

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

Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas

**A REVISÃO JUDICIAL DOS CONTRATOS SOB A ÓTICA DO DIREITO
CONTEMPORÂNEO**

Belo Horizonte

2011

Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas

**A REVISÃO JUDICIAL DOS CONTRATOS SOB A ÓTICA DO DIREITO
CONTEMPORÂNEO**

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

V656r Viegas, Cláudia Mara de Almeida Rabelo
A revisão judicial dos contratos sob a ótica do direito contemporâneo. / Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas. Belo Horizonte, 2011.
118f.

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

1. Teoria da imprevisão. 2. Impossibilidade executória. 3. Estado de Direito. I. Poli, Leonardo Macedo. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 347.44(81)

Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas

**A REVISÃO JUDICIAL DOS CONTRATOS SOB A ÓTICA DO DIREITO
CONTEMPORÂNEO**

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

Taísa Maria Macena de Lima - PUC Minas

Rúbia Carneiro Andrade - FUMEC

Belo Horizonte, 16 de dezembro de 2011.

*A Deus,
fonte de toda a proteção.
À minha mãe, Berenice,
pela força, incentivo e carinho.
Ao meus irmãos, Carlos e Cesar,
pelo compaheirismo.
Ao meu filho Pedro,
pelo amor e compreensão pelos momentos que deixei
de passar ao seu lado.
Ao meu marido Carlos Athayde,
pelo amor e dedicação.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao amigo e professor, Doutor Leonardo Macedo Poli, pela orientação e paciência na elaboração do presente estudo e, sobretudo, pelo incentivo ao ingresso no mestrado e na vida acadêmica.

À professora Taísa Maria Macena de Lima externo minha admiração e gratidão pelo carinho, atenção, assim como pelos ensinamentos em sala de aula, para mim é um exemplo a ser seguido.

À professora Rubia Carneiro Neves meu agradecimento pelo carinho, incentivo e auxílio em minha caminhada acadêmica, afinal, exerceu influência em minha escolha pelo Direito Privado.

A minha mãe, Berenice de Almeida Rabelo, pelo exemplo de perseverança, coragem e orientações que sempre me ajudaram ao longo de minha vida e também no desenvolvimento dessa dissertação.

Ao meu pai, Carlos Anélio Rabelo, pela eterna proteção.

Agradeço às amigas da PUC Virtual, Carla Fonseca em especial, a Juliana Evangelista, pelo apoio fundamental nesta caminhada do mestrado.

Agradeço à Laura minha amiga e professora de Italiano, assim como ao professor de Português José Maria pela ajuda na revisão desse trabalho.

Aos amigos de mestrado, Renata Dias, Carlos Brandão, Isabella Lopes, Lucas Bittencourt agradeço pelo companheirismo e pela amizade a mim dispensada.

Enfim, a todos que contribuíram para a realização deste trabalho, fica aqui minha eterna gratidão.

*Mudam-se os tempos, mudam-se as vontades,
Muda-se o ser, muda-se a confiança;
Todo o mundo é composto de mudança,
Tomando sempre novas qualidades.*

*Continuamente vemos novidades,
Diferentes em tudo da esperança;
Do mal ficam as mágoas na lembrança,
E do bem, se algum houve, as saudades.*

*O tempo cobre o chão de verde manto,
Que já coberto foi de neve fria,
E em mim converte em choro o doce canto.*

*E, afora este mudar-se cada dia,
Outra mudança faz de mor espanto:
Que não se muda já como soía.*

Luís de Camões.

RESUMO

A presente dissertação tem por objetivo analisar acerca da Revisão Judicial dos Contratos Cíveis, tema polêmico, controverso e ainda pouco desenvolvido pela comunidade jurídica brasileira. O Código Civil de 2002, apesar de positivizar os princípios do Direito Contratual Contemporâneo encontra-se atrelado a paradigmas do passado. Quer se demonstrar que o caráter subsidiário da revisão em relação à resolução prevista no Diploma Civil, não coaduna com a atual hermenêutica constitucional do Estado Democrático de Direito Brasileiro. Para tanto, torna-se necessário expor os motivos da flexibilização do princípio *pacta sunt servanda*, já que a teoria contratual clássica não permitia a revisão dos conteúdos dos contratos. Apresentar um panorama histórico da aplicação da Onerosidade Excessiva, a criação da Cláusula *Rebus sic Stantibus*, sua aparição no direito comparado, até chegar à revisão e a resolução dos pactos desequilibrados na pós-modernidade. Considerando os valores contratuais contemporâneos, fundamentados nos princípios da dignidade humana, solidariedade, boa-fé, justiça contratual, função social, necessário se faz repensar a função da Revisão Contratual. Sugere-se que o mecanismo de preservação contratual seja aplicado de forma mais ampla, não apenas por causas supervenientes baseadas na onerosidade excessiva, mas também, em face de outras causas e fatos contemporâneos à contratação, que impeçam que o contrato de execução diferida se complete e cumpra sua função particular e social. Portanto, a partir dos princípios e valores do Estado Democrático de Direito, busca-se uma remodelagem do instituto da Revisão Contratual, permitindo àqueles pactos que se tornaram desequilibrados ao longo de sua execução sejam revistos, por meio da releitura da legislação civil calcada na hermenêutica axiológica constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria da imprevisão. Onerosidade excessiva. Revisão dos contratos. Dever de renegociar.

SOMMARIO

Questa dissertazione si propone di analizzare la revisione giudiziaria dei contratti civili, questione controversa, discutibile e non sviluppata dalla comunità giuridica brasiliana. Il Codice Civile del 2002, nonostante della positività contemporanea i principi del diritto contrattuale è dominato dai paradigmi del passato. Si Vuole dimostrare che il carattere sussidiario della revisione in relazione alla risoluzione insita nel diploma civile, non è coerente con l'ermeneutica costituzionale attuale dello brasiliano Stato democratico Brasiliano. A tal fine, si rende necessario indicare i motivi per il rendere flessibile il principio *pacta sunt servanda*, dal momento che la teoria classica del contratto non ha consentito l'esame del contenuto dei contratti. É necessario presentare un panorama storico dell'applicazione dell'onus eccessivo, la creazione di *rebus sic stantibus*, la loro apparizione nel diritto comparato, fino alla verifica e risoluzione dei patti sbilanciato nella postmodernità. Considerando i valori contrattuali contemporanei, basati sui principi della dignità umana, solidarietà, buona fede, la giustizia contrattuale, funzione sociale, è necessario ripensare il ruolo della revisione contrattuale. Si suggerisce che il meccanismo di tutela contrattuale sia applicato più ampiamente, non solo per ragioni sopraggiunte basate sull'onus eccessivo, ma anche, di fronte ad altre cause e fatti contemporanei alla contrattazione, che impediscano che il contratto di esecuzione differita si completi e svolga la sua funzione particolare e sociale. Pertanto, a partire dai principi e dai valori dello Stato Democratico di Diritto, si propone di istituire un rimodellamento del Contratto Review, permettendo che gli accordi che divennero sbilanciati nella loro esecuzione siano rivisti attraverso una nuova lettura del diritto civile fondata sulla ermeneutica costituzionale assiologica.

PAROLE CHIAVE: Teoria di imprevedibilità. Peso eccessivo. La revisione dei contratti. Doveri di rinegoziare.

LISTA DE ABREVIATURAS

Ac. – Acórdão

AgRg – Agravo regimental

Ap. – Apelação

Art. – Artigo

Arts. – Artigos

Atual. – Atualizada

BGB – *Bürgerliches Gesetzbuch* - Código Civil Alemão

CC/02 – Código Civil de 2002

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CF/88 – Constituição Federal de 1988

Code – Código Civil francês

CPC – Código de Processo Civil

D.J. – Data do Julgamento

Ed. – Edição

LINDB – Lei de Introdução ao Direito Brasileiro

Org. – Organizador

Reimp – reimpressão

Rel. – Relator

REsp – Recurso Especial

RT – Revista dos Tribunais

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

Tir. – Tiragem

TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

TJSC – Tribunal de Justiça de Santa Catarina

Trad. – Tradução

V. – Volume

LISTA DE SIGLAS

PECL - Princípios do Direito Europeu dos Contratos

UNIDROIT - Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	25
2 DO CONTRATO.....	26
2.1 Considerações Iniciais.....	26
2.2 Conceito de Contrato.....	27
2.3 A pretensa crise do contrato.....	31
2.4 Concepções acerca do direito dos contratos.....	34
2.4.1 <i>Doutrina Clássica</i>	34
2.4.2 <i>Doutrina Moderna</i>	42
2.5 O Dirigismo Contratual: a influência do Direito Público no Direito Privado no Brasil.....	44
2.6 A nova principiologia contratual: a teoria contratual moderna ou social.....	47
2.6.1 <i>O princípio da Dignidade Humana</i>	49
2.6.2 <i>O princípio da Autonomia Privada</i>	51
2.6.3 <i>O princípio da Função Social dos Contratos</i>	54
2.6.3.1 <u>O subprincípio da Conservação dos Contratos</u>	59
2.6.4 <i>O princípio da Boa-fé Objetiva</i>	60
2.6.5 <i>O princípio do equilíbrio econômico ou da justiça contratual</i>	64
3 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS.....	67
3.1 O conceito da cláusula rebus sic stantibus.....	67
3.2 As aparições da cláusula rebus sic stantibus ao longo da história.....	69
3.2.1 <i>Da Antiguidade Oriental</i>	69
3.2.2 <i>Da Antiguidade Clássica</i>	70
3.2.3 <i>Direito Romano</i>	71
3.2.4 <i>Da Idade Média</i>	77
3.2.4.1 <u>Dos Glosadores</u>	77
3.2.4.2 <u>Dos Canonistas</u>	78
3.2.4.3 <u>Da Escola Dos Pós-Glosadores</u>	80
3.2.5 <i>Da Idade Moderna</i>	82
3.2.5.1 <u>Humanismo Jurídico - A primeira teoria sobre a Cláusula Rebus Sic Stantibus</u>	82
3.2.5.2 <u>Da Escola de Direito Natural Racionalista, o Consensualismo, as Codificações e o conseqüente declínio da Cláusula Rebus Sic Stantibus</u>	84
3.3 As teorias que fundamentaram a possibilidade de revisão contratual por alteração das circunstâncias de.....	87
3.3.1 <i>As teorias intrínsecas com base na vontade dos contratantes</i>	88
3.3.1.1 <u>Da teoria da pressuposição</u>	88
3.3.1.1.1 Da teoria da pressuposição individual.....	88
3.3.1.1.2 Da teoria da pressuposição típica.....	91
3.3.1.2 <u>Da teoria da vontade marginal</u>	92
3.3.1.3 <u>Da teoria da base do negócio jurídico</u>	93
3.3.1.3.1 Da teoria da base do negócio jurídico, de Paul Oertmann.....	93
3.3.1.3.2 Da teoria da base do negócio jurídico de Karl Larenz.....	95
3.3.1.3.3 Da teoria eclética da base do negócio jurídico.....	97

3.3.1.4 <u>Da teoria base do erro de Achille Giovene</u>	97
3.3.1.5 <u>Da teoria da situação extracontratual de Bruzin</u>	99
3.3.1.6 <u>Da Teoria do Dever de Esforço ou da Diligência, de Hartmann</u>	99
3.3.2 <i>Críticas acerca das teorias com base na vontade</i>	100
3.4 As teorias intrínsecas com base na prestação.....	101
3.4.1 <i>Da teoria do estado de necessidade</i>	101
3.4.2 <i>Da teoria do equilíbrio das prestações</i>	102
3.5 Das teorias revisionais com fundamento em motivos extrínsecos.....	103
3.5.1 <i>Teoria revisional com fundamento na moral</i>	103
3.5.2 <i>Teoria revisional com fundamento na boa-fé</i>	106
3.5.3 <i>Teoria com fundamento na extrínsecidade do fortuito</i>	107
3.5.4 <i>Teoria com fundamento na socialização do direito</i>	108
3.5.5 <i>Teoria com fundamento na equidade e na justiça</i>	110
 4 A REVISÃO CONTRATUAL NO DIREITO COMPARADO.....	111
4.1 A Revisão Contratual na França.....	111
4.1.1 <i>O sistema jurídico francês e a incompatibilidade com a ideia de Revisão do conteúdo do contrato</i>	111
4.1.2 <i>O surgimento da Teoria da Imprevisão na França</i>	117
4.1.3 <i>Pressupostos de aplicação da Teoria da Imprevisão na França</i>	122
4.1.3.1 <u>Imprevisibilidade</u>	122
4.1.3.2 <u>Excepcionalidade da álea</u>	122
4.1.3.3 <u>Desequilíbrio entre as prestações</u>	123
4.1.4 <i>A Tendência Moderna da Doutrina Francesa: a aceitação da revisão contratual e do dever de negociar</i>	123
4.2 A Revisão Contratual na Alemanha.....	126
4.2.1 <i>A Revisão dos Contratos na Alemanha e a gradativa abertura à problemática revisional</i>	126
4.3 A Revisão Contratual na Itália.....	133
4.3.1 <i>A Sistemática da Revisão Contratual na Itália</i>	133
4.3.1.1 <u>Do Código Civil Italiano de 1865</u>	133
4.3.1.2 <u>O Código Civil Italiano de 1942 e a Teoria da Superveniente Onerosidade Excessiva da Prestação</u>	134
4.3.1.3 <u>Requisitos para a aplicação da Teoria Italiana da Excessiva Onerosidade da Prestação</u>	136
4.3.1.4 <u>A equidade como fundamento da alteração das condições contratuais na Itália</u>	138
4.3.1.5 <u>A Tendência Moderna da Revisão Contratual no Direito Italiano</u>	139
4.3.1.6 <u>A Teoria do Dever de Renegociar o contrato</u>	139
 5 A REVISÃO CONTRATUAL NO DIREITO CONTEMPORÂNEO.....	143
5.1 Considerações acerca dos princípios gerais que norteiam o Código Civil de 2002.....	143
5.2 A Revisão Contratual no Ordenamento Jurídico Brasileiro.....	145
5.2.1 <i>O âmbito de aplicação da Teoria da Imprevisão</i>	145
5.2.2 <i>Pressupostos de aplicação da Teoria da Imprevisão</i>	147
5.2.2.1 <u>Contratos de execução continuada ou diferida</u>	147
5.2.2.2 <u>Fato superveniente extraordinário e imprevisível: alteração das condições objetivas em relação ao momento em que o contrato foi celebrado..</u>	148
5.2.2.3 <u>A onerosidade deve ser excessiva com extrema vantagem para uma</u>	

<u>das partes.....</u>	151
5.2.2.4 <u>A Qualidade de parte devedora.....</u>	153
5.2.2.5 <u>A Ausência de Estado Moratório.....</u>	155
5.2.2.6 <u>Inimputabilidade.....</u>	156
5.2.3 <i>Resolução ou revisão contratual: críticas aos artigos 478, 479 e 480 do Código Civil de 2002.....</i>	157
5.2.4 <i>Comparativo da revisão Contratual no âmbito do Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil.....</i>	161
5.2.5 <i>Proposta de inserção do dever de renegociar no Direito Brasileiro.....</i>	165
5.2.6 <i>A Revisão fundamentada na aplicação da Teoria da Eficácia horizontal dos direitos fundamentais: aplicação restrita em relação aos contratos civis.....</i>	167
5.2.6.1 <u>A Teoria da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais.....</u>	169
5.2.6.2 <u>A Aplicação da Teoria da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais nos Contratos Privados.....</u>	171
5.2.7 <i>A Revisão Contratual por quebra da confiança.....</i>	176
 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	 179
 REFERÊNCIAS	 183

1 INTRODUÇÃO:

A presente dissertação tem como preocupação o estudo da Revisão Contratual sob a égide do Direito Contratual contemporâneo, abordando os efeitos da alteração superveniente das circunstâncias de fato na execução dos contratos no âmbito do Direito Privado.

A problemática da pesquisa envolve a seguinte indagação: ao priorizar a resolução em detrimento da revisão contratual, o Código Civil encontra-se em consonância com os princípios da boa-fé objetiva e da função social?

Parece óbvio que a redação do artigo 478 do Código Civil Brasileiro priorizando a resolução contratual, mesmo tendo sido editado após a Constituição Federal de 1988, vai de encontro com a principiologia contratual moderna que ele mesmo recepcionou em outros artigos, tais como os artigos 113, 421 e 422.

O fenômeno da Revisão era algo raro quando da concepção do Direito Contratual Clássico, porém na pós-modernidade se torna muitas vezes imprescindível. Apesar de presente na construção jurisprudencial desde o século XIX, a possibilidade de revisão e resolução contratual só foi positivada com o advento do Código de Defesa do Consumidor.

Pretendeu-se dentro das limitações da autora e do trabalho, traçar o caminho seguido pela revisão contratual ao longo da história, a fim de resgatar os pontos que foram importantes e, muitas vezes, esquecidos pela constante desconstrução e reconstrução do direito.

Foi utilizada a metodologia de pesquisa bibliográfica, para coletar dados do Direito Nacional e comparado acerca do tema. Oportuno se faz ressaltar que os textos em idiomas estrangeiros foram traduzidos de forma livre, sendo que se indicou o original em notas de rodapé. Neste sentido, não se pode esquecer que na tradução, obteve-se o auxílio dos meus queridos professores José Maria e Laura, na revisão das passagens de língua estrangeira.

O trabalho está dividido em quatro capítulos, sendo que se pretende demonstrar como surgiu e evoluiu o contrato, a teoria do *pacta sunt servanda*, a autonomia da vontade e a relativização dos direitos dela oriundos.

No primeiro capítulo, preocupou-se em abordar o instituto do contrato, utilizando a divisão doutrinária clássica e moderna, a fim de explicitar a passagem do individualismo e patrimonialismo, para o viés pós-moderno da solidariedade, eticidade, cooperação e elevação da dignidade humana para o centro do ordenamento jurídico.

O segundo capítulo foi dedicado a traçar a evolução da cláusula *rebus sic stantibus*, considerada como origem e fundamento para a Teoria da Imprevisão, objeto deste trabalho. Abordou-se o contexto histórico da aparição e do desaparecimento da cláusula, para tentar

compreender o seu papel ao longo da história do direito. Também neste capítulo foram analisadas as teorias que surgiram tanto no direito pátrio, como no direito estrangeiro, na busca de relativizar a autonomia privada e que, de modo importante, influenciaram o atual instituto da onerosidade excessiva nos contratos.

No terceiro capítulo, observou-se a contribuição do Direito Comparado para a revisão contratual. Foi analisada a evolução do instituto na França, na Alemanha e na Itália, inclusive utilizando a teoria italiana do Dever de Renegociar os contratos como uma possível solução para o Direito Brasileiro.

Por fim, no último capítulo, abordou-se a revisão contratual sob a ótica do Direito Contemporâneo, analisando a teoria da imprevisão, seus pressupostos e seu âmbito de atuação. Ademais, explicitou-se a influência da hermenêutica constitucional brasileira no instituto do contrato e na revisão contratual.

Pretende-se com este estudo, portanto, propor uma releitura da Revisão Contratual Brasileira, baseada na tábua axiológica dos princípios e regras do Estado Democrático de direito.

2 DO CONTRATO

2.1 Considerações Iniciais

Antes de se abordar o tema principal do presente trabalho, convém tecer breves considerações acerca da evolução do instituto do contrato.

Indiscutivelmente, o contrato é um dos institutos jurídicos mais utilizados no meio social, de tal sorte que vem atravessando os séculos e acompanhando a sociedade, desde a Antigüidade, tornando-se cada vez mais essencial à vida cotidiana, tendo sofrido alterações em sua estrutura e forma, em função da relação jurídica que o envolve.

Instrumento de veiculação de trocas e de circulação de riquezas desde o começo da civilização humana, o contrato acompanha a propriedade privada em sua evolução. O progresso das relações contratuais encontra-se ligado ao desenvolvimento socioeconômico do ser humano ao longo do tempo. Hoje, o contrato, muito mais do que mero instrumento de circulação de riquezas, é o modo pelo qual se socializam os bens, na medida em que deve atender os interesses dos contratantes e ainda cumprir sua função social.

O princípio da obrigatoriedade dos pactos sempre foi um dos pilares do direito contratual. Contudo, a demasiada rigidez desse princípio e sua inflexibilidade causaram

muitas injustiças. Com o passar dos séculos percebeu-se que o *pacta sunt servanda* somente cumpre seu papel quando interpretado conjuntamente com o brocardo *summum ius, summa injuria*, já que o adimplemento da obrigação deve atender à função do contrato.

As relações contratuais da pós-modernidade nem de longe lembram aquelas do Direito Contratual Clássico. O surgimento da sociedade pós-moderna, notadamente uma sociedade de consumo e o conseqüente fenômeno da massificação das relações contratuais proveniente da evolução dos meios de produção e do comércio ocorridos após a Revolução Industrial tornaram as relações entre as pessoas mais ágeis e complexas, provocando uma verdadeira revolução nas relações sociais.

Diante dessa realidade, o aumento significativo da realização de negócios jurídicos no mundo capitalista globalizado traz consigo a necessidade de celebração mais veloz de contratos, surgindo, assim, os contratos de adesão, com base em textos pré-determinados por uma das partes.

Esses fatores evidenciam a importância da Revisão Contratual no mundo de hoje, tendo em vista que o crescimento do número de contratos celebrados e o fenômeno da massificação contratual requerem uma proteção especial aos sujeitos da relação jurídica, principalmente àquele que se encontra em natural desvantagem.

Embora a concepção clássica entenda que, uma vez celebrado o contrato, este deve manter-se imutável, não há como desconsiderar que os negócios jurídicos estão sujeitos a eventualidades que podem atingi-los em sua validade ou eficácia, quer tenham causa concomitante a sua formação, provocando a sua nulidade ou a sua rescisão, como no caso da lesão; quer seja por fatores supervenientes, ou posteriores à celebração do pacto – como no caso da excessiva onerosidade das prestações, objeto deste trabalho.

De fato, a Teoria Contratual vem, há muito, enfrentando significativas mudanças paradigmáticas e a sua concepção clássica tenta hoje se adaptar à nova sociedade industrializada, de consumo e de informação.

Passa-se a analisar a reestruturação do Direito dos Contratos.

2.2 Conceito de Contrato

Miguel Reale (2005) considera que o contrato nasce de uma ambivalência, de uma correlação essencial entre os valores dos indivíduos contratantes e o valor da coletividade. Neste sentido, os indivíduos, em grande parte de suas condutas, são regidos por relações

contratuais, seja por expressa manifestação de vontade, seja por atos omissivos de adequação a acordos pré-estabelecidos em uma sociedade de massa.

De fato, o contrato pode ser considerado como uma das maiores expressões do poder de autodeterminação do ser humano livre, consciente e capaz, trata-se da exteriorização do princípio da dignidade da pessoa humana, que demonstra a solidariedade, a igualdade, a honestidade e a confiança entre as partes.

O Código Civil Brasileiro de 2002, assim como seu antecessor¹, na esteira do Código Civil Alemão, não conceituou o contrato, deixando para a doutrina a missão de definir tal instituto.

Certo é que o conceito de contrato evoluiu na doutrina com o passar do tempo. Hodiernamente, o contrato, muito mais do que um mero instrumento para circulação de riquezas, é tido também como instrumento de inclusão ou exclusão social, de pacificação e de criação de novas realidades sociais. Por meio do contrato, é possível o acesso aos meios necessários à digna sobrevivência, motivo pelo qual se percebe que o contrato tem uma função social. A função social do contrato, porém, apenas se concretiza com a observância dos ditames constitucionais de solidariedade, justiça e cooperação, que se materializam com a observância da boa-fé e a proteção da confiança depositada no vínculo contratual.

Contudo, o contrato já passou por várias acepções conceituais. A concepção tradicional de contrato segue as premissas de Savigny: “O contrato é a reunião de mais de uma vontade, por meio do qual são estabelecidos os direitos das partes.” (MARQUES, 2005, p. 53-54)².

Na década de sessenta, Couto e Silva (apud BAGIO, 2011, p. 3)apresentou a teoria que trabalhava a noção de processo obrigacional, ou de obrigação como processo. Daí se o contrato encerrasse uma obrigação, conseqüentemente, também poderia ser tratado como um processo. Neste contexto, Andreza Cristina Bagio assevera:

O contrato, portanto, é um processo, no sentido de encadeamento ordenado de atos que levam a um fim: a satisfação das expectativas legítimas criadas desde o momento de aproximação entre as partes, até o momento posterior ao cumprimento da prestação, quando se analisam os efeitos do pacto. E como processo, o desenvolver do vínculo contratual é lógico, formal, e ordenado, de forma a criar entre as partes a noção de segurança, confiança e solidariedade tão prestigiadas em tempos de complexidade social (BAGIO, 2011, p. 3)

¹ A concepção clássica do contrato cujos fundamentos eram a autonomia da vontade e o princípio do “*pacta sunt servanda*” inspirou o Código Civil Brasileiro de 1916.

² Tradução livre de Cláudia Lima Marques (2005, p. 53-54) de “*vertrag ist die vereiningung mehrerer zu einer übereinstimmenden willenserklärung, wordurch ihre rechtesverhältnisse bestimmt werden*”.

Em uma visão clássica, nota-se a prevalência do conceito do instituto extraído do art. 1.321 do Código Civil Italiano. Alguns autores brasileiros seguem essa conceituação, caso de Orlando Gomes (1996, p.5) e Álvaro Villaça Azevedo (2002, p. 21). Vincenzo Roppo (2001, p.03-04) lembra a definição do Código Civil italiano de contrato, segundo o qual o contrato é “o acordo de duas ou mais partes para constituir, regular ou extinguir entre elas uma relação jurídica patrimonial” (artigo 1.321). Dessa forma, a doutrina italiana aponta três componentes: a) acordo das partes, b) relação jurídica patrimonial e c) finalidade.

De início, vale dizer que a natureza jurídica do contrato é de negócio jurídico bilateral, sendo que se entende por negócio jurídico toda manifestação de vontade, que decorre de um ato de autonomia privada, voltada a criar, modificar ou extinguir relações ou situações jurídicas. Sendo assim, há uma composição de interesses das partes - pelo menos duas -, com conteúdo lícito e finalidade específica.

Cláudia Lima Marques destaca que, para a teoria jurídica, o contrato:

É um negócio jurídico por excelência onde por um consenso de vontade dirige-se para um determinado fim. É ato jurídico vinculante, que criará ou modificará direitos e obrigações para as partes contraentes, sendo tanto o ato como os seus efeitos permitidos e, em princípio, protegidos pelo direito. (MARQUES, 2005, P. 50-51)

O Professor Flávio Tartuce comenta sobre a noção de patrimonialidade da feição clássica do contrato:

Cumpra anotar que tal feição clássica do contrato limita o seu conteúdo às questões patrimoniais ou econômicas. Trata-se da idéia de patrimonialidade, tão cara aos italianos. Sendo assim, o contrato não pode ter uma feição existencial ou extrapatrimonial. A título de exemplo, pela visão clássica o contrato não pode ter como conteúdo os direitos da personalidade, mesmo que indiretamente. (TARTUCE, 2011, p.1)

Ocorre que existem interessantes tentativas de ampliação ou remodelagem do conceito de contrato na doutrina mais recente, que alargam a margem de incidência do mundo contratual. Nesse sentido, Paulo Nalin, da Universidade Federal do Paraná, expõe uma construção denominada de pós-moderna. Para o jurista, o contrato constitui:

[...] uma relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros. (NALIN, 2006. p. 255)

Partindo do conceito de Nalin, percebem-se três novas concepções. De um lado o contrato está amparado em valores constitucionais, sendo que o exercício da autonomia privada envolve o respeito aos direitos fundamentais. De outro lado, conclui-se que o contrato envolve situações existenciais das partes contratantes. “A doutrina tem relacionado a proteção individual da dignidade humana e dos interesses difusos e coletivos com o princípio da função social do contrato” (TARTUCE, 2011, p. 2). Inclusive, há o enunciado 23 do Conselho da Justiça Federal que aduz:

A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana. (TARTUCE, 2011, P.2)

Além disso, o conceito de Paulo Nalin é interessante, na medida em que traz a dedução de que o contrato pode gerar efeitos perante terceiros. Reconhece-se, assim, “a eficácia externa da função social dos contratos, a tutela externa do crédito, com efeitos contratuais atingindo terceiros”. Corrobora esse entendimento o Enunciado 21 do CJF da I Jornada de Direito Civil: “a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito”. Mais do que isso, imagina-se que condutas alheias podem repercutir no contrato.

Sobre o conceito de Nalin, Flávio Tartuce (2001, p.3) defende que “essa visão ampliada do contrato é uma marca da autonomia privada, princípio que superou a ideia liberal de autonomia da vontade”.

Dentro das concepções constitucionais de personalização do direito privado e de valorização da pessoa como centro do direito privado, não há dúvida de que a vontade – de per si – perdeu o destaque que exercia no passado, relativamente à formação dos contratos e dos negócios jurídicos.

O contrato hoje deve ter por escopo a proteção de expectativas das partes contratantes, com fundamento em comportamentos de lisura e honestidade, principalmente porque a maior parte das relações contratuais firmadas é de massa, ou conta, em um dos pólos, com uma parte extremamente vulnerável, que manifesta a sua vontade de contratar por meio de simples adesão a regras previamente impostas. Essa realidade é bastante presente nos contratos de trabalho e nos contratos de consumo. (BAGIO, 2011, p. 2)

Dessa forma, observou-se, ao longo do tempo, que o contrato como meio de circulação de riquezas reflete invariavelmente as práticas comerciais da sociedade em que se insere. Para

Cláudia Lima Marques (2002, p.38), “a ideia do contrato vem sendo moldada desde os romanos, tendo sempre como base as práticas, a moral e o modelo econômico da época. O contrato, por assim dizer, nasceu da realidade social.” Mas, mais do que isso, a tendência solidarista do Direito Contratual reconhece que o contrato pode construir uma realidade social de justiça e cooperação.

Portanto, a nova concepção de contrato é social, ou seja, a construção de contrato serve não só para as partes envolvidas, mas também para toda a sociedade. Para encerrar este tópico, arrisca-se em conceituar o contrato numa concepção pós-moderna: Contrato é uma relação jurídica subjetiva, fundada no exercício da autonomia privada das partes, limitado pela confiança, solidariedade e pela função social, que visa a satisfação das legítimas expectativas dos contraentes e da sociedade como um todo.

2.3 A pretensa crise do contrato

Hodiernamente, vive-se no mundo dos contratos³. Os contratos estão presentes na maioria das relações humanas, sendo um fenômeno inerente à vida em sociedade. O homem celebra contratos a todo momento, desde singelos gestos cotidianos a grandes negociações entabuladas. Por isso, não mais se concebe uma sociedade, nas bases em que foi estabelecida, sem a existência dos contratos.

Com efeito, o contrato jurisdiciza o fenômeno mais freqüente do cotidiano das pessoas, em todas as épocas. Na sociedade atual, a cada passo, o cidadão ingressa em relações negociais, consciente ou inconscientemente, para satisfação de suas necessidades e desejos e para adquirir e utilizar os bens da vida e os serviços. Até mesmo quando dormimos, poderemos estar assumindo obrigações contratuais, como se dá com os fornecimentos de luz ou de água. (LÔBO, 2003, p. 103)

Não obstante a importância dos contratos na vida em sociedade há aqueles que sustentam que o contrato está em crise. A partir do advento do Código de Defesa do Consumidor, grande parte da doutrina afirmou que a introdução no ordenamento jurídico de novos princípios antagônicos aos que se aplicavam aos contratos em geral levaria à morte dos contratos⁴.

³ Neste sentido, o professor César Fiúza (2008, p. 213) aduz: “O mundo moderno é o universo dos contratos”.

⁴ Cogitou-se, inclusive, que o contrato “não mais poderia ser um válido argumento de reflexão”. Trata-se da constatação de Grant Gilmore (1999, p. 3) em sua obra “*La morte del contratto*”; tradução livre de: “*non può più essere un valido argomento di riflessione*”). Gilmore inseriu a seguinte pergunta nas suas conclusões finais: “O contrato está morto, mas quiçá se o vento da primavera não possa inesperadamente trazer a sua ressurreição?”

Entretanto, não se trata de morte do contrato, pois, o que realmente ocorreu foi a insuficiência do modelo jurídico tradicional de contrato, patrimonialista, calcado exclusivamente na vontade das partes, para responder às exigências da sociedade pós-moderna.

O contrato não está morto, e sim o modelo tradicional de contrato que não mais atende à demanda atual: Morto por consumpção e senectude ou caído no letargo que precede a morte, e ainda não percebido por muitos juristas, é o paradigma liberal do contrato que não consegue ressuscitar apesar do admirável esforço realizado pelos pandectistas de ontem e de hoje. (LÔBO, 2003, p.109)

Diante da impossibilidade da teoria tradicional de resolver os problemas surgidos na sociedade massificada, tornou-se necessária a reconstrução da teoria contratual, a fim de redimensionar os fundamentos principiológicos do contrato, buscando um novo significado de modo a capacitá-lo para enfrentar os desafios da contemporaneidade.

O contrato é fenômeno econômico, social e jurídico cada vez mais importante na sociedade massificada atual. A suposta crise do contrato serviu para suscitar uma rica e frutífera reflexão em torno dos problemas contratuais, contestando mitos e dogmas sedimentados quando da formulação da teoria contratual clássica ou tradicional.

