tem por base a vontade das partes, da boa-fé que, além de integrar o contrato, limita eventuais direitos das partes e atua no nascimento, na execução e na extinção do contrato; na interpretação conforme a boa-fé ocorre a perquirição ou flexibilização da vontade das partes.

A interpretação de um contrato não deve partir só da perquirição da vontade das partes ou do modelo contratual em abstrato, mas do contrato como um todo e dos princípios gerais que regulam todos os contratos, sobretudo da boa-fé objetiva.

A boa-fé na função interpretativa poderá suprir eventuais lacunas não previstas pelos contratantes.

Atua aí a boa-fé como *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. (COSTA, 2000, p. 428).

A boa-fé, como função integradora, tem por objetivo assegurar a finalidade da obrigação, incrementando princípios como a equidade, a função social, a auto-responsabilidade, entre outros. Costa citando Giovanni Maria Uda diz que:

Para que possa ocorrer uma coerente produção de efeitos do contrato, tornam-se exigíveis às partes, em certas ocasiões, comportamentos que não resultam nem de expressa e cogente disposição legal nem de cláusulas pactuadas. A boa-fé atua, como cânone hermenêutico, integrativo frente à necessidade de qualificar esses comportamentos, não previstos, mas essenciais à própria salvaguarda da *fattispecie* contratual e à plena produção dos efeitos correspondentes ao programa contratual objetivamente posto. (COSTA, 2000, p. 429).

A função hermenêutica-integrativa da boa-fé, portanto, será verificada na solução de possíveis controvérsias. É um parâmetro interpretativo, busca completar a relação obrigacional no que não foi previsto pelas partes, com o objetivo de se garantir a finalidade do que foi pactuado, ou de forma a garantir que o escopo econômico-social que licitamente se possa esperar desse contrato não seja frustrado.

3.4.2 A boa-fé como criadora de deveres jurídicos

A boa-fé cria deveres anexos para as partes contratantes independente de manifestação de vontade destas. São deveres de cuidado, deveres de informação, deveres de colaboração e cooperação, deveres de sigilo, entre outros. Esses deveres se violados geram o dever de indenizar. Isso porque a boa-fé determina que as partes ajam com lealdade umas com as outras, respeitando os objetivos da relação obrigacional e o escopo econômico social que licitamente se possa esperar.

Os deveres anexos podem ser positivos ou negativos e integram as fases pré-contratual, a fase contratual e a fase pós-contratual. O descumprimento desses deveres gera a violação positiva do contrato ou adimplemento ruim. A obrigação principal é cumprida, mas há o descumprimento dos deveres anexos.

Ao se pensar na boa-fé como criadora de deveres, remonta-se à obrigação como processo explanada por Clóvis do Couto e Silva (2006). A relação obrigacional passa a ser um processo complexo, no qual, é simplório remeter ao simples adimplemento da obrigação, quer se atender à finalidade global da obrigação,

exigindo das partes o dever de atuar entre si com cooperação, até mesmo após o adimplemento da obrigação.

Quer-se com isso afirmar que pode a relação de obrigação, no transcorrer de sua existência, muitas vezes em razão das vicissitudes que sofre, gerar outros direitos e deveres que não os expressados na relação de subsunção entre a situação fática e a hipótese legal, ou não indicados no título, ou ainda poderes formativos geradores, modificativos ou extintivos, e os correlatos de sujeição; pode, por igual, importar na criação de ônus jurídicos e deveres laterais, anexos ou secundários ao dever principal, ao qual corresponderão, por sua vez, outros direitos subjetivos, mesmo que não expressamente previstos nem na lei, nem no título. Uma vez ocorridas, todas estas “vicissitudes” e os efeitos jurídicos delas resultantes devem ser reconduzidos ao conceito, completando-o ou formando-o para que torne concretamente geral, isto é, para que seja verdadeiramente dotado de uma unidade – vale repetir -, a “unidade do todo articulado que contém em si a diferença” e, por isso, seja unitário do ponto de vista estrutural e funcional, bem como total em relação ao seu conteúdo. (COSTA, 2000, p. 393).

Desta feita, uma obrigação não se resume ao adimplemento da obrigação principal. No decorrer do processo obrigacional existem outros deveres correlatos que também devem ser adimplidos. Esses deveres como se verá, decorrem da boa-fé objetiva.

A função criadora de deveres da *boa-fé* estabelece responsabilidades na fase pré-negocial. Na fase pré-contratual o que vem gerado grandes discussões é em relação às negociações preliminares, já que o Código Civil não lhe atribuiu força obrigatória. Assim a interpretação dessa fase deve se pautar na boa-fé, já que violado esse princípio, poderá ser atribuído o dever de indenizar àquele que violou o princípio, o que se denominou de responsabilidade pré-contratual.

A responsabilidade pré-contratual tem a sua origem, de certa forma, na construção teórica de Jhering datada, conforme Menezes (2007), de 1861, a *culpa in contrahendo*. Jhering observou que havia uma lacuna no direito, pois não era prevista indenização quando em um contrato de compra e venda o vendedor, não garantindo o objeto do contrato, realizasse um contrato nulo, gerando danos ao comprador que não conhecia o motivo que obstaria a conclusão de um contrato válido. Isso poderia gerar um interesse positivo, em que o comprador queira forçar a conclusão de um contrato válido; ou um interesse negativo, em que o comprador queira o ressarcimento dos gastos realizados nas tratativas do contrato. Em relação ao interesse negativo, Jhering afirma que o dever de indenizar não decorre de uma responsabilidade extracontratual, já que não há a intenção de lesar a outra parte,

nem tão pouco o dever de indenizar decorrer do fato do contrato ser nulo. Esse dever decorre do fato de o vendedor saber da nulidade e não agir de forma à evitá-la, causando dano ao comprador. O que se tem é que o contrato possui deveres principais e secundários⁶. Nesse tipo de responsabilidade há a violação de deveres secundários, é, portanto, responsabilidade decorrente de culpa contratual, por violação de deveres secundários. Essa idéia da *culpa in contrahendo* evoluiu até se pautar na boa-fé, desta forma essa responsabilidade por ser atribuída em outros casos, como na violação de deveres de proteção, lealdade e informação, como se verá.

Na fase pré-contratual não há relação contratual, portanto não há deveres a serem violados. Contudo, a boa-fé dita deveres anexos (já que não há relação contratual) determinando que as partes atuem com lealdade umas com as outras. Assim, gerada a legítima confiança que o contrato iria se formar e a contraparte, injustificadamente, não realize o contrato, gerando dano, poderá ser responsabilizada. Portanto, são requisitos da responsabilidade pré-contratual conforme Costa (2000): a criação de uma legítima expectativa de que o negócio irá se realizar, a ciência da outra parte dessa legítima expectativa, o rompimento dessa negociação e a geração de dano.

Mas quais deveres anexos podem surgir na fase pré-contratual? É possível delimitá-los? A doutrina enumera diversos deveres, mas a boa-fé objetiva pode ditar outros ante o caso dado. Os deveres mais destacados são dos deveres de proteção, deveres de informação, dever de lealdade e dever de sigilo, como cita Karina Nunes Fritz (2007).

O dever de proteção é aquele que dita que as partes tem o dever de não violarem à saúde, integridade, segurança, uma das outras. É um dever amplamente reconhecido pela doutrina alemã, mas segundo Nunes Fritz (2007), no Brasil, dado a cláusula geral de responsabilidade civil, ele sofre mitigações. Isso porque, para muitos autores esse dever não será considerado decorrente da boa-fé objetiva e deste modo um dever pré-contratual, mas sim verdadeira responsabilidade aqüiliana.

O dever de informação dita que as partes contratantes devem trazer as informações necessárias para o convencimento da outra parte. Ou seja, em

⁶ Exemplo de dever secundário são as arras.

conformidade com essas informações a contraparte não realizaria o contrato ou o realizaria com diversas restrições.

O dever de informação deve ser analisado com muita cautela, pois não se pode exigir que uma das partes exponha informações de cunho íntimo (FRITZ, 2007). Ainda, há sigilos que são inerentes à atividade comercial e a concorrência. Deste modo, tratando-se de tratativas entre iguais, em que ambas as partes detêm informações sobre o objeto do contrato a se realizar, a informação deve ser, somente, a necessária. Ressalta-se que a boa-fé também dita que as partes têm o dever de se informarem, deste modo, não se trata de um paternalismo no qual a contraparte deve oferecer todas as informações. Assim, tendo uma das partes o dever de se informar, dada as circunstâncias do caso, a boa-fé impede que a outra parte seja obrigada a prestar todas as informações possíveis sobre o objeto do contrato. O que esse princípio dita é o comportamento leal, buscando o equilíbrio contratual e não um paternalismo que irá proteger somente uma das partes.

Nunes Fritz (2007) comunga da idéia de que para se estabelecer o limite do dever de informar deve-se analisar as condições pessoais, culturais, sociais e econômica das partes. Em uma relação de consumo esse deve ser o limite, mas em se tratando de relações empresarias o limite deve ser aquele que não atinja o sigilo e a concorrência inerente às estas relações.

Conforme o dever de lealdade as partes são obrigadas a prosperarem para a realização do contrato. Disso decorre que é desleal manter-se em negociação quando se sabe que o contrato não poderá ser realizado, ou quando dessa negociação se gerará um contrato nulo ou ineficaz. Nesse âmbito, o que se discute é se é conforme a boa-fé realizar várias negociações preliminares com o mesmo objeto a fim de se obter a melhor proposta. Conforme Fritz (2007) só será desconforme a boa-fé, por violar o dever de lealdade, caso se tenha um pacto de exclusividade em uma dessas negociações preliminares. Nos outros casos o que se impede é que essa informação seja ocultada.

Outro dever estabelecido na fase pré-contratual é o dever de sigilo, esse impõe que as partes não divulguem o que tiver tido conhecimento durante as negociações, mesmo que, o contrato não tenha sido realizado.

A criação de deveres anexos, também pode ser visualizada na responsabilidade pós-contratual ou *post pactum finitum*. Esta cria deveres para as partes que vão além do cumprimento das obrigações contratuais, o que pode, assim

como na fase pré-contratual, estabelecer uma responsabilidade, que tem se denominado como *culpa post pactum finitum*.

Os deveres que Cordeiro (2007) informa haver nessa fase são os deveres de proteção, de informação e de lealdade.

No dever de proteção a crítica que se faz é a mesma que se fez em relação à fase pré-contratual. No direito brasileiro existe uma cláusula geral de responsabilidade civil, não necessitando de se recorrer à boa-fé para justificar o dever de indenizar daquele que, após a conclusão do contrato, gerar dano à outra parte.

Em relação ao dever de informação as partes devem prestar as informações relativas ao objeto do contrato que se celebrou, aumentando dessa forma a proteção contra vícios do produto.

O dever de lealdade impõe as partes o dever de não frustrar os objetivos do contrato já cumprido. Ou seja, nenhuma das partes pode ter atitudes de modo a diminuir os lucros que a outra parte adquiriria, legitimamente, do contrato já realizado, tendo em vista a posição contratual, anteriormente ocupada. Cordeiro (2007) cita dos exemplos do parceiro contratual que se nega a fornecer as peças sobressalentes, que não presta assistência técnica do produto, que concorre com o parceiro contratual, ou o que revela informações obtidas com a relação contratual.

3.4.3 A boa-fé como norma limitadora de direitos subjetivos

A *boa-fé* imprime às partes o dever de agir com lealdade, com cooperação, desta feita, impede o abuso de direito, o ato ilícito, o enriquecimento sem causa, sustenta a teoria da imprevisão, dá força obrigatória às convenções e mitiga o princípio da autonomia da vontade.

Sendo certo que o domínio da boa-fé objetiva é o direito das obrigações, e em especial o dos contratos, importa insistir numa outra constatação: diferentemente do que ocorria no passado, o contrato, instrumento por excelência da relação obrigacional e veículo jurídico de operações econômicas de circulação da riqueza, não é mais perspectivado desde uma ótica informada unicamente pelo dogma da autonomia da vontade. Justamente porque traduz relação obrigacional – relação de cooperação entre as partes, processualmente polarizada por sua finalidade - e porque se caracteriza como o principal instrumento jurídico de relações

econômicas, considera-se que o contrato, qualquer que seja, de direito público ou privado, é informado pela função social que lhe é atribuída pelo ordenamento jurídico, função esta, ensina Miguel Reale, que “é mero corolário os imperativos constitucionais relativos à função social da propriedade e à justiça que deve presidir à ordem econômica”. Sob esta ótica, apresenta-se a boa-fé como norma que não admite condutas que contrariem o mandamento de agir com lealdade e correção, pois só assim se estará a atingir a função social que lhe é cometida. (COSTA, 2000, p. 456).

A boa-fé em sua função limitadora de direitos subjetivos impede o exercício desleal de direitos que pode ser visto nos seguintes aspectos:

É vedado exigir o que se deve restituir: veda-se que aquele que tiver o direito de receber algo não possa exigir esse direito se já o tiver recebido, mesmo que por algum motivo ou falha, aparentemente, lhe seja permitido exigir o seu direito como se este não tivesse sido efetivado.