Seguindo essa ordem de idéias, o desafio seria encontrar respostas dos motivos que levaram o modelo tradicional a entrar em crise. Eros Belin de Moura Cordeiro afirma que um dos problemas da teoria contratual clássica é a sua pretensão de universalidade e perpetuidade:

Uma das principais características da teoria jurídica contratual tradicional (e de toda a teoria jurídica moderna) é a sua simplificação: todo o fenômeno jurídico é reduzido a categorias formais com pretensão de universalidade e perpetuidade. A resposta jurídica, então, seria sempre simples: acontecido o fato, subsume-o à hipótese jurídica adequada e tem-se a solução. A descoberta de que os fatos não enquadrados nas hipóteses normativas (e nas categorias jurídicas confeccionadas pela ciência do direito) também são dotados de dignidade jurídica é recente e implica a assunção, por parte do jurista, da historicidade presente em todas as categorias jurídicas. Isto significa dizer que o Direito *é eternamente reconstruído, de modo que toda e qualquer resposta alcançada relacionada a alguma matéria jurídica é sempre provisória*. Essa constatação é de suma importância na missão de se encontrar soluções à crise contratual, pois *não há uma fórmula “mágica” que dê a resposta pronta e satisfatória a toda problemática em torno do contrato*. (CORDEIRO, 2009. p.2-3)

”(tradução livre de: “*Il Contratto è morto, ma chissà se il vento di primavera non possa inopinatamente portarne la resurrezione?*”; GILMORE, 1999, p. 92). Nesse sentido, Guido Alpa assevera que Gilmore “insiste sobre a ‘morte’ porque quer relativizar a teoria geral clássica e, se possível, colocar uma pedra sobre ela; também se as suas esperanças não foram desiludidas, a tentação de refazer-se a teoria clássica parece ainda forte hoje em alguns autores (tradução livre de: “*insiste sulla ‘morte’ perché vuol relativizzare la teoria generale classica e, se possibile, metterci una pietra sopra; anche se le sue speranze non sono andate deluse, la tentazione di rifarsi all’ teoria classica sembra ancora forte oggi in qualche autore*”. (ALPA, 1991, p. XI-XII).

De fato, com o advento da Constituição de 1998, que insere uma nova tábua axiológica fundada na valorização da pessoa e na solidariedade social, impõe uma visão diferenciada do contrato tradicional, assim como a necessidade de repensar os fundamentos básicos da teoria geral dos contratos. Deve-se, portanto, “revitalizar o contrato de maneira a possibilitá-lo a cumprir o papel a ele destinado pelo constituinte, ou seja, como veículo concretizador dos valores existenciais do homem”⁵ (CORDEIRO, 2009, p.4).

Outro sintoma da crise do modelo contratual clássico foi o ressurgimento da cláusula *rebus sic stantibus* após as Grandes Guerras, já que refletiu a insuficiência da teoria tradicional no enfrentamento de fatos novos que surgiram especialmente a partir do século XX.

Renascidas nos escombros das grandes guerras do século passado, as teorizações em torno da medieval cláusula *rebus sic stantibus* colocaram a nu a crise contratual: o contrato, outrora tido como incontestável fonte de justiça (exercício direto da liberdade individual, manifestada na célebre frase de FOULLIÉE: “quem diz contratante diz justo”), passou a dar azo a desequilíbrios e se figurar como causa de mazelas humanas [...]. No entanto, as teorias em torno da revisão do contrato permaneceram estanques. Presas às premissas contratuais clássicas (que valoram excessivamente a responsabilidade derivada da manifestação de vontade) e apegadas exclusivamente à alteração das circunstâncias, reduziam significativamente a possibilidade de redesenho contratual à luz dos valores contemporâneos. Este cenário teórico, importado da Europa para o Brasil, ainda prevalece, apesar dos avanços consubstanciados no texto constitucional de 1988. (CORDEIRO, 2009, p.4-5)

Realmente, aventou-se sobre a fragilidade do instituto do contrato em face da intervenção do Estado no domínio econômico, falou-se, inclusive, que poderia resultar na sua extinção. No entanto, concorda-se com as palavras de Eugênio Kruchewsky:

De toda sorte, ao contrário do que afirma predominantemente a doutrina, não se pode falar em uma crise ou decadência dos contratos em face do acentuado dirigismo estatal sobre ele incidente, mas do surgimento de um contrato renovado, adaptado e revigorado pelas condicionantes atuais. Em verdade, a grande adaptabilidade do instituto às demandas impostas pela contemporaneidade revela a sua eficácia, a sua vocação de perenidade, e dá testemunho do seu apogeu. (KRUCHEWSKY, 2006, p.4-5)

A propósito, concorda-se com a afirmação de Perlingieri (2007, p.75-76) “a crise não é do direito contratual, mas de sua sistematização, essencialmente excludente. Nesta perspectiva, a crise é de legitimidade da legislação contratual brasileira”.

⁵ Neste contexto, no último capítulo deste estudo, analisar-se-á a revisão como meio de concretização dos princípios constitucionais no seio da relação contratual, revitalizando-a e conservando-a. Este fundamento possibilita ao juiz a revisar e preservar o contrato à luz dos valores constitucionais.

Pode-se concluir que não é juridicamente sustentável a tão falada crise dos contratos. Pelo contrário, este instituto encontra-se em notória expansão, tem sido utilizado cada vez mais em larga escala. A discussão teve o mérito de despertar os juristas para a reestruturação dos princípios fundamentais dos contratos e de remodelá-lo sob a ótica da personalização do Direito Civil, tendo em vista que o contrato não se exaure em seu viés patrimonialista, mas, principalmente, na promoção da dignidade humana das pessoas envolvidas direta e indiretamente no ato da contratação.

2.4 Concepções acerca do direito dos contratos

Para melhor compreensão do tema, mister analisar as principais acepções doutrinárias acerca do Direito Contratual, quais sejam: a denominada clássica, tradicional ou liberal e a outra, moderna ou social. E, ainda se pode falar em acepção pós-moderna, já tratada nesta pesquisa ao conceituar o contrato,⁶ considerando os efeitos patrimoniais e existenciais de sua decorrência.

2.4.1 Doutrina Clássica:

A Teoria Contratual Clássica é aquela oriunda do final do século XVIII, cuja origem remonta o pensamento iluminista vitorioso juntamente com a Revolução Francesa, que, infelizmente, ainda inspira muitos juízes e demais aplicadores do direito.

A concepção tradicional, ou clássica, é aquela que herdamos do século XIX, que foi o período das grandes codificações e, ao mesmo tempo, uma era de grandes construções doutrinárias, algumas delas, como as de direito subjetivo, de pessoa jurídica e negócio jurídico, tão fundamentais que hoje seria impensável a ciência jurídica sem elas. É essa concepção tradicional dos contratos que ainda hoje inspira os grandes compêndios universitários, tanto os nacionais como os estrangeiros, responsáveis pelo embasamento teórico da esmagadora maioria dos juízes, advogados e mais juristas de nosso tempo. (NORONHA, 1999, p. 41)

Vale lembrar que nos séculos XVI e XVII a Europa vivia um momento de profundas transformações. Trata-se do período em que culminou o desenvolvimento da razão técnica, consolidadora de novas pretensões do homem: apreensão e domínio da natureza. No plano filosófico - mais precisamente na esfera da teoria do conhecimento -, o sujeito cognoscente

⁶ Termo utilizado por Paulo Nalin (2006) em sua obra “Do Contrato – conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional”.

paulatinamente liberta-se das explicações metafísicas, em especial as teológicas, e avança em um sentido mais racional, a racionalidade técnica (WIEACKER, 1993).

Paralelamente à questão da revolução que começava a se delinear no plano das idéias, o cenário econômico, político e social também passava por significativas alterações, resultado da crise do sistema feudal. Neste contexto, BARCELLONA expõe:

Na época pré-revolucionária francesa vários camponeses saíram do campo e adquiriram terras limítrofes (burgueses proprietários, criando os burgos); outros alugaram as terras desses novos proprietários e nelas investiram diversos melhoramentos, aumentando e qualificando a produção fundiária (os “inquilinos capitalistas”; outros camponeses, menos afortunados, vendiam sua força de trabalho aos novos proprietários de terra, criando assim relações sociais diferenciadas). A incompatibilidade dessa nova realidade socioeconômica com o sistema senhorial era evidente, já que a produção excedente (o lucro dos inquilinos capitalistas) deveria ser dividida não somente entre os camponeses trabalhadores e os proprietários burgueses, mas também com o senhor feudal (além disso, os investimentos na produção efetuados pelos capitalistas não se coadunavam com o sistema de produção feudal, marcadamente de subsistência) (BARCELLONA, 1996, p. 70-71).

O desenvolvimento desse cenário acarretou, também de forma gradual, uma nova mentalidade, intimamente ligada à forma de distribuição da riqueza. “Fortifica-se uma realidade de mercado. A repartição de riquezas dava-se basicamente por uma relação de autoridade, o chefe de família, o sacerdote, o rei decidia a quem caberia o quê” (HESPANHA, 1972, p.5).

No entanto, com o advento do capitalismo a situação se altera.

A origem da produção e da circulação da riqueza, portanto, está no indivíduo: ele é quem decide o que vai produzir, como se dará a produção e de que maneira será distribuída. Igualmente essa idéia se adequará a uma crença puramente racional, seja individual, seja da própria natureza: o indivíduo é centro decisório segundo a sua própria planificação e a ausência de uma ordem hierárquica supraindividual faz com o próprio mercado auto-regule-se. (HESPANHA, 1972, p.5)

Com isso, as idéias que começam a se propagar no mundo intelectual são de libertar-se das amarras feudais; emancipar o Homem dos ideais medievais que o aprisionam e o inibem de pensar para dar a todos iguais oportunidades de crescimento e desenvolvimento. Enfim, “liberdade e igualdade eram, portanto, exigências essenciais tanto nos programas políticos dos déspotas esclarecidos quanto na Revolução Francesa” (CAENEGEM, 2000, p. 162).

Essas alterações iniciam a composição de uma nova visão de mundo que obviamente influenciará o Direito, fazendo surgir o Direito natural, fortemente influenciado pela razão, período este denominado de jusracionalismo, ou seja, a partir da razão, seria possível a

construção de uma teoria jurídica e um sistema de leis que atendessem as demandas da época.

Neste sentido Hespanha afirma que:

O Direito Natural Racional libertou o homem das amarras religiosas e trouxe ao Direito uma nova metodologia: a compreensão do fenômeno jurídico a partir de deduções lógico-abstratas, determinando as bases teóricas para a construção de preceitos jurídicos que consolidam a liberdade e a apropriação de bens. (HESPANHA, 1998, p. 149).

Diante disso, sedimenta-se a noção de segurança jurídica, que caracteriza o fundamento ideológico necessário para o desenvolvimento do positivismo. O Estado passa, então, a deter o monopólio da produção legislativa. Dessa idéia de necessidade de segurança jurídica surgiram as grandes codificações, com a pretensão de universalidade e perpetuidade.

A teoria liberal teve início com o Código Napoleônico, originário dos ideais revolucionários franceses, que influenciou com seus valores e princípios as codificações dos demais países - chamadas oitocentistas – eis que elaboradas, precipuamente, nos anos de 1.800. Luís Roberto Barroso (2006, p.22) assevera sobre a codificação:

Em busca de clareza, unidade e simplificação, incorporou-se à tradição jurídica romano-germânica a elaboração de códigos, isto é, documentos legislativos que agrupam e organizam sistematicamente as normas em torno de determinado objeto. Completada a revolução burguesa, o direito natural viu-se ‘domesticado e ensinado dogmaticamente’. A técnica de codificação tende a promover a identificação entre direito e lei

Nessa perspectiva Eros Cordeiro afirma:

O Direito, então, passa a ser coeso, seguro, previsível, efetivo. As condições jurídicas necessárias às pretensões da classe política que emergia como hegemônica começavam a se delinear. Restava o desenvolvimento de um arcabouço teórico que não somente sustentasse tais preceitos fundamentais, mas principalmente possibilitasse a livre aquisição e circulação de mercadorias, base da estrutura social moderna. Essa função seria determinada principalmente pela teoria contratual (CORDEIRO, 2009, p.31).

Consolidada uma visão de mundo marcada pelo enaltecimento do indivíduo⁷ e pela liberdade ligada à apropriação de bens, surge a construção doutrinária em torno de um sistema econômico capitalista, a denominada teoria contratual clássica ou tradicional, que atenderá, portanto, a uma missão clara: consolidar, de maneira ampla, o capitalismo emergente.

⁷ O individualismo exerce papel fundamental no desenvolvimento da teoria contratual tradicional, especialmente com a valorização da vontade individual.

A “expressão atribuída a *Fouillé*, no século XIX, segundo a qual *qui dit contractuel, dit juste*⁸, representa bem o paradigma liberal”. A economia liberal reclamava modelo jurídico que, “assentado sobre a liberdade formal dos indivíduos, garantisse ampla liberdade contratual”, instrumento de acesso da burguesia à propriedade e instrumento da contratação da mão-de-obra necessária ao comércio e à indústria, que substituíam o perfil econômico agrário do feudalismo (GODOY, 2004, p. 31).

As origens da teoria contratual clássica:

[...] remontam ao sucesso da Revolução Francesa e da política do *laissez-faire*, cujo lema pode ser traduzido: liberdade, igualdade e fraternidade. Primava-se, assim, pela liberdade de pactuação e pela obrigatoriedade dos contratos. Tal movimento tornou-se conhecido como liberalismo e pregava a ausência do Estado, quer no plano jurídico, quer no político ou econômico, e reconhecia como princípios básicos a liberdade, a segurança individual e o direito de propriedade (SETTE, 2003, p.21).

A teoria clássica do contrato – individualista, liberal e centrada na idéia de vontade - influenciou no pensamento jurídico, refletindo diretamente no Código Civil de 1916. Na verdade, a concepção clássica de contrato não é fruto de um único momento histórico, mas representa a evolução teórica do Direito após a Idade Média, bem como a evolução social e política do século XVIII e XIX, com o nacionalismo crescente e o liberalismo econômico.

Nesta esteira Cláudia Lima Marques destaca:

Na concepção contratual clássica – do liberalismo e voluntarismo no direito – as leis tinham a função principal de proteger a vontade e os efeitos dos contratos. Portanto, a lei limitava-se a proteger uma teórica autonomia, igualdade e liberdade no âmbito formal, desconsiderando por completo a situação econômica e social dos contraentes. Esta concepção influenciou as grandes codificações do Direito e repercutiu no pensamento jurídico do Brasil, sendo aceita e positivada pelo Código Civil Brasileiro de 1916 (MARQUES, 2005. p. 52).

Assim, fundada no voluntarismo jurídico, a teoria contratual clássica foi traduzida no princípio da autonomia da vontade. Mais do que simplesmente tutelar a vontade individual como fonte exclusiva legitimadora do contrato, o princípio da autonomia da vontade apresenta verdadeiro caráter político e ideológico, que possibilita a efetiva circulação de bens, aspecto fundamental aos interesses da classe burguesa. Além disso, a doutrina da autonomia da vontade fará com que o indivíduo – traduzido juridicamente como sujeito de direito – passe a ser o centro das relações sociais: é a partir de sua livre manifestação da vontade que comporá sua esfera jurídica, conquistará seu espaço social e político (PRATA, 1982).

⁸ A expressão significa: “quem diz contratual, diz justo”.

Porém, outra característica era inerente ao conceito de autonomia da vontade: a abstração. Pretendia-se dar ao Direito uma noção de segurança “generalizante” de modo a evitar que alguns fossem beneficiados simplesmente por pertencerem a determinado grupo social. E isso constituirá a base para a criação da chamada igualdade formal, em que todos são iguais perante a lei, independentemente das circunstâncias concretas a sua volta.

Nessa perspectiva que o contrato foi concebido pelas codificações liberais: Refletindo um projeto político de índole burguesa, a codificação civil apreende este indivíduo abstratamente considerado como titular de vontade e garante-lhe proteção patrimonial. A identificação entre as recém conquistadas da classe burguesa, mas também, de forma muito nítida, nos sistemas de direito civil então codificados. A propriedade privada erige-se em fundamento e símbolo da liberdade, ao mesmo tempo que o exercício daquele direito se supõe igualmente livre, assim como a sua circulação, através do livre exercício da autonomia negocial. Todos podem casar, ser proprietários e testar; todos são iguais. O patrimônio não constitui, em oposição aos títulos nobiliárquicos e clericais, fator de segregação e de estagnação sociais, mas de libertação conquistada, ou, quando menos, conquistável, por todos em igualdade de condições (NEGREIROS, 2006, p. 15-16).

Neste diapasão, Vilani destaca que:

A sistematização clássica do Direito Contratual, como atribuição de direitos ao credor, é inspirada na tradição liberal que objetivava a proteção do direito subjetivo, como elemento nuclear de garantia da liberdade individual, que, frise-se, já não era vista, neste momento inicial, como algo absoluto, mas limitada pela liberdade alheia (VILANI, 2002, p. 50).

Entretanto, a concepção de direito subjetivo distanciou-se da noção de liberdade e aliou-se à noção de segurança, vindo assumir um sentido absoluto ou ilimitado, em que se objetivaria sua proteção independente de sua funcionalidade, transformando-se em instrumento legitimador de abuso de direito (BOBBIO, 1992).

Na verdade, três seriam os princípios básicos que regeriam as relações contratuais, para os defensores da doutrina clássica: o da autonomia da vontade ou a liberdade contratual, o da obrigatoriedade ou vinculatividade dos contratos (representado pelo velho brocardo: *pacta sunt servanda*) e o do consensualismo⁹. Entretanto, Atílio Aníbal Alterini (1999, p. 20) não concorda com os três pilares, considerando que são quatro: “A teoria do contrato foi assentada sobre quatro pilares básicos: o consensualismo, a autonomia da vontade, a força obrigatória do acertado, e seu efeito relativo”.

⁹ Tradução livre de “La teoría del contrato fue asentada tradicionalmente sobre cuatro pilares básicos: el consensualismo, la autonomía de la voluntad, la fuerza obligatoria de lo convenido, y el efecto relativo.”

Aqui, a vontade é elemento nuclear, reconhecendo-se às partes a plena liberdade de contratar e, em consequência, a obrigação de cumprir o estipulado.

Conforme Jorge Renato dos Reis):

A liberdade formal culminou, em verdade, com a exploração do mais fraco pelo mais forte. Estando o Estado ausente da regulação econômica e possuindo as pessoas, consideradas iguais, unicamente no seu caráter formal, ampla liberdade de contratar, consumou-se, em consequência, aquilo que Lôbo chama de darwinismo jurídico, com a hegemonia dos economicamente mais fortes, até porque as constituições deste período limitavam-se a determinar o Estado mínimo, sem maiores interferências no plano econômico e nada regulando sobre as relações privadas (REIS, 2003, p.775-776).

Cláudia Lima Marques define a autonomia da vontade:

A doutrina da autonomia da vontade considera que a obrigação contratual tem por única fonte a vontade das partes. A vontade humana é assim o elemento nuclear, a fonte e a legitimação da relação jurídica contratual e não a autoridade da lei. Sendo assim, é da vontade que se origina a força obrigatória dos contratos, cabendo à lei simplesmente colocar à disposição das partes instrumentos para assegurar o cumprimento das promessas e limitar-se a uma posição supletiva. A doutrina da autonomia da vontade terá também outras consequências jurídicas importantes como a necessidade do direito assegurar que a vontade criadora do contrato seja livre de vícios ou de defeitos, nascendo aí a teoria dos vícios de consentimento. Acima de tudo o princípio da autonomia da vontade exige que exista, pelo menos abstratamente, a liberdade de contratar ou de se abster, de escolher o parceiro contratual o conteúdo e a forma do contrato. É o famoso dogma da *liberdade contratual*. (MARQUES, 2005, p. 48).

O individualismo marcou a teoria contratual tradicional, permitindo adequar os valores burgueses à doutrina jurídica, consolidando o Estado moderno burguês e o capitalismo. Assim, “possibilitou a elevação da propriedade e a sua circulação como eixo central da sociedade, estipulando a liberdade individual, exteriorizada na manifestação livre de vontade de sujeitos de direito, como preceito jurídico base” (NEGREIROS, 2006, p. 16).

Francisco Amaral (2008, p. 148) declara que “a propriedade, a liberdade e a vontade constituem os pilares fundamentais da teoria contratual”. A esse respeito, o autor também ensina:

Se a propriedade é um dos institutos fundamentais da ordem jurídica privada, constituindo-se na base da vida econômica dos indivíduos, e no instituto básico do direito civil no campo da estática patrimonial, o contrato e as relações jurídicas dele decorrentes, as obrigações, são o elemento dinâmico do direito patrimonial, tendo por objetivo a cooperação das pessoas por meio da prestação de serviços, e a circulação de bens econômicos. Propriedade e contrato são assim os institutos representativos do individualismo jurídico e da liberdade no direito civil, de modo a poder afirmar-se ser o direito civil o ordenamento jurídico dos particulares, fundado no princípio da igualdade de poder perante a lei e construído com base no

reconhecimento de uma esfera de soberania individual, cujas mais evidentes manifestações são o princípio da *liberdade*, com referência à pessoa, a *propriedade*, com referência à relação pessoa e bens da vida, e o *contrato*, com referência à atividade livre e discricionária dos indivíduos. Tais aspectos permitem caracterizar o objeto ou a matéria do direito civil, como aquele conjunto de relações ou setor de experiência jurídica em que desempenha papel proeminente a *autonomia* reconhecida aos indivíduos e que se traduz na *liberdade*, como valor individual, na *propriedade*, como senhoria dos bens, e na *autonomia privada*, como poder de auto-regulamentação jurídica dos próprios interesses por meio do negócio jurídico, de que são mais importantes espécies o contrato e o testamento. Tais institutos seriam a expressão das três liberdades fundamentais do direito civil, a liberdade de contratar, a liberdade de ser proprietário e a liberdade de testar, liberdades essas às vezes limitadas pela intervenção do Estado no âmbito da autonomia individual, por meio de regras de ordem pública e dos bons costumes (AMARAL, 2008, p.148-149)

Em relação à liberdade contratual Enzo Roppo declara:

A conclusão dos contratos, de qualquer contrato, devia ser uma operação absolutamente livre para os contraentes interessados: na sua soberania individual de juízo e de escolha, a decidir se estipular ou não estipular um certo contrato, a estabelecer se concluí-lo com esta ou aquela contraparte, a determinar com plena autonomia o seu conteúdo, inserindo-lhes estas ou aquelas cláusulas, convencionando este ou aquele preço. Os limites a uma tal liberdade eram concebidos como exclusivamente negativos, como puras e simples proibições; estas deviam apenas assinalar, por assim dizer, do exterior, as fronteiras, dentro das quais a liberdade contratual dos indivíduos podia expandir-se sem estorvos e sem controles; *não* concluir um certo contrato, *não* inserir nele uma certa cláusula. Inversamente, não se admitia, por princípio, que a liberdade contratual fosse submetida a vínculos positivos, a prescrições tais que impusessem aos sujeitos, contra a sua vontade, a estipulação de um certo contrato, ou a estipulação com um sujeito determinado, ou por um certo preço ou em certas condições: os poderes públicos – legislador e tribunais – deviam abster-se de interferir, a que título fosse, na livre escolha dos contraentes privados (ROPPO, 2009, p. 32)

O princípio da obrigatoriedade dos contratos consiste na vinculação das partes ao avençado, isto é, uma vez celebrado, não podem ser alteradas as condições do contrato, salvo se houver novo acordo de vontades entre os sujeitos da relação contratual. Trata-se do dogma “*pacta sunt servanda*”, no qual as condições pactuadas devem ser cumpridas, no exato termo estipulado.

Há um velho aforisma jurídico que se constitui em um dos fundamentos do direito: *pacta sunt servanda*. Essa regra emana da própria essência da relação contratual e justifica o próprio liberalismo do século XX, pois, se as partes optaram por se vincularem livremente, devem honrar o que pactuaram. Ou seja, a força vinculante do contrato tem seu cerne em duas importantes combinações: na expressão da liberdade de os indivíduos regularem seus próprios interesses e na boa fé que impõe o cumprimento do acordo de vontades. (ELESBÃO, 2000, p. 155).

Serpa Lopes assim declara acerca do princípio da força obrigatória dos contratos:

Na teoria clássica, todo o edifício do contrato assenta na vontade individual, que é razão de ser de uma força obrigatória. As partes não se vinculam senão porque assim o quiseram e o papel da lei resume-se em consagrar esse entendimento. Nada pode o juiz ante essa vontade soberana; a sua função limita-se a assegurar-lhe o respeito, na proporção da inexistência de qualquer vício de consentimento ou de qualquer vulneração às regras de ordem pública. Dessa forma, concluído o contrato é ele intangível, a menos que as próprias partes contratantes o rescindam voluntariamente (SERPA LOPES, 1996, p. 33).

Como os contratos são oriundos da vontade, basta o consenso entre as partes para que se repute formados, prescindindo de qualquer formalidade. Era a manifestação do princípio do consensualismo. Por ele, independentemente da observância de formas adicionais, havendo a manifestação de vontade das partes, reputar-se-á celebrada a avença.

O consensualismo contratual pressupõe a existência de duas ou mais declarações de vontade – isentas de vícios. No caso, uma parte promete, e a outra aceita, dando lugar a uma nova e única vontade, com a finalidade de estabelecer uma vontade contratual, capaz de gerar efeitos jurídicos

Ocorre que tal ordem de idéias foi levada ao extremo quando da concepção da teoria contratual tradicional, procedendo-se, assim, a uma extrema valorização do pacto, tido como “lei entre as partes”, para consolidar uma premissa fundamental de segurança jurídica.

Entretanto, a idéia de liberdade contratual desenfreada, cujo conteúdo não abria espaço para o reconhecimento das desigualdades materiais subjacentes à relação contratual, gerou muitas injustiças sociais. Em uma ordem geral de liberdade contratual tendencialmente ilimitada, todos são formalmente iguais entre si pelo fato de as operações econômicas entabuladas derivarem de livres manifestações de vontades individuais, mas, na verdade, aquela parte detentora do poder econômico acaba por explorar o outro contraente.

Sobre a igualdade formal Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk afirma:

Os indivíduos proprietários são iguais em tal condição e reputados, ainda, iguais perante a lei. Trata-se de uma igualdade formal, a partir da qual não se vai perquirir o que ocorre nas relações concretas: os indivíduos proprietários são iguais perante a lei para, nessa condição, promoverem o trânsito jurídico da propriedade. A igualdade formal é, pois, um dos princípios da teoria contratual clássica. RUZYK, 2003, p. 19)

Apesar deste contexto, não se falava em revisão contratual. A não aceitação pelas codificações novecentistas da cláusula *rebus sic stantibus* foi primeiramente justificada por sua imprecisão e a conseguinte insegurança na sua aplicação diante da realidade fechada da teoria *pacta sunt servanda* (BORGES, 2002). Eros Belin de Moura Cordeiro explica esse desaparecimento:

No entanto, as razões para a não inclusão da cláusula *rebus sic stantibus* nas grandes codificações modernas são melhor explicadas de dois modos. Inicialmente pelas próprias premissas adotadas na construção da teoria contratual clássica. O apego exagerado ao voluntarismo – em que o contrato se esgotava no encontro de livres manifestações individuais – e a noção de justiça contratual daí derivada – o próprio consensualismo, como visto, encerrava a noção de justiça contratual – apresentam-se como obstáculos intransponíveis à adoção de uma perspectiva que possibilitasse a modificação do conteúdo do pacto. Complementarmente a essas premissas particulares à teoria contratual, outra questão impediu a aceitação e o desenvolvimento da idéia da revisão judicial dos contratos: a própria concepção da sistematização do Direito, que informou a construção dos grandes Códigos modernos (CORDEIRO, 2009, p. 76).

Dessa forma, as revoluções liberais consolidaram a idéia do homem livre e formalmente igual aos seus pares, abstraindo as contradições sociais invariavelmente presentes em qualquer sociedade. Percebeu-se, assim, a fragilidade da doutrina clássica, na medida em que permitira vantagens a favor da parte mais forte da relação contra a parte mais fraca, gerando um flagrante desequilíbrio contratual. Cumpre observar que o individualismo contratual entrou em decadência, porque não correspondeu às expectativas da sociedade, e tampouco conferiu a segurança necessária às relações jurídicas.

2.4.2 Doutrina Moderna

Durante o século XIX, observou-se uma profunda modificação no contexto social do mundo. Diante da realidade de contratação baseada na igualdade formal e a partir do fortalecimento dos grupos capitalistas originados da reunião de empresas, ocorreu uma extremada concentração de riqueza nas mãos de poucos, gerando sérias desigualdades nas relações jurídicas, fundadas na exploração das classes menos favorecidas. Tudo isso, acarretou, no início do século XX, uma profunda alteração no Direito Constitucional e, conseqüentemente, do Direito Privado (SETTE, 2003).

A Primeira Grande Guerra trouxe inúmeros problemas, cujas soluções não foram encontradas na ordem jurídica então vigente. O Estado Liberal sucumbiu-se perante a convicção da necessidade de intervenção do Estado na nova ordem econômica, para controlar a crise pós-guerra.

O Liberalismo, que primava pela liberdade de comércio e indústria e, no Direito Contratual, pela liberdade contratual, tendo o Estado como mero coadjuvante garantidor da liberdade formal, trouxe sérias injustiças e implicações para o Direito Contratual. Protegia-se

mais o ter – o patrimônio – do que o ser – o homem enquanto pessoa com dignidade. Contudo, a partir da Primeira Guerra Mundial, o Estado passou a intervir na economia.

Tereza Negreiros bem explica que o “ter”, característico da hegemonia dos valores liberais da burguesia, é um elemento de paridade em oposição ao “ser”. A idéia de Estado absoluto pode ser constatada nas expressões clássicas: “O Estado sou eu” (Luiz XIV) e “O inferno são os outros” (Sartre), caracterizando o absolutismo e o individualismo. Havia uma exacerbação da liberdade individual. (NEGREIROS, 2006, p. 16).

Com o advento da Segunda Guerra Mundial, restou ainda mais reforçada a necessidade de intervenção estatal na ordem econômica e social, exigindo do Estado que instrumentos jurídicos sejam criados a fim de reduzir as diferenças sociais que surgiram. Neste momento, a teoria da cláusula *rebus sic stantibus* exerceu grande influência, pois surgiu a necessidade de revisar contratos desequilibrados pela crise pós-guerra.

Nesta esteira, André Luiz Azevedo Sette destaca:

O Liberalismo mostrava-se cada vez mais imperfeito para tanto, tornando-se inviável, principalmente no que tange à falta de capacidade de regulação de mercados, atribuindo-se essa nova função ao Estado, nascendo aí o chamado Estado Social de Direito. Neste contexto de busca pelo pleno desenvolvimento e minimização das diferenças sociais, começam a surgir novas Constituições, as quais trouxeram normas, quase todas de conteúdo programático, versando sobre a forma de intervenção estatal no domínio econômico, e trazendo consigo a idéia de intervenção estatal também nas relações contratuais, de forma a, se acabar, minimizar as diferenças até então havidas (SETTE, 2003, p. 24).

Na sociedade massificada, os contratos passam a não ser mais negociados, os abusos contra as partes contratualmente mais fracas tornam-se constantes, na medida em que as condições contratuais eram impostas quase que exclusivamente pela parte mais forte, e, o Estado Liberal, política de uma sociedade individualista, não conseguiu sobreviver a tais abusos. A questão afetou todo o mundo, exigindo alterações no âmbito ideológico, assim como no Direito. Neste diapasão, César Fiúza narra:

Tais inovações levaram os juristas a um estado de perplexidade. O modelo tradicional de contrato estava morrendo, para ceder lugar às novas formas: contratos de adesão; contratos regulados, cujo conteúdo é dado pelo legislador; contratos necessários, etc. Em outras palavras, as pessoas já não contratam como antes. Não há mais lugar para negociações e discussões acerca de cláusulas contratuais. Os contratos são celebrados em massa, já vindo escritos em formulários impressos. Toda essa revolução mexe com a principiologia do Direito Contratual. Os fundamentos da vinculatividade dos contratos não podem mais se centrar exclusivamente na vontade segundo o paradigma liberal individualista. Os contratos passam a ser concebidos em termos econômicos e sociais. Nasce a Teoria Preceptiva. Como já dissemos, segundo esta teoria, as obrigações oriundas do contrato valem não apenas porque as partes as assumiram, mas porque interessa à

sociedade a tutela da situação objetivamente gerada, por conseqüências econômicas e sociais (FIUZA, 2008, p.406).

Assim, o Poder Público distancia-se da sua posição anterior, caracterizada pelo absenteísmo na esfera econômica, e passa a assumir um papel mais ativo, ou seja, o Estado Liberal transforma-se no Estado Social, preocupando-se não apenas com a liberdade, mas também com o bem-estar do cidadão. Então, surgem as novas Constituições elevando o ser humano ao centro do ordenamento jurídico, que passa a valorizar mais o ser do que o ter.

2.5 O Dirigismo Contratual: a influência do direito público no Direito Privado no Brasil

No Brasil, após a queda do Liberalismo, o modelo clássico de contrato que vigorou durante o final do século XIX e por quase todo o século XX, dá lugar à nova ordem contratual, surgiram novos princípios a autonomia da vontade recebe uma nova roupagem e se transforma na autonomia privada, assim como a obrigatoriedade contratual passa a ser fundamentada pelos princípios da confiança e da auto-responsabilidade.

O professor Leonardo Poli em suas explanações no Mestrado expõe sobre a natureza relacional do contrato:

Em uma noção relacional de contrato, o exercício da liberdade individual é fonte de direitos e deveres, tendo em vista que a autonomia privada baseia-se no binômio liberdade-responsabilidade. A autonomia privada atribui ao indivíduo uma série de interesses ou faculdades que ele pode optar entre exercê-las ou não. A partir do momento em que as exerce determinam-se novos centros de interesses e formam-se novas situações subjetivas. Neste caso, a situação subjetiva contratual deve ser vista como um dos elementos da relação jurídica. O credor deixa de ser o centro do modelo jurídico contratual e cedendo a vez à dignidade humana. A partir do consenso contratual polarizam-se vários centros de interesses além daqueles do credor e do devedor à prestação, leva-se em consideração os fatos de se estimular o crédito, desenvolver a economia, garantir a inclusão social e atender aos interesses da sociedade em geral (POLI, 2010)¹⁰.

A nova concepção de contrato se consolida com o advento da Constituição da República de 1988, caracterizada como principiológica, com forte força normativa, que inseriu o respeito à dignidade humana como seu principal fundamento.