É proibido desviar direitos: Fiuza (2006) exemplifica que o locador que for sócio da sociedade empresária não pode exigir a retomada do imóvel com o fim de desfazer a sociedade.

Não é conforme a boa-fé exercer direitos de modo desequilibrado: O direito subjetivo não é absoluto, o seu exercício não pode se dar em desconformidade com o ordenamento jurídico, de modo a violar a dignidade humana, atentando contra a legítima expectativa da outra parte. O Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, veda que o credor possa exigir a sua prestação de modo que exponha o devedor ao ridículo.

E por fim, no contexto do exercício desleal de direitos, não se pode atentar contra a legítima confiança da outra parte. Fiuza (2006) cita o exemplo do banco que executa a hipoteca do promitente-comprador, quando o devedor é a empresa construtora. Nesse caso o banco deveria informar ao promitente-comprador dos riscos, devendo considerar os valores pagos pela construtora e exigir somente o restante.

O direito contratual vem sofrendo grandes mudanças ao longo dos anos e a teoria clássica contratual não consegue mais dar respostas aos novos anseios da sociedade. É preciso rever os paradigmas que dão suporte a esse ramo do direito privado.

Conforme Fiuza (2006) tem-se que a vontade das partes já não é tão absoluta como queriam os jusnaturalistas. Hoje, sabemos que a vontade é influenciada por

diversos fatores, tais como, as propagandas e a falta de conhecimento. Não se deve acreditar que a vontade das partes é livre o bastante para a regulação dos contratos.

Os agentes econômicos interferem nas escolhas contratuais e até mesmo no contratar ou não contratar. Sabe-se que as partes ao contratarem buscam satisfazerem seus interesses, mas as contratações devem se dar de modo que se garanta o desenvolvimento de toda a sociedade. Os contratos devem realizar uma função social. Aliada a esta está a boa-fé que impõe às as partes o dever de agir com lealdade e cumprir o objetivo do que foi pactuado, limitando o abuso de direitos subjetivos, corroborando, também, com a função social dos contratos.

Ainda, nessa função, a boa-fé impede o exercício da exceção do contrato não cumprido (*expetio non adimpleti contractus*) quando presente a teoria dos atos próprios (o *tu quoque* – ocorre quando uma parte que tenha violado dever, quer o cumprimento da obrigação - ou o *venire contra factum proprium* – proibição do comportamento contraditório). Assim:

A ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com sua anterior conduta interpretada objetivamente segundo a lei, segundo os bons costumes e a boa-fé, ou quando o exercício posterior se choque com a lei, os bons costumes e a boa-fé. O seu efeito primordial é impedir que a parte que tenha violado deveres contratuais exija o cumprimento pela outra parte, ou valha-se do seu próprio incumprimento para beneficiar-se de disposição contratual ou legal. (COSTA, 2000, p. 460 e 461).

Nesse contexto a boa-fé limita direitos subjetivos impondo às partes deveres até mesmo depois da realização e cumprimento do contrato. Se violada a boa-fé após o cumprimento contratual vindo a prejudicar ou inviabilizar o fim objetivado pelo contrato é possível a responsabilidade pós-contratual (*culpa post pactum finitum*), como já dito.

A boa-fé como limitadora de direitos subjetivos, também, impede que as partes tenham comportamento contraditório. Aquele que tem um direito subjetivo e não o exerce, criando na outra parte a legítima expectativa que não será mais exercido, perde o direito de exercê-lo, mesmo que ainda não tenha operado a prescrição, e a outra parte adquire o direito subjetivo de que o mesmo não seja mais exercido. No primeiro caso, opera-se a *Supressio* e no segundo a *Surrectio*. É comum nesse caso citar o exemplo do locador que tem o direito de receber os aluguéis em seu domicílio, mas sempre dirige ao domicílio do locatário para receber, criando, nesse último, a legítima expectativa que possa sempre pagar os aluguéis

em seu domicílio. O locador perderá o direito de exigir os aluguéis em seu domicílio (Supressio) e o locador adquirirá o direito de pagar os aluguéis em seu domicílio (Surrectio).

A boa-fé impede, também, que haja a constituição desleal de direito. Não se pode constituir direito ocultando certos fatos para posteriormente poder opô-los. É o caso do menor que oculta a sua idade no momento da contratação e depois a argüi para tentar resolver o contrato.

4 DA RESOLUÇÃO E DA REVISÃO CONTRATUAL

4.1 As teorias da resolução ou revisão contratual

Modernamente surgem várias teorias para explicar como ou quando um contrato poderá ser revisto, são as denominadas Teorias da Imprevisão⁷.

4.1.1 A cláusula *rebus sic stantibus*

Afirma-se que a cláusula *rebus sic stantibus* surge no Direito Medieval, contudo há autores que vislumbram sua aplicação no direito mais remoto.

Segundo Otávio Luiz Rodrigues Junior (2006), a revisão contratual estava presente no Código de Hamurabi, lei de aproximadamente 1694 a.C.. Assim dispunha a Lei 48 do Código de Hamurabi:

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 nesse ano dar trigo ao credor, deverá modificar sua tábua de contrato e não pagar juros por esse ano. (RODRIGUES JUNIOR, 2006, p. 33)

No Direito Romano há fragmentos da revisão contratual. Cícero cunhou “a idéia de que a modificação dos tempos e das circunstancias leva à alteração da verdade” (RODRIGUES JUNIOR, 2006, p. 34), portanto, havendo a modificação do ambiente fático a palavra dada poderá ser descumprida. Sêneca, também, afirmava que caso houvesse alteração das circunstâncias de um pacto esse poderia ser rompido.

A menor mudança deixa-me inteiramente livre para modificar minha determinação, desobrigando-me da promessa. Prometi-vos minha

⁷ César Fiuza (2006) destaca que alguns autores defendem ser a teoria da imprevisão uma doutrina autônoma, enquanto outros, que a teoria da imprevisão é gênero do qual fazem parte diversas outras doutrinas, tal qual a cláusula *rebu sic stantibus*. O referido autor diz ser adepto ao segundo posicionamento afirmando que todas as doutrinas da imprevisão tem uma certa imprevisibilidade que dará substrato à possibilidade de revisão contratual.

assistência de advogado: porém, verifiquei que sua pretendida ação era contra meu pai. Prometi-vos acompanhar em viagem: certifiquei-me, ao depois, que ladrões infestavam a estrada; prometi-vos patrocínio: no entanto meu filho adoeceu ou minha mulher é acometida de dores de parto. Todas essas coisas devem estar na mesma situação que a do momento em que vos prometi, para que possais reclamar essa promessa como obrigatória. Ora, que maior mudança pode advir do que a certeza adquirida por mim desde que vos tornastes um homem maldoso e ingrato? O que vos prometi como a uma pessoa que o merecesse, recusar-vos-ei por indigno, e ainda poderei me lastimar de ter sido enganado. (SÊNeca apud RODRIGUES JUNIOR, 2006, p. 35)

No Digesto havia fragmentos semelhantes à teoria da imprevisão, tal como o texto de Africanus (Digesto XLVI 3.38pr):

Quando alguém tiver estipulado que se dê a ele ou a Tício, se diz ser mais certo que se há de entender, que se paga bem a Tício, somente se perdurar o mesmo estado em que se falava quando se assentou a estipulação. Mas, se o foi por adoção, ou tiver sido desterrado, ou se pôs interdição pela água e pelo fogo, ou foi feito servo, se há de dizer que não se lhe paga bem, porque se considera que tacitamente é inerente à estipulação esta convenção, desde que permaneça no mesmo estado. (RODRIGUES JUNIOR, 2006, p. 36)

Na Idade Média as obras de Santo Agostinho e de Santo Tomás de Aquino esboçaram a cláusula *rebus sic stantibus*. Ainda, na Idade Média, a Escola dos Glosadores, que retomavam o estudo do Direito Romano e baseando-se em Santo Agostinho e São Tomás de Aquino admitiram a possibilidade de se descumprir uma promessa para se praticar o bem (RODRIGUES JUNIOR, 2006). Graciano, que pertenceu a essa escola, diz que:

Se alguém recebe uma espada e promete restituir quando solicitado por aquele que fez a entrega dela; se porventura aquele que reclama sua espada veio a enlouquecer, está claro que se não deve restituí-las para que se não mate a si ou aos outros, até que recupere a sanidade mental. (GRACIANO apud RODRIGUES JUNIOR, 2006, p. 39)

Já no século XIII, com o aprimoramento do estudo do Direito Romano, os pós-glosadores cunham a cláusula *rebus sic stantibus*, na seguinte expressão: “*contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*”⁸ (RODRIGUES JUNIOR apud MAIA, 2006, p. 39). A expressão estava no Digesto e foi aprimorada no período das glosas.

⁸ Contratos que têm trato sucessivo ou dependem do futuro devem conservar sua base na contratação inicial.

O pensamento medieval era de que se nos contratos de execução futura acontecesse algo adverso a execução do contrato dever-se-ia adequá-lo para evitar a ruína de uma das partes.

Para os medievais “os contratos de execução sucessiva, dependentes de circunstâncias futuras, entende-se pelas coisas como se acham” (FIUZA, 2006, p. 420). Ensejará a aplicação dessa cláusula o fato imprevisível não assumido pelas partes contratantes.

[...] seria fazer pouco da inteligência dos antigos supor que concebessem ser possível a revisão de um contrato, com base em risco assumido pelas partes, ou por elas necessariamente previsível. Assim, não têm razão aqueles que advogam a tese de que, na antiga doutrina da cláusula *rebus sic stantibus*, não era pré-requisito a imprevisibilidade do fato posterior, que ensejava o pedido de revisão. (FIUZA, 2006, p. 420).

Portanto, conforme Fiuza (2006), a imprevisibilidade do fato é requisito para o pedido de revisão contratual. Contudo, outros autores consideram que a imprevisibilidade não era requisito para ela. Segundo Khouri (2006) a cláusula *rebus sic stantibus*, cunhada pelo Direito Canônico, baseava-se na justiça contratual e não na vontade. Deste modo, o contrato só deveria ser cumprido se mantivesse uma relação justa entre as partes, pouco importando que tenha ocorrido um fato imprevisível que modifique aquele contrato.

4.1.2 Teoria da Pressuposição

A teoria da pressuposição foi formulada por Windscheid (FIUZA, 2006). Para ele as partes ao contratarem fazem pressuposições de que os contratos terão o seu curso normal. Assim qualquer alteração anormal que ocorresse sem que houvesse culpa de uma das partes poderia ser motivo para a resolução contratual. Trata-se, para ele de uma cláusula implícita a qualquer contrato.

Se a pressuposição não se confirmasse, em um certo estado, para ele não haveria a representação do “querer verdadeiro”, pressuposto pela parte. Constatados a iminência de prejuízo (desvantagem que adviria e razão dos eventos extraordinário) e o possível benefício da outra parte, a que se visse em desvantagem poderia se defender contra aquela situação por via de

ação destinada a fazer cessar os efeitos da obrigação que lhe seria exigível. (BORGES, 2002, p. 169)

O que se tem é que para Windscheid (FIUZA, 2006) a vontade declarada é condicionada a pressuposição feita pelas partes, ou seja, que o contrato tenha o seu curso normal. Caso essa condição não se implemente – a manutenção da pressuposição – o contrato poderá não ser cumprido.

Essa teoria foi muito criticada por apresentar uma ampla subjetividade no conceito de pressuposição. Ou seja, uma das partes contratuais fica a mercê da pressuposição - subjetiva - feita pela outra parte.

4.1.3 Teoria da Pressuposição Típica

A teoria da pressuposição típica foi elaborada por Pisko (FIUZA, 2006), que se baseou em Windscheid (FIUZA, 2006). Informava que se deveria considerar em um contrato não só o que as partes acordaram, mas, também, tudo aquilo que se pressupõe e forma o substrato do mesmo. Pisko (FIUZA, 2006) tentou retirar o caráter subjetivista da teoria de Windscheid (FIUZA, 2006). Ou seja,

[...] as partes, ao celebrarem um contrato, fazem uma representação mental da situação negocial em que se estão envolvendo. Pisko afirma que esta pressuposição subjetiva tem a ver com os motivos do contrato. Ao lado dela, há uma pressuposição fática, uma situação de fato sobre a qual todo contrato de certa classe é elaborado. (FIUZA, 2006, p. 417)

Conforme essa teoria, portanto, para que um contrato seja revisto basta que um acontecimento futuro contrarie a pressuposição típica do contrato, ou seja, uma circunstância não pactuada, mas importante para a manutenção do vínculo contratual. Assim, para Pisko (FIUZA, 2006), não só a alteração do que uma das partes pressupuseram pode rever um contrato, mas tudo, aquilo que qualquer um nessas condições não pressuporia.

4.1.4 Teoria da vontade marginal

A teoria da vontade marginal é atribuída a Giuseppe Osti (FIUZA, 2006). Esse autor diferencia duas vontades durante a realização de um contrato: a vontade de contratar ou de se obrigar existente no momento da contratação e a vontade marginal ou vontade de cumprir a obrigação existente no momento da execução contratual.

O contrato terá o seu meio de extinção normal – cumprimento - caso a vontade contratual seja idêntica a vontade marginal, ou seja, a representação feita pelas partes no momento de contratar é a mesma do momento de cumprir a obrigação. Mas caso haja um evento imprevisível e superveniente que venha a modificar essa vontade marginal o contrato poderá ser revisto.