Todavia, convém salientar que, o Direito Brasileiro apenas reconheceu uma evolução que já estava latente no meio social. Não foi a partir da Lei Maior que ocorreu toda mudança no Direito Contratual Brasileiro. Positivaram-se valores que, pode-se dizer já estavam

¹⁰ Palavras proferidas pelo professor Dr. Leonardo Macedo Poli, em suas explanações em sala de aula de Mestrado em Direito Privado da PUC Minas, ao ministrar a disciplina “Contratos”, em 2010.

impregnados e disseminados na sociedade por conta da mudança de paradigmas adotados, especialmente, pela doutrina e pelos Tribunais brasileiros, por exigência da situação social e econômica do País.

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

Neste sentido, a doutrina muito discutiu o fenômeno da Constitucionalização do Direito Privado e da publicização do Direito Civil, que apesar de serem tratados como sinônimos (LOBO, 2011) se diferem, cabendo, aqui, breves comentários.

A publicização do Direito Civil seria o processo de intervenção estatal, caracterizada também pelo dirigismo contratual, principalmente no âmbito do Poder Legislativo, limitando a autonomia privada, a fim de proteger a parte hipossuficiente da relação, como por exemplo, a edição do Código de Defesa do Direito do Consumidor. Enquanto que a Constitucionalização do Direito Civil é mais do que um critério hermenêutico, pois constitui etapa mais importante do processo de transformação ou de mudanças de paradigmas do Estado Liberal para o Estado Social. O professor César Fiúza afirma que:

Por constitucionalização do Direito Civil deve-se entender que as normas de Direito Civil têm que ser lidas à luz dos princípios e valores consagrados na Constituição. A bem da verdade, não só as normas de Direito Civil devem reconhecer leitura constitucionalizada, mas todas as normas do ordenamento jurídico, sejam elas de Direito privado, sejam de Direito Público. Este é o ditame do chamado Estado Democrático de Direito, que tem na Constituição sua base hermenêutica, o que equivale a dizer que a interpretação de qualquer norma deverá buscar adequá-la aos princípios e valores constitucionais, uma vez que esses mesmos princípios e valores foram eleitos por todos nós, por meio de nossos representantes, como pilares da sociedade e, consequentemente, do Direito. Falar em constitucionalização do Direito Civil não significa retirar do Código Civil a importância que merece como centro do sistema, papel este que continua a exercer (FIUZA, 2008, p. 119)..

Para Canotilho, a Constitucionalização consiste:

[...] na incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia pelo legislador ordinário. Tem como principal consequência a proteção dos direitos fundamentais, mediante o controle jurisdicional da constitucionalidade dos atos normativos reguladores destes direitos. Portanto, os direitos fundamentais devem ser compreendidos, interpretados e aplicados como normas jurídicas vinculativas (CANOTILHO, 2003, p. 348).

Portanto, o Código Civil e o direito privado em geral, que sempre atuaram de maneira autônoma e independente do direito público se misturam e se encerra a dicotomia até então existente no individualismo, pois com a constitucionalização, o Direito Civil passa a ser mais humanizado, perdendo seu caráter estritamente patrimonialista.

Ocorre, pois, o fenômeno da despatrimonialização do Direito privado. Conforme Perliengieri, a despatrimonialização consiste numa lenta opção normativa, que se caracteriza entre o personalismo (superação do individualismo) e o patrimonialismo (superação da patrimonialidade como fim em si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois). Não é suficiente insistir na afirmação da importância dos “interesses da personalidade no direito privado”; é preciso predispor-se a reconstruir o Direito Civil não como uma redução ou um aumento de tutela das situações patrimoniais, mas com uma tutela qualitativamente diversa (PERLINGIERI, 2007, p. 33-34).

Ainda a respeito do Direito Civil Constitucionalizado, conclui Maria Celina Bodin Moraes Tepedino:

Assim é que qualquer norma ou cláusula negocial, por mais insignificante que pareça, deve se coadunar e exprimir a normativa constitucional. Sob essa ótica, as normas de direito civil necessitam ser interpretadas como reflexo das normas constitucionais. A regulamentação da atividade privada (porque regulamentação da vida cotidiana) deve ser, em todos os seus momentos, expressão da indubitável opção constitucional de privilegiar a dignidade da pessoa humana. Em consequência, transforma-se o direito civil: de regulamentação da atividade econômica individual, entre homens livres e iguais, para regulamentação da vida social, na família, nas associações, nos grupos comunitários, onde quer que a personalidade humana melhor se desenvolva e sua dignidade seja mais amplamente tutelada (TEPEDINO, 1993, p. 28).

Resta evidente que o Código Civil deixa de ser a Constituição de Direito Privado. Os textos constitucionais definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade, matérias típicas do direito privado, passam a ser vistos sob a ótica constitucional.

O próprio Direito Civil, através da legislação extracodificada, desloca sua preocupação central – antes reservada ao indivíduo – para as atividades por ele desenvolvidas e os riscos delas decorrentes. A intensificação desse processo intervencionista subtrai do Código Civil vários institutos, que antes estavam vinculados a características próprias do período liberal-individualista e patrimonialista. É a era da legislação extravagante ou extra codificada, conhecida como a “era dos estatutos” (TEPEDINO, 2004, p. 7-8).

Surgem os microssistemas, diplomas legais não se limitam a tratar do direito substantivo, mas introduzem dispositivos legais, inclusive, tipos penais, normas de direito

administrativo e estabelecem princípios interpretativos, configurando-se num verdadeiro arcabouço normativo de matérias antes regulamentadas exclusivamente pelo Código Civil, um exemplo é o Código de Defesa do Consumidor.

Dessa forma, o contrato e o direito contratual passam por uma expressiva evolução, especialmente, no que se refere à sua função e finalidade. Explica o jurista Miguel Reale que, o ato de contratar permanece ainda, tendo como base a livre iniciativa, contudo, limitado pelos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, “da igualdade, da liberdade, da justiça, da solidariedade, da boa-fé e da dignidade da pessoa humana”, não mais se admitindo um contrato celebrado sem uma concepção social. (REALE, 2005, p. 266).

Diante dessa realidade social e contratual o dirigismo contratual incide na medida em que o contratante necessita da atuação do Poder do Estado, para equilibrar as relações contratuais em busca da justiça contratual. Na verdade, tornou-se necessário precisamente porque houve um progresso contratual quantitativo e qualitativo, em que não só os contratos se tornaram inumeráveis, mas sua eficácia se tornou maior. Com o desenvolvimento do comércio e da indústria surgiram novas categorias de contrato, além de cláusulas engenhosas que aparecem a todo o momento. A própria técnica dos contratos se modificou, como já se destacou, dando ensejo ao contrato de adesão.

O dirigismo contratual pode ser caracterizado pela intervenção do Estado por meio de legislação específica com objetivo de proteger o economicamente mais fraco do domínio do poderoso, minimizando as desigualdades entre as partes, dirigindo a atividade econômica e a atividade contratual de modo a corresponder às exigências fundamentais da justiça social ou distributiva e da garantia a todos da existência digna, garantindo a resolução do contrato por onerosidade excessiva ou em caso de perigo, mesmo que contrarie a autonomia privada.

Dessa forma, o confronto entre a liberdade de contratar e o dirigismo contratual trouxe para o direito um novo paradigma, acrescentando e modificando os parâmetros já conhecidos na aplicação das regras contratuais. Passa-se a analisar a nova principiologia contratual fundada na Teoria Preceptivista.

2.6 A nova principiologia contratual: teoria contratual moderna ou social

Na doutrina brasileira, não há uma homogeneidade no que concerne aos modernos princípios contratuais. Sem desconsiderar os princípios da época liberal, que foram reestruturados, de acordo com os ditames atuais, elegem-se como princípios basilares da moderna teoria contratual: a autonomia privada, a função social do contrato (art. 421 do

CC/02), a boa-fé objetiva (art. 422 do CC/02) e o equilíbrio econômico ou justiça contratual (art. 478 do CC/02).

Os princípios liberais clássicos devem interagir com os modernos princípios contratuais. A conciliação entre antigos e novos princípios ocorre naturalmente: os modernos, aparentemente, contrapõem-se aos princípios clássicos, no entanto, é tarefa do intérprete fazer com que ambos os modelos convivam simultaneamente, tendo ele a função de propiciar o equilíbrio entre os princípios, em consonância com os princípios constitucionais. Isso por que:

A crise gerada pelo individualismo e o liberalismo econômico do século XIX e início do século XX, ensejou uma reformulação dos princípios clássicos, que passaram a ser mais sociais, como o princípio da autonomia da vontade – que cedeu parte de seu espaço para o dirigismo contratual – buscou resgatar a igualdade das partes diante da massificação das relações contratuais; o princípio da obrigatoriedade foi amenizado diante do desequilíbrio contratual; o princípio da relatividade dos efeitos do contrato foi remodelado por força do reconhecimento de uma função social dos contratos. Por fim, o princípio da intangibilidade foi relativizado, a fim de permitir a intervenção do Estado em casos de interesse social. Todavia, a nova organização principiológica não exclui princípios clássicos do direito contratual, como, por exemplo, o da liberdade de contratar, a *pacta sunt servanda*, mas, sim, permite que os princípios convivam, porém, com uma feição contemporânea do contrato, sob a influência de uma visão constitucional. (BIERWAGEN, 2003, p. 49.).

É importante destacar que, hodiernamente, os princípios não são meras fontes subsidiárias às normas, mas sim, funcionam como verdadeiras normas, que por um lado, possuem aplicação imediata, e, por outro informam o Direito positivo. Como função orientadora do trabalho interpretativo, funcionam como elos de coerência do sistema, garantindo a unidade do sistema jurídico, de forma a estender sua eficácia para impedir o vazio normativo em caso de lacunas (STEINMETZ, 2004).

Segundo a teoria constitucional contemporânea, os princípios desfrutam da mesma força normativa do que as demais normas, pois derivam do próprio Direito Positivo. Trata-se da aceção da “normatividade dos princípios”, Vale esclarecer que, antes do fenômeno da Constitucionalização, os princípios eram apresentados como meros caminhos, orientações, fontes para a aplicação das regras. Hoje os princípios são tidos como espécie do gênero normas jurídicas, ao lado das regras jurídicas e, desse modo, podem ser aplicados diretamente, no caso dos contratos, cumprindo os ideais de justiça contratual.

A influência dos princípios constitucionais alterou todo o alicerce do Direito Contratual, na medida em que ao lado dos princípios que gravitam em torno da autonomia da privada, surgiram outros condizentes com a função social do contrato, como a boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico do contrato e a função social do contrato. Assim, o grande desafio do

jurista atualmente é de definir como os princípios atuais devem interagir com os princípios clássicos, pois estes não desapareceram, apenas foram limitados em seu alcance e seu conteúdo, de acordo com as exigências de ordem pública e do interesse social.

Antes de adentrar nos princípios da Teoria Contratual propriamente ditos, cabe tecer algumas considerações acerca do princípio basilar do Ordenamento Jurídico Brasileiro, a dignidade da pessoa humana.

2.6.1 O princípio da Dignidade Humana

Este princípio tem sido consagrado em diversas constituições, ganhando destaque após a Segunda Guerra Mundial, diante das atrocidades e abusos cometidos contra seres humanos. Trata-se de um direito fundamental máximo do Estado Democrático de Direito, previsto no art. 1º, inciso III. O próprio Art. 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988 determina que: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana”. (BRASIL, 1988).

A dignidade da pessoa humana, princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal, apresenta-se em uma dupla concepção para Alexandre de Moraes.

Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. Esse dever configura-se pela exigência do indivíduo respeitar a dignidade de seu semelhante tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria. A noção de dever fundamental resume-se a três princípios de direito romano: *honestere vivere* (viver honestamente), *alterum non laedere* (não prejudique ninguém) e *suum cuique tribuere* (dê a cada um o que lhe é devido) (MORAES, 1998, p. 60-61).

O princípio constitucional da Dignidade Humana possui força normativa extensa no plano da interpretação constitucional, tendo em vista que ordena e proíbe certas condutas em relação ao indivíduo.

a) O respeito à pessoa como ser autônomo, livre e valioso em si mesmo; b) O reconhecimento de cada pessoa, independentemente das particularidades/características e vicissitudes pessoais ou sociais, como ser singular, único e irrepetível; c) O reconhecimento de cada pessoa como uma manifestação concreta da humanidade; d) A criação de condições, oportunidades e instrumentos para o livre desenvolvimento pessoal.

Em contrapartida, o princípio constitucional da dignidade da pessoa proíbe: a) A “coisificação” ou “objetualização” da pessoa; b) A “funcionalização” (política,

social, econômica, religiosa, científica, técnica) da pessoa; c) A privação da pessoa, de condições e de meios para uma sobrevivência livre, autônoma e decentes; d) A humilhações ou vexações da pessoa; e) A submissão da pessoa a uma posição servil; f) A eliminação total da vontade e da possibilidade de livre escolha da pessoa (STEINMETZ, 2004, p. 116).

A dignidade assume várias concepções, entre elas a de garantia de igualdade, justiça social e solidariedade.

Em relação à igualdade como critério de dignidade, Perlingieri considera que:

[...] a noção de igual dignidade social como instrumento que confere a cada um o direito ao respeito inerente à qualidade de homem, assim como pretensão de ser colocado em condições idôneas de exercer as próprias aptidões pessoais, assumindo a posição a estas correspondentes (PERLINGIERI, 2007, p. 37).

O autor também declara:

Na realidade, o princípio da igualdade e da justiça social se complementam, pois o valor da justiça social deve incidir sobre o Direito Civil contribuindo, em sede interpretativa para individuar o conteúdo que devem assumir as cláusulas gerais, como a equidade, a lealdade, o estado de necessidade à lesão, da diligência da boa-fé, etc. O preceito da igualdade poderá incidir sobre o conteúdo das cláusulas gerais que contribuem para a definição dos institutos fundamentais do Direito Civil, como a 'função social' a da propriedade e a 'utilidade social' para a iniciativa econômica privada, de forma a efetuar uma harmonização entre interesse individual e geral (PERLINGIERI, 2007, p. 49).

Em relação à solidariedade destaca-se o ensinamento de Steinmetz:

Ao lado dos demais princípios constitucionais, como a liberdade, a igualdade e dignidade da pessoa, está a solidariedade, que é também, originariamente, um conceito moral. Assim, a solidariedade é uma norma constitucional-objetivo no sentido de uma norma-constitucional princípio, sendo, desta forma, um princípio constitucional. (STEINMETZ, 2001, p. 118).

Observa-se que a Constituição Federal é a estrutura básica do Estado e da sociedade, motivo pelo qual a solidariedade se projeta também sobre as relações entre particulares. Os direitos fundamentais são concretizações mais específicas que o princípio da solidariedade representa. A noção de solidariedade relaciona-se à responsabilidade social, mas, o respeito à solidariedade não é de exclusividade do Estado, mas é um dever de responsabilidade de toda a sociedade, inclusive nas relações entre particulares. Isso demonstra que este princípio é um reforço à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

O Direito Civil voltado à tutela da dignidade da pessoa humana consiste em tutelar os direitos não de um sujeito de direito abstrato dotado de capacidade negocial, mas sim a uma pessoa situada concretamente nas relações econômico-sociais (como por exemplo, o locatário, o consumidor, etc.). Com efeito, a dignidade da pessoa humana corresponde aos direitos individuais, mas igualmente aos direitos sociais. De igual forma, compreende os direitos e os deveres sociais (NEGREIROS, 2006, p. 19-20).

O princípio da Dignidade Humana vincula não só os poderes públicos, mas também os particulares, pois a Constituição Federal normatiza, principiologicamente, âmbitos da vida nos quais o Estado não participa diretamente.

Assim, na esfera atual, a dignidade da pessoa humana desempenha o papel de Princípio Constitucional Civil, pois além de se constituir norma jurídica atuante nas relações de Direito Público, têm incidência especial em todo o ordenamento jurídico, inclusive, nas relações entre particulares. Ao mesmo tempo, esse princípio está expresso em cláusula geral, permitindo o desenvolvimento jurisprudencial de novas hipóteses, protegendo e ampliando as possibilidades de determinado direito.

2.6.2 O princípio da Autonomia Privada

Etimologicamente, autonomia significa “capacidade de governar a si próprio, liberdade, independência moral e intelectual” (HOUAISS, 2011).

Já Francisco Amaral assevera que: “a esfera de liberdade de liberdade de que o agente dispõe no âmbito do direito privado chama-se de autonomia, direito de reger-se por suas próprias leis” (AMARAL, 2008, p. 383).

A autonomia privada é entendida como um poder, que é conferida ao indivíduo, de regulamentar os próprios interesses, dentro de determinados parâmetros. Trata-se de uma auto-regulamentação que se manifesta precipuamente, no campo do direito contratual, mas não exclusivamente.

A professora Taísa Maria Macena de Lima (2003, p. 48) vê na autonomia privada um princípio com relevante para desempenhar na chamada esfera existencial ou não patrimonial, citando alguns exemplos:

a luta pelo direito de redesignação sexual, o reconhecimento de diferentes modelos de família (matrimonial, não-matrimonial, monoparental, etc.), o modelo de filiação voltado antes para a paternidade socioafetiva de que para a paternidade apenas biológica, a união legal de pessoas do mesmo sexo, entre outras (LIMA, 2003, p.48).

Francisco Amaral destaca:

O princípio da autonomia privada tem, como pressuposto, a liberdade individual, que, filosoficamente, é a possibilidade de opção, como liberdade de fazer ou de não fazer, e sociologicamente, ausência de condicionamentos materiais e sociais. Do ponto de vista jurídico, a liberdade é o poder de praticar ou não, ao arbítrio do sujeito, todo ato não ordenado nem proibido por lei, e, de modo positivo, é o poder que as pessoas têm de optar entre o exercício e o não exercício de seus direitos subjetivos (AMARAL, 2008, p. 78).

Aqui, faz-se necessário destacar que as expressões “autonomia privada” e “autonomia da vontade” não se confundem, apesar de a doutrina não ter chegado a um consenso a esse respeito.

Em relação a essa diferença Judith Martins-Costa explana:

A autonomia da vontade designa uma construção ideológica, datada dos finais do século XIX, por alguns juristas para opor-se aos excessos de liberalismo econômico, ao passo que a ‘autonomia privada’ é um poder reconhecido pelo ordenamento jurídico aos particulares, e nos limites traçados pela ordem jurídica, de auto-regular os seus interesses, estabelecendo certos direitos e obrigações, seja as normas criadas pela autonomia privada – as quais tem conteúdo próprio, determinado pelas normas estatais (normas heterônomas, legais ou jurisdicionais) que as limitam, subtraindo ao poder privado autônomo certas matérias reservadas à regulação pelo Estado. (COSTA, 2002, p. 614-615)

Francisco Amaral (2008, p. 77-78) considera que a expressão autonomia da vontade “tem uma conotação mais subjetiva, psicológica”, presente na concepção clássica dos contratos, nitidamente liberal. Já a “autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo”, portanto, mais genérico, concreto, real e mais moderno. “Por isso mesmo, a autonomia da vontade é a causa do ato jurídico (CC, art. 185), enquanto a autonomia privada é a causa do negócio jurídico (CC, art 104), fonte principal de obrigações”.

A autonomia privada, reportada ao Direito contratual, consiste no poder atribuído às pessoas de, por meio de contratos, auto-regularem os seus interesses, estando relacionada ao princípio da liberdade contratual. Expressam uma mesma realidade, embora o princípio da autonomia da vontade sempre esteve presente no modelo clássico de contrato, no qual o poder era exacerbado. Portanto, a expressão “autonomia privada” é mais genérica, não estando essencialmente associada ao voluntarismo e ao individualismo jurídicos (NEGREIROS, 2006, p. 3).

A doutrina da autonomia da vontade preconiza que a tem por única fonte a vontade das partes, a qual é considerada o elemento nuclear, a fonte de legitimação da relação jurídica contratual. No entanto, vale salientar que a autonomia da vontade nunca foi ilimitada, pois sempre teve que respeitar a ordem pública (VENOSA, 2004).

A diferença, embora possa parecer sutil para alguns, é significativa e representa verdadeiro ataque contra o individualismo. A autonomia da vontade pressupõe “a prevalência do direito subjetivo sobre o direito objetivo, dentro da idéia já exposta do indivíduo como fonte e fundamento do Direito”. A autonomia privada é concebida de forma contrária: como é delimitada pelo ordenamento jurídico, “o direito objetivo predomina sobre o direito subjetivo. Essa inversão abre a perspectiva da influência estatal no âmbito contratual e consolida o caráter relativo da autonomia privada, delineada a partir da ideologia presente à época”. (AMARAL, 2008, p. 382).

Falando de autonomia privada Enzo Roppo assevera que:

Autonomia privada ou autonomia contratual significam liberdade dos sujeitos de determinar com a sua vontade, eventualmente aliada à vontade de uma contraparte no consenso contratual, o conteúdo das obrigações que se pretende assumir, das modificações que se pretende introduzir no seu patrimônio. Em linha de princípio, portanto, os sujeitos privados são livres de obrigar-se como quiserem. Mas quando se obrigam, obrigam-se verdadeiramente; aquilo que escolheram torna-se rigoroso dos seus comportamentos, e se violam a palavra dada, respondem por isso e sujeitam-se a sanções. É o nexa liberdade contratual-responsabilidade contratual (ROPPO, 2009, p.128).

Steinmetz utiliza a expressão autonomia privada como princípio fundamental:

Trata-se de um poder atribuído pela ordem jurídica aos particulares para que, livres e soberanos, auto-regulem os seus próprios interesses; como um poder de autodeterminação e de autovinculação dos particulares. Manifesta-se com maior ou menor intensidade nos diferentes âmbitos materiais de regulação do Direito privado (STEINMETZ, 2004, p. 189-191).

A autonomia privada se apresenta sob as formas da liberdade de contratar e da liberdade contratual, sendo que esta se refere à possibilidade de estabelecer o conteúdo do contrato, ao passo que aquela se relaciona com o direito de celebrar ou não o contrato, assim como o de contratar com quem desejar.

Portanto, concorda-se com a lição de Francisco Amaral quando afirma acerca do fundamento da autonomia privada: “em termos imediatos, a liberdade como valor jurídico, e mediatamente, a concepção de que a pessoa é causa do sistema social, jurídico e de que a sua vontade, livremente manifestada, pode ser instrumento de realização de justiça” (AMARAL, 2008, p. 351).

Cabe salientar que a autonomia privada limita-se pela ordem pública e pelos bons costumes, sendo que estes “são as regras morais que formam a mentalidade de um povo e que se expressam em princípios como o da lealdade contratual”. Como ordem pública considera-

se o “conjunto de normas que regulam e protegem os interesses fundamentais da sociedade e do Estado, e as que, no âmbito do direito privado, estabelecem as bases jurídicas fundamentais da ordem econômica, intervindo na economia” (AMARAL, 2008, p. 82).

Pode-se concluir que, a autonomia privada trata-se da liberdade do indivíduo de decidir ou não pelo exercício de direitos subjetivos, tanto na esfera patrimonial quanto na existencial, contudo, este exercício será limitado pelo princípio da auto-responsabilidade e por todos aqueles basilares do Estado Democrático de Direito. Portanto, é um direito fundamental da pessoa humana, garantida pela Constituição Federal e, como todos os direitos, não é absoluto.

2.6.3 O Princípio da Função Social dos Contratos

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

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2003, p. 141) afirma que, nos tempos atuais “existe um franco descompasso entre o Direito e os fenômenos sociais, havendo, portanto, uma premente necessidade de se restabelecer o equilíbrio social, por meio da reformulação das matrizes filosóficas do Direito, sendo a função social uma dessas matrizes”.

Nas lições de Glauber Moreno Talavera a função social propriamente dita é definida como: “a prevalência do interesse público sobre o privado, bem como a magnitude do proveito coletivo em detrimento do meramente individual, é fenômeno massivo que, modernamente, inspira todo o nosso ordenamento jurídico”. (TALAVERA, 2002, p. 95).

Atualmente, podem-se enumerar três funções do contrato, quais sejam: econômica, regulatória e social, sendo as duas primeiras, já conhecidas desde longa data. Pela função econômica, o contrato representa um instrumento de circulação de riquezas e bens, enfim, de aquisição e conservação da propriedade. Já na função regulatória, o contrato se configura numa auto-regulamentação reunindo, simultaneamente, direitos e obrigações, voluntariamente, assumidos pelas partes contratantes.

A terceira função constitui a tônica da nova ordem contratual. Por esta função, os contratos continuam possuindo as funções econômica e regulatória, mas acima de tudo, é importante que ele atenda um papel social de interesse da coletividade.

A natureza jurídica da função social dos contratos é controvertida. Alguns doutrinadores a consideram como norma, haja vista estar positivada no art. 421 do Código Civil de 2002¹¹, outros apenas como princípio, e ainda, outros como cláusula geral.

Com relação à natureza jurídica da função social Leonardo de Faria Beraldo, em seu Livro Função Social do Contrato indaga:

Por que a função social do contrato é um princípio? De onde se tirou essa idéia? Nunca vimos ninguém falar em princípio da função econômica do contrato e muito menos no princípio da função pedagógica do contrato. Desse modo, é um tanto quanto estranho tachar a função social do contrato como um princípio, salvo se se pudesse afirmar que as demais funções do contrato também gozariam da mesma natureza jurídica (BERALDO, 2011, p.180).

Logo depois, o autor conclui acerca da natureza jurídica da função social do contrato:

Definida como uma regra, pois prevista no art. 421 do CC/02, ou até mesmo como um princípio expressamente previsto pela legislação civil, uma vez que é norma abstrata [...] dependendo do ponto de vista. Talvez, até mesmo para se evitar polêmicas o melhor seria tachá-la como regra, haja vista estar positivada no CC/02 (BERALDO, 2011, p. 183).

No entanto, não se concorda com autor. Considera-se que além de um princípio e uma regra, a função social é também uma cláusula geral - um preceito genérico e aberto – eis que a lei não define um padrão de conduta, cabendo ao juiz preenchê-la com valores jurídicos, sociais, econômicos e morais. Inclusive, é com nela, que o juiz opera a revisão dos contratos, atenuando o rigor dos princípios clássicos, em especial o da autonomia da vontade, o do *pacta sunt servanda* ou força obrigatória dos pactos, o do consensualismo e o da relatividade dos efeitos do contrato, de modo a proteger e amparar os hipossuficientes na relação, a fim de manter o equilíbrio negocial.

Francisco Amaral bem define as cláusulas gerais:

Cláusulas gerais são enunciados jurídicos de conteúdo variável, noções indeterminadas a precisar pelo juiz em cada caso. Têm a função de auxílio à prática judicial, como critério orientador na interpretação e integração de contratos, *adjuvandi vel supplendi vel corrigendi*, e também como limite ao exercício dos direitos subjetivos, em contraposição ao princípio da autonomia privada [...].(AMARAL, 2008, p. 83):

¹¹ O art. 421 do Código Civil (BRASIL, 2002): A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Há, na doutrina, grande dúvida acerca do que realmente viria a ser a função social do contrato, até porque nem mesmo Miguel Reale, tido como idealizador da norma, definiu precisamente a sua significação.

Pode-se dizer que atendendo à função social, os interesses individuais das partes do contrato devem ser exercidos em conformidade com os interesses sociais. Caso haja conflito entre eles, prevalecem os interesses sociais. Neste sentido Tereza Negreiros expõe a função social como princípio:

A função social do contrato, quando concebida como um princípio, significa que o contrato não deve ser concebido como uma relação jurídica que interessa só às partes contratantes, impermeável às condicionantes sociais que o cercam e que são por ele afetadas. Constitui-se num condicionamento adicional imposto à liberdade contratual. O referido princípio encontra fundamento constitucional no princípio da solidariedade, pois exige que os contratantes e os terceiros colaborem entre si, respeitando as situações jurídicas anteriormente constituídas. (NEGREIROS, 2006, p. 208-209).

A função social do contrato pode ser vislumbrada sob duas acepções: a intrínseca ou individual – relativa aos contratantes, que se valem do contrato para satisfazer seus interesses próprios; e a extrínseca ou pública, seria o interesse da coletividade sobre o contrato. Partindo desses aspectos, a função social do contrato só restará atendida se a sua finalidade de distribuição de riquezas for atingida de forma justa, quando o contrato representar fonte de equilíbrio social. Portanto, devem ser atendidas as funções de promover a igualdade, o equilíbrio e a justiça contratual, negando, sobretudo, o enriquecimento ilícito.

Caio Mário considera que a função social do contrato desafia a concepção clássica de contrato, em que os contratantes possuíam larga margem de liberdade, já que se encontravam no exercício da autonomia da vontade. Sendo, assim, tal função seria um instrumento limitador da autonomia da vontade, que será considerada válida não sendo contrária ao interesse social (PEREIRA, 2003).

Seguindo a linha de raciocínio de que a função social é uma cláusula geral, Judith Martins Costa nos ensina:

Com base no princípio da função social (compreendido em seu papel de previsão de limite) o juiz pode impor deveres negativos para além daqueles cominados expressamente na lei, como, aliás, já tem apontado a jurisprudência, embora nem sempre com base em fundamentação adequada, pois é preciso não apenas estabelecer a correlação entre as razões de fato e a atuação do princípio quanto discerni-lo de outros princípios, regras e outros institutos legais (COSTA, 2005, p.85).

Partindo dessa acepção, percebe-se que a função social limita a liberdade de contratual e a liberdade de contratar, tendo em vista que a liberdade de contratual engloba a liberdade de contratar. César Fiúza considera fazer parte da liberdade de contratar “contratar ou não contratar”; “com quem e o que contratar”; “estabelecer as cláusulas contratuais”; “mobilizar ou não o Poder Judiciário para fazer respeitar o contrato” (FIUZA, 2008, p.402).

Em sentido contrário, cabe transcrever a crítica sobre a redação do art. 421 do CC/02 da professora Mônica Queiroz:

Por *liberdade contratual* deve-se entender como a faculdade de escolha e determinação do conteúdo do contrato, que não pode ser confundida com a expressão *liberdade de contratar*, que se traduz na faculdade de contratar ou não, de entabular o contrato ou não. A liberdade de contratar não sofre limitações, o que não acontece com a liberdade contratual diante de outro princípio que é a função social dos contratos. Desse modo, deparamos com o equívoco expresso na redação do art. 421 do CC: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. É evidente que a redação do artigo se esquece de toda a precisão terminológica exigida. Assim, devemos ler em lugar de “liberdade de contratar”, liberdade contratual, pois é essa que é limitada pela função social do contrato (QUEIROZ, 2010, p. 202).

Daí, se uma das partes for prejudicada com uma cláusula que torne o cumprimento do contrato excessivamente oneroso, levando a parte ao empobrecimento, a lei determina a resolução do contrato ou a revisão de seus termos, conforme a atual teoria contratual, a fim de restabelecer o equilíbrio contratual. Defende-se, nesta dissertação, que o juiz deve priorizar a revisão contratual partindo do fundamento de releitura do Direito Civil, sob a ótica constitucional, que atribui novos fundamentos e novos contornos à liberdade contratual.

Neste contexto, importante se faz citar o jurista César Fiúza:

É com base no princípio da função social dos contratos que muitos problemas contratuais serão solucionados. Assim, que solução deverá ser adotada no caso de a execução de um contrato levar uma empresa à falência? Ora não é objetivo de nenhum contrato levar qualquer das partes a tal situação, gerando desemprego e pobreza. Assim, a execução do contrato em tela pode ser processada não do modo tradicional, mas de modo a evitar a falência da empresa. Esta solução só é viável diante do princípio da função social dos contratos. Um sub princípio importante da função social, é o princípio da conservação ou da preservação dos contratos. Os contratos, na medida do possível, sempre deverão ser mantidos. Assim, numa ação anulatória, preferível à resolução, salvo se não for possível a preservação do contrato. (FIUZA, 2008, p. 408).

Em meio ao processo de despatrimonialização ou de funcionalização¹² do Direito Civil, a antiga noção de autonomia da vontade sofre as modificações no âmbito do contrato, ou melhor, a livre determinação do conteúdo encontra-se condicionada à observância de regras e de princípios constitucionais, o que significa “conceber o contrato como um instrumento a serviço da pessoa, sua dignidade e desenvolvimento”.

Devem ser observados valores como a justiça social, solidariedade, erradicação da pobreza, proteção ao consumidor, entre outros, o que indica que o direito dos contratos não está à parte do projeto social (NEGREIROS, 2006, p. 107-108).

Diante desta realidade, foram inseridos no ordenamento privado vários instrumentos jurídicos capazes de mitigar os efeitos nocivos de um contrato, proporcionando equilíbrio e justiça contratual: a função social do contrato (art. 421); a boa-fé objetiva (art. 113, 187); a desproporção (art. 317), a teoria da onerosidade excessiva (art. 478), o ato ilícito (art. 187), a desconsideração da personalidade jurídica (art. 50), o estado de perigo (art. 156), a lesão (art. 157), o contrato de adesão (art. 423, 424 e 424), a resilição unilateral (art. 473) e o enriquecimento sem causa (art. 884), dentre outros. Desse modo, o Código Civil ampliou o rol de vícios contratuais, a fim de mitigar os efeitos nocivos dos contratos às partes e à coletividade.

Neste diapasão, a moderna teoria contratual prevê a cláusula geral da função social do contrato¹³, que tem a função precípua de corresponder aos anseios da sociedade, com o fim de evitar a exploração da parte hipossuficiente, o enriquecimento sem causa, a desigualdade na contratação e execução do contrato, mitigando-se, ao máximo, o empobrecimento imotivado. O objetivo da função social do contrato é o de retirar a máxima eficácia de direitos tidos por

¹² “A funcionalidade serve como elemento auxiliar na construção e definição de *standards* de comportamento, como importante contraponto a impedir os efeitos nefastos da autonomia da vontade. Desta forma, as cláusulas contratuais são submetidas ao teste da inserção social e da ponderação de princípios constitucionais, e só após este processo é que são consideradas adequadas, ou não, à ordem jurídica (NETTO, 2003, p. 271).