4.1.5 Teoria da Base Negocial Subjetiva

Oertmann (FIUZA, 2006) elaborou a teoria da base negocial subjetiva. Afirmava que as partes ao contratarem pressupunham que as bases do negócio permaneceriam as mesmas. Levava em conta a pressuposição subjetiva de ambos os contratantes. Essas pressuposições para serem consideradas bases do negócio deveriam ser conhecidas e comuns às partes. Assim, aquilo que não foi previsto pelas partes não compunha a base subjetiva do contrato não gerando a possibilidade de revisão. Só ensejaria à revisão contratual aquilo que contrariasse a base subjetiva do contrato.

Posteriormente, como informa Fiuza (2006), Lehmann acrescentou elementos objetivos à essa teoria, estabelecendo requisitos para o reconhecimento da base do negócio, quais sejam:

1. Que a outra parte contratante tenha podido conhecer a importância básica da circunstância, para a conclusão do contrato.
2. Que fosse unicamente a certeza a respeito da existência, subsistência ou ocorrência posterior da circunstância em questão que tenha motivado a parte, que lhe atribuía valor, a não pedir à outra parte seu reconhecimento como condição.
3. E, finalmente, que, caso a insegurança a respeito da circunstância tenha sido levada a sério, a outra parte contratante tenha acedido a essa

pretensão, tendo em conta a finalidade do contrato, ou tivesse que fazê-lo por razão de boa-fé. (FIUZA, 2006, p. 420)

Para Fiuza (2006) o fato de Lehmann estabelecer requisitos para a caracterização da base do negocio não faz com que essa teoria seja considerada teoria da imprevisão, pois o que não fizer parte da base do negócio não ensejará revisão contratual.

4.1.6 Teoria da Base Negocial Objetiva

Larenz (FIUZA, 2006) desenvolve a teoria da base negocial objetiva. Para ele as partes ao contratarem esperam que certas circunstâncias se mantenham as mesmas para que o fim da contratação seja o esperado. Essas expectativas podem ser comuns ou não a ambos os contratantes. Assim, caso ocorra à modificação de uma situação sem que isso não tenha sido previsto por ninguém e, deste modo, não especificada na celebração do contrato poderá gerar uma situação que não corresponda à justiça material.

O que a difere da teoria a base negocial objetiva da subjetiva é que nessa a revisão só poderá ocorrer se houver modificação das circunstâncias previstas pelas partes, na teoria da base negocial objetiva o contrato também poderá ser revisto caso haja uma alteração imprevista que gere grave desproporção nas prestações.

Larenz (FIUZA, 2006) tece crítica à teoria da pressuposição típica e à teoria da base negocial subjetiva. Afirmar que na teoria da pressuposição típica é dado muita importância ao motivo unilateral de uma das partes, já que a frustração do motivo de uma das partes pode ocasionar a resolução do contrato. Segundo ele na teoria da base negocial subjetiva há um avanço, pois a pressuposição deve ser aceita por ambas as partes, formando o que Oertman (FIUZA, 2006) denominou base negocial subjetiva. Entretanto, Larenz (FIUZA, 2006) afirma que haverá casos em que fatos, aceitos por ambas as partes, previstos no momento da contratação, mas não pactuados, se modifiquem no decorrer da contratação e que não ensejam a modificação ou resolução do contrato, por serem irrelevantes. Por outro lado, haverá fatos, não previstos pelas partes ou não aceitas pelas mesmas, que podem ser

objetivamente relevantes para o contrato, que caso se altere pode ensejar a modificação ou resolução contratual.

Para Larenz (FIUZA, 2006) o que ensejará a possibilidade de revisão ou resolução contratual é o desaparecimento do equilíbrio das prestações contratuais ou a frustração do fim objetivo do contrato.

4.1.7 Teoria do erro

A teoria do erro foi proposta por Achille Giovène (FIUZA, 2006). Para esse autor as partes no momento da contratação acordam as suas vontades partir da análise das circunstâncias disponíveis naquele momento. Ao cumprir esse contrato, caso haja a modificação dessas circunstâncias por algum fato imprevisível, haverá erro.

4.1.8 Teoria da Impossibilidade econômica

A teoria da impossibilidade econômica de Enneccerus que dispõe que “a prestação contratual há de ser considerada impossível, se a ela se opõem obstáculos extraordinários, que só se pode vencer com exagerado sacrifício, ou sob graves riscos, com violação de deveres mais importantes” (FIUZA, 2006, p. 427). Assim, a revisão contratual ocorre quando o cumprimento da prestação só for possível com exagerado sacrifício para se romper obstáculos extraordinários que comprometam o próprio cumprimento da prestação.

4.1.9 Requisitos Comuns às Teorias da Imprevisão

Fiuzza (2006), após analisar as teorias da imprevisão, destaca como requisitos gerais: um contrato de execução futura; alteração das condições contratuais no

momento da execução do contrato; a alteração deve ser imprevisível⁹; a alteração deve causar onerosidade para uma das partes e essa deve ser excessiva; e a prestação das partes deve ser conhecida, ou seja, devem ser pré-estimadas.

Rodrigues Júnior (2006) discorre sobre os pressupostos da teoria da imprevisão dividindo-os em pressuposto formais, pressupostos subjetivos e pressupostos objetivos.

Ao tratar dos pressupostos formais informa que os contratos passíveis de aplicação da teoria da imprevisão são os contratos bilaterais ou unilaterais onerosos, comutativos, com execução distribuída no tempo. Contratos bilaterais são os que geram obrigações para ambas as partes, devendo ser sinalagmáticos (paridade entre as prestações de ambas as partes). Já os contratos unilaterais são os que geram obrigações para apenas uma das partes do contrato. Neste caso, só poderá ser aplicada a teoria da imprevisão se houver onerosidade, já que a parte contrária poderá ter uma extrema vantagem em nome do sacrifício daquele que deve realizar a prestação.

A comutatividade trata do conhecimento prévio das prestações e da equivalência de seus valores pelos contratantes. É pelo requisito da comutatividade que a doutrina diverge na possibilidade de aplicação da teoria da imprevisão em contratos aleatórios, também são chamados de contrato de “risco”. Nestes contratos pelo menos um dos contratantes vai estar diante de uma incerteza do conteúdo de sua prestação ou contraprestação, por isso a dificuldade em se poder aplicar para esses a teoria da imprevisão, já que a incerteza no conteúdo de sua prestação ou contraprestação é característica que o determina. O que se vem admitindo é que a teoria da imprevisão pode ser aplicada às cláusulas que não façam parte da álea do contrato, ou seja, aquilo que for do risco do contrato – álea – não será passível de aplicação da teoria da imprevisão.

O fator tempo é indispensável para a ocorrência da teoria da imprevisão, por isso, os contratos devem ter prestações futuras. Podem ser de trato sucessivo, no qual se distribuem as prestações no tempo, ou diferida, em que a prestação é feita em só momento, mas no futuro.

⁹ Segundo Fiuza (2006) a imprevisibilidade pode ser absoluta se considera fato imprevisível aquele não previsto pelo homem médio, ou a imprevisibilidade pode ser relativa se auferida no caso concreto em determinado contexto.

Outro requisito formal apontado por Rodrigues Junior (2006) é que a teoria da imprevisão deve ser argüida em juízo, que pode ser arbitral se foi acordado. Aquele que acredita que a teoria da imprevisão é notória e não interpela o judiciário para que seja reconhecida e não cumpre a sua obrigação, é considerado inadimplente, atraindo a aplicação das possíveis penas por inexecução culposa do contrato. Portanto, aquele que estiver em mora com suas obrigações não poderá requerer a aplicação da teoria da imprevisão. Aqui faz-se é necessário aclarar sobre os modos de extinção dos contratos.

Os contratos podem se extinguir de modo normal quando há o cumprimento das obrigações, ou de modo anormal quando as prestações não podem ser cumpridas por fatos anteriores, contemporâneos ou supervenientes à formação do contrato.

As causas anteriores ou contemporâneas à formação do contrato poderão gerar a sua nulidade ou anulabilidade. São os casos da ocorrência dos vícios de consentimento ou sociais, dos contratos celebrados sem seus requisitos legais, tais como, o agente capaz, a forma, a licitude, entre outros.

As causas supervenientes podem ser classificadas em resolução, rescisão ou rescisão contratual.

A resolução contratual ocorre quando uma das partes descumpre a sua prestação. Poderá ser voluntária se a parte, simplesmente, não realiza a sua prestação. Atrai a aplicação da exceção do contrato não cumprido, ou seja, a parte que esta honrando com suas prestações pode deixar de fazê-las total (*exceptio non adimpleti contractus*) ou parcialmente (*exceptio non rite adimpleti contractus*) dada a inexecução voluntária da outra parte resolvendo o contrato, ou exigir em juízo a execução da prestação, cabendo em ambos os casos perdas e danos. A exceção do contrato não cumprido, também denominada de condição resolutiva, pode ser expressa, operando de pelo direito, ou tácita, na qual, para ser exercida, deverá haver interpelação da outra parte.

A resolução contratual pode ser involuntária quando a parte não cumpre a sua prestação por fatos alheios a sua vontade, são os casos fortuitos e de força maior. “Para a sua ocorrência, exige a impossibilidade material ou jurídica, de caráter objetivo, total, superveniente, definitivo e invencível.” (RODRIGUES JUNIOR, 2006, p. 71)

A rescisão trata-se de um direito subjetivo das partes que por acordo de vontade permitiram que o contrato pudesse ser resolvido sem que houvesse algum motivo. A rescisão poderá ser bilateral quando as partes expressam a sua vontade de resolver o contrato, é denominada de distrato. Poderá, também, ser unilateral quando uma das partes exerce o direito potestativo de resolver o contrato, é denominada de denúncia.

A rescisão contratual ocorrerá quando houver lesão, ou seja, quando, na formação dos contratos, não houver sinalagma entre as prestações.

Após aclarar esses conceitos concluí-se que a teoria da imprevisão não pode ser aplicada caso exista alguma das formas de extinção anormal do contrato discriminadas acima.

Quanto aos pressupostos subjetivos, Rodrigues Junior (2006) afirma que tanto o devedor quando o credor podem argüir a teoria da imprevisão, contudo para ter legitimidade não podem estar em mora com suas prestações.

Em relação aos pressupostos objetivos Rodrigues Junior (2006) informa que a teoria da imprevisão só será aplicável caso não ocorra algumas das formas de extinção anormal do contrato.

A ocorrência daqueles fenômenos importa a incidência das regras peculiares a seu tratamento científico, dispensando-se, por evidente, a aproximação com a teoria sob estudo. (RODRIGUES JUNIOR, 2006, p. 128)

A teoria da imprevisão, também, não pode ser alegada em casos de insolvência superveniente de uma das partes ou pela alteração da realidade econômica, exceto em casos de aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Isso porque a solvência ou insolvência faz parte do risco contratual, a onerosidade excessiva que atrai a aplicação da teoria da imprevisão é objetiva e não pode ser considerada um critério pessoal, a impossibilidade econômica deve ser de tal forma que não possa a prestação ser realizada por ninguém.

Segundo Rodrigues Junior (2006) os casos de alteração da realidade econômica são a mudança de moeda, inflação, recessão, novos planos econômicos, aumento de dívidas públicas, mudança de alíquotas, variação de taxas cambiais e desvalorização da moeda. No direito civil esses fatos não ensejam a aplicação da teoria da imprevisão por não serem considerados imprevisíveis e inevitáveis.

O fato ensejador da teoria em estudo é o imprevisível, ou seja, aquele não previsto pelo homem médio. Se for provocado por eventos naturais o que se aplica é a teoria do caso fortuito e da força maior e não a teoria da imprevisão. São fatos “alheios aos processos mentais humanos” (RODRIGUES JUNIOR, 2006, p. 137), que o homem prudente não pode prever.

Para ocorrer a teoria da imprevisão é necessário que haja mudança posterior das condições reais do contrato tornando-o desequilibrado.

4.2 A resolução ou revisão contratual nos ordenamentos jurídicos alemão, italiano e português

4.2.1 Alemanha

O BGB, apesar da participação de Windscheid, que elaborou a teoria de pressuposição típica, em sua redação original, rejeitou a teoria da imprevisão, afirmando que essa violaria a segurança contratual. Somente com a reforma de 2002 que o Código Civil Alemão passou a prever a teoria da imprevisão.

Contudo, as guerras mundiais e a crise por qual o mundo passou no início do século XX, fez com que os tribunais resolvessem ou modificassem contratos, mesmo sem a previsão expressa do BGB acerca da teoria da imprevisão. Assim na Alemanha a jurisprudência fundamentou-se no princípio da boa-fé para fundamentar a aplicação da teoria da imprevisão.