¹³ Corroborando com a noção que se defende ser a função social do contrato uma cláusula geral, tem-se o Enunciado do Conselho de Justiça Federal número 2, aprovado da I Jornada de Direito Civil: “Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito”. Neste caso, o enunciado considera a cláusula da função social do contrato capaz de legitimar a responsabilização de terceiro, que, porventura, que perturbe a relação jurídica obrigacional primitiva, em virtude do aliciamento a um dos contratantes. Aqui, se enquadra o caso recente, de repercussão nacional, ocorrido entre Zeca Pagodinho e a Cervejaria Schincariol. O cantor foi contratado para lançar a cerveja “Nova Schin” e logo depois de veicular sua imagem à cerveja, ignorou a existência do contrato e fez propaganda para cervejaria Brahma, denegrindo o produto do concorrente. Todos lembram de sua mensagem “foi apenas um amor de verão”. Assim, a Nova Schin ingressou em juízo, para que fosse proibida a veiculação do comercial, sob pena de multa diária. O juiz do Tribunal de Justiça de São Paulo fundamentou sua decisão alegando que o princípio da função social do contrato havia sido violado, assim como avaliou a conduta do Zeca Pagodinho contrária à boa-fé objetiva. Estipulou, ainda, que o cantor deveria pagar o estipulado na cláusula penal em função de ter praticado um ilícito contratual.

fundamentais, de modo a observar não apenas o desenvolvimento daquele contratante diretamente envolvido, mas de se obter o desenvolvimento da sociedade e da coletividade.

Hodiernamente, permite-se uma maior atuação da hermenêutica comprometida com os ideais de equidade e solidariedade, haja vista que a Constituição Federal e o Código Civil estão repletos de cláusulas gerais e de conceitos abertos e indeterminados, sendo possível a efetivação dos direitos fundamentais nas relações privadas.

2.6.3.1 O subprincípio da Conservação dos Contratos

O direito é considerado um subsistema que se posiciona ao lado de outros, como o econômico, o cultural e o político. É inegável que, assim como os outros, o ordenamento jurídico precisa estar sempre adequado às transformações da sociedade contemporânea e ao crescimento do Estado Democrático de Direito. De fato, houve profundas mudanças na sociedade e economia, que tornam a “função promocional do direito” cada vez mais importante, verdadeiro catalisador do desenvolvimento (BOBBIO, 2007, p.13).

O direito deve não só impedir os atos socialmente indesejáveis, como também a promover os socialmente desejáveis. O direito não pode ser uma espécie de camisa-de-força que impeça a boa utilização das novas tecnologias e da própria globalização. Nesse contexto de mudanças e de estímulo a medidas de inovação e promoção é que se insere, perfeitamente, o princípio da conservação do negócio jurídico, fundamental para preservar a liberdade e o tráfico jurídico.

O contrato, fato criador de direitos e produtor de normas, é o negócio jurídico considerado como meio indispensável às relações em sociedade e ao desenvolvimento dos sistemas. Efetivamente, se a utilidade do contrato permanecesse somente condicionada à questão da segurança jurídica, poderia ele ser objeto de injustiça social, como ocorreu na época do Liberalismo.

Na busca de um equilíbrio, verifica-se que os remédios jurídicos mais eficazes são aqueles que asseguram a indispensável justiça, ao mesmo tempo em que preservam tanto quanto possível a liberdade das partes. Assim, surge a noção de “dinamicidade” e “flexibilidade” do contrato, em oposição ao negócio fixo, irrevogável e cristalizado. A própria função social do contrato está associada ao princípio contratual da conservação, segundo o qual devem ser envidados todos os esforços, no sentido de manter a relação, prevalecendo, portanto, entre a revisão e a decretação de invalidade ou resolução, a revisão.

Considerado como um subprincípio da função social dos contratos, a conservação dos contratos impõe que, diante das consequências nas esferas econômica e social que a resolução do contrato acarreta, sempre que possível deve-se buscar a revisão em detrimento da resolução.

Oportuno se faz lembrar o Enunciado 22 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil, que evidencia a importância do subprincípio: “a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas”.

Ademais, o princípio da conservação do negócio jurídico pode ser encontrado nos arts. 144, 157, § 2º, 479, 662, 1.268, 1.551, 1.553, 1.554, 1.561 e 1.859 do Código Civil de 2002, assim como no Código de Defesa do Consumidor de forma ampla.

Portanto, não há dúvidas quanto ao imprescindível papel do contrato como fonte de direito, meio de agilidade e maximização das trocas econômicas, jurídicas e sociais. A função social, nesse aspecto, está atrelada à manutenção e incremento das aludidas relações, razão pela qual, os juízes, quando acionados para intervir nas relações obrigacionais, devem, na medida do possível, preservar os contratos com a utilização de medidas sanatórias, que respeitem a autonomia privada, observando sempre os princípios da boa-fé objetiva, do equilíbrio das prestações e da função social do contrato.

2.6.4 O Princípio da Boa-fé Objetiva

O princípio da boa-fé é um princípio diretivo básico que orienta o intérprete na realização do direito. “É um princípio normativo que se exprime por meio de cláusulas gerais, cuja importância crescente traduz a superação do positivismo legalista, com o seu modelo de sistema fechado, em favor da eticização das relações jurídicas” (AMARAL, 2008, p. 83).

Primeiramente, cabe destacar que “há controvérsia se a boa-fé encontra sua origem no Direito Romano ou no Canônico, no entanto, seu conteúdo de dever de lealdade constitui-se sobre a base lingüística e conceitual da *fides romana*”. (GOMES, 2004, p. 117). Especialmente após o período de expansão do Império Romano, verificou-se uma expansão de seu conteúdo, em decorrência das influências filosóficas recebidas pelos juristas romanos, e em conformidade com a mutação de seus diversos institutos jurídicos

Judith Martins-Costa (1998, p. 381) afirma:

A boa-fé objetiva é uma constante no direito ocidental, tendo sido acolhida nos seguintes diplomas: Código Civil francês, arts. 1134 e 1135; B.G.B. par. 242; Código Civil italiano, arts. 1.137, 1366, 1.375; Código Civil português. Ainda pode ser encontrado no Código Civil espanhol nos arts. 7 e 1.258; e, no Código Civil Argentino no art. 1.198.

O princípio da boa-fé possui dois sentidos diferentes: uma concepção subjetiva e outra objetiva. A concepção subjetiva corresponde ao estado psicológico da pessoa, ou seja, sua intenção ou seu convencimento de estar agindo de forma a não prejudicar ninguém. Já a concepção objetiva significa uma regra de conduta de acordo com os ideais de honestidade, probidade e lealdade, ou seja, as partes contratuais devem agir sempre respeitando a confiança e os interesses do outro.

A boa-fé subjetiva é também conhecida como boa-fé crença, na medida em que diz respeito a substâncias psicológicas internas do agente. Geralmente, o estado subjetivo, deriva da ignorância do sujeito, a respeito de determinada situação, ocorre, por exemplo, na hipótese do possuidor da boa-fé subjetiva, que desconhece o vício que macula a sua posse. Normalmente, tem aplicabilidade no direito possessório; nos casos de usucapião; na revogação de mandato; na cessão de crédito; no pagamento indevido; no direito de família, caso do casamento putativo; no direito sucessório, caso do herdeiro aparente, dentre outros.

Tereza Negreiros diferencia a boa-fé subjetiva da objetiva:

[...] a boa-fé objetiva distancia-se da noção subjetiva, pois consiste num dever de conduta contratual ativo, e não de um estado psicológico experimentado pela pessoa do contratante; obriga a um certo comportamento, ao invés de outro; obriga à colaboração, não se satisfazendo com a mera abstenção, tampouco se limitando à função de justificar o gozo de benefícios que, em princípio, não se destinariam àquela pessoa. No âmbito do contrato, portanto, o princípio da boa-fé impõe um padrão de conduta a ambos os contratantes no sentido da recíproca cooperação, com consideração dos interesses um do outro, em vista de se alcançar o efeito prático que justifica a existência jurídica do contrato celebrado (NEGREIROS, 2006, p. 122-123).

Importa salientar que o princípio da boa-fé sempre fez parte da teoria clássica dos contratos, mais precisamente dos princípios fundamentais, juntamente com os princípios da autonomia da vontade, do consensualismo (em que o acordo de vontades era suficiente para a perfeição dos contratos), da força obrigatória dos pactos (princípio da intangibilidade contratual), além do princípio da relatividade dos efeitos dos contratos (efeitos que vinculam apenas as partes). “Mas a ausência de uma regra específica sobre a boa-fé serviu, infelizmente, de justificativa para a sua inaplicabilidade, embora esse argumento seja infundado”. (DONNINI, 2004, p. 75).

O Código Civil de 1916 não previu a cláusula geral de boa-fé expressamente, embora tenha constado em vários dispositivos, como por exemplo, nos arts. 112 (fraude contra redores), 221 (casamento nulo e anulável), 255, parágrafo único (direitos e deveres da mulher), 490, 491, 514, 516 (posse), 549 (construções e plantações), 551 (usucapião ordinário), 612 (especificação), 622 (tradição), 935 (pagamento), 968 (pagamento indevido), 1272 (depósito), 1318 (extinção de mandato), 1382 (contrato de sociedade), 1404 (dissolução da sociedade), 1443 (contrato de seguro), 1477 (dívidas de jogo) e 1507 (títulos ao portador).

Relevante destacar que, no Brasil, a boa-fé subjetiva já estava presente no Código Civil de 1916, porém a objetiva, surgiu positivada pela primeira vez no Código de Defesa do Consumidor em 1990 e logo depois no Código Civil de 2002 - prevista nos artigos 113¹⁴, art. 187¹⁵ e art. 422¹⁶ - que estabelece um padrão de comportamento externo, impondo um padrão de conduta inerente ao homem leal, honesto, correto (BIERWAGEN, 2003, p. 52).

Nalin nos informa que: “Na verdade, o princípio da boa-fé objetiva não surge com o Código de Defesa do Consumidor, mas surge com a nova ordem constitucional. Faz parte, pois, do programa contratual-constitucional, inserido no pensamento sistemático”. (NALIN, 2006, p. 129-130).

Para Francisco Amaral (2008) o Código Civil de 2002 aborda a boa-fé objetiva sob duas acepções. Na primeira, como regra de comportamento, é considerada uma *norma interpretativo-integrativa*, o art. 113 do Código Civil, impõe que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. Nessa acepção, reconhecem-se na boa-fé objetiva três funções a *limitadora de direitos subjetivos*, principalmente no campo da autonomia privada; a interpretativa e a integrativa.

A primeira função é limitadora do exercício abusivo dos direitos subjetivos, esta reduz a liberdade de atuação dos parceiros contratuais ao definir algumas condutas e cláusulas como abusivas, seja controlando a transferência dos riscos profissionais, seja libertando o devedor em face da não razoabilidade da outra conduta.

A segunda função é interpretativa, define o melhor caminho na interpretação de um contrato, trata-se de um critério para se estabelecer o sentido e alcance da norma.

Já a terceira função é integrativa, “no sentido de que se constitui em princípio normativo a que se recorre para preencher eventuais lacunas” (AMARAL, 2008, p. 84).

¹⁴ Art. 113 – “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração” (BRASIL, 2002).

¹⁵ Art. 187- “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (BRASIL, 2002).

¹⁶ Art. 422- “Os contratantes são obrigados a guardar, assim, na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”(BRASIL, 2002).

Ademais a função integrativa também é chamada de *fonte criadora de deveres anexos ou laterais de conduta* (ALPA, 2006, p. 352). Dentre vários deveres anexos Judith Martins-Costa cita os seguintes:

1) Os deveres de cuidado, previdência e segurança; 2) os deveres de aviso e esclarecimento; 3) os deveres de informação, de exponencial relevância no âmbito das relações jurídicas de consumo, seja por expressa disposição legal (CDC, arts. 12, 14, 18, 20, 30 e 31), seja em atenção ao mandamento da boa-fé objetiva; 4) o dever de prestar contas, que incumbe aos gestores e mandatários, em sentido amplo; 5) os deveres de colaboração e cooperação, como o de colaborar para o correto adimplemento da prestação principal, ao qual se liga, em não dificultar o pagamento por parte do devedor; 6) os deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio do contraparte; 7) os deveres de omissão e de segredo, como dever de guardar sigilo sobre atos ou fatos dos quais se teve conhecimento em razão do contrato ou de negociações preliminares (COSTA, 1998, p. 439).

O não cumprimento desses deveres anexos pode ser considerado uma inexecução contratual positiva, haja vista que o devedor deixa de fazer algo que deveria ter feito. (MENEZES CORDEIRO, 2007, p. 594).

Cumprir informar que um desses deveres anexos ou laterais que vem crescendo na Itália - que, inclusive será tratado nos próximos capítulos dessa dissertação – é a chamada *obrigação de renegociar o contrato*, em caso de superveniente onerosidade excessiva. No âmbito dos contratos internacionais, esse dever recebe o nome de *cláusula hardship* ou cláusula de renegociação. Em um contrato que conste tal cláusula, não podem as partes procurar o Judiciário requerendo a resolução ou revisão, sem antes tentar uma renegociação amigável visando reequilibrar o contrato. Seria uma verdadeira “condição da ação”.

Sobre a obrigação de renegociar o contrato, Francesco Macário cita alguns autores que também desenvolvem o tema (2004, p. 224-233): Vincenzo Roppo (2001, p. 1.046-1047); Guido Alpa (1991, p.353); Lollini em *La buona fede ausiliaria del programma contrattuale*.

A segunda acepção da boa-fé objetiva do Código Civil de 2002 relaciona-se com o art. 422, em que os contratantes são obrigados a respeitar os princípios da probidade e da boa-fé, tanto na conclusão, quanto na execução do contrato.

Francisco Amaral declara que o princípio da boa-fé objetiva trata-se de um:

Valor ético que se exprime em um dever de lealdade e correção no surgimento e desenvolvimento de uma relação contratual. É regra de comportamento que se funda na honestidade, na retidão, na lealdade, e que impõe um dever de conduta não abusiva e razoável das partes contratantes em relação ao conteúdo das respectivas prestações. (AMARAL, 2008, p. 85).

Tereza Negreiros aborda essa questão da boa-fé como cláusula geral com fundamentação constitucional:

A fundamentação constitucional do princípio da boa-fé assenta na cláusula geral de tutela da pessoa humana, em consonância ao ditame constitucional, que determina como objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade solidária, na qual o respeito ao ser humano é fundamental a toda e qualquer relação jurídica. Há, pois, uma valorização da dignidade da pessoa humana em substituição à autonomia do indivíduo, na medida em que as relações obrigacionais passam a constituir-se num espaço à concretização da cooperação e solidariedade entre as partes e, sobretudo, de desenvolvimento da personalidade humana (NEGREIROS, 2006, p. 117-118).

Os princípios da boa-fé, da justiça contratual e da autonomia privada, inegavelmente, se relacionam e, aliados à função social, se completam, ou seja, guardam entre si, uma relação de complementação e de necessária harmonização (e não de limitação). A liberdade contratual necessita de justiça contratual, como corretivo, tanto quanto a justiça contratual pressupõe a liberdade contratual.

De fato, pode ser uma dificuldade determinar com absoluta exatidão o que vem a ser um comportamento leal, honesto, correto, cabendo ao intérprete estabelecer o seu sentido e conteúdo, mas o que vale é verificar o padrão objetivo da conduta, em determinado momento histórico e meio social. E, é exatamente por isso, que a boa-fé objetiva é considerada uma cláusula geral - preceito genérico e aberto – eis que a lei não define um padrão de conduta ou determina o que seja a boa-fé. O seu conteúdo haverá de ser completado e definido casuisticamente pelo juiz, exigindo-lhe um trabalho a ser cumprido por meio da hermenêutica, da interpretação.

Neste contexto, o princípio da boa-fé tem um papel importante na efetivação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, pois impõe às partes um padrão de conduta, que determina e assegura o equilíbrio de suas prestações.

2.6.5 O princípio do equilíbrio econômico ou da justiça contratual

A justiça contratual clássica considerava que para o contrato ter validade e obrigatoriedade, bastaria a livre manifestação da vontade, segundo o ditado “[...] *tout contrat libre est un contrat juste*”¹⁷. Como já dito, a contratação nos ideais clássicos levou a muitas injustiças sociais e contratuais e com a finalidade de combater o desequilíbrio contratual, a

¹⁷ A expressão significa que “todo contrato livre é um contrato justo”, e consta na obra de GHESTIN. (apud NALIN, 2006, p. 139)

teoria da igualdade formal sofreu um notável declínio, e em seu lugar busca-se a igualdade substancial, por ser mais eficaz às necessidades atuais. Neste sentido, Paulo Luiz Netto Lobo:

O princípio da equivalência material busca realizar e preservar o equilíbrio real de direitos e deveres no contrato, antes, durante e após sua execução, para harmonização dos interesses. Esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis. O que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para outra, aferível objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária. O princípio clássico *pacta sunt servanda* passou a ser entendido no sentido de que o contrato obriga as partes contratantes nos limites do equilíbrio dos direitos e deveres entre elas (LÓBO, 2011).

O presente princípio baseia-se na equivalência da prestação devida e da contraprestação correspondente, gerando equilíbrio entre as partes. Na realidade, o tratamento equânime ou igualitário é considerado uma ilusão, pois jamais haverá igualdade absoluta, em função das diferenças sociais e culturais existentes entre os indivíduos, todavia, as desigualdades podem ser atenuadas.

O princípio da justiça contratual se manifesta, nos contratos que chama de recíprocos, em rigor bilaterais, sinalagmáticos e comutativos, quer pela equivalência objetiva entre prestação e contraprestação, quer pela equitativa distribuição dos ônus e riscos contratuais entre as partes contratantes. (KARL LARENZ *apud* GODOY, 2004, p. 36).

Godoy (2004, p.37) ainda considera que mesmo garantida a equivalência objetiva em que a prestação equivale a uma contraprestação, de forma objetiva e não meramente em função das partes, “remanesce a dificuldade de identificar qual a justa extensão desse balanceamento (*justum pretium*), qual o justo valor retributivo da prestação de cada uma das partes. Inexiste, pois, um critério definitivo para identificar o preço justo”.

“Em relação à comutatividade, as prestações não precisam ser rigorosamente de mesmo valor, mas devem corresponder às expectativas que as partes tinham (equivalência subjetiva)” (BIERWAGEN, 2003, p. 70).

O princípio do equilíbrio contratual ou da equivalência material possui um aspecto subjetivo e um objetivo, segundo Paulo Luiz Netto Lobo:

O princípio da equivalência material desenvolve-se em dois aspectos distintos: subjetivo e objetivo. O aspecto subjetivo leva em conta a identificação do poder contratual dominante das partes e a presunção legal de vulnerabilidade. A lei presume juridicamente vulneráveis o trabalhador, o inquilino, o consumidor, o

aderente de contrato de adesão. Essa presunção é absoluta, pois não pode ser afastada pela apreciação do caso concreto. O aspecto objetivo considera o real desequilíbrio de direitos e deveres contratuais que pode estar presente na celebração do contrato ou na eventual mudança do equilíbrio em virtude de circunstâncias supervenientes que levem a onerosidade excessiva para uma das partes (LÔBO, 2011).

A partir do sinalagma contratual a ordem jurídica protege o contratante contra a lesão e contra a onerosidade excessiva. No primeiro caso, torna-se anulável o contrato ajustado, por quem age, sob premente necessidade ou por inexperiência, obrigando-se a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta (Código Civil, art. 157).

No que concerne à superveniência de acontecimentos extraordinários, que tornem a prestação excessivamente onerosa para uma das partes contratantes e extremamente vantajosa para a outra, o que a lei faz é permitir a resolução do contrato ou a revisão de seus termos, para restabelecer o equilíbrio econômico entre prestação e contraprestação. (THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 11-12). É o princípio da justiça contratual que fundamenta a revisão dos contratos.

O princípio do equilíbrio econômico¹⁸ incide sobre o programa contratual, servindo como parâmetro para a avaliação do conteúdo e do resultado do contrato, mediante a avaliação das vantagens e dos encargos atribuídos a cada uma das partes contratantes. O princípio da igualdade substancial denota uma preocupação com a parte mais vulnerável. Assim, “a justiça contratual torna-se um dado relativo não somente ao processo de formação e manifestação da vontade dos declarantes, mas, sobretudo, relativo ao conteúdo e aos efeitos do contrato” (NEGREIROS, 2006, p. 159).

Conclui-se que, a concepção de justiça – antes centrada na liberdade e na autonomia da vontade – dá lugar ao princípio da paridade e do equilíbrio econômico, e, em caso de desproporção entre as prestações a serem cumpridas pelas partes, deve ser buscada a equidade, que deve existir nos contratos comutativos.

¹⁸ O princípio do equilíbrio econômico também é conhecido como “princípio do sinalagma” (NEGREIROS, 2006, p.158).

3 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* ¹⁹:

Atualmente, a teoria da onerosidade excessiva aplicada aos contratos civis está disciplinada nos artigos 478 a 480 do Código Civil de 2002, mas tem sua origem e fundamento, principalmente, na cláusula *rebus sic stantibus* e na teoria da imprevisão.

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

Ao longo dos anos, a evolução do Direito foi no sentido de relativizar a autonomia privada, tanto no direito pátrio como no direito estrangeiro, diversas outras teorias semelhantes foram formuladas e pesquisadas. O presente capítulo será destinado ao estudo dessas teorias que precederam o atual instituto da onerosidade excessiva nos contratos.

3.1 O conceito da cláusula *rebus sic stantibus*

A principal razão de se abordar a cláusula *rebus sic stantibus* reside na evidência de que ela foi e ainda é citada de forma recorrente pelas próprias jurisprudências brasileiras, como uma figura capaz de conduzir à revisão ou resolução do contrato por desequilíbrio superveniente. Contudo, importa mencionar que no sentido amplo da expressão *rebus sic stantibus* ultrapassa o próprio campo contratual e neste contexto Renato José Moraes nos informa que:

Há dois sentidos principais para o uso da expressão *rebus sic stantibus*. O primeiro e mais amplo é utilizado para designar que todos os atos jurídicos têm sua eficácia subordinada a certa permanência do estado das coisas no momento em que se formaram. Essa concepção não está preocupada em afirmar requisitos, em especificar remédios, ou delimitar o âmbito de abrangência da figura. É colocada mais no âmbito das idéias jurídicas, do que propriamente como uma figura jurídica de traços definidos. Perceba-se que nem mesmo atrelada ao instituto do contrato ela está. Se aplicada ao campo contratual, estaria mais próxima de uma noção geral de alteração das circunstâncias do que da onerosidade excessiva. O segundo e mais estrito sentido da expressão tem cabimento para designar a seguinte situação: a cláusula *rebus sic stantibus* é aquela pela qual os contratos de duração, ou de

¹⁹ Vale ressaltar que, apesar da cláusula *rebus sic stantibus* não ter seu emprego restrito aos contratos, abordar-se-á neste estudo apenas a esta sua forma de aplicação, visto que é a mais comum e de maior importância, além de ser aquele campo onde surgem as maiores discussões em torno de suas características e sua abrangência. (MORAES, 2001. p. 2).

execução diferida, podem ser revisados ou resolvidos, devido à ocorrência de fato superveniente, com algum grau de imprevisibilidade, que desequilibra a relação contratual de maneira grave. Esse é o sentido que, já adstrito ao campo contratual, também se aproxima da onerosidade excessiva. (MORAES, 2001, p. 29)

No sentido estrito a denominada cláusula *rebus sic stantibus*²⁰ é abreviação da seguinte fórmula: *contractus qui habent tractum succesivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur*, que, literalmente, significa: “nos contratos de trato sucessivo ou a termo, o vínculo obrigatório se entendia subordinado à continuação daquele estado de fato vigente ao tempo da estipulação” (FONSECA, 1958, p. 14).

Trata-se de uma regra que, não há, necessariamente, de estar prevista, expressamente, no contrato, sendo aplicável, portanto, de pleno direito, quando da ocorrência de modificações no estado de fato, em relação ao momento de formação do pacto. Quer se dizer que, aplica-se tal regra quando, nos contratos diferidos no tempo, aqueles em que os momentos de celebração e de execução não coincidem, houver alteração superveniente das circunstâncias fáticas existentes, capazes de alterar, substancialmente, o cumprimento da obrigação.

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

Depois dessas considerações, convém destacar a lição de Caio Mário da Silva Pereira acerca da cláusula *rebus sic stantibus*:

[...] consiste, resumidamente, em presumir, nos contratos comutativos, uma cláusula, que não se lê expressa, mas figura implícita, segundo a qual os contratantes estão adstritos ao seu cumprimento rigoroso, no pressuposto de que as circunstâncias ambientes se conservem inalteradas no momento da execução, idênticas às que vigoravam no da celebração. (PEREIRA, 2003, p. 98)

Muito se discute acerca da origem desta cláusula e, para compreender a Teoria da Imprevisão, absolutamente necessário investigar os acontecimentos pretéritos que envolvem o surgimento da cláusula *rebus sic stantibus*.

²⁰ Apesar de a cláusula *rebus sic stantibus* não ter seu emprego restrito aos contratos, abordar-se-á neste estudo apenas esta forma de aplicação, visto ser o campo onde surgem as maiores discussões em torno de suas características e sua abrangência.

3.2 As aparições da cláusula *rebus sic stantibus* ao longo da história

Há várias opiniões acerca do surgimento da cláusula *rebus sic stantibus*. Ora tem sido apontada como originada do Direito Romano, ora do Direito Canônico. Entretanto, a doutrina, em sua opinião majoritária, tem adotado como gênese deste instituto o Direito Canônico da Idade Média, tendo como principal precursor Santo Agostinho²¹. Passa-se, portanto, a analisar historicamente a aparição da cláusula.

3.2.1 Da Antiguidade Oriental

A Antiguidade Oriental foi marcada por três codificações importantes para a história do direito: “o Código de Ur-Nammu (aproximadamente 2040 a.C.), as Leis de Eshnunna (cerca de 1930 a.C) e o Código de Hamurabi (por volta de 1694 a.C), este último encontrado em 1901, nas escavações promovidas por Jean Marie Morgan”. (RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p.33)

Há notícias de aparição da cláusula *rebus sic stantibus*, mesmo que remotamente, na Lei 48 - Código de Hamurabi²², isso porque naquela época já havia um grande desenvolvimento de atividades mercantis. John Gilissen (1995, p.63), afirma que:

Graças ao desenvolvimento da economia de troca e das relações comerciais, o direito da época de Hamurabi criou a técnica dos contratos, ainda que os juristas não tivessem chegado a construir uma teoria abstracta do direito das obrigações; da Babilônia, esta técnica dos contratos espalhou-se por toda a bacia do Mediterrâneo; os Romanos herdaram-na finalmente e conseguiram sistematizá-la.

Enfim, doutrinadores como Carlos Alberto Bittar (1993, p. 97) e Rogério Ferraz Donnini (1999, p.14) acreditam que já havia contornos de revisão dos contratos na codificação mesopotâmica.

²¹ Neste particular, a doutrina pátria, de forma majoritária, tem admitido os estudos de Arnaldo Medeiros da Fonseca (1958, p. 198), em sua obra *Caso fortuito e teoria da imprevisão*, assim afirma: “A cláusula *rebus sic stantibus*, pela qual o vínculo obrigatório, em certa categoria de contratos, entendia-se subordinado à continuação daquele estado de fato existente ao tempo da sua formação, foi obra, como dissemos, dos juristas do direito canônico e da jurisprudência dos tribunais eclesiásticos, assim como dos pós-glosadores ou bartolistas”.

²² Se alguém tem um débito a juros, e uma tempestade devasta o campo ou destrói a colheita, ou por falta de 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.

3.2.2 Da Antigüidade Clássica

Embora haja controvérsia sobre a existência de técnicas revisionais dos contratos no Direito Romano, Otávio Luiz Rodrigues Júnior (2006, p.33 e 34) afirma como fonte da cláusula *rebus sic stantibus* as noções estoicas trazidas nos pensamentos de Cícero (106-43 a.C.) e Sêneca (4 a.C. – 65).

Marco Túlio Cícero (1999, p.170) na obra “*De Officiis ad Marcum filium*”, livro III, ensina a seu filho que, caso receba emprestada uma espada de outrem e, posteriormente, perceba que o dono enlouqueceu, seria lícito não devolvê-la, descumprindo o dever contratual justificado por mudanças dos tempos e das circunstâncias que levam à alteração da verdade. Nas palavras de Cícero, traduzidas por Rodrigues Júnior:

Portanto, nem sempre é bom cumprir as promessas ou devolver depósitos. Se alguém que te confiou a espada quando são pedi-la quando insano, entregá-la seria insensatez e retê-la, um dever. Se aquele que te confiou o dinheiro fizer guerra contra a pátria, devolverás o depósito? Não, penso eu, pois assim agirias contra a república, que deve constituir a principal afeição. Assim, muitas coisas que parecem honestas por natureza tornam-se, conforme as circunstâncias, desonestas. Cumprir as promessas, aferrar-se aos acordos e devolver os depósitos deixam de ser ações honestas quando já não são úteis.²³ (RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p.34)

Na obra “*De Beneficiis*” no Livro IV, Sêneca também propõe a ruptura superveniente de um contrato, baseado em alteração de circunstâncias:

A menor mudança deixa-me inteiramente livre para modificar minha determinação, desobrigando-me da promessa. Prometi-vos minha 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.²⁴ (RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p. 35)

²³ Texto original: *Ergo et promissa non facienda nonnumquam neque semper deposita reddenda. Si gladium quis apud te sana mente deposuerit, repetat insaniens, reddere peccatum sit, officium non reddere. Quid? Si is, qui apud te pecuniam deposuerit, bellum inferat patriae, reddasne depositum? Non credo, fácies enim contra rem publicam, quae debet esse carissima. Sic multa, quae honesta natura videntur esse, temporibus fiunt non honesta. Facere promissa, stare conventis, reddere deposita commutata utilitate fiunt non honesta.* (MENEZES CORDEIRO, 2007, p.929)

²⁴ Tradução de Otávio Luiz Rodrigues Júnior. (2006, p. 35).

Contudo, não são os únicos antecedentes acerca do tema no Direito Romano. Outros filósofos e pensadores não ligados ao estoicismo também fizeram observações. Menezes Cordeiro traz o seguinte fragmento de Polybios (203-120 a.C.):

Se a situação agora ainda fosse a mesma do que antes, na altura em que vocês concluíram a aliança com os Aetólios, então vocês deveriam decidir-se a manter firme o vosso convênio, pois a isso vos teríeis obrigado; caso ela esteja, contudo totalmente modificada, então ser-vosá justificado retomar, sem quaisquer dúvidas, a questão [...] (MENEZES CORDEIRO, 2007, p. 938)

M. Villey (2005, p. 34), ao trazer o pensamento de Platão (428-347 a.C.), informa que para o filósofo, em direito privado, seria injusto estabelecer que o depósito deva ser sempre restituído, uma vez que pode se tratar do depósito de uma arma entregue a um louco. Esse exemplo, tornado clássico, será retomado por Aristóteles (384 - 322 a.C.) e por Santo Tomás de Aquino (1225-1274). No diálogo “A República”, Livro I, Platão explicita a fala de Sócrates:

As tuas palavras estão cheias de beleza, Céfalos – admite – Mas essa virtude, a justiça, afirmaremos simplesmente que consiste em dizer a verdade e restituir o que se recebeu de alguém ou que agir deste modo é umas vezes justo e outras injusto? Eu explico-o assim: toda a gente concorda que, quando se recebem armas de um amigo são de espírito que, tendo enlouquecido, as reclama, não se lhes devem restituir e quem lhes restituísse não seria justo, como não o seria quem quisesse dizer toda a verdade a um homem nesse estado (PLATÃO, 1949, p. 9-10).

Destarte, importa esclarecer que os trechos de Cícero e Sêneca são de natureza filosófica e oratória, não sendo textos estritamente jurídicos (MENEZES CORDEIRO, 2007), com o que a afirmação de fonte da cláusula *rebus* deve ser entendida tendo em vista esse distanciamento. Já os outros exemplos, o de Polybios e o de Platão, este último retomado por Aristóteles, não configuram ilustrações de desequilíbrio contratual superveniente, mas de alteração das circunstâncias num sentido amplo. O que se pode deles depreender é que, de acordo com certas circunstâncias, uma modificação ou um não cumprimento de uma promessa também pode ser um ato de moralidade.

3.2.3 *Direito Romano*

O Direito Romano é o conjunto de normas que regeram a sociedade romana, desde a sua fundação, lendária, em 754 a. C., até a morte de Justiniano, Imperador do Império

Romano do Oriente, em 565 d. C. A codificação por este ordenada é tida como conclusiva. (MARKY, 1995, p. 5).

Após sua morte, o Direito Romano teve destinos diversos. “No Oriente desenvolveu-se o direito bizantino, a partir de compilações ordenadas pelos imperadores para facilitar a aplicação da obra de Justiniano” (MOREIRA ALVES, 1967, p. 67).

Depois da queda do Império (476 d. C.) no Ocidente, o estudo do Direito Romano decaiu, sendo as noções jurídicas ensinadas de modo bastante imperfeito e pouco profundo, o que perdurou até o século XI, época conhecida como a do ressurgimento do direito romano, na Universidade de Bolonha, pela Escola dos Glosadores (séc. XI a XIII), fundada por Irnério (MOREIRA ALVES, 1967, p. 69).

Foi “a partir do séc. XIII ao XV, que a Escola dos Pós-Glosadores ou dos Comentadores preocupou-se com aplicação prática do Direito Romano de acordo com as necessidades de seu tempo”. (MOREIRA ALVES, 1967, p. 69).

“Fundindo as normas de Direito Romano, do Direito Canônico com as do Direito local, criou-se o denominado Direito Comum”, que, do século XIII até as codificações de direito privado, vigorou em diversos países europeus, como Itália, Alemanha, França, Espanha e Portugal (MOREIRA ALVES, 1967, p. 70-71).

O *Corpus Iuris Civilis*, denominação dada pelo romanista Dionísio Godofredo em 1538 à codificação de Justiniano, foi considerado a base do direito da Europa Ocidental por mais sete séculos, vigendo até o advento das codificações. É formado pelo Codex (leis emanadas dos imperadores, inclusive Justiniano, em 529 d. C.), pelo Digesto ou Pandectas (que é a seleção da obra dos jurisconsultos clássicos, composto de 50 livros – nele estão presentes também as interpolações, alterações feitas pelos compiladores para harmonizar os textos escolhidos com os princípios então vigentes), pelas Institutas (um manual de direito para estudantes) e pelas Novelas (novas leis baixadas por Justiniano entre 529 e 565 d. C.) (MARKY, 1995, p. 9-10).

O direito do período clássico (de 126 a.C. até 305 d.C.) foi construído em sentido contrário ao formalismo e materialismo do período primitivo em razão da atuação dos pretores urbano e peregrino. Como o *ius civile* só se aplicava aos cidadãos romanos, com o desenvolvimento do comércio surgiu a necessidade de se disciplinarem as relações envolvendo estrangeiros, e daí desenvolveu-se o *ius gentium*, fundado no costume comercial e respeito à boa-fé ou à palavra dada. O pretor, tanto urbano, que cuidava dos conflitos entre romanos, como o peregrino, tinha o poder de conceder e negar ações. Tais ações passaram a ser concedidas a situações que não eram, no período anterior, protegidas. É desta maneira que

ao lado do *ius civile* foi se construindo o *ius honorarium ou praetorium*, pelo trabalho dos pretores resolvendo conflitos comerciais da época. (MOREIRA ALVES, 1967, p. 80 -82).

Com efeito, no período clássico já se pode falar da concepção romana de contrato que, por sua vez, é diferente da moderna. Os intérpretes do Direito Romano classificavam os tipos contratuais quanto a sua constituição em verbais, literais, reais ou consensuais. (MOREIRA ALVES, 1966, p. 146 b).

Não havia a noção geral e abstrata de contrato, cada tipo contratual não se definia apenas como um acordo de vontades, este existia e era o elemento subjetivo pressuposto em cada contrato, mas, além dele, havia mais um elemento objetivo, que podia ser a entrega de uma coisa, ou a observância de uma forma prescrita, responsáveis por criar a obrigação. (MOREIRA ALVES, 1966, p. 138 b).

O *stipulatio* era o contrato verbal por excelência, e o mais importante de todos os contratos no direito romano. Possuía a característica da simplicidade, tendo em vista que a obrigação surgia apenas da prolação das palavras solenes, era imenso seu campo de aplicação. Pelo *stipulatio* era possível tornar obrigatória qualquer convenção. (MOREIRA ALVES, 1966, p. 138 b).

Os contratos literais, por sua vez, também tinham uma forma – a escrita – seu elemento objetivo gerador da obrigação. Entretanto, são pouco conhecidos, pela escassez de fontes a seu respeito e por não serem muito utilizados pelos romanos. (MOREIRA ALVES, 1966, p. 181 - b).

Os contratos reais tinham como elemento objetivo gerador da obrigação a entrega efetiva de uma coisa, além do acordo de vontades, pressuposto subjetivo. Eram eles o mútuo, o comodato, o depósito e o penhor (MOREIRA ALVES, 1966, p. 150 b).

Os contratos consensuais eram exceções àquela regra de que havia sempre ao lado do acordo de vontades um elemento objetivo gerador da obrigação, pois neles a vontade por si só já tinha força obrigatória. Eram a compra e venda, a locação, o mandato e a sociedade. Consistiam numa primeira exceção ao formalismo.

Para completar o quadro dos contratos e dos acordos de vontade no período clássico do direito romano, resta falar sobre os pactos. Se por um lado o contrato não era sinônimo de acordos de vontade no direito romano, por outro lado, havia outros acordos de vontade que não eram contratos: os pactos. De acordo com Corrêa e G. Sciascia (1988, p. 207) “os pactos eram, ontologicamente, acordos sem formalidades”.

O conceito de *pactum* variou nas diferentes etapas de evolução do Direito Romano. No tempo da lei das XII Tábuas, *pactum* trazia a idéia de celebração de paz, como o acordo de

vontades que visava a extinguir um vínculo jurídico entre as partes, para eliminar a pretensão de uma delas contra a outra. No período clássico, continuava-se a reconhecer apenas a eficácia negativa do *pactum*: não se podia criar, através dele, obrigação, nem era ele protegido por uma *actio*. Apenas se permitia que ele fosse tutelado por uma *exceptio*, um meio de defesa indireto (MOREIRA ALVES, 1966, p. 242 b). Mas, ainda no direito clássico, ao lado desse entendimento, passou-se a atribuir ao *pactum* eficácia positiva, para que as partes pudessem modificar uma relação obrigacional, através de um pacto adjeto (MOREIRA ALVES, 1966, p. 242 b).

Pode-se perceber que no direito romano nem todo acordo de vontades gerava obrigação. Não vigorava o chamado princípio do consensualismo.

Alguns textos de jurisconsultos clássicos, colacionados no Digesto, são costumeiramente referidos como um germe romano daquilo que se tornaria a cláusula *rebus sic stantibus* (GODOY, 2004, p. 54). O primeiro deles é um trecho de Neratius Priscus, jurisconsulto do final do século I ao início do século II, Digesto XII. 4. 8:

O que Sêrvio escreve no livro dos dotes, que se entre as pessoas que contraíram núpcias uma delas não tivesse atingido a idade legal, pode ser restituído o que, entretanto lhe fora dado a título de dote, assim deve ser entendido, sobrevivendo o divórcio antes que ambas as pessoas tenham a idade legal, seja feita a restituição daquele dinheiro, porém, permanecendo no mesmo estado matrimonial, não é possível mais esta restituição, também daquilo que a esposa haja dado ao esposo a título de dote, tanto que perdure entre eles a afinidade; porque aquilo que se dá por esta causa, não se tendo consumado, todavia a conjunção carnal, como era preciso que acontecesse a fim de que chegasse a constituir o dote, ou enquanto isso possa vir a suceder, não haverá restituição. (RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p.35)

Outro fragmento do Digesto é o de Sextus Caecilius Africanus, jurisconsulto do século II, extraído do Digesto XLVI. 3. 38 pr:

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 JÚNIOR, 2006, p.35)

Há também um trecho de Julius Paulus, jurisconsulto do final do século II ao início do século III, exposto no Digesto XXVIII, 6, 43, referente à sucessão testamentária, no qual se estipulava a caducidade da disposição que substituiu herdeiro mudo e sem descendentes

devido à sua deficiência física, que, depois da morte do pai, casou e teve filho (MORAES, 2001, p.44).

No primeiro caso, o problema se refere ao dote e à possível mudança de estado matrimonial. No segundo deles, é a mudança de estado do sujeito que se coloca como um problema. No terceiro, a controvérsia gravita em torno de um motivo expresso da declaração de vontade, que vem a se mostrar, em momento superveniente, equivocado. No mais, as expressões *rebus sic stantibus* ou *rebus sic se habentibus* não foram utilizadas.

Apesar de vários autores, como Arnaldo Medeiros da Fonseca (1958, p.158) e Eduardo Espínola (1951, p. 297), considerarem estas referências como base da teoria da imprevisão, concorda-se com Renato José Moraes (2001, p. 45) que “tais fragmentos apenas apresentam modos de se lidar com modificações no estado de fato das coisas que interferem em relações jurídicas”. Apenas aproximam-se da concepção ampla de *rebus sic stantibus*, do gênero alteração das circunstâncias, mas não da sua concepção estrita, relacionada com a onerosidade excessiva.

O Direito Romano no período pós-clássico foi marcado por ser elaborado quase que exclusivamente pelo Estado, através das constituições imperiais. Tinha caráter doutrinário, não formalista, e alguns juristas bizantinos entendiam que o acordo de vontade, de mero pressuposto de fato dos contratos, passava a ser seu elemento juridicamente relevante, o que modificaria o sistema contratual romano.

Desse modo, a diferença entre contrato e pacto não mais existiria, uma vez que de qualquer acordo de vontades surgiriam obrigações, e os contratos consensuais deixariam de ser uma exceção. Moreira Alves (1966, p.139) considera que este entendimento não é majoritário, mas não se nega que o estudo sobre os pactos tenha contribuído decisivamente para que o acordo por si só gerasse obrigações (CORRÊA. G. SCIASCIA, 1988, p. 207).

Segundo Renato José Moraes (2001, p. 44), houve outras referências específicas do período pós-clássico à superveniente alteração do estado de fato subjacente a um ato jurídico. O primeiro fragmento legal seria a disposição do Codex, 5, 1, 5, 4, que:

[...] determinava a devolução das arras sponsalícias, em caso de arrependimento da esposa por justo motivo. Tratando de matéria especificamente contratual, cita a disposição contida no Codex 4, 65, 3, sobre “a permissão dada ao locador para reaver a coisa antes do prazo estabelecido, em nome da necessidade do proprietário, denominada *jus poenitendi*. (MORAES, 2001, P.44)

No Baixo Império, período que vai de antes do final do período clássico até o final do período pós-clássico, João Batista aponta que o direito de arrependimento servia de instrumento adaptativo do contrato a dificuldades supervenientes. (VILLELA, 2009, p. 385).

Renato Moraes (2001, p. 44) afirma que “esse *jus poenitendi* poderia até ser considerado algo mais próximo à noção da cláusula *rebus sic stantibus* em sentido estrito, um pouco mais perto do conteúdo que viria a ter a onerosidade excessiva”.

Segundo Osti, autor que estudou com profundidade as raízes históricas da cláusula:

[...] a razão principal para o direito romano não ter formulado a cláusula *rebus sic stantibus* é justamente a de que como nele não penetrou o princípio do consensualismo, não havia a necessidade de condicionar o puro acordo de vontades à permanência de um determinado estado de fato. (OSTI, 1973, p. 179)

É interessante notar que, nos momentos de alargamento das hipóteses de vínculo obrigacional meramente consensual, aparecem menções ao sentido amplo da cláusula *rebus sic stantibus*. Do período clássico, em que já houve certa percepção do elemento do consenso, datam os fragmentos colacionados que se associam à idéia da cláusula. No final do período pós-clássico, quando para alguns não existia mais diferença entre contrato e pacto, há uma menção expressa ao problema de adaptação do vínculo a dificuldades supervenientes.

Percebe-se, com o estudo do Direito Romano, que a cláusula *rebus sic stantibus* não tem sentido num sistema de direito em que a vontade não ocupa um lugar de destaque no vínculo obrigacional. Renato José Moraes concorda:

A razão de os jurisconsultos e legisladores romanos não terem formulado um princípio geral, semelhante à cláusula *REBUS SIC STANTIBUS* em sentido estrito, pode estar na ausência do dogma da eficácia da vontade contratual entre eles. O direito romano, como foi dito, privilegiava a relação objetiva entre bens e obrigações que se dava entre as partes; assim, o contrato não era uma estrutura estática que precisasse ser flexibilizada pela cláusula *REBUS SIC STANTIBUS*. (MORAES, 2001, p. 46)

No início da modernidade, quando o problema do superveniente desequilíbrio contratual for mais precisamente delineado, ver-se-á sua relação, principalmente, ao elemento consensual. E essa vinculação permanece até o direito vigente, constituindo um dos elementos centrais para a tutela da onerosidade excessiva, uma das suas essências.

Diante do breve estudo do Direito Romano conclui-se pela ausência da essência da cláusula nessa época. Pode-se dizer, assim, que as alusões citadas nesta seção a respeito de modificações supervenientes no estado de fato das coisas não revelam um modelo teórico

específico da *cláusula rebus sic stantibus*. Contudo, com certeza, contribuíram para que a cláusula se tornasse uma realidade na Idade Média²⁵.

3.2.4 Da Idade Média

3.2.4.1 Dos Glosadores

Com as invasões bárbaras a partir do século V, o Direito Romano não foi mais estudado nem praticado no Ocidente como ocorria na civilização romana. Dos séculos V ao XI, o direito permaneceu sendo aplicado mais pela tradição herdada, do que pelo seu estudo e desenvolvimento. Nesse período, somaram-se ao direito alguns costumes bárbaros e certas práticas contratuais advindas das circunstâncias históricas da Idade Média.

O processo histórico “não foi de fusão entre o elemento romano e o germânico, mas de assimilação pelos bárbaros da civilidade jurídica romana, levando à formação de uma nova civilidade, extremamente complexa e plural” (ASTUTI, 1961, p. 767).

Muda-se esse panorama na Baixa Idade Média, quando “começa o estudo do Direito Romano Justinianeu e a conseqüente renovação da cultura e da vida jurídica medieval”, assinala-se o “início da idade do direito comum, do século XII ao século XVIII, no qual nascerá a cláusula *rebus sic stantibus*”. (ASTUTI, 1961, p. 767). Durante este período histórico, um fator fundamental de desenvolvimento do direito é constituído pela atividade da jurisprudência teórica e prática.

O sistema contratual desenvolvido pelo pensamento dos glosadores e pós-glosadores, do séc. XII ao XV, na lição de G. Astuti, “reconstruiu substancialmente o sistema romano justinianeu, e a ele permaneceu fielmente ligado”. (ASTUTI, 1961, p. 770).

A escola dos glosadores que se inicia em Bolonha, no final do século XI, é a precursora do renascimento do Direito Romano. Otávio Luiz Rodrigues Júnior esclarece:

Irnerius, considerado por Godofredo como *primus illuminator scientiae nostrae*, principiara um curso de Direito Romano e, a partir de então, criara a Escola da Glosa ou dos Glosadores. Seu método consistia em intercalar nos antigos fragmentos dos livros de Jurisprudencia algumas notas, ou, sendo texto de maior importância, os professores escreveriam as explicações (glossae) em seus próprios exemplares, divulgando-os entre os discentes por meio de cópias. (RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p.38 -39).

²⁵ As fontes romanas encaixam-se numa concepção ampla da cláusula *rebus sic stantibus*, uma tentativa de regular as relações jurídicas que sofreram modificações supervenientes do estado de fato.

O autor de “As Decretais”, Graciano, professor de Bolonha, publicadas no século XII, é considerado por Giuseppe Osti como o verdadeiro precursor da cláusula *rebus sic stantibus*:

[...] 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-la para que se não mate a si ou aos outros, até que se recupere a sanidade mental. (MENEZES CORDEIRO, 2007, P.60)

Dessa forma, ao afirmar que é possível descumprir uma promessa para se praticar o bem, Graciano justifica o não cumprimento de um pacto por alterações supervenientes das circunstâncias de fato.

3.2.4.2 Dos Canonistas

As primeiras comunidades de cristãos, em suas origens, pretenderam diferenciar suas regras do direito pagão, chamando-as de cânones e não de leis. Referiam-se às regras da vida eclesial e às condutas dos cristãos, com o pressuposto de não existir verdade de fé sem consequências práticas e jurídicas. Essas disposições constituíam o direito que regia a vida da Igreja, o direito do povo de Deus nas comunidades eclesiais. O próprio termo “direito”, na expressão “Direito Canônico”, só surgiu a partir do século XII, em consequência do renascimento do estudo do Direito Romano, e serviu para distinguir as regras da Igreja das regras civis (BORRAS, 2006, p. 123).

Borras considera que:

O Direito Canônico, como direito de uma sociedade religiosa, tem também fundamento e finalidade condizentes com a origem e fim da própria Igreja. É revelado, na medida em que a Igreja nasce da revelação histórica de Deus em Jesus Cristo. E é orientado pela missão salvífica da Igreja, onde reside a diferença entre o ordenamento civil e o ordenamento canônico, o qual se dirige não a fins terrenos ou temporais, mas ao fim supremo, espiritual e transcendente, da salvação da alma (BORRAS, 2006, p. 125).

José Rogério Cruz Tucci e Luiz Carlos de Azevedo classificam o Direito Canônico em quatro períodos:

(a) o inicial, que engloba as primeiras manifestações do cristianismo (fontes) e as sucessivas coleções canônicas, que se estende entre os séculos I e XI; (b) o de estabilização do Direito Canônico, entre os séculos XI e XII; (c) o de consolidação do ordenamento jurídico canônico, dos séculos XIII ao XV; e, finalmente, (d) o de

renovação do Direito Canônico, a partir do século XVI até os nossos dias (TUCCI; AZEVEDO, 2001, p. 22).

Durante o período de estabilização, “o *Decretum* do Monge Graciano foi considerado a pedra angular da codificação do Direito Canônico, servindo à construção de uma ciência jurídica canônica autônoma, não sujeita ao poder temporal” (TUCCI; AZEVEDO, 2001, p. 22).

Graciano afirma no *Decretum* que “nem sempre o descumprimento de uma promessa configura um ato ilícito para o Direito Canônico”. O autor justificava-se utilizando o mesmo exemplo²⁶ de Platão e de Cícero, da possibilidade da não devolução da espada emprestada ao dono que enlouqueceu (MORAES, 2001, p.50).

Também na Baixa Idade Média, os estudiosos do Direito Canônico, socorreram-se da noção e agora da “expressão *rebus sic stantibus* ao glosar trechos do *Decretum* que traziam o problema da alteração superveniente do estado de fato subjacente aos atos jurídicos” (MORAES, 2001, p.50).

Giuseppe Osti (1973, p. 191) considera que na glosa de Giovanni D’Andrea há um exemplo²⁷ da utilização da expressão consagrada de forma sólida e com uma abrangência geral.

Vale lembrar que havia diferença entre o ordenamento civil e o ordenamento canônico. Com base “nos ensinamentos de Santo Agostinho (354-430) o não cumprimento de uma promessa é um atentado contra o próximo e, conseqüentemente, pecado” (ASTUTI, 1961, p. 774).

Osti (1959, p.11) alega que “as idéias de Sêneca e Cícero influenciaram o Direito Medieval por intermédio de Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino, refletindo diretamente na base da cláusula *rebus sic stantibus*”.

Paulo Carneiro Maia transcreve trecho escrito pelo Bispo de Hipona em *Sermones ad Populum*:

Quando ocorre alguma coisa de maior importância que impeça a execução fiel da minha promessa eu não quis mentir, mas apenas não pude cumprir o que prometi. Eis, então, o que penso, sem argumentação forçada para persuadir-vos, porém, agucei a atenção de vossa prudência para a circunstância de que não mente aquele que promete alguma coisa e não a faz se, para isto não executar, algo sucedeu que

²⁶ Renato José Moraes (2001, p.50) transcreve o texto original: “*Decretum Gratiani, segunda parte, C.22, q.2, c.14: “si forte gladium suum repetat furens, manifestum est non esse reddendum, ne vel se occidat vel alium; donec ei sanitas restituatur”*”.

²⁷ O texto original colacionado por Osti em latim é o seguinte: “*Voluntatis mutatio non praesumitur... Limitatur haec conclusio (o haec praesumptio, ecc.) ut procedat rebus sic stantibus*” (OSTI, 1973, p.191).

impediu o cumprimento da promessa, ao contrário da falsidade convincente (MAIA, 1959, p.34-35).

Santo Tomás de Aquino defendia a noção de compatibilidade entre o respeito à palavra empenhada e o desempenho das promessas relacionadas às causas de escusa.

Otávio Luiz Rodrigues Júnior expõe as hipóteses de escusa do cumprimento da promessa fundamentada na obra de Santo Tomás de Aquino:

A primeira hipótese dá-se quando o objeto do vínculo é manifestamente ilícito (houve pecado na formulação do acordo, e a mudança de intenção – a deliberação de descumprir o injusto – passou a ser considerada lícita). Na segunda, o contraente estará liberado se mudarem as condições das pessoas e dos atos: “Pois como diz Sêneca, para estarmos obrigados a fazer o que prometemos é necessário que todas as circunstâncias permaneçam as mesmas. Do contrário, não mentimos quando prometemos, pois prometemos o que tínhamos em mente, subentendidas as condições devidas. Nem somos infiéis à promessa por não cumpri-la, pois, já as condições não eram as mesmas” (RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p.38).

Dessa forma, a cláusula *rebus sic stantibus* foi utilizada para salvaguardar o valor dos princípios morais e religiosos consistentes na repressão ao pecado e na saúde da alma, quando por fatos supervenientes o cumprimento de uma promessa não levasse ao bem.

Nesse sentido, Astuti (1961, p. 775) considera que “o fundamento e o limite da flexibilização da obrigatoriedade do pacto é a *ratio peccati*”. Trata-se da “*utilitas* pública da sociedade eclesiástica, cuja preocupação é o pecado, o objeto de tutela”.

É inegável que a preocupação dos juristas canônicos com a mentira contribuiu para uma maior relevância do papel da vontade no campo jurídico. Essa seria a grande contribuição do Direito Canônico para o desenvolvimento do tema. Cumpre observar, entretanto, que ainda não se trata do uso da cláusula *rebus sic stantibus* em sentido estrito.

3.2.4.3 Da Escola Dos Pós-Glosadores

A Escola dos Pós-Glosadores surge no séc. XIII utilizando-se dos “métodos da dialética da escolástica na interpretação dos textos romanos”, revolucionando o conhecimento da época (MENEZES CORDEIRO, 2007, p. 61).

Os Pós-Glosadores, a partir da “fusão das normas do Direito Romano, do Direito Canônico com as dos Direitos locais, criaram o denominado Direito Comum”, que do século XIII até às codificações de Direito Privado vigorou em diversos países europeus, como Itália, Alemanha, França, Espanha e Portugal (MOREIRA ALVES, 1967, p. 70). “Acabaram por

construir um conhecimento jurídico sólido e grandioso que influenciou a aplicação prática do direito” (MORAES, 2001, p. 50)

Liderados por Bártolo de Saxoferrato (1313-1357), considerado o “jurista por antonomásia” (LOPES, 2004, p. 47) os Pós-Glosadores “inspirados no Direito Canônico e com presumível apoio em fragmentos do *Digesto*, tiveram a primazia na elaboração da cláusula *rebus sic stantibus*” (MENEZES CORDEIRO, 2007, p. 44).

Outro nome importante da Escola e posterior a Bártolo foi o de Baldo de Ubaldis (1327-1400). Este eleva paradigmaticamente a utilização da noção *rebus sic stantibus*, ao afirmar nos seus comentários à Glosa de Acúrsio e também ao *Decretum*, que todas as promessas devem ser entendidas *rebus sic se habentibus*²⁸.

Renato José Moraes (2001) colaciona outros juristas²⁹ da mesma Escola que se pronunciaram sobre o tema, ampliando o campo de aplicação da cláusula. Portanto, nesse período, há a consagração da cláusula *rebus sic stantibus* em sentido amplo tanto no Direito Comum, quanto no Direito Canônico, sendo que, nos dois casos, com aplicação de modo abrangente. Contudo, os Pós-glosadores se omitiram em relação ao conteúdo da cláusula e não estabeleceram uma teoria geral sobre o tema.

A cláusula *rebus sic stantibus* não retirava fundamento da vontade das partes.

A noção REBUS SIC STANTIBUS servia para atingir o fim prático de ajustar o declarado pelos sujeitos a uma nova situação de fato, quando isto devesse ser feito, e não configurava um instituto de definição absolutamente rigorosa, mas de pouca utilidade prática (MORAES, 2001, p.52).

A cláusula *rebus sic stantibus* não foi criada em oposição à força obrigatória dos contratos. Ademais, entre os Pós-glosadores não houve indícios de teorizações sobre o equilíbrio entre as prestações de um contrato. Na verdade, a cláusula *rebus sic stantibus* funcionava como uma regra de interpretação para os atos jurídicos, uma regra que norteava como os atos deveriam ser entendidos visando um sentido correto, um sentido de acordo com o direito da época.

²⁸ Renato José Moraes transcreve o texto de Baldo de Ubaldis: “*quia rebus sic se habentibus loquimur, et si promissiones intelliguntur rebus sic se habentibus*”. E o referente ao *Decretum*: “*Item nota quod cum simpliciter loquimur, rebus sic se habentibus loquimur, si non supervenerit contraria ratio*” (MORAES, 2001, p. 51).

²⁹ Tartagni, Giason de Mayno e Tiraquello estendem a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* para testamentos, procurações, disposições de leis, contratos, juramentos, privilégios, renúncias, estatutos, enfim, para todos os atos e disposições (MORAES, 2001, p. 52).

José Reinaldo de Lima Lopes (2004, p. 46) observa que os elementos da moral e do Direito Canônico adentraram no campo do Direito Comum. Os juristas medievais construíram definições do direito que incorporavam finalidades às coisas, sempre com sentido de bem comum, o que possibilitou a aparição da cláusula *rebus sic stantibus*.

Importa esclarecer que apesar de a vontade já desenvolver um papel de maior importância nas relações jurídicas, sobretudo no direito canônico, não havia ainda o dogma da vontade como única fonte necessária do vínculo obrigacional. Por isso não havia contradição entre a cláusula *rebus sic stantibus* e a força obrigatória dos contratos. A cláusula era apenas uma regra jurídica de interpretação, forjada de acordo com as circunstâncias morais da época (MORAES, 2001, p. 54).

3.2.5 Da Idade Moderna

2.2.5.1 Humanismo Jurídico - A primeira teoria sobre a Cláusula *Rebus Sic Stantibus*

José Reinaldo de Lima Lopes (2004, p. 97) ao investigar as fontes históricas da Escola dos Humanistas através da análise das obras de Donellus (1527-1591) e Cujácio (1522- 1590), caracteriza o pensamento da época como o “prenúncio das mudanças” e “alvorecer da modernidade” para o direito. Expõe que a Escola Humanista foi a primeira a criticar a produção intelectual e a forma de vida dos medievais.

De fato, a partir dos humanistas novos elementos apareceram, ainda que de modo secundário, nas definições de direito e lei, como, por exemplo, “o direito como faculdade subjetiva e como lei, e lei como vontade e consenso” (LOPES, 2004, p. 98).

Renato José Moraes, apoiado na obra de Villey, dá grande importância à noção de contrato feita pelo humanismo jurídico, embasada no elemento do consenso, para marcar a passagem entre o direito da pré-modernidade e o da modernidade nascente (MORAES, 2001, p. 69).

Otávio Luiz Rodrigues Júnior assevera:

Nos albores da Idade Moderna, no século XVI, Tiraquello elabora uma glosa, que se revelará de grande importância na compreensão da cláusula *rebus sic stantibus*: *Et hoc quidem perpetuum est in omnibus actibus et dispositionibus, ut scilicet semper intelligantur rebus sic stantibus* (RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p.40).

Alciato, um dos iniciadores da Escola Humanista, é o autor de um trecho considerado por OSTI (1973, p. 197) como a primeira teoria sobre a cláusula *rebus sic stantibus*. Sobre a teoria Otávio Luiz destaca:

O princípio reitor de seu constructo estava na *presunção de estabilidade volitiva no tempo*. A regra seria a conservação da vontade original, mesmo após a passagem do tempo. A cláusula seria útil em situações excepcionais, marcadas pela identificação de erro no consentimento, por um permissivo legal ou mesmo quando assim o requeresse a natureza da avença. E, finalmente, *quando superveniret aliqua causa inconsiderata, de qua a partibus nihil verissimiliter esset agitatum* (Quando surgisse uma causa superveniente e não considerada, sobre a qual as partes não se haviam precitado) (RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p.40).

Renato José Moraes explica a teoria do precursor Alciato:

O jurista milanês, ao tratar da presunção de, no decorrer do tempo, permanecer igual a vontade de um sujeito, afirma que essa presunção deve ser entendida sob o princípio REBUS SIC STANTIBUS. A partir disso, ele procura definir esse princípio, distinguindo em quais atos de vontade e sob quais circunstâncias se alterariam. Primeiramente, se o ato depende *ex voluntate unius*, isto é, da vontade de um só, os efeitos dele poderiam ser modificados, caso seja verossímil que o sujeito teria disposto de forma diversa se soubesse que as circunstâncias se alterariam. No caso de ser o ato derivado da vontade de dois sujeitos, a cláusula REBUS SIC STANTIBUS não deveria, em regra, ser levada em conta, não sendo permitido então modificar os efeitos da declaração de vontade. Entretanto, a utilização da cláusula nos atos bilaterais seria justificável nos seguintes casos: se a vontade de uma das partes tivesse procedido de erro; se a possibilidade de modificação da vontade constasse da própria natureza do contrato; quando a lei considerasse a cláusula inserta na vontade dos contraentes; surgindo alguma causa superveniente inconsiderada, a respeito da qual as partes não tinham se precavido (MORAES, 2001, p. 56 - 57).

É de se notar que em relação à Escola dos Pós-glosadores, Alciato reduziu o campo de aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* além de ter reconhecido a característica de imutabilidade da declaração de vontade. Para o humanista, somente quando a vontade passa a desempenhar o papel central do contrato, é que a teoria da cláusula poderá ser aplicada em casos excepcionais.

Esta Escola não tinha a mesma certeza a respeito da finalidade das coisas, do sentido de bem comum, da natural cooperação entre os seres humanos, e daí se criou uma nova construção teórica para sustentar o uso da cláusula, o fundamento da vontade, presente nos conceitos de direito e de lei formulados pelos humanistas.

Assim, ocorre a alteração da natureza da expressão *rebus sic stantibus*, que deixa de ser uma simples regra de interpretação atrelada à finalidade das coisas e passa a seguir uma linha de pensamento em que a vontade exerce o papel mais importante na definição de direito

e na força obrigacional do contrato. Neste contexto, a superveniente modificação das circunstâncias torna-se um problema jurídico. Esse caráter de problema é uma novidade que não estava na concepção da cláusula tal qual formulada pelos Pós-glosadores.

Desenvolve-se nesse período, portanto, o sentido estrito de cláusula *rebus sic stantibus*, utilizado atualmente para resolver o desequilíbrio contratual superveniente: uma tutela que se constitui uma exceção, e sempre requer outros pressupostos, além da mudança do estado de fato.

Tratava-se de uma formulação teórica da cláusula *rebus sic stantibus*, que, na época, era considerada portadora de uma contradição, na medida em que deveria ser presumida uma cláusula que, a princípio, não constava do conteúdo inicial do contrato, mas que o intérprete deveria considerar implícita. Contudo, o conteúdo implícito dela versaria justamente sobre aquilo que as partes não haviam sequer pensado, imaginado ou representado. Isso tudo provocou o declínio da utilização da cláusula. Todavia as idéias sobreviveram, principalmente, a tensão entre vontade intangível e modificação superveniente. (MORAES, 2001, p. 59).

3.2.5.2 Da Escola de Direito Natural Racionalista, o Consensualismo, as Codificações e o consequente declínio da Cláusula *Rebus Sic Stantibus*

No início do século XVII, uma nova teoria dos contratos se ergueu na Europa por obra da Escola do Direito Natural Racionalista ou Jusracionalismo.

A Escola se fundamenta em um racionalismo anti-histórico, desapegada dos princípios teóricos tradicionais, do ordenamento positivo histórico e da teoria romana do direito contratual.

Enunciou pela primeira vez o abstrato princípio *solus consensus obligat, ou solus consensus inducit obligationem*, o consentimento por si só induz a obrigação, como princípio dogmático de direito natural. Conseqüentemente, concretizou um novo sistema contratual, fundado na concepção do contrato como acordo de vontades. Foi precisamente Samuel Pufendorf (1631-1694) que de modo definitivo afirmou que “só a vontade é que pode limitar a liberdade” (ASTUTI, 1961, p. 779).

Calasso (1967, p. 333), justificando essas mudanças ocorridas no âmbito do direito contratual privado, entende que “uma das causas mais decisivas para a formação dessa corrente de pensamento foi, entre os séculos XVI e XVII, a penetração do pensamento filosófico na ciência do direito”.

Hugo Grotius (1583-1645), considerado o “verdadeiro fundador do moderno jusracionalismo” (WIEACKER, 1993, p. 323), saindo do campo teológico, laicizou todo o direito, reivindicando o predomínio da razão humana. Influenciado pela doutrina protestante, teorizou uma concepção voluntarista do direito.

“Essa nova teoria veio a sedimentar a nova ordem social: o hipotético contrato social que os indivíduos fizeram entre eles, consentindo em abandonar o primitivo estado de natureza e constituir a sociedade” (CALASSO, 1967, p. 335)

Calasso ainda conclui:

Todas essas circunstâncias levavam a uma intensa meditação sobre as categorias civilistas dos pactos e dos contratos, que exerceram sobre os jusracionalistas uma autêntica sugestão: a origem da promessa de obrigação. Seria absurdo que a lei, que nasce do encontro das vontades individuais num pacto, que cria o Estado, pudesse dar força obrigatória a outros pactos, e o mesmo não pudesse fazer a vontade individual dos sujeitos por si só. Não há lógica em que o ordenamento, o Estado, faça algo que o indivíduo não faça. É desse modo que a vontade passará, com fundamento filosófico, a ser fonte de obrigação por si só (CALASSO, 1967, p. 335).

Contudo, o pensamento dos fundadores da Escola do Direito Natural Racionalista, ao enunciar uma nova concepção voluntarista do direito e do contrato, “não estava voltado aos problemas de direito privado, mas essencialmente àqueles de direito público, interno e internacional, e precisamente, à idéia de contrato social”, em função da afirmação e defesa dos direitos naturais do homem frente ao Estado e ao fundamento de um novo Direito das Gentes. (ASTUTI, 1961, p. 780).

Renato José Moraes (2001, p. 63) explica que é no contexto do Direito Natural e do Direito Internacional que Grócio e Pufendorf reconhecem a cláusula *rebus sic stantibus* como uma “questão de consenso e de proteção da vontade manifestada pelas partes, admitindo-a de maneira restrita, em caráter de exceção, exigindo requisitos pré-determinados, sem permitir sua necessária flexibilidade”.

A principal razão parece ser a preocupação com a segurança dos contratos, que WEBER (1784) considera estar em perigo pelo abuso da cláusula *rebus sic stantibus*, uma vez que ela só deveria ser admitida nos excepcionais casos em que a lei leva em conta a mudança de circunstâncias (MORAES, 2001, p. 63-64).