Atualmente, a teoria da imprevisão está prevista nos §§ 313 e 314 do BGB:

A construção lingüística do § 313 é muito complexa. Optou-se pela tradução em paráfrase. A epígrafe do artigo refere-se à “alteração da base do contrato” (“störung der geschäftsgrundlage”). O inciso 1 estabelece que se as circunstâncias que serviram de base ao contrato forem substancialmente modificadas, após sua celebração, é possível que seja requerida a adaptação (adequação ou modificação) do contrato, sempre que não se possa impor à contraparte a manutenção do vínculo obrigacional sem alterações, o que deverá levar em conta todas as circunstâncias, de modo especial, a distribuição dos riscos contratuais ou legais. A qualificação do que seja *mudança na base do negócio* encontra certos limites no inciso 1, a saber: (a) as partes, no momento em que aperfeiçoaram o contrato, não previram as alterações; (b) e, se essas modificações estivessem presentes naquele instante, as partes não teriam contratado.

O inciso 2 prescreve: “Equipara-se à alteração de circunstâncias o fato de as pressuposições (ou expectativas relevantes), que se converteram na base [original] do contrato, apresentarem-se supervenientemente falsa (ou inadequadas).”

O inciso 3 afirma: “Se a modificação do contrato não é possível ou não pode ser razoavelmente imposta a uma das partes, a parte prejudicada pode pedir a resolução do contrato. No caso de contratos de prestação duradoura, o direito de resolução é substituído pelo direito de rescisão unilateral.”

[...] “§ 314 – Rescisão por justa causa dos contratos de prestação duradoura (1) cada uma das partes pode rescindir um contrato de execução continuada, *por justa causa*, independentemente do prazo do contrato. Haverá justa causa se, tendo em consideração todas as circunstâncias do caso concreto e ponderando os interesses de ambas as partes, a parte denunciante não puder razoavelmente manter a relação contratual até o final ou até o prazo para denunciá-la.

(2) Se há justa causa para a violação de um dever contratual, não é permitida a rescisão antes que haja transcorrido um prazo de correção ou que o intervalo da notificação tenha sido inútil. Aplica-se, no que couber, o § 323 (2).

(3) A parte titular do direito pode exercer seu direito de rescisão dentro de um período razoável, após se tornar ciente da causa da extinção do contrato.

(4) O direito de requerer perdas e danos não é extinto pela resolução.“ (RODRIGUES JUNIOR, 2006, p. 50 e 51)

Desta feita, na Alemanha de hoje admite expressamente a teoria da imprevisão. Nessa doutrina será possível a sua aplicação caso haja alteração da base negocial desde que estejam presentes alguns requisitos:

- a) que a alteração da base negocial ocorra após a celebração do contrato;
- b) que essa alteração seja substancial;
- c) que seja possível impor a outra parte a manutenção do vínculo sem alterações, levando-se em conta a distribuição dos riscos legais ou contratuais.

A mudança da base negocial substancial que enseja a revisão contratual é aquela que as partes, na celebração do contrato não puderam prever e caso ocorressem naquele momento as partes não teriam contratado.

Conforme o BGB ainda poderá ser causa de revisão contratual as pressuposições feitas pelas partes, presentes na base do contrato, que posteriormente se apresentam como falsas. Como se pode observar a revisão contratual no sistema alemão é a primeira opção; na sua impossibilidade poderá ser resolvido o contrato. Deste modo, não sendo possível a revisão contratual ou não sendo possível a imposição a uma das partes desta revisão o contrato será resolvido.

4.2.2 Itália

O Código Civil Italiano de 1865 baseou-se no Código de Napoleão, assim, não previu a Teoria da Imprevisão, estando marcado pelo dogma da vontade e da segurança jurídica.

Na Itália, a crise mundial do início do século XX, motivou a edição da Lei da Guerra de 1915 admitindo, em alguns casos, a possibilidade de resolução contratual.

Para todos os efeitos do art. 1226 (*responsabilidade civil por perdas e danos*) do Código Civil, a guerra é considerada como caso de força maior, para exonerar o devedor das responsabilidades decorrentes dos contratos celebrados antes da data do decreto de mobilização geral, não só quando torne impossível a prestação, mas também quando acarrete excessiva onerosidade. (RODRIGUES JUNIOR, 2006, p. 52)

Desta feita, a Lei de Guerra passou a considerar a guerra como hipótese de força maior, admitindo a revisão dos contratos celebrados antes dela que passem a ter as prestações impossíveis ou excessivamente onerosas.

O Novo Código Civil italiano de 1942 prevê no art. 1467 que:

Nos contratos de execução continuada, periódica ou de execução futura, se a prestação de uma das partes tornou-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 entrar na álea normal do contrato.

A parte contra a qual é demandada a resolução pode evitá-la oferecendo modificar igualmente as condições do contrato. (RODRIGUES JUNIOR, 2006, p. 53)

Na Itália, portanto, para ocorrer a aplicação da teoria da imprevisão é necessário:

- a) contrato de execução continuada, periódica ou de execução futura;
- b) que a prestação de uma das partes se torne excessivamente onerosa por fatos extraordinários e imprevisíveis.

Observe que no Código Civil Italiano prefere a resolução de um contrato que se torne excessivamente oneroso. A revisão só poderá ocorrer se a parte

demandada pela resolução contratual ofereça modificar o contrato para restabelecer o seu equilíbrio.

O artigo 478 do Código Civil Brasileiro, que positivou a teoria da imprevisão no ordenamento jurídico brasileiro, baseou-se no que está disposto no artigo 1467 do Código Civil Italiano.

4.2.3 Portugal

O Código português de 1867, tal qual os códigos que se seguiram ao Código de Napoleão, não permitiram a aplicação da teoria da imprevisão. Baseavam-se no voluntarismo.

A primeira guerra mundial trouxe conseqüências graves à alguns contratos já existentes. A partir de 1915, em Portugal, foram editados diversos decretos que possibilitavam a revisão de determinados contratos, especialmente nos firmados entre o Estado e seus fornecedores.

O Código Civil de 1966 passou a prever nos artigos 437 a 439 a possibilidade de revisão ou resolução contratual.

Art. 437º (Condições de admissibilidade)

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.

Art. 438º (Mora da parte lesada)

A parte lesada não goza do direito de resolução ou modificação do contrato, se estava em mora no momento em que a alteração das circunstancias verificou.

Art. 439º (Regime)

Resolvido o contrato, são aplicáveis à resolução as disposições da subsecção anterior. (RODRIGUES JUNIOR, 2006, p. 55)

No ordenamento jurídico português para se configurar a teoria da imprevisão é necessário:

- a) alteração anormal das circunstancias que levaram as partes contratarem;

- b) que o cumprimento da prestação nesse sentido viole gravemente a boa-fé;
- c) que essa alteração anormal das circunstâncias não seja própria do risco daquele contrato;
- d) que a parte lesada não esteja em mora com suas obrigações.

Observe que no ordenamento jurídico português a parte lesada pode optar em resolver ou revisar o contrato. Caso escolha a resolução, a contraparte pode evitá-la oferecendo modificar o contrato.

4.3 A resolução ou revisão contratual no direito civil brasileiro e a sua crítica

A teoria da imprevisão, no ordenamento jurídico brasileiro, foi desenvolvida pela doutrina e jurisprudência e só posteriormente positivada. Nelson Borges (2002) informa que a primeira jurisprudência em que se utilizou da teoria da imprevisão foi em 1930, pelo juiz de 1º grau Nelson Hungria titular da 5ª vara Cível do Distrito Federal, na cidade do Rio de Janeiro, decisão essa que foi reformada, em 1932, pelo Tribunal de Justiça. Somente em 1938, é que a jurisprudência brasileira será pacífica em aceitar a aplicação da teoria da imprevisão. Neste ano a Corte Suprema do Superior Tribunal de Justiça decide que a teoria da imprevisão não é contrária a legislação brasileira até então vigente.

A teoria da imprevisão no Código Civil brasileiro está prevista no Livro das Obrigações, Título V (Dos Contratos em geral), Capítulo II (Da extinção do contrato), seção IV (Da resolução por onerosidade excessiva) – artigos 478, 479 e 480.

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva. (BRASIL, 2010, p.166)

Para Cesar Fiuza os requisitos do artigo 478 do Código Civil são:

1º) O contrato deve ser de execução futura.

2º) Entre a celebração e a execução, deve ocorrer um fato imprevisível e extraordinário. Vimos que a imprevisibilidade não precisa ser absoluta, o mesmo ocorrendo com a extraordinariedade.

3º) O fato imprevisível e extraordinário deverá causar um ônus excessivo para uma das partes e uma vantagem extrema para a outra. Aqui também vale lembrar que o ônus excessivo é variável relativa. O que é oneroso para uns pode não ser para outros. Só diante do caso concreto, com todas as suas peculiaridades, esse ônus poderá ser aquilatado. Por outro lado, não é necessário que ocorra uma vantagem extrema para a outra parte, como a interpretação literal da Lei pode aparentar. Pelos princípios da justiça contratual, da boa-fé objetiva e da função social do contrato, tendo como base a dignidade humana, pode-se perfeitamente dispensar essa vantagem extrema. O que o legislador talvez tenha tido em mente é que o contrato deverá se encontrar em situação de desequilíbrio. Assim, bastante será a onerosidade excessiva, sob pena de se estar atentando contra os princípios acima mencionados, que aliás, dão fundamento à teoria da imprevisão. (FIUZA, 2006, p. 430)

Completa o artigo 479 do Código Civil que o devedor poderá evitar a resolução contratual, oferecendo-se modificar, equitativamente, as condições do contrato.

E por último, o art. 480 do Código Civil dispõe sobre a possibilidade da resolução por onerosidade excessiva em contrato unilateral oneroso.

Passemos agora à análise de cada um dos requisitos da teoria da imprevisão tal qual prevista no Código Civil.

4.3.1 O Contrato de execução continuada ou diferida

A questão do contrato de execução continuada ou diferida já foi analisada quando foram abordados os requisitos comuns à teoria da imprevisão, não merecendo maior destaque.

Em todo caso, no direito brasileiro, a teoria da imprevisão requer um contrato de execução continuada ou diferida. Ou seja, que a prestação ou o cumprimento contratual se dê em momento diversos da contratação. Deste modo, caso o cumprimento contratual se dê em outro momento do que o da contratação e de uma só vez estará diante de um contrato de execução diferida. Será contínua, se as prestações forem sendo cumpridas ao longo do tempo.

Esse requisito possui conotação lógica já que em um contrato de execução imediata não há como as prestações se tornarem excessivamente onerosas por

fatos extraordinários e imprevisíveis. O que pode ocorrer é o nascimento desequilibrado das prestações, e neste caso, poderá ter havido lesão e não onerosidade superveniente.

4.3.2 A Onerosidade excessiva para uma parte e a extrema vantagem para a outra parte contratual

Nesse ponto o Código Civil requer que para a ocorrência da teoria da imprevisão haja um fato que torne a prestação excessivamente onerosa para uma das partes. Essa onerosidade deve vir atrelada à extrema vantagem para a outra parte contratual. Os autores, de um modo geral, tecem críticas à cumulação da excessiva onerosidade e da extrema vantagem da outra parte, como se verá.

O texto legal, nesse ponto, coloca como requisito para a configuração da teoria da imprevisão a ocorrência da lesão objetiva e da lesão subjetiva, devendo uma estar atrelada à outra. Quer que uma parte sofra a onerosidade excessiva (lesão objetiva) e que a outra parte tenha uma extrema vantagem (lesão subjetiva). Na realidade, nem a lesão objetiva nem a lesão subjetiva chegam a ocorrer. O que há é a possibilidade de virem a ocorrer, já que, para que uma parte pleiteie a aplicação da teoria da imprevisão não pode estar em mora com o cumprimento de sua prestação. Nelson Borges (2002) denomina esse fato de lesão virtual. No texto legal não há lesão objetiva para o devedor e sim a possibilidade de essa vir a ocorrer. É que ainda não houve a onerosidade excessiva e nem a lesão subjetiva, já que o credor ainda não teve a vantagem exacerbada. Se o devedor cumprir a sua obrigação mesmo ela sendo excessivamente onerosa e tendo o credor tido vantagem nessa situação haverá o mero cumprimento obrigacional não cabendo qualquer discussão por fatos imprevisíveis que tenham causado aquela situação. A possibilidade de revisão ocorre antes da confirmação da lesão objetiva, ou seja, antes do vencimento da prestação. Lado outro, se depois de vencida a prestação e essa estiver acometida por fato imprevisível que a torne excessivamente onerosa com vantagem extrema para a outra parte não se poderá requerer a imprevisão, caberá somente o seu cumprimento. Assim, Nelson Borges (2002) acredita que a única situação objetiva encontrada nesse contexto é o fato imprevisível responsável

pela modificação da base do contrato. Todo o mais se insere no plano virtual, sendo a redação do texto legal incoerente.

Em tais circunstâncias, a única constatação da existência de fato objetivo será o evento imprevisível, responsável pela alteração do suporte contratual. Todo o resto estará inserido no plano da virtualidade, razão mais do que suficiente para que o texto legal tivesse adotado conduta coerente com o subjetivismo de seu enunciado, de sua futuridade, dizendo “se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com *possibilidades* de extrema vantagem para a outra”, uma vez que a excessiva onerosidade, embora concreta, poderá dar origem a uma extrema vantagem. (BORGES, 2002, p. 685)

Deste modo, para Nelson Borges (2002), a extrema vantagem para a outra parte deve ser tratada no plano virtual, assim como a onerosidade excessiva da prestação. Isso porque, para o pedido de revisão elas não chegam a se concretizar. Desta feita, segundo esse autor, seria melhor que o código dispusesse sobre a “possibilidade” da extrema vantagem.

Para Rodrigues Júnior (2006) basta que haja alteração no equilíbrio contratual não importando se a outra parte irá se beneficiar com essa alteração ou não. Portanto, é desnecessária a configuração da extrema vantagem para a outra parte, bastando o desequilíbrio contratual. A “extrema vantagem” é dotada de carga subjetiva, sendo difícil fazer prova de que a onerosidade excessiva da prestação causou extrema vantagem para a outra parte.

4.3.3 O fato superveniente extraordinário e imprevisível

Diversos autores tecem críticas a esse ponto da teoria da imprevisão no ordenamento jurídico brasileiro. Rodrigues Júnior (2006) e Nelson Borges (2002), por exemplo, coadunam da opinião que os conceitos de extraordinário e imprevisível soam no mesmo sentido, ou seja, são termos redundantes. O imprevisível é aquele fato que vai além do ordinário, que não é passível de previsão. O extraordinário é o que não é comum, portanto, imprevisível. Assim, o conceito de imprevisível consome o que é extraordinário e vice-versa, bastando que se utilizasse a expressão fato imprevisível ou fato extraordinário.

Nelson Borges (2002) explana que a adoção da teoria da imprevisão no ordenamento positivo brasileiro baseou-se no Código Civil italiano. No texto legal italiano existe a mesma redundância, portanto faltou técnica legislativa ao se utilizar do texto italiano como fonte para o Código Civil brasileiro. Observe:

Artigo 1.467 do Código Civil italiano (1942). Nos contratos de execução continuada ou periódica ou de execução diferida, se a prestação de uma das partes se tornou excessivamente onerosa pela verificação de acontecimentos extraordinários ou imprevisíveis, a parte que deve tal prestação pode pedir a resolução do contrato, com os efeitos estabelecidos no art. 1.458. A resolução não pode ser pedida se a onerosidade superveniente entra na álea normal do contrato. A parte contra a qual é pedida a resolução pode evitá-la oferecendo modificar eqüitativamente as condições do contrato. (BORGES, 2002, p. 673 e 674)

Para se considerar os termos extraordinário e imprevisível como diversos é preciso basear-se na doutrina voluntarista. Para essa doutrina o extraordinário pode ser previsto pelas partes subjetivamente, e assim não seria possível a aplicação da teoria da imprevisão. Objetivamente, por mais que as partes tenham previsto o acontecimento extraordinário superveniente ao contrato e fora do risco contratual, se esse alterar o equilíbrio contratual, pode-se invocar a teoria da imprevisão.

Para Rodrigues Junior (2006), a teoria da imprevisão no Código Civil Brasileiro não deveria abranger somente os fatos imprevisíveis, mas todo aquele fato que, apesar da prudência e cautela das partes, altere o equilíbrio contratual. Portanto, o conceito de fato imprevisível não deve ser considerado somente como “acontecimentos supervenientes que alterem as circunstâncias de fato do contrato” (RODRIGUES JUNIOR, 2006, p. 160), mas também como aqueles fatos que, mesmo que não supervenientes, e que apesar de toda a “cautela e prudência” (RODRIGUES JUNIOR, 2006, p. 160) das partes, ensejaram alteração no equilíbrio contratual.

A teoria da imprevisão, portanto, requer um fato que seja posterior a celebração do contrato, que esteja fora do risco contratual, que não tenha sido previsto pelas partes objetivamente e que cause um desequilíbrio contratual.

4.3.4 O pedido de resolução pelo devedor

A interpretação literal da sistemática da resolução por onerosidade superveniente do Código Civil, informa que o devedor deverá requerer a resolução e se o outro contratante quiser, poderá oferecer a modificação equitativa das condições do contrato. Deste modo se presente os requisitos do artigo 478 se a outra parte não oferecer a modificação o contrato será resolvido, já que o devedor só pode pedir a resolução contratual.

O legislador nesse artigo fere o valor de justiça bilateral, ou seja, do princípio da isonomia já que é negado ao credor o direito de exigir a resolução ou revisão contratual. É uma norma que favorece somente o devedor. Parte do pressuposto que não poderá ocorrer a onerosidade superveniente para o credor. É negado ao credor, deste modo, o direito de ação. O Código de Processo Civil estabelece que a todo direito corresponde a uma ação que o assegura, portanto, tendo o artigo 478 do Código Civil previsto que somente o devedor poderá resolver o contrato por onerosidade excessiva, ao credor é negado a ação correspondente ao direito de resolver ou rever o contrato por onerosidade excessiva.

Khouri (2006) tece críticas acerca da redação do artigo 478 do Código Civil, já que este abre a possibilidade de o devedor requerer a resolução contratual, sendo que, melhor técnica teria se utilizasse o termo parte lesada, já que a onerosidade excessiva superveniente pode acarretar tanto o devedor quanto o credor.

Outra crítica a ser feita é que a legislação peca ao positivizar que apenas o devedor poderá pedir apenas a resolução contratual e que o credor, somente, poderá oferecer modificar equitativamente as condições do contrato. A nova principiologia garante a possibilidade de um pedido de revisão ou resolução contratual e, dado o princípio constitucional da isonomia, tanto o credor como o devedor, desde que preencham os requisitos, podem se beneficiarem da teoria da imprevisão.

Ora, com os níveis atuais de evolução doutrinária, sabe-se que a imprevisão pode resultar em *resolução* ou *revisão* do contrato, consultando apenas ao interesse das partes postular por uma ou outra solução. Ao se cuidar dos pressupostos teóricos, em capítulo antecedente (5.7.4.5), evidenciou quão lícita e conveniente seria essa opção, regada pelos modernos contornos principiológicos da contratualística e por uma interpretação total e sistemática. (RODRIGUES JUNIOR, 2006, p. 163)

Deste modo o que se quer demonstrar é que a parte lesada pode requerer tanto a resolução, quanto a revisão contratual.

A sistemática da onerosidade excessiva superveniente no ordenamento jurídico brasileiro, teleologicamente, pende para a revisão e não para a resolução. É o que prevê os artigos 317 do Código Civil, a parte final do inciso V do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor e a alínea d do artigo 65 da lei nº 8.666/1993. Observe:

Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação. (BRASIL, 2010, p. 161)

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:[...]

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;[...] (BRASIL, 2010, p. 573)

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: [...]

II - por acordo das partes:[...]

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando área econômica extraordinária e extracontratual. (BRASIL, 2010, p. 1560)

A manutenção do contrato é preferível e menos traumática para as partes. Com a resolução “o contrato deixaria de cumprir, no caso concreto, a função econômica e social que é chamado para desempenhar” (KHOURI, 2006, p. 123). Se a outra parte se oferecer a modificar o contrato e a parte lesada se negar, sem justo motivo, impondo a resolução contratual, haverá a violação do princípio da boa-fé contratual. Isso porque a boa-fé impõe às partes a colaboração mútua para a realização da finalidade do contrato.

Conforme a sistemática do Código Civil se não houver pedido de modificação contratual por nenhuma das partes não poderá o juiz impor a modificação contratual dada autonomia privada das partes. Desta feita, observe que o pedido de revisão ou resolução deve partir das partes e que a revisão, sempre que possível, conforme a nova principiologia contratual, é preferível à resolução contratual. Contudo, vale

ressaltar que caso ocorra a frustração do fim negocial do contrato não poderá haver a sua modificação, a única possibilidade neste caso será a resolução contratual.

Paulo Roberto Speziali (2002) entende que as normas que prescrevem a onerosidade excessiva no Código Civil estão desatualizadas, em descompasso com a principiologia contratual contemporânea. Informa que os artigos 478, 479 e 480 do Código Civil foram inseridos com base no projeto de Código das Obrigações de Caio Mário. Esse autor não admitia a interferência do Estado no conteúdo dos contratos.

Esses artigos foram incorporados ao Projeto de Código Civil a partir do Código de Obrigações do Professor *Cario Mário*, de 1964, no qual o insigne autor, adepto do *dogma da vontade e da intangibilidade*, declara-se avesso à interferência do juiz no conteúdo dos contratos, a menos que a parte não prejudicada com a onerosidade excessiva se ofereça para modificar eqüitativamente as condições do contrato. À falta de manifestação voluntária do réu, a única forma de solucionar o desequilíbrio superveniente seria, no dizer do festejado mestre, a resolução. (SPEZIALI, 2002, p. 190 e 191)

Speziali (2002) entende que melhor seria a previsão da revisão por fatos supervenientes do que a resolução contratual. Informa que o artigo 317 do Código Civil corrobora com esse entendimento. Diz, ainda, que a revisão contratual é acolhida pelo Código Civil com base na teoria da base do negócio jurídico, ou seja, dada à função social dos contratos o fim preterido pelo contrato deve ser mantido, assim caso haja a quebra da base negocial por fatos supervenientes o contrato deve ser revisto.

Ocorrido o fato superveniente e quebrada a base do negócio, contamina-se a *função social do contrato*. Não se admitindo a revisão do contrato para restabelecer o necessário equilíbrio, ficaria irremediavelmente comprometida ou eliminada tal função. (SPEZIALI, 2002, p. 193)

Assim, para Speziali (2002), o fato superveniente que quebre a base do negócio jurídico compromete a função social do contrato e por esse motivo ele poderá ser revisto no intuito de torná-lo equilibrado.

Conforme tem sido explicado, a revisão que é prevista no artigo 479 do Código Civil só é possível caso haja manifestação do credor, ou seja, somente esse pode oferecer a revisão caso já tenha sido proposta a ação de resolução pelo devedor. Este somente poderá pleitear a resolução, nunca poderá pedir a revisão. O credor como já dito antes não tem o direito de rever o contrato, só poderá, caso o

devedor já tenha proposto a ação, oferecer a revisão para evitar a resolução contratual.

Nelson Borges (2002) diz ser louvável que o Código Civil tenha adotado o sistema misto, ou seja, a possibilidade tanto de revisão quanto de resolução. Contudo acredita ser incoerente com os princípios contratuais a inversão feita pelo código, qual seja, o pedido de resolução antes da revisão. Para ele a vontade primeira que cominou para a consecução do contrato deve ser mantida. Há inversão lógica, “nenhum magistrado vale-se da conciliação para discutir *primeiramente* a resolução do pacto, e depois a revisão” (BORGES, 2002, p. 692).

4.4 A resolução ou revisão contratual na lei 8078/90

O Código de Defesa do Consumidor – CDC - regula a revisão contratual nos artigos 6º inciso V e 51 §1º inciso III:

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: [...] V- a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas. (BRASIL, 2010, p. 573)

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviço que: [...] IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem consumidor em desvantagem exagerada ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; [...] §1º. Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que: [...] III – se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares a cada caso; [...](BRASIL, 2010, p. 578)

O artigo 6º do CDC pode ser dividido em duas partes: a primeira prevê uma espécie de lesão e a segunda trata da mudança da base negocial nos contratos de execução diferida. Essa disposição legal permite a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais. Assim, pela falta de sinalagma genético permite a alteração daquele contrato que nasceu desequilibrado – primeira parte. Ainda, permite a revisão do contrato de execução diferida que, por fatos supervenientes, tenham as prestações excessivamente onerosas, ou seja, pela falta do sinalagma funcional o contrato poderá ser revisto – segunda parte. Note que o pedido de revisão contratual, em ambos os casos, só pode ser feita pelo

consumidor, já que, o caput do artigo determina que são direitos básicos do consumidor.

Para Nelson Borges (2002), o CDC assim como o CC/02 não fazem jus ao verdadeiro sentido de justiça contratual, base da possibilidade de revisão contratual, Veja:

Complemente-se que, no âmbito da imprevisibilidade, a expressão *excessiva onerosidade* configura um odioso caráter restritivo quanto ao destinatário da norma. Ela se matem em posição dialmetricamente oposta à essência do verdadeiro espírito da justiça comutativa, que de resto, é a *pièce de résistance* da teoria da imprevisão. Apenas para ilustração: suponha-se um fornecedor que, em razão de fatos supervenientes"- *no dizer ambíguo e incompleto da lei* -, se veja em dificuldades para o cumprimento de obrigação assumida contratualmente. Pela parcialidade legislativa adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, mesmo presentes os *fatos supervenientes* que fizeram nascer a extrema dificuldade de cumprimento da obrigação de fornecer, *sua condição de fornecer* (credor) levanta uma barreira intransponível para pleitear a revisão: *primeiro porque o Código de Defesa do Consumidor cuida dos interesses apenas do devedor; segundo porque a lei defere esse somente àquele que de defontrar com prestação "excessivamente onerosa"*- atributo cometido com exclusividade ao devedor (nunca ao credor) de uma prestação, sendo-lhe, por tal motivo, fechadas as portas do Judiciário caso pretenda a revisão do pacto com fundamento no art. 6º, V. (BORGES, 2002, p. 388)

Nelson Borges (2002) afirma que o artigo 6º, inciso V, do CDC possibilita o pedido de revisão contratual somente ao consumidor. Negando o valor da justiça contratual não possibilita, assim como o Código Civil de 2002, que o credor/fornecedor possa pedir a revisão de um contrato acometido por onerosidade excessiva. Complementado que o mesmo artigo permite a revisão contratual de cláusulas excessivamente onerosas, enquanto que o artigo 51§1º inciso III do CDC dispõe serem nulas de pleno direito – sem a possibilidade de revisão - as cláusulas contratuais excessivamente onerosas para o consumidor.