Na França iluminista, Jean Domat (1625-1696) e Robert Joseph-Pothier (1699-1772) trataram da tradição do Direito Comum sob o império da razão, aplicando o princípio agora existente do consensualismo, que por essa via alimentaria o Código civil francês, e a partir dele todos os outros códigos que o seguiram (CALASSO, 1967, p. 340).

Os dois juristas não trataram da cláusula *rebus sic stantibus*, evidenciando o desprezo pelo seu uso medieval, pela teoria formulada no âmbito da escola anterior e, de modo oposto, consagrando os conceitos jusracionalistas. Como consequência, somente o princípio do consensualismo restou acolhido no artigo 1.134 do *Code*, que determina que “as convenções têm força de lei entre as partes”. “Além de não acolher a cláusula, a disposição do Código Civil Francês tornou-se um empecilho insuperável à modificação de qualquer contrato, eis que nenhum juiz poderia intervir na relação entre as partes” (MORAES, 2001, p. 67).

A Itália também foi influenciada pelo *Code*, apesar de haver ali uma jurisprudência favorável à aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*. O Código Civil de 1865³⁰ além de contar com artigo semelhante ao do Código Francês silenciava a respeito da cláusula (TARTAGLIA, 1980, p. 155).

Poucos foram os códigos que positivaram a cláusula, o Código Civil da Baviera, *Codex Maximilianus Bavaricus Civilis* de 1756, trouxe pela primeira vez a norma da cláusula *rebus sic stantibus* de forma expressa (RODRIGUES JÚNIOR, 2006).

Otávio Luiz Rodrigues nos informa que:

Em 1794, o Direito da Terra prussiano, (*Allgemeines Landrecht*), no Título 1, Capítulo 5, parágrafo 377 e 378 também incorporava aquele princípio: “Exceto o caso de efetiva impossibilidade, o cumprimento de um contrato, em regra, não pode ser recusado por mudança de circunstâncias. Contudo, se por imprevisível mudança se tornou impossível atingir o escopo final de ambas as partes, expressamente declarado ou resultante da natureza do ato, pode qualquer delas desistir desde que esse ato tenha sido executado” (RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p. 41).

Roppo afirma que o fortalecimento da vontade e a presença do princípio do consensualismo na relação jurídica obrigacional culminaram no desgaste da cláusula *rebus sic stantibus*

[...] a Revolução Francesa e o ideário do Liberalismo praticamente suprimiram a cláusula *rebus sic stantibus* dos direitos nacionais, culminando com um processo evolutivo oriundo da Idade Moderna e amplamente marcado pelo enaltecimento da autonomia privada. (ROPPO, 2009, p.41).

Dessa forma, após o advento do jusracionalismo, com a exaltação do princípio do consensualismo, e com o surgimento das primeiras codificações, ocorre o período de declínio da cláusula *rebus sic stantibus*, que deixava de ser estudada e utilizada na Alemanha, França e

³⁰ O Código Civil Italiano pronunciava que: “*i contratti legalmente formati hanno forza di legge per coloro che li hanno fatti*”.

Itália, três dos mais importantes países da família jurídica Romano-germânica (MORAES, 2001, p. 68).

Em cada um desses países haverá num momento seguinte a construção de novas teorias para então tentar solucionar o problema da alteração das circunstâncias, o que será objeto dos capítulos seguintes.

3.3 As teorias que fundamentaram a possibilidade de revisão contratual por alteração das circunstâncias de fato:

Com o passar do tempo diversas teorias foram criadas para fundamentar e explicar a possibilidade de alteração ou extinção das obrigações contratuais, até se chegar à construção da teoria da onerosidade excessiva.

Tais teorias e seus respectivos mentores, embora muitas delas criticáveis, tiveram relevância para o Direito mundial na luta contra o valor absoluto do brocardo romanista *pacta sunt servanda*, que vigorou com valor absoluto durante os séculos XVIII a XX.

Doutrinariamente, José Anísio Oliveira adotou a classificação dessas teorias em: intrínsecas e extrínsecas (OLIVEIRA, 2002, p. 109-155). As intrínsecas são aquelas que têm por fundamento motivos inerentes aos elementos da relação contratual, tais como a vontade dos contratantes e o valor das prestações.

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

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

Todas essas teorias serão brevemente estudadas a fim se entender o caminho traçado até se chegar à teoria da onerosidade excessiva aplicada aos contratos que sofreram alteração superveniente das circunstâncias de fato.

3.3.1 As teorias intrínsecas com base na vontade dos contratantes

3.3.1.1 Da teoria da pressuposição

A teoria da pressuposição possui grande relevância para este estudo, na medida em que, a partir de seu desenvolvimento pelos autores alemães, foi cunhada a teoria da quebra da base do negócio jurídico, que adentrou no cenário jurídico brasileiro, em sua acepção objetiva³¹, por meio de jurisprudências.

A teoria da pressuposição apresenta duas distintas vertentes. A primeira denominada de teoria da pressuposição individual, desenvolvida por Bernard Windscheid, e a segunda é chamada de teoria da pressuposição típica, formulada por Pisko.

3.3.1.1.1 Da teoria da pressuposição individual

Para contextualizar a teoria da pressuposição, necessário se faz esclarecer que “foi desenvolvida numa época em que a concepção do negócio jurídico era ligada à vontade, seu elemento definidor” (AZEVEDO, 2002, p.9). A teoria da pressuposição é, indiscutivelmente, uma das mais importantes teorias que fundamentaram a revisão ao longo da história.

Windscheid³², no final do século XIX, criou a teoria da pressuposição³³ definindo-a como uma “condição não desenvolvida, uma limitação da vontade que não se desenvolve a

³¹ A teoria da quebra da base do negócio jurídico em sua acepção objetiva foi desenvolvida por Karl Larenz.

³² Windscheid afirma: “*La presupposizione è una condizione non isvolta (una limitazione della volontà), che non si è svolta fino ad essere una condizione. Chi manifesta un volere sotto una presupposizione vuole, al par di colui che emette una dichiarazione di volontà condizionata, che l'effetto giuridico voluto abbia ad esistere soltanto dato un certo stato dei rapporti. La conseguenza di ciò è che l'effetto giuridico voluto sussiste e perdura, sebbene venga meno la presupposizione. Ma ciò non corrisponde al vero, proprio volere dell'autore della dichiarazione di volontà, e quindi la sussistenza dell'effetto giuridico, sebbene formalmente giustificata, non ha però sostanzialmente ragione, che la giustifichi. In conseguenza di ciò, colui, che è pregiudicato dalla dichiarazione di volontà, può tanto difendersi con l'eccezione contro le ragioni, che da essa si derivano, quando anche istituire a sua volta contro colui, a vantaggio del quale l'effetto giuridico ha avuto luogo, un'azione diretta a farlo cessare*”.

³³ É importante citar que a doutrina da *frustration of contract* do direito inglês é contemporânea à formação da teoria da pressuposição na Alemanha, tendo como *leading case* Krell vs Henry, de 1904, referente *Coronation Cases* - pessoas alugaram janelas, sacadas e embarcações para ver a Coroação do Rei Eduardo VII, em 1902, porém tiveram seu intento frustrado em razão do adiamento da cerimônia, causado pela doença do rei. Para Zitscher (1999, p.152): “O direito inglês não distingue entre não-cumprimento, mau cumprimento ou mora. O contrato entende-se como promessa de garantia quanto ao cumprimento da obrigação. Portanto, tudo que não é aquele cumprimento estipulado é considerado como quebra da promessa de garantia feita – *breach of contract*. Só em casos excepcionais, se as circunstâncias mudarem substancialmente, o contrato poderá tornar-se dissolúvel em caso de não-cumprimento (*frustration*). São os casos de extermínio posterior – sem culpa da parte obrigada – do objeto do contrato, da perda da base do negócio, isto é, uma mudança das circunstâncias fáticas fundamentais para a celebração do contrato e, nos contratos de serviços, se o obrigado morrer ou adoecer na maneira que impeça a prestação do serviço”.

ponto de ser uma condição”, demonstrando ainda estar vinculado à teoria voluntarista do negócio jurídico (WINDSCHEID, 1902, P.394-395). É condição, na medida em que o negócio jurídico somente se realizará se permanecer o mesmo estado de fato da contratação no momento da execução do negócio jurídico. Portanto, segundo esta teoria, todo aquele que celebra um contrato, parte do pressuposto de que tudo ocorrerá, normalmente, e que, ao final, se atingirá um efeito determinado. Assim, o negócio jurídico de execução e cumprimento postergado ou diferido, somente poderá ser executado e cumprido, em se permanecendo as mesmas circunstâncias que se verificaram no momento de formação do pacto.

Importa salientar que Windscheid definia o negócio jurídico como: “uma declaração de vontade, que visa à produção de efeitos jurídicos [...] O escopo último do negócio jurídico é sempre o nascimento, a extinção ou a modificação de uma relação jurídica” (WINDSCHEID, 1902, p. 264).

Orlando Gomes define a pressuposição como “embrião de uma condição que não se desenvolveu”³⁴. A pressuposição seria essa condição nascitura”. (GOMES, 1996, p. 409).

Menezes Cordeiro transcreve as palavras de Windscheid:

A pressuposição pertence às auto-limitações da vontade. A doutrina habitual enumera como factos através dos quais uma vontade expressa se pode limitar a si própria, a condição, o termo e o *modus*. Penso que esta enumeração não é exaustiva e, designadamente, no lugar do *modus* deve ser colocada a pressuposição. Pode-se considerar a pressuposição uma condição não desenvolvida. Com isso quer dizer-se que a relação jurídica originada através da declaração de vontade é feita a depender de certo estado de coisas [...] Assim se o estado das coisas pressuposto não existir, ou não se concretizar ou deixar de existir, a relação jurídica constituída através da declaração de vontade não se mantém, a não ser sem, ou melhor, contra a vontade do declarante (apud MENEZES CORDEIRO, 2007, p. 970)

Dessa forma, a teoria da pressuposição foi concebida como autolimitação da vontade exteriorizada em uma declaração negocial. “Se essa pressuposição não se realiza, as conseqüências jurídicas corresponderão à vontade efetiva, ou seja, à vontade declarada pelas partes no contrato, porém não à verdadeira vontade” (LARENZ, 1956, p.21).

Quer se dizer que a teoria se caracteriza pelo fato de as partes contratantes vincularem seu acordo à existência de determinadas situações, ainda que de modo tácito. Havendo anormalidade, ou seja, modificações nas circunstâncias fáticas, que alterem a pressuposição, a

³⁴ Sobre a idéia de “condição embrionária”, Mário Júlio de Almeida Costa (2001, p.292) explica: “O que leva a estipular uma verdadeira e própria condição é um estado de dúvida; ao invés, no espírito do pressuponente existe a certeza, quando menos com o sentido de ausência de dúvida, sobre a verificação do evento ou situação que se pressupõe, pois de contrário não deixaria de condicionar expressamente a produção de efeitos de sua declaração de vontade.

parte que a pressupôs poderá desobrigar-se do cumprimento da obrigação contratual, fazendo cessar os efeitos jurídicos supervenientes.

Jorge Bustamante Alsina resume as conseqüências da teoria da pressuposição, nos seguintes termos:

Não se deve considerar somente o que as partes põem no contrato, mas também, aquilo que pressupõe e forma o seu substrato. Existe, assim, uma base impensada que constitui o clima em que se forma a convenção e que ao faltar se desintegra a vontade contratual e deixa a obrigação sem o pressuposto que a justificava e lhe servia de causa. (ALSINA, 1997, p. 146-147).

Imerso no universo voluntarista da época, o problema inicial de Windscheid era superar a vinculação da alteração das circunstâncias à teoria do erro e aos motivos pessoais que levavam à contratação. Conforme Couto e Silva (1997, p.91) “estavam inseridas na idéia de pressuposição as hipóteses de erro em relação aos motivos, as expectativas não realizadas e também certas modificações posteriores à celebração do contrato”.

Não resta dúvida de que a teoria da pressuposição é convincente, contudo, complexa, e, bem por isso, sofreu inúmeras críticas, centradas basicamente na sua insuficiência em distanciar-se dos motivos que levaram as partes a contratarem. Larenz aponta Lenel como um dos críticos mais ferozes à teoria da pressuposição e transcreve sua posição:

Para Lenel, a pressuposição, no sentido que lhe deu Windscheid, e o motivo possuem o mesmo significado, de modo que o erro em relação aos motivos não permitiria ao declarante desvincular-se da obrigação validamente assumida, mesmo quando o outro contratante conhecesse o motivo ou, inclusive, quando o declarante o tivesse comunicado. Também registrou a real impossibilidade de distinguir os meros motivos da pressuposição. (apud LARENZ, 1956, p.21).

Seguindo esta linha de raciocínio Lenel assevera que não existe “meio termo entre um motivo irrelevante e a autêntica condição, o que inviabilizaria juridicamente o instituto da pressuposição” (apud MENEZES CORDEIRO, 2007, p. 974)

A maior impropriedade dessa teoria está no subjetivismo que a preside. Como uma teoria própria do positivismo do final do século XIX, preocupa-se mais em preservar a vontade das partes do que com o equilíbrio das prestações e com a justiça substancial de uma equânime troca econômica. Justamente essa busca pela preservação da vontade inicial das partes (e não do equilíbrio contratual) que a transformou em uma teoria de difícil concretização e, por conseguinte, esse subjetivismo exacerbado seria fonte de muita insegurança jurídica.

Entretanto, a teoria da pressuposição teve o inegável mérito de servir de referência para as demais teorias subseqüentes, além de inserir a revisão dos contratos como um assunto a ser estudado pelos juristas.

2.3.1.1.2 Da teoria da pressuposição típica

Tendo a teoria da pressuposição de Bernard Windscheid como base e fundamento, o austríaco Pisko formula a teoria da pressuposição típica, partindo da premissa de que em cada tipo de negócio jurídico geralmente existem situações de fato que tipicamente são pressupostas quando é celebrado. Segundo Orlando Gomes (1996, p. 96), “para que o contrato seja executado, torna-se preciso que perdure a situação de fato pressuposta por todas as pessoas que tivessem de celebrá-lo”.

Diferentemente da teoria da pressuposição individual, que tem como fundamento a representação mental das partes, a pressuposição típica se baseia numa situação de fato, igual para todas as pessoas que, em determinado momento, querem se obrigar mediante contrato do mesmo tipo (GOMES, 1996, p. 97).

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

Tanto quanto a pressuposição individual de Windscheid, a teoria de Pisko sofreu diversas críticas:

A noção de pressuposição típica é vaga e não se liberta inteiramente do elemento psicológico próprio do conceito de Windscheid, pois apesar de ter tentado objetivá-la, qualificando-a, importa sempre numa representação de condições de fato, que, na prática, não ocorre. Por outro lado, tem amplitude que levaria, se aceita, à instabilidade das relações obrigacionais, determinando a resolução, ou o reajustamento de todos os contratos nos períodos de inflação. Compreenderia ainda situações que se resolvem tranqüilamente com a aplicação do princípio pelo qual o devedor se exonera se ocorre força maior (GOMES, 1980, p. 97).

De fato as críticas do jurista Orlando Gomes têm fundamento, na medida em que se torna difícil tarefa precisar os exatos limites do que seja a pressuposição típica, assim como distinguir, com clareza, que a pressuposição estabelecida pelas partes contratantes não se confunde com os motivos da contratação.

2.3.1.2 Da teoria da vontade marginal

Também denominada como Teoria da Superveniência, a teoria da vontade marginal é de autoria do italiano Giuseppe Osti.

Segundo esta teoria, nos contratos a termo ou a prazo ou de execução sucessiva há dois momentos distintos: o da vontade contratual e o da vontade marginal³⁵. O primeiro momento seria o da declaração de vontade ou de vontade contratual. Esta representa o momento em que há o encontro de vontade dos contratantes.

Osti alega que a tutela jurídica da vontade contratual se fundamenta:

A tutela jurídica da vontade contratual tem por fundamento uma avaliação do conteúdo da mesma, do ponto de vista da utilidade social; por condição, a real formação de uma relação consensual, isto é, a combinação e fusão das vontades individuais numa unidade orgânica, e por limite, de um lado, a compreensão da unidade orgânica de conteúdo voluntário e, de outro a aplicabilidade prática de uma sanção (FONSECA, 1958, p.205).

O segundo momento seria a vontade marginal, que ocorre na execução do contrato, por sua vez, representa o momento de cumprimento efetivo do contrato, ou seja, “a vontade marginal é a representação antecipada do comportamento a ser prometido, realizado pelo agente” (KLANG, 1991, p. 22).

Resumindo, a teoria da vontade marginal de Giuseppe Osti propõe se estabeleça uma distinção entre a vontade contratual, considerada como sendo a vontade de obrigar-se à prestação, e a vontade marginal, considerada como sendo a vontade de realizar a prestação. Na opinião de Luís Renato Ferreira:

Representa, pois, a vontade marginal, o cumprimento efetivo do avençado, tal como se representou no momento de se contratar não sendo perfeita e definitiva enquanto não se traduzir em atos, no entanto, porque eventos não previstos pelas partes poderão modificar a representação que constitui seu pressuposto (SILVA, 2001, p.47).

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

³⁵ Arnaldo Medeiros da Fonseca (1958, p.204), na explanação da Teoria de Osti, distingue esses dois momentos em: “ato de vontade, que é a declaração, o ato volitivo perfeito, e a determinação da vontade, que é a atuação posterior mediante subsequente ação voluntária do agente, no momento da execução”. Em outras palavras, o ato de vontade diz respeito ao momento em que se vai pagar, enquanto a vontade marginal diz respeito ao momento em que se promete pagar.

vontade), pois caso a vontade contratual se frustre pela superveniência de novas circunstâncias, a vontade marginal não deverá ser cumprida.

Othon Sidou critica a divisão de vontades:

Subjetivamente aplicada ao conceito de *rebus sic stantibus*, a teoria só pode ser deduzida como a vontade acompanhando a execução do contrato de prestação futura, e não uma vontade esvaída no ato do consentimento. É melhor assim entender, mais justo, honesto e sensato, do que atribuir a uma só pessoa medianamente honesta duas 'vontades', uma para efeito do ato em que se obrigou, ou 'marginal', ditada por um impulso momentâneo, e outra 'autêntica', ou 'contratual' ou 'superveniente', a predominar no ato de execução do prometido. A vontade é uma só, tanto a de contratar como a cumprir. O que ocorre é a modificação não da vontade (*voluntas*), porém de fatores circunstanciais (*rebus*) que dificultam a prestação e chegam ao ponto de autorizar ou impor uma revisão ou rescisão (SIDOU, 1984, p.35).

Então, conclui-se que o importante para a ordem jurídica, necessariamente, é a vontade dirigida a produzir um resultado concreto, e não a mera representação mental das partes contratantes. Portanto, esta teoria também foi objeto de críticas, não venceu ao se prender a demasiado pragmatismo.

3.3.1.3 Da teoria da base do negócio jurídico

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

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

2.3.1.3.1 Da teoria da base do negócio jurídico, de Paul Oertmann

Luis Renato Ferreira da Silva afirma que “a primeira notícia de aplicação da teoria da base do negócio jurídico nos leva aos tribunais ingleses, em meados de 1902”, já citado nesta pesquisa. “Sua aplicação decorreu de curiosa situação, que ficou conhecida como *coronation cases*, quando inúmeras pessoas alugaram cadeiras, janelas e embarcações para acompanhar a coroação do Rei Eduardo III”. Contudo, a cerimônia foi adiada, em virtude de doença de sua

majestade. Em face disso, os diversos contratantes buscaram livrar-se da obrigação do pagamento dos aluguéis perante os tribunais ingleses³⁶ (SILVA, 2001, p.127 e 128).

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

Pretendendo difundir sua teoria da base do negócio jurídico, Oertmann retorna à pressuposição de Windscheid, pretendendo distingui-la do motivo do contrato.

Oertmann, parte da pressuposição criada por Windscheid, apesar de rejeitá-la na sua extensão. Entende que tal pressuposição é unilateral, pois é reconhecível apenas por uma das partes e, com isso, não passaria de simples motivo para contratar, não podendo a ordem jurídica atribuir relevância.

Larenz afirma que Paul Oertmann definiu sua Teoria da base do negócio jurídico como a:

Representação mental de uma das partes no momento da conclusão do negócio jurídico, conhecida em sua totalidade e não recusada pela outra parte, ou a comum representação das diversas partes sobre a existência ou aparecimento de certas circunstâncias em que se baseia a vontade negocial (LARENZ, 1956, p. 7).

Assim, de acordo com a teoria de Oertmann, não existindo ou desaparecendo essas certas circunstâncias sem que se haja admitido a eventualidade de seu desaparecimento, ou verificando-se outras incompatíveis com a representação mental no momento da contratação, dá-se a possibilidade de extinção do contrato a pedido da parte que sofre prejuízos.

Orlando Gomes faz uma crítica à teoria de Paul Oertmann, ao afirmar:

As considerações psicológicas determinantes da volição, subtraídas, como são, a toda possibilidade de controle e insuscetíveis de conhecimento por quem quer que seja, nenhuma influência podem exercer na eficácia do negócio jurídico, pois, do contrário, desaparecia a segurança das transações (GOMES, 1991, p.99).

Neste contexto, Oertmann considera que todo negócio jurídico é celebrado sobre uma base, são as representações mentais dos interessados no momento da conclusão do contrato, acerca da existência de certas circunstâncias básicas para o contrato, incluindo-se, por exemplo, “a equivalência de valor entre a prestação e a contraprestação considerada, o equilíbrio entre os esforços das partes, a permanência do preço convencionado, entre outras bases” (MEDEIROS DA FONSECA, 1958, p. 209).

³⁶ Nesta oportunidade surgiu no direito inglês a teoria denominada de *frustration of adventure*. O tribunal Inglês declarou inexigível a prestação, sob o fundamento de que “embora não integrasse expressamente ao instrumento do contrato, era implícito que seu fim restara frustrado com a doença do futuro monarca, um fato superveniente e alheio à vontade das partes” (RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p.310).

Sobre o tema Otávio Luiz Rodrigues Júnior assevera que:

A teoria da base do negócio jurídico, de Oertmann, sustenta-se no conceito de base subjetiva do contrato, segundo o qual as circunstâncias, independentemente de sua condição temporal (presentes, passadas, futuras), que os contratantes tiveram como motivação ao se vincular contratualmente, existentes no instante desse ato, devem ser tomadas como critério de adstringência ao cumprimento das cláusulas. Alteradas tais circunstâncias, modificada a base subjetiva, admite-se a liberação da parte devedora (RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p. 83).

Portanto, esta teoria parte da análise psicológica do conteúdo da vontade de ambas as partes contratantes, no caso de serem estas representações encaradas como base do acordo contratual. E a partir do momento em que tais condições sofrem alterações, em função de fatos supervenientes ao momento de formação do contrato, a base inicial do negócio desapareceria, já que o contrato não corresponderia mais à vontade das partes. Nesta hipótese, caberia a intervenção judicial, para readaptar a vontade dos contratantes.

Todavia, a teoria da base subjetiva do negócio jurídico não restou imune às críticas, sendo modificada posteriormente por Larenz, que a complementou. As principais críticas relacionadas a esta teoria referem-se à sua falta de objetividade, bem como a imensa amplitude que pode tomar o conceito de base do negócio. Também foram formuladas críticas de outra natureza, especialmente, quanto à abstração dos elementos, objeto de representações psíquicas das partes contratantes. (MEDEIROS DA FONSECA, 1958, p. 209).

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

3.3.1.3.2 Da teoria da base do negócio jurídico de Karl Larenz

Karl Larenz teve o mérito de acolher e reformular de modo radical a teoria da base do negócio jurídico sistematizando-a em duas acepções distintas: a base subjetiva e a base objetiva.

A base subjetiva da determinação da vontade de uma ou de ambas as partes influi decisivamente sobre a formação dos motivos contratuais, na medida em que atua como a representação mental no ato conclusivo do negócio.

A base objetiva do negócio seria o complexo de sentido inteligível, isto é, o conjunto de circunstâncias cuja existência ou persistência pressupõe devidamente o contrato, sabendo ou não os contratantes, pois, não sendo assim, não se alcançaria o fim do contrato (LARENZ, 1956, p.37).

Othon Sidou, apesar de reconhecer um “denso conteúdo subjetivo na teoria de Oertmann”, afirmando ser de aplicação difícil em face de determinadas relações, não se intimida em dizer que “dentre as teorias explicativas do revisionismo contratual, é a menos imperfeita ao delimitar as fronteiras do *pacta sunt servanda* e da *rebus sic stantibus*” (SIDOU, 1984, p.37).

Cumprе ressaltar que a base subjetiva referida por Karl Larenz se aproxima do erro sobre os motivos e da garantia dos vícios redibitórios, bem como:

[...] do erro recíproco sobre a base de cálculo aceita por ambas as partes, de erro sobre a base da transação [...] da errônea expectativa de um acontecimento em consideração ao qual tenham ambas as partes concluído o contrato, assim como a equivocada expectativa da persistência daquelas circunstâncias ou situações decisivas para a fixação das prestações futuras (BARLETTA, 2002, p. 14).

Por outro lado, a base objetiva “deve cifrar-se à possibilidade de ser atingido o fim do contrato e à intenção conjunta das partes contraentes” (LARENZ, 1956, p. 37). Segundo esta teoria, a destruição da base objetiva do negócio será, necessariamente, conduzida à teoria da impossibilidade superveniente, tendo em vista que as principais conseqüências são: a destruição da relação de equivalência e a perda de sentido do contrato; e a impossibilidade de se alcançar o fim do contrato.

Fabiana Barbaletta alega que a teoria da base objetiva do negócio de Karl Larenz possui algumas exceções em que é inaplicável em relação aos seguintes acontecimentos e transformações que:

a) são pessoais ou estão na esfera de influência da parte prejudicada (neste caso opera como limite a força maior); b) repercutiram no contrato somente porque a parte por eles prejudicada se encontrava, quando eles ocorreram, em *mora solvendi* ou *accipiendi*; c) porque, sendo previsíveis, forma parte do risco assumido no contrato (BARLETTA, 2002, p. 14).

Para Rodrigues Júnior (2006, p. 84) “a Lei de Modernização do Direito das Obrigações de 2002 adotou a base objetiva como fundamento teórico da revisão contratual no BGB”.

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

3.3.1.3.3 Da teoria eclética da base do negócio jurídico

Karl Lehmann formulou uma terceira teoria da base do negócio denominada eclética e unitária, reunindo os elementos objetivo e subjetivo.

Para Luis Renato Ferreira da Silva (2001, p.135-136) a partir desta teoria, “deve se observar o contratante que age de boa-fé admite que o contrato dependa de certas circunstâncias”. Ou seja, a teoria eclética de Lehmann parte do pressuposto de que, “ambas as partes tenham conhecimento das circunstâncias do estado de fato e de sua importância para a conclusão do contrato, sendo tais circunstâncias admitidas como certas e de boa-fé para a existência, permanência e superveniência do contrato”.

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

3.3.1.4 Da teoria base do erro de Achille Giovene

A teoria do erro idealizada por Achille Giovene encontra o fundamento específico no instituto da superveniência baseada num vício de vontade, isto é, aproxima a imprevisão ao erro. Partindo da visão de Osti, o autor investiga o processo volitivo do negócio jurídico utilizando-se, em parte, dos conceitos sobre a vontade marginal.

Distingue-se o ato de vontade (a representação das condições objetivas do objeto econômico da prestação) do ato de determinação de vontade (momento de cumprimento da obrigação negocial), concentrando esforços na identificação da relação de causa e efeito que há entre ambos, pois entende-se que “a representação das condições objetivas da entidade econômica da prestação está compreendida entre os elementos do acordo contratual” (MEDEIROS DA FONSECA, 1958, p. 219).

Apoiado nos ensinamentos de Medeiros da Fonseca, Rogério Ferraz Donnini, diz haver incidência de erro quando, “ocorrendo fato superveniente, imprevisível e imprevisível, a vontade inicial das partes difere da realidade posterior” (MEDEIROS DA FONSECA, 1958, p. 42). Assim, segundo a teoria de Giovene, o erro se verificaria no momento de emissão da vontade, porém, os seus efeitos é que se tornam conhecidos, posteriormente, após a manifestação da vontade. Ocorre que, uma vez detectado este erro, retroagirá no tempo, para

macular a vontade inicial ou o ato de vontade, o que provocará, por consequência, a anulação da vontade final (determinação de vontade).

Márcio Klang assevera que:

Havendo divergência entre a suposição ensejadora da determinação de vontade e a realidade contemporânea na época da realização do comportamento prometido, diante da superveniência de evento imprevisível, haveria erro daquele que se obrigou, e o contrato poderia ser anulado por vício de consentimento (KLANG, 1991, p. 26).

No entanto, considera-se que a teoria do erro não é compatível com o revisionismo contratual, visto que, em se considerando a vontade viciosa, aplicável seria o instituto da anulação do ato jurídico por vício de consentimento, o que, em si, justificaria a não adoção da *rebus sic stantibus*.

Além disso, esta teoria foi duramente criticada por Osilia e Pugliese. Aquele se manifestou nos seguintes termos:

Não existe erro no momento do contrato, adverte, porque não pode haver divergências entre a representação psíquica e uma realidade futura, que não existe ainda; não há erro quando a realidade se torna atual, porque neste momento entre a realidade e a percepção não há divergências. A discordância verifica-se apenas entre a representação passada e a realidade atual. (MEDEIROS DA FONSECA, 1958, p. 215).

Vale transcrever também a crítica de Othon Sidou:

O contrato, paticularizadamente, cuja manifestação da vontade resulta de erro, já nasce vicioso e não há falar em modificação futura de circunstâncias, porque muito mais lógico, e mais fácil, será, para escusa do cumprimento da prestação argüir o vício, formal ou substancial, do que alegar a mudança do estado negocial. (SIDOU, 1984, p.31)

Como as críticas tecidas foram realizadas com fundamento jurídico relevante, chegou-se à conclusão da falibilidade da teoria, já que o erro somente poderia ser considerado, quando verificado no momento da criação do contrato, de acordo com as circunstâncias que idealizam seu momento. Quer se dizer que o instituto do erro deve ser simultâneo à declaração de vontade inicial e não posterior e superveniente, sob pena de se cair num campo de imenso subjetivismo.

3.3.1.5 Da teoria da situação extracontratual de Bruzin

A teoria da situação extraordinária ou extracontratual foi formulada por A. Bruzin, que se baseia num sistema que distingue duas situações: contratuais e extracontratuais.

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

Porém, sabe-se que essas previsões não aniquilam todas as possibilidades, pois, ao lado das situações contratuais previsíveis, há uma série de situações extracontratuais imprevisíveis, das quais nenhum dos contratantes tem conhecimento. Daí cessa a força obrigatória do contrato, a partir do advento de situações que se encontram numa esfera não imaginada pelas partes, “pois que estas estão num espaço extracontratual que comporta mudanças e revisões”. (KLANG, 1991, p. 27)

Desse modo, no momento da contratação, “as partes limitam determinada esfera de situações previstas e previsíveis, de modo que a força obrigatória do contrato é decorrência direta desse acordo de vontades”. (MEDEIROS DA FONSECA, 1958, p. 207).

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

3.3.1.6 Da Teoria do Dever de Esforço ou da Diligência, de Hartmann

Hartmann, em meados do século XX, formulou a teoria do dever de esforço³⁷ preconizando que a relação jurídica existente entre as partes contratantes cria um dever

³⁷ Oportuno se faz dizer que a teoria do dever de esforço não se confunde com a cláusula de “melhores esforços”, presente nos contratos regidos pelo Direito anglo-saxão, porém, em muito se assemelham em relação à sua eficácia. Silvio de Salvo Venosa, em sucinto artigo explica a cláusula de “melhores esforços”: Tal cláusula é bastante conhecida do Direito anglo-saxão, de origem consuetudinária, em que, frequentemente, se verificam cláusulas de “melhores esforços” pelas quais as partes se comprometem a emendar os melhores esforços ou utilizar os esforços comerciais razoáveis para dar, fazer ou não fazer alguma coisa. Neste Direito, que não se caracteriza por códigos e legislações escritas, as partes se preocupam em descrever todos os detalhes no pacto escrito, daí porque, em vista do Direito romano-germânico, os seus contratos são excessivamente prolixos e com detalhes aparentemente desnecessários e inúteis. No Direito anglo-saxão, a interpretação do contrato é objetiva, sendo utilizado ainda o critério do *reasonable man* (do homem médio). O sentido do contrato deve ser o mais próximo possível daquele registrado no pacto escrito, dado pelas partes, de acordo com o *fair and reasonable men*. Por isso, com muita frequência a jurisprudência inglesa e norte-americana se utilizam dos denominados *implied terms* (cláusulas implícitas), que muito se aproxima das regras criadas pelo juiz para o caso concreto. No Direito brasileiro, de origem Romano-germânica, a interpretação contratual não se dá tendo em vista o “homem

jurídico de esforço, que consiste no dever das partes de se empenharem para cumprir a obrigação pactuada, de modo que, não sendo possível tal cumprimento, por fatos supervenientes imprevisíveis, o devedor ficaria liberado da obrigação. Teve como seguidores Brecht e Lodovico Barassi (KLANG, 1991).

Assim, nascido o contrato, surge para as partes, em razão da vinculação que decorre da relação jurídica que há entre elas, um dever jurídico consistente numa obrigação de dar, fazer ou não fazer, ou, como prefere Hartmann, um dever de esforço.

Por ser uma teoria baseada na vontade das partes e, portanto, de cunho altamente subjetivista, teve mais críticos do que adeptos, não tendo a menor aplicabilidade no nosso Direito. Venosa (2004, p.221) considera que o dever de esforço seria inócuo nos contratos brasileiros, pois “não existiria mais uma prestação de dar, fazer ou não fazer alguma coisa, como dever do devedor, mas sim uma mera prestação de diligência, de agir com empenho e afinco no cumprimento do pactuado”.

3.3.2 Críticas às teorias com base na vontade

Todas as teorias já apresentadas encontram como principal obstáculo a subjetividade dos elementos volitivos e, por conseqüência, a sua incerteza e insegurança.