Neste ponto, para Nelson Borges (2002), haveria contradição entre o artigo 6º, inciso V, do CDC e o artigo 51§1º inciso III do mesmo diploma. Isso porque em caso de prestações excessivamente onerosas o artigo 6º, inciso V permite a revisão desse contrato ou das cláusulas que estejam excessivamente onerosas. Em contra partida o artigo 51§1º inciso III, simplesmente, afirma que as cláusulas contratuais excessivamente onerosas são nulas de pleno direito, ou seja, não ensejando a possibilidade de revisão contratual.

O fundamento para a revisão contratual do CDC, segundo Nelson Borges (2002), não se trata da teoria da imprevisão, tal qual estabelece o CC/02. O CDC não impõe alguns dos requisitos indispensáveis para a configuração dessa teoria. Não exige o prejuízo do consumidor e a extrema vantagem do credor, nem mesmo que o fato superveniente seja imprevisível. Afirmar que o CDC estabeleceu a imprevisão, para esse autor, é negar a própria essência da teoria da imprevisão, já que ele dispensa o requisito mais fundamental dessa teoria, a imprevisibilidade; no CDC, basta, a verificação da onerosidade excessiva para que um contrato possa ser revisto.

5 A RESOLUÇÃO OU REVISÃO CONTRATUAL E A BOA-FÉ OBJETIVA

5.1 A resolução ou revisão contratual e o modelo democrático contrato: a questão da autonomia privada e o dever de renegociar

Quando se vislumbra a revisão contratual, seja qual for o seu fundamento, trata-se de um limite a autonomia privada. Essa, como se viu, é um princípio que permeia todo o direito contratual.

Modernamente, dada a nova roupagem democrática, o instituto da autonomia privada deve coadunar sistematicamente com todo o ordenamento jurídico, não sendo mais considerada como um poder intocável do contratante, como se queria na época do dogma da vontade. Assim diz-se que a autonomia privada, hoje, sofre mútua conformação com todos os outros princípios que permeiam o direito contratual, tais como, a boa-fé objetiva e a função social dos contratos.

Como previamente discutido, a partir do Estado Social, outros princípios, com cunho mais coletivista do que individual, passam a limitar a autonomia privada. A vontade intangível passou a ser um meio de opressão tornando-se necessária a intervenção do Estado nos contratos, período em que se instalou o dirigismo contratual.

O que se pode concluir é que no Estado Liberal a autonomia privada limitava os outros princípios do direito contratual, sendo considerada como o princípio maior, ou seja, o individual prevalecia sobre o coletivo. No Estado Social a função social do contrato e a boa-fé objetiva limitavam a autonomia privada, já que o coletivo sobrepunha ao individual. Mas no Estado Democrático de Direito o que deve prevalecer?

A doutrina vem afirmando que o Estado Democrático de Direito estabeleceu um mandado de otimização, no qual, não só o Estado, mas toda a coletividade, inclusive em suas relações privadas, deve proteger e, em principal, promover a dignidade humana.

Sendo o mandado de otimização de proteção e promoção da dignidade humana, não se pode admitir, no âmbito dos direitos dos contratos, que a autonomia privada seja duramente limitada, até certo ponto suprimida, em razão da boa-fé objetiva e da função social dos contratos. E nem mesmo que o contrário seja

permitido, ou seja, que a boa-fé objetiva e a função social dos contratos sejam duramente limitadas pela autonomia privada. Concluí-se, que em um processo de síntese e de aproveitamento da historicidade do direito dos contratos, que a tensão entre os princípios pode até existir, mas sem que um prevaleça sobre o outro, o que deve ocorrer é a mútua conformação entre eles.

Na verdade, a discussão sobre conflito de princípios faz parte do estudo da teoria do direito. E na esteira de Dworkin não se admite a possibilidade de prevalência de princípios, em um caráter meramente valorativo.

Ronald Dworkin (1999) trabalha com o conceito de comunidade personificada da qual emam princípios. Os princípios da comunidade personificada são diferentes dos princípios ou convicções próprias das pessoas que a compõe. Ou seja, a comunidade personificada é um agente moral que possui idéias próprias que não se confunde com o conjunto das idéias das pessoas que dela faz parte. A formação de uma comunidade personificada, deste modo, se dá pela conjugação das idéias centrais tanto do ente como das pessoas que a compõe.

Para Dworkin (1999) os princípios são normas, assim como as regras. Sendo que as regras são aplicadas no modelo tudo ou nada e os princípios possuem aplicação no caso concreto, na busca pela solução correta, sem caráter axiológico.

Dworkin (1999) fundamenta uma concepção interpretativa do direito denominada “Direito como Integridade”.

A integridade deve ser entendida sob a ótica de dois princípios: “o da integridade legislativa, que exerce a função de exigir dos legisladores o estabelecimento de um ordenamento coerente quanto aos princípios; o da Integridade Jurisdicional ou do julgamento que exige que o conjunto de leis seja também encarado de forma coerente e uniforme” (DWORKIN, 1999, p.203).

Observe, portanto, que o direito como integridade se compõe da integridade legislativa e da integridade jurisdicional. A primeira requer que os legisladores estabeleçam normas em conformidade com os princípios da comunidade personificada. Já o segundo requer que no julgamento as leis sejam analisadas de forma coerente e uniforme.

Assim, para a Integridade haverá sempre uma resposta correta que irá guiar o juiz em sua decisão. A decisão correta existirá mesmo nos casos difíceis (*hard cases*), ou seja, naqueles em que não há alguma regra que dite a solução para o

caso. Dworkin (1999) admite que a solução correta nos casos difíceis serve como referência para manter a integridade do direito em uma comunidade de princípios.

A solução para os casos difíceis é dada pelo juiz Hércules. Ele ao julgar esses tipos de casos constrói um romance em cadeia:

Romance em Cadeia acontece no momento da aplicação da norma pelo juiz pois quando dessa atividade deve ele interpretar a lei e os julgados passados e redimensioná-los para uma aplicação no presente. Juízes são igualmente autores e críticos como se cada capítulo do romance fosse escrito por juiz diverso e que pretendesse manter uma continuidade lógica da história, mas ao mesmo tempo, pretendesse criar, a partir dos dados recebidos, um único romance que fosse o mais aprimorado possível. Esse seria um movimento contínuo do Direito como conjunto coerente de normas. (DWORKIN, 1999. p.275).

Desta forma o juiz deve buscar a interpretação conforme a lei e os julgados passados de forma a adequá-los ao caso presente. A partir daí os demais juízes, na análise de um caso concreto, farão o mesmo, buscando o que foi criado no passado, tentando aprimorá-lo, de forma que se crie um conjunto coerente de normas.

Ainda, nos casos difíceis a solução deve ser embasada nos princípios. Os princípios de sua análise fora do caso concreto podem, aparentemente, serem conflitantes. Mas para Dworkin (1999), no caso concreto, na busca pela solução correta, só um princípio será aplicável. A escolha de aplicabilidade não se dará em caráter axiológico, na escolha da solução mais justa. O que se busca é a solução correta. Deste modo, no caso concreto, os princípios não são conflitantes, mas eles se excepcionam.

Ao contrário das regras, que se aplicam de maneira ou tudo ou nada (*in na all-or-nothing fashion*) (Dworkin, 1978:24), e que portanto comportam exceções enumeráveis previamente à sua aplicação (Dworking, 1978:25), os princípios comportam exceções à sua aplicação que não podem ser enumeradas previamente à hipótese concreta de sua incidência (Dworkin, 1978:25), por que qualquer outro princípio pode, abstratamente, representar uma exceção à aplicação de um princípio. [...] não se trata de imaginar uma ponderação, ou seja, imaginar-se um conflito resolvido pela aplicação de outro princípio, orientada pela hierarquização dos mesmos, mas de se imaginar que os princípios são normas que se excepcionam reciprocamente nos casos concretos, vez que não podem, muitas vezes, ser contemporaneamente aplicados. É claro que um princípio só pode excepcionar a aplicação de outro quando isso for suficientemente fundamentado de um ponto de vista discursivo. Mas efetivamente os *discursos* de aplicação podem apresentar tal fundamentação. (GALUPPO, 1999, p. 199)

Assim, no caso concreto é que se irá verificar a exceção de um princípio ao outro e nunca abstratamente. Além disso, o fato de em um dado caso um princípio excepcionar ou outro isso não, necessariamente, quer dizer que em todo caso isso ocorrerá. É a circunstância do caso que deve determinar a aplicação do princípio, buscando garantir iguais direitos fundamentais aos afetados naquele caso. A solução de um caso difícil está na construção teórica feita neste caso, ou seja, pela interpretação se reconstrói o caso em conformidade com os princípios jurídicos aplicáveis e reconhecidos pela comunidade de princípios, alcançando a decisão correta, tal qual um romance em cadeia. Não há contradição de princípios, mas concorrência, não há hierarquia, eles estão no mesmo plano de aplicação. Deste modo, a segurança jurídica está na aplicação do direito como integridade, pois se garante a coerência de princípios que são criados pela comunidade personificada.

Como dito acima, a doutrina vem considerando que a teoria contratual contemporânea embasa-se em quatro princípios básicos - boa-fé objetiva, função social dos contratos, justiça contratual e autonomia privada. Acredita, parte da doutrina, que os três primeiros princípios, quais sejam, a boa-fé objetiva, a função social dos contratos e a justiça contratual mitigam a autonomia privada com o intuito de consagrar o interesse social e a igualdade material nas avenças. Mas será que isso - mitigar a autonomia privada, consagrando o interesse social e a igualdade material nas avenças - é garantir a igualdade na sociedade personificada? A autonomia privada deve ser mitigada por esses princípios para garantir o interesse social? Isso seria conforme o Estado Democrático de Direito? Parece que essas possíveis limitações seriam mais adequadas ao modelo Social de Estado. A igualdade na sociedade personificada não é garantir iguais liberdades aos membros dessa? A boa-fé e esses princípios devem garantir iguais liberdades as partes, não se podendo dizer, a priori, que esses princípios devam garantir igualdade material nas avenças ou, muito menos, o interesse social. Só, ante o caso concreto, em caso de conflito entre eles, se poderá afirmar qual será o aplicável aquele caso. O que se pode dizer é que entre esses princípios haja uma mútua conformação.

O que se quer dizer é que em um processo de síntese, no Estado Democrático de Direito, a autonomia privada, *a priori*, não pode ser limitada pela boa-fé objetiva ou função social dos contratos. E nem mesmo a boa-fé objetiva ou a função social dos contratos deve ser limitada pela autonomia privada. A análise deve se dar no caso concreto e através da mútua conformação entre eles, ou seja,

somente a análise do caso concreto é que se poderá estabelecer qual princípio irá excepcionar o outro. Não há limitação de um no outro em abstrato, já que as hipóteses serão extensas. O que há é a exceção de um aos outros ante a análise do caso concreto, na busca pela solução correta.

Ainda, a questão da possível limitação da autonomia privada em razão da boa-fé no contexto da revisão contratual, apresenta outra discussão de outro tema, fundamental no âmbito de toda a teoria do direito: a segurança jurídica pode ser suprimida ou limitada em função de uma decisão justa¹⁰ e vice-versa?

Explica-se, como os contratos, fonte da maior expressão da autonomia privada, no qual o ordenamento jurídico concede aos particulares o “poder” de estabelecer normas conforme o ordenamento jurídico, pode, o próprio Estado intervir nesse “poder” para reequilibrá-lo, tornando-o justo? Sabe-se, que desde as guerras mundiais, a doutrina vem se desenvolvendo com o intuito de responder essa questão, por isso a demonstração de todas as teorias apresentadas no título 4 dessa dissertação, ou seja, tentou-se estabelecer uma melhor forma de intervir nos contratos sem que a autonomia privada fosse atingida; ou até mesmo uma forma de se justificar a intervenção ou possível limitação da vontade criadora do contrato.

Assim, como o juiz pode estabelecer ou ditar para as partes qual é o verdadeiro equilíbrio das prestações, revendo, deste modo o contrato que se encontra desequilibrado? O que se quer dizer é que o juiz pode interferir no contrato para garantir a justiça no caso concreto? Ao se fazer isso se perde, em parte a igualdade perante a lei, ou seja, segurança jurídica, já que altera-se uma norma que foi criada pelas partes com o intuito de se garantir a segurança para aquela relação. Ou seja, o contrato é o meio que o direito disponibiliza para os particulares para dar segurança as relações patrimoniais privadas criadas pelos privados em conformidade com o próprio ordenamento jurídico.

A idéia de segurança jurídica é melhor entendida através do positivismo jurídico. Nesse a função do juiz é a de aplicar a lei de modo mecânico através do silogismo. Esse, ao interpretar a lei cabe apenas buscar o sentido que o legislador quis dar a norma.

A interpretação do juiz, para os positivistas, não pode ser um meio de construção do direito. Dada a separação estanque dos poderes, o juiz só pode

¹⁰ Decisão justa está sendo utilizada no sentido de decisão valorativa.

aplicar a lei, cabendo ao legislativo a criação das mesmas. Assim, uma interpretação ampla ao juiz o aproxima do contexto da criação da norma, fazendo com que o próprio juiz crie a norma no caso concreto, tornando, deste modo, as relações jurídicas inseguras, dada a sua falta de previsibilidade em função da discricionariedade por parte do juiz.

Contrapondo ao positivismo jurídico estrutura-se o comunitarismo (FERNANDES, 2008) que acredita que o juiz tem amplos poderes para, no caso concreto, fazer valer o projeto social que acreditam que a constituição impõe a todos os particulares. Deste modo, a constituição emana todos os valores de uma sociedade e o juiz teria o papel de realizar esses valores nos casos concretos. Portanto, o juiz possui ampla liberdade para interpretar as normas e em caráter valorativo as aplicar de forma a efetivar o projeto social ditado pela constituição.

Para os positivistas, então, a interferência do juiz nos contratos, no intuito de se perfazer a justiça contratual nos mesmos, reequilibrando o conteúdo das prestações contratuais que se tornaram desequilibradas, fere o princípio da autonomia privada, único garantidor do equilíbrio contratual e da segurança jurídica. Assim aos indivíduos é dada a liberdade de escolher o conteúdo contratual, seja ele equilibrado ou desequilibrado em se tratando de relações patrimoniais privadas reguladas pelo Código Civil, sendo que a distribuição dos riscos contratuais devem ser suportados pelas partes contratantes dada as leis do mercado. Caso haja um evento excepcional e imprevisto que torne excessivamente onerosa a prestação de uma das partes, o juiz não poderá reequilibrar o contrato, modificando a cláusulas. Só as partes, no uso de sua autonomia privada, podem restabelecer o equilíbrio contratual. Na impossibilidade de acordo, cabe ao juiz, tendo em vista a garantia da segurança jurídica, apenas resolver o contrato, ao alvedrio de outros princípios contratuais, tais como a boa-fé e função social dos contratos, na garantia da autonomia privada e da segurança nas relações jurídicas privadas.

No comunitarismo a interferência judicial nos contratos pode ser dada de forma ampla, no intuito de se garantir a justiça contratual e de se coibir o enriquecimento ilícito. Caso o contrato se torne desequilibrado por fatos extraordinários e imprevisíveis que torne excessivamente onerosa para as partes, ou até mesmo, em caso de perda do equilíbrio contratual o juiz poderá interferir no contrato para revisá-lo no intuito de restabelecer o equilíbrio contratual, tornando-o justo e evitando o enriquecimento injusto. Argumenta-se que neste caso a

autonomia privada deixa de existir já que este fato não foi querido por uma das partes. Em todo caso, no comunitarismo, o juiz tem o dever de estabelecer as diretrizes fundamentais da constituição, sendo que a justiça contratual deve ser buscada, havendo espaço para decisões axiológicas.

É fácil visualizar que cada uma das visões do direito, positivismo ou comunitarismo, remetem à uma forma de pensar o direito: o Estado Liberal-positivismo - e o Estado Social – comunitarismo. No Estado Democrático de Direito, em um processo de síntese, deve, tanto o Estado como os particulares garantir e promover os mandados constitucionais seja nas relações públicas ou privadas.

A ingerência Estatal nos contratos se tornou ampla com o Estado Social. Em relação, por exemplo, aos contratos de consumo, a autonomia privada das partes é duramente reprimida, em nome da proteção do mais vulnerável que é presumidamente o consumidor. Nesse sistema, o consumidor é imbecializado e protegido, até mesmo de suas decisões, havendo desta forma pouca autonomia por parte do consumidor.

O que se quer dizer é que em um Estado Democrático de Direito, tanto a justiça contratual como a autonomia privada devem ser garantidas. O princípio da boa-fé objetiva, nesse sentido, impõe as partes o dever de agirem com lealdade. Assim, será que o princípio da boa-fé objetiva pode impor as partes o dever de renegociar o contrato que por um fato excepcional ou imprevisto o torne desequilibrado, evitando deste modo a ingerência estatal nos contratos e até mesmo, caso possível, a resolução contratual – garantindo algumas das facetas da função social dos contratos, ou seja, a movimentação de riquezas e a conservação dos contratos?

Em atitude renovadora, a doutrina italiana, vem desenvolvendo, no âmbito da revisão contratual, o que se pode denominar de *dever de renegociar o contrato*¹¹.

Francesco Macário (2008) informa que no início dos anos oitenta as jurisprudências Americana e francesa deram um novo passo na teoria contratual no que concerne a revisão ou resolução contratual. Nos Estados Unidos o juiz impôs às partes o dever de renegociar o contrato, estipulando que, após esse período, caso não houvesse acordo, o juiz iria resolvê-lo. Na França houve a mesma imposição de renegociar o contrato, contudo o juiz nomeou um observador para acompanhar

¹¹ Idéias retiradas do texto de Francesco Macario (2008)

essas negociações. Diz, ainda, que nos contratos internacionais regulados pelos princípios do UNIDROIT - Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado e do direito europeu dos contratos – PECL - Princípios do Direito Europeu dos Contratos trazem a figura do dever de renegociar.

No UNIDROIT a possibilidade de revisão de um contrato desequilibrado por circunstâncias posteriores a formação do contrato é chamada de *HARDSHIP*. Uma das partes pode pedir a renegociação do contrato desde que esse pedido seja feito o mais rápido, assim que se configurar o *HARDSHIP*. É fixado um prazo para renegociação do contrato com fundamento na boa-fé objetiva. Na impossibilidade de renegociação, passado o prazo, o tribunal internacional poderá indicar um árbitro para restabelecer o equilíbrio contratual, ou até mesmo resolver o contrato. Contudo, alerta-se que a manutenção do contrato nesse contexto é sempre preferível.

O fundamento para o dever de renegociar no âmbito dos contratos privados está no princípio da boa-fé objetiva. Ele, em virtude, do mandado de cooperação e lealdade entre as partes, integra o contrato que não prevê uma cláusula de renegociar e impõe esse novo dever, anexo ao contrato – o dever de renegociar.

Deste modo, na apreciação por parte do juiz de um contrato desequilibrado, ele poderá impor às partes, com fundamento na boa-fé objetiva, o dever de renegociar o contrato, fixando um prazo razoável para que isso ocorra. E na impossibilidade de isso ocorrer lançar mão ou da revisão ou da resolução contratual. Essa seria uma forma de menor ingerência na autonomia privada das partes, transferindo a essas a responsabilidade de restabelecer o equilíbrio contratual, ou seja, a responsabilidade de ambas as partes de participarem do risco contratual.

Desta maneira, na busca de um modelo democrático de contrato, que coaduna com o Estado Democrático de Direito, as partes contratuais devem participar para a promoção e proteção da dignidade humana, mas sem violar a sua autonomia privada. Deste modo e conforme a boa-fé objetiva o dever de renegociar um contrato é uma forma democrática e autônoma que garante tanto a autonomia privada como protege a legítima expectativa da contra-parte. Trata-se de uma possível maneira democrática de revisar contrato.

6 CONCLUSÃO

O objetivo geral dessa dissertação foi analisar a revisão contratual prevista no Código Civil brasileiro sobre o prisma do princípio da boa-fé objetiva. Sabe-se que a perspectiva ora apresentada também se pode dar sobre o prisma da função social dos contratos e o seu corolário princípio da conservação dos contratos. Por um corte epistemológico optou-se por não abordar esse aspecto nessa dissertação. Deste modo, assim como a boa-fé pode ser um fundamento para o dever de renegociar o contrato, como se argumentou no capítulo 5, o princípio da conservação também poderá fundamentá-lo. Assim, tanto a boa-fé como a função social dos contratos podem ser fundamentos para um pretense dever de renegociar.

No segundo capítulo compreendemos a evolução histórica e conceitual do direito contratual e buscou-se traçar a tendência de sua aplicação no Estado Democrático de Direito, o que se denominou de “a busca pelo modelo democrático de contrato”.

Observou-se que a origem do atual modelo contratual adveio da construção teórica do jusracionalismo e do nascimento do capitalismo. A cada momento histórico o contrato passa a ter as suas características que correspondem a esse mesmo período.

No Estado Liberal compreendeu-se que o contrato é fruto da vontade das partes e, portanto, da liberdade individual dessas. Nesse período histórico, ao se tentar romper com as amarras do absolutismo, os dogmas da liberdade individual e da igualdade perante a lei foram o substrato para isso.

A propriedade, antes dominada pelo Estado, passa a ser um bem individual tutelado por este. Ela, a propriedade, era decorrência da garantia da liberdade individual e da igualdade perante a lei.

O contrato era o meio necessário para se assegurar a aquisição da propriedade, não devendo o Estado intervir no mesmo. Desta forma, caberia a este unicamente garantir que as vontades formadoras do contrato nascessem livres e que o contrato fosse cumprido a qualquer custo, já que esse era lei entre os que o consentiram.

Mas a sociedade desenvolveu e o capitalismo tomou grandes proporções. O mundo sofreu crises, tal como, as grandes guerras. No direito contratual o dogma da

vontade intangível teve de ser mitigado para que a própria lógica do sistema não fosse frustrada.

Os contratos passam a ser uma forma de opressão para os economicamente mais fracos. As classes sociais mais baixas começam a reivindicar outros direitos, não se contentando, apenas, com a igualdade perante a lei. Neste momento, o paradigma estatal muda novamente, passa-se para o Estado Social. Nele o Estado passa a dirigir os contratos para que esses mantenham o equilíbrio. Passa-se a admitir a revisão de um contrato que passasse a ser desequilibrado. O que se tentou demonstrar é que o contrato no Estado Liberal era protegido dos vícios do consentimento, no Estado Social, além desses, o Estado passa a proteger os contratos que se tornassem desequilibrados até o seu cumprimento.

No Estado Social, ainda, surgem os microssistemas que tentam proteger os mais vulneráveis. No âmbito dos contratos, surge o microssistema do Consumidor que visa proteger o economicamente, tecnicamente e juridicamente mais fraco em suas contratações.

No Brasil, com a Constituição Federal de 1988, ficaram assentadas as bases para o Estado Democrático de Direito. Contudo, conforme se tentou demonstrar, no âmbito do direito contratual, estamos presos as amarras do Estado Social. Um novo modelo de contrato, o modelo democrático de contrato, deve ser buscado. Assim, nesse novo paradigma deve haver mútua conformação entre os princípios contratuais. Ou seja, em linhas gerais, tentou-se demonstrar que no Estado Liberal, pelo dogma da vontade, a autonomia privada se sobrepunha aos demais princípios contratuais; no Estado Social o interesse coletivo se sobrepunha ao interesse individual, isso, nos contratos, quer significar que a função social dos contratos sobrepunha à autonomia privada. Contudo, no Estado Democrático de Direito, em um processo de síntese, deve haver a mútua conformação entre todos os princípios contratuais, não podendo ser afirmado, a priori, que um sobrepõe ao outro.

No terceiro capítulo foi estudado o princípio da boa-fé objetiva e sua aplicação no direito contratual.

Tentou-se demonstrar que o princípio da boa-fé objetiva passou a ter larga aplicação no direito contratual a partir do BGB e o que preceituou o § 242 desse código.

Verificou-se que o conceito de boa-fé objetiva vem sendo objeto de indagações, das quais se destaca o fato de muitos autores considerarem que a boa-

fé objetiva não poderia ser um limite a autonomia privada; ou que, por seu conteúdo impreciso põe em questão a segurança jurídica, de modo que dá ampla discricionariedade ao juiz que pode dar soluções valorativas; ainda que a boa-fé não seria uma norma jurídica e sim um princípio moral.

Nessa dissertação, contudo foram apresentados os conceitos da boa-fé objetiva como cláusula geral, como ética material normativa e como ética prática.

A boa-fé como cláusula geral informa que a definição de seu conteúdo será dada ante o caso concreto, contrapondo ao método da subsunção. Deste modo, a boa-fé seria uma expressão vaga que se determina no caso concreto, tendo em vista não só a discricionariedade do juiz, mas, também, o comportamento socialmente típico, as fontes consuetudinárias e negocial moldados pela fonte jurisprudencial. Isso como limite a própria discricionariedade do juiz.

A boa-fé como ética material normativa surgiu no direito alemão no momento da sua recepção pelo ordenamento positivo. Seria, desta feita, uma ética valorativa de caráter geral e validade universal, podendo ser aplicada segundo moldes acabados, ou seja, pela subsunção. Foi um conceito aplicado durante o positivismo jurídico no direito alemão, tendo sido, posteriormente refutado. O que sucedeu a esse foi o conceito de boa-fé objetiva como ética prática o que a assemelha ao conceito de boa-fé com cláusula geral. Na ética prática o conceito de boa-fé objetiva é vislumbrado no julgamento do caso concreto o que possibilitaria a sua atualização conforme a variedade histórica, sendo, portanto assemelhada à ética da situação.