Fabiana Rodrigues Barletta afirma que essas teorias se baseiam:

[...] no argumento da imprevisibilidade da circunstância superveniente geradora da vultosa onerosidade e têm em comum o fato de estarem presas a matizes voluntaristas quando se preocupam sobremaneira com as intenções ou manifestações psicológicas das partes no momento do ajuste (BARLETTA, 2002, p.18).

Certo é que os contratantes, ao celebrarem um contrato, pretendem, acima de tudo, segurança e certeza de que não serão surpreendidos pela quebra do contrato diante de qualquer circunstância, ainda que seja imprevisível.

médio”, mas sim através da busca do sentido da vontade comum dos contratantes (art. 112 do vigente Código Civil). Aliás, havendo litígio decorrente do contrato, a interpretação em nosso Direito leva em consideração dois elementos, que integram qualquer manifestação de vontade: o elemento externo e o interno. Aquele diz respeito à declaração contratual, é palpável, perceptível pelos sentidos e se materializa, na relação contratual, pela palavra escrita ou falada. Esta se refere à vontade real, ao que foi pensado, raciocinado e pretendido pelos contratantes. Em comparação desses elementos, o normal e ideal é que haja uma coincidência entre os dois, ou seja, que o que foi desejado seja efetivamente o que foi manifestado pelas partes. Evidentemente, nem sempre isso ocorre, ou seja, instauram-se os litígios contratuais, justamente, porque não houve uma coincidência entre os elementos, cabendo ao magistrado estabelecer, então, o verdadeiro sentido da vontade contratual. Enfim, nos contratos regidos pelo Direito Romano-germânico, tais cláusulas não teriam utilidade, seja porque independem de disposição escrita, seja porque são destituídas de caráter coercitivo (HIRONAKA, 2004, p. 221).

Neste contexto, Arnaldo Medeiros da Fonseca (1958, p. 212-213) salienta que “quando contratam, as partes observam, sobretudo, o caráter irrevogável do vínculo obrigacional, devendo os princípios superiores da segurança social ficar acima da vontade dos particulares e de suas representações psíquicas”.

As teorias são falhas porque no momento da contratação nunca é possível examinar o subconsciente do outro contratante para conhecer suas representações psíquicas, mas tão-somente sua vontade expressa, declarada, ou, quando muito, sua vontade subentendida na finalidade do contrato.

Ressalta Fabiana Rodrigues Barletta (2002, p. 19) que o conjunto das teorias apresentadas, construídas ao longo dos tempos, expressa um processo evolutivo que, “partindo de um padrão altamente subjetivista, caminhou para um patamar cada vez mais objetivo e condizente com a dogmática contratual tecida pela contemporaneidade”.

Enfim, pode-se concluir que as teorias subjetivas foram evoluindo ao longo do tempo e contribuíram para que os juristas percebessem a necessidade de analisar, nas teorias mais recentes, os elementos objetivos que, até então, não integravam o contrato, e passam, atualmente, a serem decisivos para a quebra dos contratos.

3.4 As teorias intrínsecas com base na prestação

Neste momento, parte-se para o estudo das teorias que têm como fundamento do reconhecimento da imprevisão a prestação e sua impossibilidade ou onerosidade e não mais o elemento volitivo das partes, não levando em consideração os vícios de vontade, a intenção, ou formulação psíquica das partes.

Dentre as teorias que encontram fundamento na prestação, duas foram as mais importantes, quais sejam: a teoria do estado de necessidade de Lehmann e Coviello e a teoria do equilíbrio das prestações de Giorgi e Lenel.

3.4.1 Da teoria do estado de necessidade

Idealizadores desta teoria, Karl Lehmann e Leonardo Coviello, sustentavam que o devedor, diante de uma dificuldade superveniente e imprevista da prestação, estaria em estado de necessidade, liberando-o do seu cumprimento da obrigação, em virtude da nova realidade ocasionada por fatores econômicos. Ou seja, com fulcro no instituto do estado de necessidade,

o devedor pode escusar-se do adimplemento da prestação contratual, quando, em razão de fatores surpreendentes e imprevisíveis, a execução tornar-se excessivamente onerosa.

Pode-se afirmar que o estado de necessidade nesta teoria funcionaria como causa de extinção da responsabilidade patrimonial, além de constituir um direito subjetivo do devedor de não realizar a prestação pactuada para evitar um dano maior, que seria a iminente penúria do devedor.

Rogério Ferraz Donnini (1999, p.41) sustenta que “o estado de necessidade liberaria o contratante da obrigação assumida, pois não haveria vontade expressa em descumprir a obrigação, mas apenas busca salvar um direito próprio ou de outrem”.

Medeiros da Fonseca (1958, p.109) transcreve as palavras de Coviello “O estado de necessidade não se trata de uma cláusula de extinção de responsabilidade apenas, mas, sobretudo de um título constitutivo de direito”.

A teoria esbarra na própria concepção de estado de necessidade³⁸, em que não há agressão a um direito, mas um conflito de dois direitos, um contraposto ao outro, em que alguém, na defesa de direito próprio ou alheio, se vê na contingência de praticar um fato com o intuito de salvá-lo de perigo atual e iminente, que não provocou por sua vontade, sacrificando-se, assim, o direito de outrem.

Assim, se o devedor, quando da superveniência de fatos imprevisíveis, provar um estado que legitimasse seu inadimplemento, ou que justificasse a extinção da sua responsabilidade, poderia pleitear a revisão e/ou resolução do contrato.

A crítica da teoria se dá no sentido de que o devedor, mesmo sem fundamentos, teria um direito maior que o do credor para se eximir do cumprimento da obrigação contratual, quando da superveniência de fatos imprevisíveis que provoquem a onerosidade excessiva.

3.4.2 Da teoria do equilíbrio das prestações

Partindo da noção de justiça comutativa³⁹ de Santo Tomás de Aquino, Giorgio Giorgi propôs a teoria do equilíbrio das prestações, também chamada por Lenel de teoria do equilíbrio dos interesses.

³⁸ Advém do Direito Penal a noção de estado de necessidade, sendo previsto no art. 24 do Código Penal, nos seguintes termos: “Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”. (BRASIL, 2011).

³⁹ Maria Helena Diniz (2009, p.398-399) a distingue as duas modalidades de justiça. A justiça comutativa verifica-se na relação entre dois particulares, em que um dá a outro o que lhe é devido, segundo uma igualdade simples e absoluta; neste caso, o devido é rigoroso por dizer respeito a um direito próprio da pessoa e a igualdade

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

Entretanto, não são consideradas circunstâncias suficientes a ensejar a alegação da revisão ou resolução aquelas que se enquadram na álea normal do contrato ou dentro do risco aceitável decorrente de cada contrato, mas tão-somente o risco excepcional, imprevisível, que faz desaparecer a igualdade inicial do contrato. Para Anísio José de Oliveira (1991, p. 168), “o rompimento da igualdade natural, e pré-ordenada dos contraentes irá exigir da eqüidade e da justiça a sua intervenção, a fim de restabelecer a situação anterior, para fazer cessar a desigualdade ou a desproporcionalidade”.

Medeiros da Fonseca tece sua crítica à teoria:

Se não há nenhum vício de consentimento só excepcionalmente deve a lei intervir, limitando a liberdade de contratar, para impedir a exploração injusta dos fracos pelos fortes. Erigir, entretanto, em regra geral de direito o princípio da equivalência objetiva, seria resultado desastroso para a segurança das convenções (MEDEIROS DA FONSECA, 1958, p.223).

Desse modo, a crítica em relação a esta teoria reside na dificuldade de se mensurar o desequilíbrio das prestações, já que nem sempre as prestações têm uma equivalência objetiva, mas apenas meramente subjetiva.

3.5 Das teorias revisionais com fundamento em motivos extrínsecos

3.5.1 Teoria revisional com fundamento na moral

Esta teoria defendida por Pierre Voirin e Georges Ripert se funda na imoralidade do enriquecimento injusto do credor em detrimento do devedor, em caso de ocorrência de fato imprevisível. Como defensores da idéia da moral, para os autores, o fundamento da *rebus sic*

é simples por constituir uma equivalência entre dois objetos, sem levar em consideração a condição das pessoas. A distributiva, por sua vez, relaciona a sociedade e cada um de seus componentes, atribuindo a cada particular o bem que lhe é devido segundo uma igualdade proporcional ou relativa, enfim, o grupo social reparte aos particulares aquilo que pertence a todos, assegurando-lhes uma eqüitativa participação no bem comum, conforme a necessidade, o mérito e a importância de cada indivíduo.

stantibus justifica-se pelo predomínio da noção moral de equivalência das prestações sobre a noção econômica de segurança jurídica das relações jurídicas.

Nas lições de Medeiros da Fonseca, a imprevisão geraria o conflito entre essas duas noções de interesses antagônicos:

[...] de um lado, a noção de moralidade superior que requer a equivalência das prestações (justiça comutativa); e, de outro lado, uma noção econômica de segurança, cuja satisfação absoluta exigiria o respeito fiel das convenções nas condições prefixadas (MEDEIROS DA FONSECA, 1958, p. 226).

Para o jurista francês Pierre Voirin, diante da ocorrência do fato imprevisível e do conflito entre a noção moral de equivalência das prestações e a noção econômica de segurança do contrato, há o predomínio daquela sobre esta, quando a prestação se tornar excessivamente onerosa. Sobre esta realidade de a revisão ou a resolução do contrato por onerosidade excessiva ser fundamentada na moral, em caso da ocorrência de fatos supervenientes e imprevisíveis, Voirin assevera:

Embora possa parecer paradoxal falar de moralidade a propósito de questões jurídicas, a consciência comum modernamente reconhece não haver antagonismo entre as duas disciplinas e tende a fazer penetrar, cada vez mais a moral no direito. O próprio Duguit, no seu *Traité de droit constitutionnel*, teria acentuado a importância do que ele chamou “o sentimento de justiça”. Para haver regra de direito seria preciso que a sanção de uma regra social pelo emprego da força coletiva fosse conforme o sentimento que se tem da justiça comutativa (apud FIGUEIREDO, 2004, p. 74).

Georges Ripert (2002, p.162) também “defende a imputação da regra moral sobre as obrigações civis”, tendo, inclusive, obra específica sobre o assunto. O autor se propõe a demonstrar que o direito, na sua parte mais técnica, é dominado pela moral, apesar de a época atual separar rigorosamente a moral do direito. Ripert estuda a regra moral na sua função normativa, a qual impede o uso das regras jurídicas visando alcançar fins que a moral reprovava.

Entretanto, para o jurista francês, na hipótese de desproporção das prestações, a revisão ou resolução contratual não se dá pela influência direta da regra moral, mas sim pela exploração abusiva do credor, que comete uma grave injustiça, por meio do uso de seu direito em exigir a prestação com excessivo rigor.

Seguindo a linha de raciocínio de Ripert, o devedor não poderia fugir à palavra empenhada no contrato, deveria sim cumpri-la ainda que fatos posteriores venham modificar a situação, inicialmente, contratada. A escusa do devedor somente surgiria, a partir do momento

em que o credor passasse a exigir a quantia desproporcional, o que Ripert imputa de abusivo e imoral, em sua obra sobre a regra moral:

A função normativa da regra moral cria a necessidade para as partes de respeitar a lei moral, dando a proteção necessária devida ao contratante que se encontra em situação de inferioridade, e que é explorado pela outra parte; ensina que a justiça deve reinar no contrato e que a desigualdade das prestações pode ser reveladora da exploração dos mais fracos.

O abuso começa no momento em que o desequilíbrio das prestações é tal que o contratante não podia normalmente prever que ia tirar do contrato tal vantagem. É preciso, pois, para admitir a revisão, um acontecimento extraordinário, fora da previsão humana, e era esse o sentido da cláusula *rebus sic stantibus*. É preciso, por outro lado, que o acontecimento torne para o devedor cumprimento tão difícil e oneroso; que ele constitua uma lesão em desproporção com a vantagem que previu no contrato. É preciso, enfim, que o credor não tenha pago antecipadamente a álea excepcional do contrato pela natureza da operação feita ou as estipulações particulares do contrato (RIPERT, 2002, p.164).

George Ripert acredita que o juiz, ao apreciar o contrato com prestações desproporcionais, além de observar o princípio da boa-fé objetiva tem o dever de proteger uma parte para que esta não enriqueça a custa da outra. O autor esclarece brilhantemente acerca da Revisão judicial dos contratos:

Quando a reclamação do devedor sobe até o juiz, pois todas as previsões foram frustradas: o contrato que devia ser normalmente executado nas condições estabelecidas torna para o devedor, em resultado de circunstâncias imprevistas, uma causa de ruína, enquanto o direito do credor se encontra, por um jogo de acontecimentos, aumentando dez vezes de importância e de valor. O exercício do direito do credor não irá ser a consagração duma suprema injustiça? O devedor não nega a sua obrigação, não pretende desembaraçar-se dela, mas pede à autoridade que faça a justiça. No fundo, rever o contrato é ainda, respeita-lo: pedir uma libertação ou uma modulação de encargos é reconhecer que ninguém pode desligar-se de um contrato senão por um ato da autoridade (RIPERT, 2002, p.141 e 142),

Importa informar que, na época, o Código Civil Francês declarava que o contrato legalmente formado seria lei entre as partes. Contudo, no caso de o contrato se não se tornar cumprível, Ripert declara:

O contrato, que é uma lei, e, em certo sentido, superior a ela, pois que a própria lei não pode atingir. A nova lei que modificasse as condições de validade do contrato não atingiria a convenção já concluída; a que modificasse os efeitos do contrato, a não ser que tivesse sido declarada de ordem pública, deixaria subsistir os efeitos já ajustadas. (RIPERT, 2002, p.141).

Neste diapasão, partindo da premissa de Ripert, conclui-se que as partes contratantes, em caso de alterações das circunstâncias capazes de causar desproporção das prestações, têm o dever moral ou até mesmo dever social de renegociar as prestações, a fim de que o contrato

se equilibre e alcance o verdadeiro fim a que se pretende, qual seja: de circulação de bens e serviços.

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

3.5.2 Teoria revisional com fundamento na boa-fé

A boa-fé como fundamento da revisão ou resolução judicial dos contratos é uma regra de aplicação geral no âmbito contratualista, presente na maioria dos Códigos estrangeiros, por isso, essencial para a validade dos contratos. A teoria da boa-fé foi desenvolvida por Wendt, Naquet e Klenke, no início do século XX, tendo também um representante brasileiro, Nehemias Gueiros (PEREIRA, 2001).

De acordo com Wendt, como o direito positivo é incapaz de prever todas as situações possíveis de ocorrer nas relações entre os contratantes, a boa-fé, por ser uma regra jurídica genérica, seria uma “válvula de segurança para aplicação do direito em cada caso concreto”, em caso de superveniente onerosidade excessiva da prestação (MEDEIROS DA FONSECA, 1958, p. 217).

O respeito à boa-fé além de ser uma necessidade resultante da primazia da segurança social é também um imperativo de ordem moral. Sem dúvida, a boa-fé como um imperativo moral deve ser observada em todas as relações obrigacionais e contratuais, jamais podendo ser relegada na interpretação das relações interpessoais. Para o argentino Jorge Alsina Bustamante (1997, p. 148), a boa-fé “deve presidir a formação, interpretação e execução dos contratos”.

Por sua generalidade, a boa-fé não poderia ser o primeiro fundamento a explicar a aplicação da onerosidade excessiva dos contratos por motivos supervenientes. Justamente por constituir uma regra genérica de Direito, o fundamento da boa-fé é invocado tanto pela corrente revisionista, como pela anti-revisionista, o que pode levar a duas direções, diametralmente, opostas. Isso porque a boa-fé, ao contrário de permitir a modificação, também é tida como elemento a fundamentar o cumprimento e inalterabilidade do contrato.

Arnoldo Medeiros da Fonseca já explicava a boa-fé como fundamento da cláusula *rebus sic stantibus*:

Esta *estrela polar do direito*, na frase de Charles de Szladits, partidário do acolhimento da noção de imprevisão, oferece, na verdade, como advertiu Niboyet, o singular perigo de conduzir em duas direções diametralmente opostas, pois nos países latinos, a boa-fé tem sido também considerada, de uma maneira geral, como se opondo a uma modificação ulterior dos contratos. A boa-fé, diz-se, consiste em executar, custe o que custar, a obrigação livremente contraída. Entre as partes que se defrontam, credor e devedor, não há senão interesses individuais em causa, e a palavra dada deve superá-los; o que, entretanto, não significa que a intervenção excepcional do legislador deixe de justificar-se em momentos de crises graves e generalizadas, afim de evitar sérias perturbações sociais (MEDEIROS DA FONSECA, 1958, p. 219).

Anísio José de Oliveira (2002, p. 175) transcreve as palavras de Nehemias Gueiros, que declara: “Para que os contratos sejam executados de boa-fé, é preciso que eles sejam entendidos *rebus sic stantibus*”.

Porém, Giorgi Osti e Windsheid tecem duras críticas à teoria wendtiana, tachando-a de imprecisa. Consideram que “a boa-fé tem conceituação larga e flutuante”, pois defendem que o direito deve ser analisado com uma base mais objetiva.

Enfim, considerando o contrato como um processo constituído por várias fases, em que a boa-fé atua em todos os momentos do campo obrigacional e contratual, seja como norma de comportamento (boa-fé subjetiva), seja como princípio geral de direito (boa-fé objetiva), fica clara a ambigüidade dessa teoria, isso porque a boa-fé tanto pode ser fundamento para ensejar a revisão ou modificação contratual, quanto para fundamentar a sua inalterabilidade e a força obrigatória do contrato.

3.5.3 Teoria com fundamento na extrinsibilidade do fortuito

A teoria da extrinsibilidade do fortuito foi difundida pelo francês Henri Lalou tendo sido acolhida pela jurisprudência alemã, inglesa e francesa. Oportuno dizer que nesses países reinava a teoria da força obrigatória dos contratos, que impunha o cumprimento da obrigação pelo devedor, ainda que gerasse a sua ruína patrimonial, em razão de as jurisprudências alemã, francesa e inglesa jamais aceitarem a teoria da imprevisão como princípio jurídico.

Neste contexto, a revisão ou resolução do contrato por onerosidade excessiva da prestação decorrente de fato imprevisível somente seria possível pela aplicação extensiva das regras incidentes ao caso fortuito e a força maior, uma vez que a imprevisibilidade estaria implícita nesses institutos.

Para Henri Lalou:

A ocorrência de eventos imprevisíveis, que modificam a economia contratual e geram a lesão para o devedor da obrigação, não seria mais do que uma espécie atenuada de caso fortuito e provocaria uma impossibilidade relativa, também chamada como excessiva onerosidade. (apud BORGES, 2001 p.214)

Contudo, o autor é criticado por Nelson Borges (2001, p. 215), que acredita não existir gradação na impossibilidade, pois a prestação ou é impossível ou é possível.

José Anísio de Oliveira (2002, p. 176), a princípio, a considera “a melhor e a mais bem elaborada das teorias, porém, já desde o nascedouro vem fragmentada”. Ainda justifica que “o caso fortuito e a cláusula *rebus sic stantibus* são institutos absolutamente diversos. O caso fortuito provém de uma causa objetiva, ao passo que a *rebus sic stantibus* de uma de caráter subjetivo”. Ou seja, o caso fortuito e de força maior são eventos inevitáveis e irresistíveis, que impossibilitam o cumprimento da obrigação, total ou parcialmente. A imprevisão, por sua vez, não gera uma impossibilidade de cumprimento da prestação, mas sim uma dificuldade exacerbada.

Além disso, o caso fortuito ocorre em plano contratual, ao contrário da imprevisão, que ocorre no plano extracontratual.

Ademais, o fato imprevisível, presente na teoria da imprevisão, não é pressuposto do caso fortuito ou de força maior, tendo em vista que, nestes, o fato até pode ser previsto ou previsível, mas inevitável e irresistível. Por todos esses motivos, não é possível igualar institutos jurídicos que possuem fundamentos diferentes, ainda que para efeito de tutela.

3.5.4 Teoria com fundamento na socialização do direito

O princípio da solidariedade sobreveio em contrapartida ao individualismo presente no século XIX, e nesse contexto foi formulada por Roman Badenes Gasset a Teoria da Socialização do Direito.

Segundo essa teoria o contrato civil, embora entabulado entre dois particulares, e regido pelo direito civil privado, interessa também à coletividade. Sob o ponto de vista de Gasset, o credor não deve levar em consideração apenas o devedor como um cidadão singular, vez que a própria sociedade tem interesse de evitar ao máximo a ruína do devedor, em caso de ocorrência de fatos imprevisíveis e da exigência por parte do credor de uma prestação excessivamente onerosa.

Com fundo nessa teoria, o contrato pode deixar de ser adimplido em razão da aplicação da *rebus sic stantibus*, permitindo-se assim a revisão ou até mesmo a resolução.

A lição de Alcio Manoel de Sousa Figueiredo corrobora essa noção apresentada:

O credor deverá encarar o devedor não como um contraente isolado, mas como integrante do meio social, da qual o próprio credor participa, estando os interesses da sociedade (interesse coletivo) em posição hierarquicamente superior a dos interesses particulares (FIGUEIREDO, 2004, p.78).

Seguindo a mesma linha de pensamento, o jurista português Luís Alberto de Carvalho Fernandes, salientava que:

[...] deve haver uma cooperação social entre credor e devedor, que seria a razão-de-ser da imprevisibilidade, sendo, portanto, perfeitamente, possível o não-cumprimento de uma obrigação contratual em nome da chamada “caridade jurídica”. (apud BORGES, 2001, p.238).

O fundamento de Gasset, sem dúvida, é o que mais se aproxima da realidade brasileira contemporânea, recheada de eticidade, solidarismo e coletivismo. Aliás, isso é bem nítido pela própria leitura da Constituição da República, assim como do Código de Defesa do Consumidor e da Consolidação das Leis do Trabalho, que consagrou e tutelou bens de importância social, como, o meio ambiente, as relações de consumo, os direitos trabalhistas, dentre outros.

Anísio José de Oliveira traz o comentário de Wilson Melo da Silva acerca da adaptação do direito privado às novas idéias, nascidas das necessidades sociais dos tempos hodiernos:

O direito se socializa e, consoante Savatier, já se teria mesmo se iniciado a arrancada que, no direito privado, por terminar nos largos domínios do direito público. Não se justificaria, pois, nos tempos presentes, quando um câmbio notável se justificou com as condições de vida que velhos postulados ainda prevalecessem e que regras inadaptáveis aos novos padrões continuassem a bitolar o direito (apud OLIVEIRA, 2002, p. 180).

Assim, a teoria da socialização do direito de Gasset contribui sobremaneira à aplicação da *rebus sic stantibus*, ao atribuir uma flexibilização do princípio da obrigatoriedade das convenções, essencialmente em prol dos interesses sociais. Entretanto, talvez o grande obstáculo que se impõe na adoção deste fundamento seja o jogo de interesses individuais que move a sociedade capitalista e que, muitas vezes, impede a cooperação entre as partes contratantes.

3.5.5 Teoria com fundamento na equidade e na justiça

Arnoldo Medeiros da Fonseca (1958) foi o primeiro jurista brasileiro a estudar acerca da teoria da imprevisão e após vastas pesquisas editou a teoria fundamentada na equidade e na justiça contratual.

O autor, inicialmente, propõe “a atuação prudente do legislador, em casos especiais, com a formulação de leis emergenciais para atender situações graves e generalizadas, decorrentes de circunstâncias imprevistas” (MEDEIROS DA FONSECA 1958, p.234). Contudo, questiona o jurista pátrio a legalidade do magistrado em intervir, de modo permanente, nos contratos, permitindo sua revisão e/ou resolução.

Arnoldo Medeiros da Fonseca ainda acredita que a onerosidade pura e simples do devedor, sem qualquer vantagem para o credor, não ensejaria qualquer modificação contratual. Cabe transcrever sua opinião:

De nossa parte, pensamos que, quando a superveniência imprevista apenas acarreta para o devedor uma onerosidade maior, mas em nada vem a melhorar a situação do credor, que apenas pretende os benefícios esperados e decorrentes do contrato, não haverá iniquidade nenhuma em exigir do primeiro o cumprimento da obrigação livremente assumida, pois o direito, no conflito de interesses a que aquela dá lugar, não tem nenhuma razão para preferir o sacrifício do segundo (MEDEIROS DA FONSECA, 1958, p.234).

Todavia, em caso de alteração profunda e imprevisível que provoque visível acréscimo de benefícios para o credor, os elementares princípios de justiça comutativa desapareceriam se o credor exigisse do devedor da prestação o fiel e integral cumprimento da obrigação assumida (BORGES, 2001). Afinal, não é aceitável que a superveniência imprevista gere enriquecimento indevido a uma das partes, em detrimento da ruína de outra.

Arnoldo Medeiros da Fonseca enumera os elementos caracterizadores da teoria da imprevisão:

a) alteração radical no ambiente objetivo existente ao tempo da formação do contrato, decorrentes de circunstâncias imprevistas e imprevisíveis; b) onerosidade excessiva para o devedor e não compensado por outras vantagens auferidas anteriormente, ou ainda, esperáveis, diante dos termos do ajuste; c) enriquecimento inesperado e injusto para o credor, como consequência direta da superveniência imprevista. (MEDEIROS DA FONSECA, 1958, p. 236).

Segundo Medeiros da Fonseca (1958), os princípios de equidade e o sentimento de justiça justificam a intervenção judicial no contrato, impedindo o esmagamento de um dos

contratantes para enriquecimento do outro. Neste sentido, a equidade e a justiça seriam o justo limite criado pela consciência comum para explicar a noção econômica de segurança, impedindo, assim, a iniquidade, evitando-se a aplicação inflexível da regra da obrigatoriedade das convenções.

A teoria de Arnaldo Medeiros da Fonseca foi criticada acerca do subjetivismo dos conceitos de justiça e equidade, podendo variar de acordo com a época ou o lugar. Anísio José de Oliveira afirma que: “a moral, a equidade como a razão e a boa-fé são conceitos flutuantes, são termos que exprimem uma diversidade, já que cada cidadão, qualquer que seja ele, possui uma noção, uma idéia do que é a equidade, moral, justiça”. (OLIVEIRA, 2002, p. 183).

Entretanto, em virtude da nova sistemática do Código Civil de 2002, essas críticas talvez não sejam mais pertinentes, na medida em que, com a adoção de um sistema aberto, composto de cláusulas gerais e de conceitos legais indeterminados, permitem ao magistrado liberdade de decisão, sem, contudo, desvincular-se da legalidade. Ademais, o Direito Brasileiro admite a equidade como fonte do Direito se, expressamente, a lei assim o prescrever, o que se conclui diante da interpretação do art. 4.^o⁴⁰, da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro e art. 127⁴¹ do Código de Processo Civil.

Desse modo, conclui-se que com o advento do Código Civil de 2002 tornou-se possível invocar a teoria da equidade como fundamento da teoria da imprevisão ou onerosidade excessiva, especialmente, por conta do art. 479, que permite a modificação eqüitativa do contrato, o que não era possível anteriormente.

4 A REVISÃO CONTRATUAL NO DIREITO COMPARADO

4.1 A Revisão Contratual na França

4.1.1 *O sistema jurídico francês e a incompatibilidade com a ideia de revisão do conteúdo do contrato*

O início do século XIX foi marcado pelo florescimento do liberalismo econômico. Parte dos países europeus, particularmente a França com o Código de Napoleão (1804), buscou desenvolver um corpo legislativo com pretensões a esgotar o âmbito de regulação jurídica da conduta humana, isso se justifica porque o surgimento da codificação francesa

⁴⁰ O art. 4.^o da LINDB exclui a equidade: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (BRASIL, 2011)

⁴¹ Art. 127 do CPC: “O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei” (BRASIL, 2011).

seria decorrente do advento do jusracionalismo e da consolidação de uma noção individualista.

Neste prisma, o contrato, instrumento hábil a permitir a circulação de riquezas e imprescindível aos interesses burgueses, passa por um processo de blindagem que o torna praticamente invulnerável a pretensões de desfazimento. A autonomia da vontade, corolário do liberalismo econômico, permitia que sujeitos de direito limitassem sua esfera de liberdade assumindo obrigações, tendo, em contrapartida, direitos a serem exercidos.

Fica claro que, na França, a doutrina e a jurisprudência eram fieis ao princípio *pacta sunt servanda*, segundo o qual o contrato vincula as partes contratantes, nos termos das declarações de vontade manifestadas, mesmo que circunstâncias imprevistas alterassem os efeitos da avença.

Dessa forma, operado o consentimento no sentido da celebração do contrato, os princípios do *pacta sunt servanda* e da intangibilidade dos contratos passavam a atuar de modo avassalador. Praticamente nada poderia modificar ou dissolver o acordo de vontades por mais injustas que fossem as cláusulas nele contidas, a não ser a própria autonomia da vontade, manifestando-se sob a forma de distrato ou em caso de situações excepcionais previstas em lei que permitiam ao juiz desfazê-lo.

A tradição humanista da pré-codificação influenciou a concepção do *Code*. Menezes de Cordeiro nos informa que não havia referência à cláusula *Rebus Sic Stantibus*, nas “obras magistrais” de Domat e Pothier (MENEZES CORDEIRO, 2007, p.947).

O princípio da segurança jurídica precisava de superior proteção para satisfazer às necessidades burguesas de solidez e continuidade no tráfego comercial. A justiça, enquanto valor ético-social, ficou relegada a plano inferior.

Contudo, o Código Civil francês representou mais do que um simples estatuto normativo cristizador dos valores burgueses com pretensões de universalidade e absoluta plenitude. Fundou um verdadeiro sistema legal fechado, baseado em axiomas logicamente formulados, abstratos e irredutíveis.

A sistemática francesa tem sua base ideológica no jusracionalismo. Assim, o sistema de direito privado é centrado em núcleo principiológico abstrato que por si só é fonte exclusiva de todo o Direito: “No campo do direito privado, o jusracionalismo pretendeu expurgar do ordenamento positivo as normas que considerava em desacordo com os ‘princípios superiores da razão’, assim preparando caminho para uma *construção sistemática autônoma*, vale dizer, independente de outros critérios, fatos ou valores que não os contidos intra-sistematicamente. É porque o jusracionalismo é, ele próprio, um sistema fechado de verdade (isto é, certeza) da razão. Daí o objetivo, político e ideológico, que o levou a situar o direito como um sistema que partisse de regras ou princípios gerais, as

quais, contrapostas ao direito vigente – costumeiro e romanístico –, apenas o validariam se evidenciada a concordância entre esse e o direito natural, cujos postulados assume como internos, conaturais a uma ‘essência’ do próprio direito. Todo o movimento denominado de ‘segunda recepção’ – de importância fundamental no que concerne principalmente ao direito alemão – será processado sob esse signo.” (COSTA, 1999, p. 137-139).

A pretensão de auto-suficiência é a principal característica do sistema fechado, ou seja, objetiva regular todos os conflitos e tensões sociais a partir de preceitos lógicos exclusivos e imutáveis. Com isso, aprisiona toda a realidade e, filtrando-a de modo a reduzir toda complexidade social aos seus enunciados normativos, buscando ser a fonte exclusiva de todo o Direito, ou, em termos mais objetivos, o sistema proclama ser o próprio Direito.

Os códigos resultam de um “fator político” (consolidação dos valores burgueses) e de um “fator técnico”, apresentado “como uma exigência de sistematicidade: ‘colocar o direito sob a forma de código’, significa colocá-lo sob a forma de um sistema. Portalis já destacara que no Direito Romano testemunhava-se a presença de princípios que lhe conferiam unidade, e o mesmo deveria se passar com o direito francês, ao ser arquitetado sob a forma de um sistema: um “encadeamento de razões” assentado na força dos princípios. (PINHEIRO, 2004, p. 95-96).

O sistema fechado funda-se em axiomas abstratos, que explicam toda a realidade subjacente; nessa ordem de idéias, o método de raciocínio jurídico.

[...] se quer construído através de precisão matemática, vale dizer, ‘científica’, das suas premissas, através de formulações cada vez mais gerais, passíveis de redução a verdades intangíveis. O objetivo, por certo, não é reduzir todo o conhecimento filosófico ao conhecimento matemático, mas sim *definir a ordem da razão* – aquilo que estrutura o sistema – ao modo das ciências matemáticas: analogia *more geométrico*, portanto, a qual requer a elaboração de um sistema centralizado: ‘A ordenação não se consegue com base em conexões estabelecidas entre elementos periféricos pré-sistemáticos; ela desenvolve-se, antes, unitária e metódica, de uns quantos princípios firmados com vista ao sistema’. Por isso o sistema se fundará em proposições primeiras – os *axiomas* –, que não requerem demonstração justamente por serem ‘verdadeiras’ ou ‘inatas’, assim como o são os princípios primeiros da matemática ou da geometria, das quais seguem, *ordenada e unitariamente encadeadas, proposições secundárias e efeitos que constituem uma totalidade*. (COSTA, 1999, p. 143-144).

Com base no sistema fechado, os conceitos jurídicos passam a ser um fim em si mesmo, havendo uma inversão da relação Direito e Sociedade, na qual os conceitos jurídicos informariam a realidade social, uma verdadeira incoerência. Judith Martins Costa “considera que tal inversão levaria a uma concepção histórica do universo jurídico” (COSTA, 1999, p. 142).

Eros Cordeiro afirma neste sentido: “A tarefa do jurista, pois, era a de adequar a realidade aos preceitos legais. Na França pós-codificação, significa a adoção da incongruente

fórmula de adaptação do meio social aos dispositivos do *Code*” (CORDEIRO, 2009. P.86-87).

A comprovação de que os primeiros projetos do *Code* tinham influência expressa do jusnaturalismo racionalista encontra-se no discurso de Cambacérès, autor do primeiro projeto francês, proferido em 4 de junho de 1793:

Existe uma lei superior a todas as outras, uma lei eterna, inalterável, própria a todos os povos, conveniente a todos os climas: a lei da natureza. Eis aqui o código das nações, que os séculos não puderam alterar, nem os comentadores desfigurar. É a ele apenas que é necessário consultar. (BOBBIO, 1999, p.69).