Os conceitos de boa-fé objetiva não se resumem aos apresentados e não excluem uns aos outros, ou seja, muitos deles apresentam idéias semelhantes. O fato é que a ampla possibilidade de conceituação, como também ficou demonstrada, faz com que muitos autores sejam temerosos de sua aplicação dado o primado da segurança jurídica. Contudo, no ordenamento jurídico brasileiro a boa-fé é positiva e tem sido objeto de fundamentação de diversas decisões.

Pode se perceber que a boa-fé objetiva possui três funções básicas; pode ser vista como cânone hermenêutico-integrativo, com criadora de deveres jurídicos e como norma limitadora de direitos subjetivos.

Como cânone hermenêutico-integrativo ela é parâmetro para a interpretação contratual, integrando o contrato naquilo que não foi previsto pelas partes. Assim a interpretação conforme a boa-fé tem o escopo de garantir a finalidade do que foi

pactuado, visando o fim econômico-social que lícitamente se pode esperar desse contrato.

Como criadora de deveres jurídicos a boa-fé cria deveres anexos ao contrato independente da manifestação de vontade das partes. Nesse contexto se insere a responsabilidade pré e pós-contratual que se fundamentam na boa-fé objetiva; os deveres de proteção, de informação, de lealdade, de sigilo, entre outros. No capítulo 5 apresentou-se também, com fundamento no direito internacional, no direito americano e francês, um novo dever anexo ao contrato, o dever de renegociar.

No sentido de limitadora de direitos subjetivos a boa-fé objetiva fundamenta a teoria do abuso de direito, do ato ilícito, do enriquecimento sem causa, a teoria da imprevisão, da força obrigatória dos contratos; e ainda, propõe uma mútua conformação com a autonomia privada, entre outros.

No quarto capítulo foi analisada a evolução histórica e as teorias que dão substrato para a revisão ou resolução contratual. Bem como se buscou compreender a revisão ou resolução contratual sobre o prisma da busca pelo modelo democrático de contrato.

Como se tentou demonstrar boa parte das teorias que dão substrato a teoria da imprevisão foram elaboradas de modo que se justificasse a intervenção estatal na autonomia privada. No Código Civil brasileiro ela está positiva nos artigos 478, 479 e 480. Observou-se que muitos autores tecem críticas ao modo como a teoria da imprevisão está prevista nesse ordenamento. Muitas delas se devem ao fato de que somente o devedor pode demandar a aplicação da teoria da imprevisão, e com apenas o pedido de resolução contratual. Ao credo apenas cabe evitar a resolução contratual oferecendo revisar o contrato. Ainda, críticas se faz ao fato de se exigir que a onerosidade excessiva gere uma extrema vantagem para a outra parte contratual.

Na busca por um modelo democrático de contrato deve haver a mútua conformação dos princípios contratuais, ou seja, entre a autonomia privada, a boa-fé objetiva, a função social dos contratos, a justiça contratual e da força obrigatória dos contratos, entre outros. Deste modo, a revisão contratual, desde que garanta o fim econômico-social que lícitamente se possa esperar desse contrato, é preferível a resolução contratual. Ainda, qualquer das partes que tenha a sua prestação acometida pela excessiva onerosidade pode demandar a revisão contratual. Como se buscou demonstrar a obrigação é um processo no qual há direitos e deveres para

ambas as partes, as figuras de devedor e credor se determinam pelo prisma em que se olha determinada obrigação, e ambos, devem participar de modo a concretizar o adimplemento obrigacional.

Por fim, no quinto capítulo o objetivo foi correlacionar o princípio da boa-fé objetiva, a resolução ou revisão contratual e a busca pelo modelo democrático de contrato.

Tentou-se demonstrar que na busca pelo modelo democrático de contrato os princípios contratuais devem se auto-conformarem, assim também, na análise do caso concreto. Desta feita no possível conflito entre a boa-fé objetiva e a autonomia privada, um não pode limitar o outro, somente na análise do caso concreto será possível verificar qual será o princípio aplicável, sempre em mira da mútua-conformação entre eles.

Assim a boa-fé pode ser um fundamento para a revisão ou resolução contratual. Nela, tendo em vista autonomia privada e a busca pelo modelo democrático de contrato, a revisão contratual, desde que garanta o escopo econômico-social que lícitamente se pode esperar desse contrato, é preferível a resolução contratual. Ainda, na mira da autonomia privada e da busca pelo modelo democrático de direito, a boa-fé pode impor um novo dever para as partes, na lacuna desse contrato, qual seja o dever de renegociar um contrato que se torne desequilibrado. Portanto, em uma demanda de revisão ou resolução contratual, o juiz, com fundamento na boa-fé objetiva, pode integrar o contrato, trazendo o dever de renegociar o contrato, fixando prazo razoável para isso. Deste modo, garante-se a autonomia privada, evitando a ingerência estatal nesse contrato, que só se dará ante a impossibilidade de fazê-lo.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n.14, p. 20-27, abr./jun. 1995.

ALMEIDA, Álvaro Henrique Teixeira de. Apontamentos sobre a teoria da imprevisão. **Ciência Jurídica**, Belo Horizonte , v.14, n.93, p.35-84, maio/jun. 2000.

ALMEIDA, Carlos Ferreira. **Contratos I**. Coimbra: Almedina, 2000.

ALSINA, Jorge Bustamante. Autonomia de la voluntad y principio de buena fé. **Contratos: Homenaje a Marco Aurélio Risolía**, Buenos Aires, Abeledo – Perrot, 1997, p. 31 – 62.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil Introdução**. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ANGHER, Anne Joyce (Org.). **Vade Mecum acadêmico de direito**. 10. Ed. São Paulo: Rideel, 2010.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**: texto integral. São Paulo: Martin Claret, 2006.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil. **Revista CEJ**: [Brasília], Brasília , v.8, n.25 , p. 59-69, jun. 2004.

ASSIS, Olney Queiroz. Princípio da autonomia da vontade x princípio da boa-fé (objetiva): uma investigação filosófica com repercussão na teoria dos contratos. In: **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. V. 1, n. 5, p. 42 -57, mar. 2005.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: SARAMENTO, Daniel (org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 171-215.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**. São Paulo: Atlas, 2002.

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **A revisão contratual no código civil e no código de defesa do consumidor.** São Paulo: Saraiva, 2002

BARROSO, Luís Roberto. O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARAMENTO, Daniel (org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. Prefácio: p. vii-xviii.

BORGES, Nelson. Aspectos positivos e negativos da revisão contratual no novo Código Civil. **Revista dos Tribunais** (São Paulo), São Paulo, v.95, n.849, p.80-110, jul. 2006.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria geral do direito moderno: por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta modernidade.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. **Da boa-fé no direito civil.** Coimbra: Almedina, 2007.

COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional.** São Paulo: revista dos Tribunais, 2000.

DELGADO, José Augusto. **A ética e a boa-fé no novo código civil.** Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, v.13, n.49, p.164 – 176, jan./mar. 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos.** 6 ed., ver. Ampl. E atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

EHRHARDT JUNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. **Revisão contratual: a busca pelo equilíbrio negocial diante da mudança de circunstâncias.** Salvador: Juspodivm, 2008.

FARIA, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. **Lineamentos acerca da interpretação do negócio jurídico:** perspectivas para a utilização da boa-fé objetiva como método hermenêutico. Revista de Direito Privado. São Paulo, v. 8, n. 31, p. 7 – 30, jul./ set. 2007.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. **O poder judiciário e(m) crise:** reflexões de Teoria da Constituição e Teoria Geral do Processo sobre o acesso à justiça e as recentes reformas do poder judiciário à luz de Ronald Dworkin, Klaus Günther e Jürgen Habermas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FIUZA, C. A. C. . **Limites à hermenêutica civil-constitucional.** In: MACIEL, Adhemar Ferreira; DOLGA, Lakowsky; BERALDO, Leonardo de Faria; COSTA, Mônica Aragão Martiniano Ferreira e. (Org.). Estudos de Direito Constitucional. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, v. 1, p. 325-336.

FIUZA, César. Crise e Interpretação no Direito Civil da Escola da Exegese às Teorias da Argumentação. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito civil: atualidades.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo.** 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FIUZA, César. Por uma Redefinição de Contratualidade. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito civil: atualidades II : da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FRITZ, Karina. **A boa-fé objetiva e sua incidência na fase negocial:** um estudo comparado com base na doutrina alemã. Revista de Direito Privado. São Paulo, v.6, n. 29, p. 201 – 237, jan./mar. 2007.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo se sua aplicação. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília, n.143, p. 191-209, jul.-set. 1999.

GOMES, Fernando de Paula. **Do contrato:** interpretação e boa-fé. Revista de Direito Privado. São Paulo, v.7, n. 27, p. 98 – 142, jul./set. 2006.

GOMES, Orlando. **Contratos.** 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. Ed. rev., ampl. e atual. Conforme o novo Código Civil. Rio de Janeiro: forense Universitária, 2007.

HENTZ, André Soares. **Origem e evolução histórica da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em:
<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10427>. acesso em: 17/10/2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KHOURI, Paulo R. Roque A. **A Revisão Judicial dos Contratos no Novo Código Civil, Código do Consumidor e Lei nº 8.666/93: A Onerosidade Excessiva Superveniente**. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

LEWICKI, Bruno. Panorama da boa-fé objetiva. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord). **Problemas de direito civil Constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.55-75.

LIMA, Clarissa Costa de. A resolução do contrato na nova teoria contratual/ Clarissa Costa de Lima. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo , v.14,n.55,p.85-105, jul./set.2005.

LIMA, Taisa Maria Macena. Princípios Fundamentais do Direito Civil Atual. In: FIUZA, César (Coord.) et al. **Direito Civil: Atualidades**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. Cap.13, p. 241-258.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Deveres Gerais de Conduta nas Obrigações Civis. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 711, 16 jun. 2005. disponível em:
<[HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6903](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6903)>. Acesso em: 12 maio 2008.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Tratado de los contratos: parte general**. Santa fé: Rubinzal-Culzoni, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. Ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista do Tribunais, 2006.

MITIDIERO, Daniel Francisco. Resolução contratual: delineamentos e efeitos. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre , v.2, n.8 , p. 35-42, nov./dez. 2000.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Da Quebra da Autonomia Liberal à Funcionalização do Direito Contratual. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito civil: atualidades II : da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NELSON, Borges. **A teoria da imprevisão do código civil e processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2002.

NOVAIS, Aline Arquette Leite. Os Novos Paradigmas da Teoria Contratual: O Princípio da Boa-fé Objetiva e o Princípio da Tutela do Hipossuficiente. In: NUNES NUNES, Dierle José Coelho. Alguns fundamentos do revisionismo contratual: Acerca do Direito obrigacional e contratual numa perspectiva democrática. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte , v.8, n.15 , p.60-81, 1º sem. 2005.

PEDRON, Flávio Quinaud. Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin. **Revista da CEJ**, Brasília, n.30, p. 70-80, jul. set. 2005.

PEIXOTO, Ester Lopes. **O princípio da boa-fé no direito civil brasileiro**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v.12, n.45, p.129-139, jan./mar.2003.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Abuso do poder econômico – contratual e boa-fé**. Revista de Direito Privado. São Paulo, n. 11, jul./set. 2002.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil Constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RANGEL, Maurício Crespo. **A revisão contratual no Código de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo , v.18, n.71 , p. 168-194, jul./set. 2009.

RÁO, Vicente. **Ato Jurídico**: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais: O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. 4. ed. anot., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

RAY, José Domingo. La autonomía de La voluntad y La teoría de La frustración Del contrato. **Contratos**: Homenaje a Marco Aurélio Risolía. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1997, p. 253– 272.

REPRESAS, Félix A. Trigo. Excepción de incumplimiento contractual. **Contratos**: Homenaje a Marco Aurélio Risolía. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1997, p. 89 – 113.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O controle do conteúdo dos contratos**: uma nova dimensão da boa fé. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, n.1, p. 5 – 34, 2004.

RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. Campinas (SP): Bookseller, 2000.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. **Revisão Judicial dos Contratos**: Autonomia da Vontade e Teoria da Imprevisão. 2ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

RÚA, César Cueto. Contrato como consentimiento y como relación. **Contratos**: Homenaje a Marco Aurélio Risolía. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1997, p. 143– 154.

SCHAPP, Jan. **Introdução ao direito civil**. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

SETTE, André Luiz Menezes Azevedo. **Direito dos contratos: seus princípios fundamentais sob a ótica do código Civil de 2002**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV Ed., 2006.

SOUZA, Wagner Mota Alves de. **A teoria dos atos próprios – da proibição de venire contra factum proprium**. Bahia: Jus Podivum, 2008.

SPEZIALI, Paulo Roberto. **Revisão Contratual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. **A Constitucionalização do direito civil: perspectivas interpretativas diante do novo código**. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 115- 130.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil. **Revista da faculdade de Direito de Campos**, ano IV, n.4 e ano V, n.5 – 2003-2004, p. 170-171. Disponível em; [HTTP://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista04e05/Docente/10.pdf](http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista04e05/Docente/10.pdf). Acesso em: 22 jul. 2010.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VANASCO, Maria Luisa Casas de Chamorro. Distintos médios de extinción de los contratos. **Contratos**: Homenaje a Marco Aurélio Risolía. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1997, p. 89 – 113.

WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fe**. Madrid: Civitas, 1979.