Entretanto, em decorrência direta do apego ao jusnaturalismo, este projeto Cambecéres não se sustentou, assim como não foram aceitos outros dois projetos apresentados por ele logo depois.

Sustentava-se que só poderia existir um único Direito, uma única lei: a noção de um Código totalitário, afastando completamente a lei da natureza ou a lei racional, por estar superada pela idéia da codificação.

Nesta esteira, prevaleceu então o projeto concebido por Portalis, Tronchet, Bogot-Préameneau, Maleville, cuja versão definitiva desligou-se completamente do jusnaturalismo e o Conselho de Estado eliminou do projeto inicial o resquício do Direito natural, que previa um direito universal e imutável, fundado na razão natural, e o Direito natural como fonte integrativa de lacunas. (BOBBIO, 1999)

As fontes imediatas usadas pelos autores do *Code Civil* de 1804 foram o direito comum francês tradicional do século XVIII, que era um amálgama dos direitos eruditos e consuetudinário, parte do qual era bem antiga; e, em segundo lugar, as inovações feitas durante a Revolução. Essa mistura do velho e do novo adequava-se ao clima político da nação e, depois da queda do *ancien regime*, mostrou-se também bastante adequada à sociedade pequeno-burguesa do século XIX (CAENEGEM, 2000, p. 8).

Ocorre que se iniciou, na época, um problema de interpretação do *Code* a respeito de suas lacunas legislativas. Como havia o preceito de que o Juiz que se negasse a aplicar a lei sob o pretexto de omissão legislativa seria responsável por denegar justiça, quando a lei não oferecesse a resposta ao caso concreto, haveria dois caminhos: buscar a solução dentro do sistema legislativo (dentro do próprio Código), ou então, deduzi-la fora do sistema, a partir da aplicação da equidade (a integração legislativa, que para os positivistas sempre deveria se dar dentro do sistema – a denominada auto-integração, derivada do dogma da onipotência do legislador que leva ao postulado da completude do ordenamento jurídico).

O artigo 9º do projeto do *Code* previa: “Nas matérias civis, o juiz, na falta de leis precisas, é um ministro de eqüidade. A eqüidade é o retorno à lei natural e aos usos adotados no silêncio da lei positiva” (BOBBIO, 1999, p. 74.).

A solução dada por Portalis foi clara: a omissão do Código será suprida pela razão natural, ou seja, pelo Direito natural racional, que passa a ter nova função: atuará subsidiariamente à lei positiva. A não aprovação, todavia, desses dispositivos pelo Conselho de Estado ensejou a interpretação de que o jusnaturalismo (assim como toda a tradição precedente) não mais exerceria qualquer influência na interpretação ou integração do sistema (apud BOBBIO, 1999, p. 76 - 77).

Diante dessa realidade de auto-suficiência do *Code* desenvolveu-se a Escola da Exegese (*école de l'exégèse*), cujo postulado básico era de que o juiz seria “a boca da Lei”, sedimentando a doutrina positivista na França. Bobbio declara que a Escola:

Foi acusada de fetichismo da lei, porque considerava o Código de Napoleão como se tivesse sepultado todo o direito precedente e contivesse em si as normas para todos os possíveis casos futuros, e pretendia fundar a resolução de quaisquer questões na intenção do legislador. (BOBBIO, 1999, p. 77)

A Escola da Exegese afastava o direito natural entendendo que somente interessaria ao jurista aquilo do Direito natural que fosse positivado, e, também, ratificava a concepção rigidamente estatal do Direito, o direito seria reduzido às normas formais provenientes do Estado. As explicações jurídicas deveriam ser encontradas apenas nos textos legais.

[...] à doutrina apenas restava um papel ancilar – o de proceder a uma interpretação submissa da lei, atendo-se o mais possível à vontade do legislador histórico, reconstituída por meio dos trabalhos preparatórios, dos preâmbulos legislativos, etc. Quanto à integração das lacunas, a prudência devia ser ainda maior, devendo o jurista tentar modelar para o caso concreto uma solução que pudesse ter sido a do legislador histórico se o tivesse previsto. (HESPANHA, 1998, p.177-178)

Vale ressaltar que o *Code* tinha vastas passagens baseadas na grande influência do Direito Romano, o que levou a uma série de desconexões entre diversos assuntos. Daí o caminho seguido pela Escola da Exegese foi:

A solução seria o apego incondicional ao texto codificado como viés interpretativo. Desse modo, o jusracionalismo deu à luz um código que, uma vez em funções, renega a metodologia que o gerou e toda a Ciência do Direito simplifica-se ao extremo, reduzindo-se a um diálogo com o texto legal. Por isso pode-se afirmar que o jusracionalismo central desemboca, deste modo, na escola da exegese, cujo método consiste em ligar à lei escrita – para o caso, ao Código Napoleão – todas as soluções que se venham a apresentar. Tal ligação, pelo menos no entendimento comum e imediato, não é, tão só, formal: a própria materialidade das saídas

encontradas filia-se no modelo legal do *Code*. (MENEZES CORDEIRO, 1996, p. 250-252).

Portanto, seguindo as diretrizes da Escola da Exegese, ao jurista cabia apenas a análise metódica dos textos legais em seu aspecto gramatical, sistemático e lógico, não se atendo a questionamentos de validade ou à adequação social.

A noção de boa-fé, na sistemática francesa, se revelava uma feição exclusivamente subjetivista, destinada a “desempenhar o papel de fortalecimento do contrato” (PINHEIRO, 2001, p.240). Ora, o sistema era fechado e não havia espaço para idéias como boa-fé objetiva, equidade, nem mesmo de revisão contratual.

Na sistemática francesa, o contrato era reduzido exclusivamente a um encontro de livres vontades, e qualquer ameaça a sua força obrigatória ensejaria um ataque à própria estabilidade do sistema normativo.

[...] atentava-se, tão-somente, para uma justiça contratual formal: sob a égide de uma vontade livre, reputava-se a igualdade de oportunidades como suficiente para garantir seu alcance. Limitada ao momento de formação do contrato, a justiça no contrato era consequência inexorável do dogma da autonomia da vontade, de tal modo, que sob a capa da intangibilidade multiplicavam-se contratos substancialmente injustos (PINHEIRO, 2004, p. 216-217).

A divisão do *Code* denota claramente a sua feição: pessoas, propriedade e maneiras pelas quais se adquire a propriedade. Construída sob as premissas ideológicas revolucionárias de igualdade e liberdade, a preocupação da codificação era libertar o indivíduo das limitações do Antigo Regime e ligá-lo à propriedade. Na ordem codificada francesa, o contrato era o grande instrumento de circulação de riquezas, exercendo papel de subordinação à propriedade:

O instituto do contrato assume, num certo sentido, uma *posição não autônoma, mas subordinada, servil, relativamente à propriedade*, que se apresenta como instituto-base, em torno do qual são ordenados todos os outros: o contrato, em suma, surge na consideração do legislador só no seu papel de instrumento (um dos instrumentos, a colocar ao lado de outros susceptíveis de desempenhar a mesma função, como por exemplo a sucessão *mortis causa*, que não por acaso são contemplados no mesmo livro) de transferência de direitos sobre coisas, e, portanto, em primeiro lugar, a propriedade (ROPPO, 2009, p. 42).

Era a consolidação do “princípio proprietário”, próprio do Direito Moderno. Roppo traduz que o binômio liberdade e propriedade ligam-se, de modo a formar um elo indissociável caracterizador da noção de contrato:

Em toda uma tradição do pensamento jurídico-político oitocentista, destinada a perpetuar a sua influência também no século seguinte, *liberdade e propriedade* estavam, de facto, associadas à maneira de um binómio indissolúvel: a propriedade (privada) é o fundamento real da liberdade, o seu símbolo e a sua garantia relativamente ao poder público, enquanto, por sua vez, a liberdade constitui a própria substância da propriedade, as condições para poder usá-la conformemente com a sua natureza e com as suas funções; sem propriedade, em suma, não há liberdade, mas inversamente, não pode haver propriedade dissociada da liberdade de gozá-la, de dela dispor, de transferi-la e fazê-la circular sem nenhum limite (e portanto dissociada da liberdade de contratar) (ROPPO, 2009, p. 41 e 42).

Todos seriam livres para contratar e se contratassem, indistintamente adquiririam bens e alcançariam *status* social. A liberdade ligada à propriedade legitimaria a ampla circulação de bens.

Nessa época, havia verdadeiro repúdio à figura da revisão judicial do contrato.

Durante mais de um século, a jurisprudência francesa, acompanhada por uma doutrina que primava pelo rigor exegético, encerrada no texto do *Code*, insistiu na recusa em modificar os contratos, diante da alteração das circunstâncias. Proclamando o princípio *pacat sunt servanda*, em termos absolutos, asseverava o perigo em admitir a intervenção do juiz a pretexto de equidade: a vontade livre encontrada na base desses pactos justificava sua obrigatoriedade (PINHEIRO, 2004, p. 216).

A doutrina majoritária francesa nega a possibilidade de revisão do contrato por boa-fé. A escola exegética reduzia o direito francês ao *Code* e enclausurava a boa-fé por considerá-la uma ameaça à segurança jurídica nas relações econômicas

4.1.2 O surgimento da Teoria da Imprevisão na França

A regra *pacta sunt servanda* vinha expressa no art. 1134 do *Code Civil*, o qual prescrevia que os contratos validamente concluídos deveriam ser cumpridos, independentemente da superveniência de grave desequilíbrio econômico no curso de sua execução⁴². Havia absoluta incompatibilidade da sistemática francesa com a idéia de revisão dos contratos, na medida em que o sistema era fundamentado nos axiomas centrais irredutíveis da autonomia da vontade individual e da estrita força obrigatória dos contratos. Desse modo, o sistema jurídico francês repelia a possibilidade de intervenção judicial no âmbito contratual.

⁴² Art. 1134 do Code Civil: 1) *Les Conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux que les ont faites.* 2) *Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, on pour les causes que la loi autorise.* 3) *Elles doivent être exécutées de bonne foi.*

Todavia, a teoria da imprevisão nasceu na França, foi a jurisprudência do direito administrativo que começou a mudar a noção de contratos imutáveis. Em 30 de março de 1916, ocorreu o chamado “Caso do gás de Bordeaux”, um *leading case* decidido pelo Conselho de Estado Francês, que aplicou a Teoria da Imprevisão na França, com o intuito de solucionar o litígio entre a Prefeitura de Bordeaux e a *Compagnie Générale d’Eclairage* da cidade (FRANTZ, 2007, p. 18-19)

Ocorre que a Prefeitura de Bordeaux celebrara, com a Concessionária de produção e distribuição de gás, um contrato com prazo fixado em 30 anos para fornecimento de gás. Este continha cláusula fixando o preço de venda do gás a seus usuários. Devido à ocupação das regiões produtoras de gás, tornou-se difícil e oneroso o seu transporte, gerando, assim, a alta do preço do carvão e dos salários, o que inviabilizaria a Companhia. Estes fatores alteraram o equilíbrio econômico do contrato, pois o preço inicialmente acordado revelou-se insuficiente.

A fim de reequilibrar o contrato, a Concessionária levou o caso ao Conselho de Estado Francês, que, embora enfatizando que “o contrato de concessão regula de modo definitivo e que as mudanças integram a álea do contrato”, reconheceu a “situação extraordinária gerada pela guerra”, alterando o contrato em razão da “necessidade de assegurar o interesse geral”, aplicando a Teoria da Imprevisão, por considerar a interpretação mais equitativa e por estar de acordo com a essencialidade e continuidade do serviço público. Assim, a *Compagnie Générale d’Eclairage* recebeu uma indenização da cidade para prosseguir a execução do contrato (MENEZES CORDEIRO, 2007, p. 960-961).

A aplicação da Teoria da Imprevisão na França, não obstante ter sido aplicada pela jurisprudência administrativa, não alterou de modo contundente o princípio da força obrigatória dos contratos no âmbito judicial. Georges Ripert bem explicita: “É preciso não deduzir que a jurisprudência administrativa tenha consagrado o direito arbitrário de revisão pelo juiz. Ele considerou simplesmente que a execução do serviço público deveria ser assegurada antes de tudo” (RIPERT, 2002, p. 145).

Para Menezes Cordeiro, a partir desse caso:

A jurisprudência civilista passou a considerar a necessidade de tutelar os contratos que tiveram alteração de circunstâncias, permitindo contestar as teses que viam na possibilidade de revisão do contrato um atentado à segurança jurídica indispensável ao tráfego negocial. (MENEZES CORDEIRO, 2007, p. 43).

Assim, delineou-se a Teoria da Imprevisão, admitindo a Revisão Contratual, “desde que a alteração das circunstâncias seja de tal ordem que a excessiva oneração para uma das

partes contratantes, não sendo possível ser prevista, constituiria uma álea extraordinária” (COSTA, 1991, p.43). A rigidez contratual foi preservada, colocando-se o problema da alteração das circunstâncias como atípico, suscitado unicamente pelo inesperado e imprevisível advento da guerra.

E no final da Primeira Guerra Mundial, em 21 de janeiro de 1918 foi editada a chamada *Lei Failliot*, a qual:

[...] permitia a resolução dos contratos que, em consequência da Guerra, tornaram-se prejudiciais aos contratantes, pois as prestações excediam em muito as variações que as partes poderiam ter previsto no momento da celebração do contrato. Nesse contexto, foram sendo criadas, sucessivamente, outras leis especiais que admitiram a revisão de particulares relações contratuais por supervenientes modificações nas circunstâncias (OSTI, 1964, P.358).

Barletta completa: “a *Lei Failliot* foi uma exceção ao princípio da obrigatoriedade dos contratos disposto no Código de Napoleão e, promulgada nessa particularíssima situação, não teve o condão de esmorecer a firmeza do *pacta sunt servanda* na França”. (BARLETTA, 2002, p. 6-7)

Georges Ripert⁴³ ainda fez a seguinte observação:

A *Lei Failliot* é, sem dúvida, um atentado ao princípio absoluto da autonomia da vontade, mas os redatores do Código Civil, por mais agarrados que estivessem a esse princípio, tiveram que acolher temperamentos que os moralistas tinham conseguido fazer passar no direito civil (RIPERT, 2002, p.140).

Apesar da resistência da sistemática jurídica, Sidou explicita alguns casos em que foi aplicada a Teoria da Imprevisão na França:

Em outras oportunidades, e já sem relação direta com a Primeira Guerra Mundial, a França também utilizou a legislação de emergência diante de situações econômicas conturbadas, podendo-se citar como exemplo a Lei de 1919 sobre seguros; a do mesmo ano sobre a regulação de aquisição de imóveis a prestação; a de 1924 sobre arrendamento; a de 1926 sobre a revisão dos preços de aluguel; a de 1935 sobre a redução judicial dos preços de venda de certos fundos de comércio; a do mesmo ano que determinou o abatimento de 10% sobre certas dívidas; a de 1938 sobre revisão salarial, entre outras (SIDOU, 1979, p. 57).

⁴³ Esta observação de Ripert se justifica na medida em que seu ponto de partida foi a incidência da regra moral sobre o direito civil. Desse ponto de vista, o valor moral do contrato está ligado ao cumprimento da palavra dada. Em suas palavras: “[...] O contrato operando mutações no patrimônio ou prevendo entrega de mercadorias ou prestações de serviços, assegura a um credor uma situação futura e garante-o contra as circunstâncias que se oporiam à sua satisfação. Contratar é prever. O contrato é um empreendimento sobre o futuro. Todo contrato contém uma idéia de segurança. Admitir a revisão dos contratos, todas as vezes que se apresente uma situação que não foi prevista pelas partes, seria tirar do contrato a sua própria utilidade, que consiste em garantir o credor contra o imprevisto” (RIPERT, 2000, p. 156-157).

Contudo, a seqüência do Direito francês obstaculizou o crescimento da revisão dos contratos. A doutrina e a jurisprudência francesa permaneceram fortes no princípio *pacta sunt servanda*.

Menezes de Cordeiro justifica esse cenário alegando que a França mantinha o seu “conceitualismo exegético rígido” e considerava a proteção da alteração das circunstâncias “uma equidade perigosa”. “Os tribunais temiam que a admissibilidade geral da revisão dos contratos fosse dar margem à má-fé e dificultar, em períodos delicados, a vida econômica do país, devido à insegurança que geraria” (MENEZES CORDEIRO, 2007, p. 959-960).

Ripert e Boulanger se manifestam a respeito da não aceitação da cláusula *rebus sic stantibus*:

Os contraentes não teriam nenhum interesse em comprometer-se por muito tempo se as coisas permanecessem no mesmo estado. Por outro lado, uma cláusula dessa índole seria contrária a utilização econômica do contrato que é um ato de previsão. Seria finalmente de aplicação impossível, já que as coisas jamais permanecem no mesmo estado e seria necessário saber o que as partes não puderam prever e o que teria entrado na suas previsões ⁴⁴ (RIPERT; BOULANGER, 1957, p. 183)

Jacques Ghestin e Marc Billiau também negam a possibilidade de revisão do contrato pelo juiz, mesmo em casos extremos, como das guerras, em razão da utilidade social do contrato:

Nos dias seguintes à grande guerra, questionou-se se era justo que um dos contratantes assumisse sozinho a carga nascida de um desequilíbrio econômico. O princípio da justiça comutativa implicava naturalmente uma resposta negativa. No entanto a utilidade social do contrato, da qual se deduz o princípio da segurança jurídica, não militava em favor da manutenção do laço de direito sem modificação? Uma resposta positiva foi dada pela Corte de cassação. Pode-se deduzir que o desequilíbrio objetivo das prestações fazendo injusta a execução do contrato não priva necessariamente o contrato de qualquer utilidade social, o que justifica sua manutenção sem adaptação. *Ao menos, um desequilíbrio, mesmo de uma certa gravidade, não basta para afastar a presunção de utilidade social do contrato, que é um ato de previsão. E esta presunção não pode deixar de ser aceita* ⁴⁵. (GHESTIN; BILLIAU, 1990, p. 166).

⁴⁴ Tradução livre de: “n’auraient aucun intérêt à s’engager pour longtemps si les choses restaient en l’état. D’autre part, une telle clause serait contraire à l’utilité économique du contrat qui est un acte de prévision. Elle serait enfin d’une application impossible, car les choses ne restant jamais en semblable état et il faudrait savoir ce que les parties n’ont pu prévoir et ce qui est entré dans leurs prévisions”. (RIPERT; BOULANGER, 1957, p. 183)

⁴⁵ Tradução livre de: “Au lendemain de la grande guerre, on s’est demandé s’il était juste que l’un des contractants assume seul la charge née d’un déséquilibre économique. Le principe de justice commutative impliquait naturellement une réponse négative. Cependant l’utilité sociale du contrat, dont se déduit le principe de sécurité juridique, ne militait-elle pas en faveur du maintien du lien de droit sans modification? Une réponse positive a été donnée par la Cour de cassation. On peut en déduire que le déséquilibre objectif des prestations rendant injuste l’exécution du contrat ne prive pas nécessairement le contrat de toute utilité sociale, ce qui justifie son maintien sans adaptation. A tout le moins, un déséquilibre, même d’une certaine gravité, ne suffit pas à écarter

Menezes Cordeiro dá importante exemplo da não aplicação da Teoria da Imprevisão na França, até mesmo durante as guerras:

Os tribunais franceses se recusaram em aceitar os postulados da teoria da Imprevisão: CassFr - 04-ago-1915 – Considerou-se injustificada e, por isso, (há dever) de indenizar, a dispensa de costureira, por força do encerrar de estabelecimento provocado pela guerra: não haveria impossibilidade de remuneração mas, tão só, dificuldade; note-se que essa decisão sempre citada, é paradigmática da recusa, por parte dos tribunais franceses, em dar relevo, nos deveres privados, às dificuldades ocasionadas pela guerra. (MENEZES CORDEIRO, 2007, p.958).

Tal fato ficará claramente evidenciado no momento em que as consequências das duas Grandes Guerras do início do século XX atingiram os contratos. A resposta a tal grave situação não sairia da dogmática civil, nem de uma jurisprudência criativa. Restando ao legislador exercer o papel principal no atendimento às circunstâncias emergentes desse cenário.

Ripert se posiciona a favor da revisão contratual apenas em circunstâncias especiais:

Quando a diferença (entre prestações) atinge um valor importante, quando a falta de equivalência aparece evidente aos mais ignorantes do curso dos preços, quando a ruptura do equilíbrio é a consequência duma guerra ou duma calamidade pública, a revisão dos contratos é mais imperiosamente pedida. Enquanto esse pedido não encontrar melhor justificação do que a diferença dos cursos dos preços não poderá ser atendido. Para evitar catástrofes financeiras, possíveis falências, o legislador, por leis de circunstâncias, concede prazos de pagamento, autoriza prorrogações ou revisões de contratos. São medidas de oportunidade muitas vezes úteis, algumas vezes eficazes. Há então expropriação do direito do credor no interesse da paz pública, mas não aplicação regular duma regra jurídica (RIPERT, 2002, p. 157).

Desse modo, os tribunais franceses somente interferiram nos contratos privados, a fim de restabelecer o equilíbrio das prestações, quando autorizados por leis especiais editadas nos períodos de guerra.

4.1.3 Pressupostos de aplicação da Teoria da Imprevisão na França

4.1.3.1 Imprevisibilidade

Na França, a teoria da imprevisão parte do pressuposto de que há uma cláusula *rebus sic stantibus* implícita em todos os contratos, cujas prestações se protraem no tempo. Considera-se pressuposto dessa teoria a “existência de uma alteração imprevisível e profunda da situação de fato”. Então, “se sobrevier onerosidade da prestação, mesmo que significativa, mas sendo previsível pelas partes, não haverá fundamento para que o contrato possa ser revisado ou resolvido” (ALMEIDA COSTA, 2001, p. 292).

Quando El-Gammal (1967, p.153) afirma que “a separação entre o poder que é conferido à vontade e o que é conferido ao juiz pelo legislador está na distinção entre os eventos previsíveis e imprevisíveis, aptos a causar desequilíbrio em um contrato”, percebe-se a importância dada aos franceses ao requisito da imprevisibilidade.

Contudo, El-Gammal considera que o requisito da imprevisibilidade deve ser interpretado da seguinte forma:

Se a noção de imprevisibilidade for entendida de forma absoluta, soluções injustas e contrárias a *ratio* do instituto serão adotadas. Daí aponta como alternativa a ligação da idéia de imprevisibilidade à condição de normalidade ou anormalidade do evento, visto sob a ótica da “pessoa ordinária”, ou seja, quando o fato não poderia ser previsto normalmente (EL-GAMMAL, 1967, p. 231-232).

Desse modo, o contrato pode ser resolvido ou revisado se eventos imprevisíveis turbarem o equilíbrio das prestações.

4.1.3.2 Excepcionalidade da álea

Além de imprevisível, a jurisprudência francesa exige que o acontecimento gerador do desequilíbrio na economia do contrato seja excepcional, não sendo possível entrar no campo de previsão das partes no momento da assinatura do contrato.

Neste sentido, El-Gammal aduz:

O acontecimento que causa a desproporção entre as prestações deve ser de alcance geral, e não particular, em relação à obrigação em questão. Não se pode dizer que seja a “generalidade do evento” propriamente dita, mas que a impossibilidade, tem seu fundamento na prestação em si e não na situação do devedor, ou seja, excepcionalidade deve ser objetiva, não subjetiva. Por exemplo, não se pode ser

considerado um evento imprevisível, apto a fundamentar a teoria da imprevisão, a demissão do devedor. No entanto, uma guerra no Oriente Médio que ocasione perturbações excessivas no mercado petrolífero poderá abalar a economia interna dos contratos que envolvem esta matéria-prima (EL-GAMMAL, 1967, p.234).

Ademais a previsibilidade do evento relaciona-se com álea normal do contrato, não sendo imprevisíveis alterações compatíveis com a natureza e conteúdo do contrato.

Na lição de Judith Martins da Costa, a aplicação da teoria da imprevisão na França só seria possível se estiverem presentes as seguintes “condições de incidência”:

A imprevisibilidade e a excepcionalidade do evento causador do desequilíbrio, bem como a extraordinariedade da álea causada a um dos contratantes. Essas condições de incidência tornam seu âmbito de aplicação bastante restrito, pois supõe sempre situações contingentes e absolutamente extraordinárias e imprevisíveis em sua contingência (COSTA, 2003, p. 239).

Sabe-se que, na prática, os pressupostos da imprevisibilidade e excepcionalidade são de difícil verificação, muitas vezes inviabilizando a aplicação da revisão contratual, o que demonstra o apego da doutrina francesa ao dogma do voluntarismo contratual.

4.1.3.3 Desequilíbrio entre as prestações

Trata-se do pressuposto mais óbvio para a incidência da teoria da imprevisão. Entretanto, para que se aplique a teoria, o desequilíbrio superveniente entre as prestações deve estar além da álea normal do contrato, devendo ser excepcional. Isso porque todos os contratos possuem riscos que lhes são inerentes, daí para que o desequilíbrio seja apto a ocasionar a revisão contratual, torna-se necessário que ultrapasse os limites da álea normal do contrato.

4.1.4 *A Tendência Moderna da Doutrina Francesa: a aceitação da revisão contratual e do dever de negociar*

O fundamento do princípio da força obrigatória das convenções revelou-se inadequado após as mutações sofridas pelas relações contratuais, desde a segunda metade do século XIX. Tal doutrina era admitida em uma economia liberal, impregnada pela filosofia individualista.

Importa lembrar que a doutrina francesa, até então, reconhecia com hostilidade a revisão dos contratos. Após a Revolução de 1789, a autonomia da vontade passou a ser vista como fator de legitimação da atuação do poder político e como fundamento próprio da

liberdade, ou seja, o direito de reger-se por suas próprias leis. Nem o legislador nem o juiz deveriam intervir no contrato, senão para garantir a eficácia de suas estipulações.

Na sociedade pós-industrial francesa, a autonomia da vontade continuou exercendo papel determinante, mas não exclusivo, como era defendido na teoria clássica. A doutrina busca confrontar a vontade livre com as circunstâncias objetivas que a circundam.

Ronaldo Porto Macedo Jr nos informa três paradigmas contratuais:

Distinguirei três tipos idéias de teoria contratual e as três formas básicas de organização da produção industrial que lhes são correspondentes. [...] 1) a teoria clássica do contrato; 2) a teoria contratual neoclássica e 3) a teoria relacional do contrato. A essas três formas teóricas correspondem a três formas básicas de organização da produção e mercado de trocas, a saber: 1) a produção manufatureira, 2) a produção de massa e 3) a especialização flexível. A autonomia da vontade, com os contornos do liberalismo econômico dos séculos XVIII e XIX, corresponde à primeira forma de organização da produção, qual seja, a manufatureira, ultrapassada pela sociedade francesa desde há muito. [...] Por isso, a teoria clássica do contrato não pode ser a versão jurídica da atual forma de organização das trocas, pois, a história do direito contratual não pode ser vista de maneira distanciada de sua forma de institucionalização na vida social (MACEDO JÚNIOR, 1998, p. 99 - 100).

Ghestin chegou a propor que o princípio da força obrigatória dos contratos deveria ser substituído pela sua função justificadora: “O contrato retiraria sua força obrigatória da utilidade econômica e da justiça contratual que deveria poder garantir” (GUESTIN, apud LASBORDES, 2000, p.89).

Dessa forma, a autonomia da vontade deixaria de ser o único fundamento da força obrigatória do contrato, e este só obrigaria se fosse útil, justo, isto é, conforme a justiça contratual, que impõe ao contrato uma relação de equilíbrio existente entre os patrimônios das partes.

Sabe-se que, em matéria contratual, a justiça deve ser comutativa ou correlativa, a fim de manter ou restabelecer o equilíbrio entre direitos e obrigações, atuando como limite à autonomia da vontade.

A partir dos ideais de justiça contratual seria possível conceber a intervenção do juiz diante de um desequilíbrio imprevisto no curso da execução do contrato. Essa concepção de justiça é o que tem prevalecido nos tribunais franceses. Lasbordes justifica tal concepção e propõe; “Se necessário para o bem geral da vida social que se respeitem os contratos, é também necessário que os contratos respeitem a justiça” (LASBORDES, 2000, p.92).

Laura Coradini Frantz brilhantemente expõe a nova concepção do contrato aceita pela doutrina francesa, abordando a possibilidade de revisão contratual:

Essa nova abordagem do contrato opera não mais em termos de interesses antagônicos de vontades livres que se digladiam, mas de colaboração, de existência de uma *affectio contractus*, objetivando relações contratuais equilibradas, “permeadas de fraternidade e justiça”, que permitem a compreensão do contrato não simplesmente como “vontade de contratar”, mas, igualmente, como “vontade de manter o vínculo contratual”, de executá-lo de acordo com os ditames da boa-fé e da fraternidade contratual em uma convergência mínima de interesses das partes dirigidas a uma criação comum. Deve-se, portanto, visualizar a revisão do contrato pelo prisma do eterno conflito entre liberdade e equidade, segurança e solidariedade. (FRANTZ, 2007, p. 31-32).

O universo contratual francês contemporâneo teria como valores fundamentais a “proporcionalidade e a perenidade” contratuais, o que legitimaria os expedientes da revisão ou da renegociação do contrato (MAZEAUD, 2005, p. 7).

Na perspectiva de Catherine Thibierge-Guelfucci (1997, p. 362), “as partes, tanto na formação quanto na execução do contrato, devem considerar, reciprocamente, as legítimas expectativas”. A autora considera a fraternidade contratual mais ampla do que a boa-fé, na medida em que esta geraria o dever de lealdade, e aquela o dever de considerar as legítimas expectativas. E ainda continua:

A fraternidade contratual gera o dever para cada um dos contratantes de considerar, além do próprio interesse, o da outra parte contratante, aceitando alguns sacrifícios a fim de favorecer uma regular execução e sua conseqüente manutenção. São, pois, decorrências da solidariedade ou da fraternidade contratual os deveres de lealdade, de cooperação, de colaboração e de renegociação do contrato (THIBIERGE-GUELFUCCI, 1997, p. 382 – 383)

Para Denis Mazeaud a revisão do contrato é:

[...] um fator de estabilidade, de continuidade, na medida em que permite salvaguardar o contrato do seu desaparecimento. Nessa concepção, longe de constituir uma fonte de insegurança, a revisão se apresenta como uma forma de proteger um contrato ameaçado de desaparecimento. [...] a figura tradicional do contrato atemporal e intangível, necessariamente justo porque livremente e igualitariamente concebido, em virtude da propulsão da energia da palavra dada, insensível ao tempo que passa, resistente às doenças da economia, impermeável às alterações políticas e sociais é, senão substituída, pelo menos superposta por uma outra visão do vínculo contratual. A revisão do contrato, portanto, coaduna perfeitamente com uma leitura contratual, proposta pela doutrina solidarista, permeada por uma visão não linear do contrato e menos abstrata da liberdade (MAZEAUD, 2005, p.8).

A boa-fé objetiva, a fraternidade e o solidarismo contratual, portanto, são os fundamentos que informavam a obrigação de renegociar contrato. Jean Cedras (2004, p. 18) defende que o “juiz solidarista deve estar voltado para o futuro do contrato, para reorganizar a

construção contratual destruída” impondo às partes a renegociação quando as circunstâncias econômicas novas e imprevistas no momento de sua execução desequilibraram o contrato.

Foram muitas as decisões da Corte de Cassação francesa que corroboraram com a idéia de observação da boa-fé objetiva na execução do contrato. A boa-fé objetiva ditaria um dever de correção do desequilíbrio das prestações por meio de uma “obrigação de negociar a adaptação do contrato”, que se tornou desequilibrado em virtude de uma desordem nas circunstâncias econômicas, no curso da execução da avença. (LASBORDES, 2000, p.103).

Na lição de Frantz (2007, p.35): “o dever de renegociar o contrato para que seja refeita a justiça contratual é decorrência da boa-fé objetiva, que representa um *standard* de comportamento das partes no decorrer da avença, qual seja, a lealdade contratual”.

De fato, ainda não há lei prevendo a revisão convencional do contrato na França, embora já tenha sido criada uma Comissão do Congresso que apresentou uma proposta de alteração do art. 1134 do *Code*⁴⁶, inserindo mais um dispositivo que obrigava os contratantes a renegociar o contrato em caso de alteração profunda da economia, desde que ocorrida em virtude de acontecimentos supervenientes, imprevisíveis e alheios à vontade das partes. A proposta foi rejeitada pelo Congresso Francês, que andou na contramão da doutrina e da jurisprudência (MAZEAUD, 2005, p. 2 e 3).

Não obstante, a Corte de Cassação e a legislação francesa estarem em descompasso com o cenário europeu, a doutrina, assim como a jurisprudência, consagram a possibilidade de revisão e do dever de renegociar os contratos afetados por alterações de circunstâncias, como decorrência do princípio da boa-fé objetiva, para que seja refeita a justiça contratual.

4.2 A REVISÃO CONTRATUAL NA ALEMANHA

4.2.1 A revisão dos contratos na Alemanha e a gradativa abertura à problemática revisional

Já foi abordado nesta pesquisa, que os sistemas novecentistas francês e o alemão são “fechados e abstratos”, o que dificulta a aproximação do Direito à realidade. Ambos “buscam atender às pretensões do crescimento político burguês e consolidar as bases do capitalismo emergente” (MENEZES CORDEIRO, 2007, p.285).

Contudo, a forma como se desenvolveu cada um desses sistemas jurídicos é diferenciada. Isso porque o espaço jurídico francês evoluiu de forma completamente singular

⁴⁶ O artigo 1134 do Código Civil francês sintetiza o princípio da força obrigatória dos contratos, estabelecendo terem valor de lei as convenções firmadas pelas partes.

adotando o processo codificatório. Os alemães não adotaram a codificação francesa como modelo para regulação de seu Direito.

Essa não aceitação germânica do *Code* pode ser em grande parte explicada pela “unificação alemã tardia”: o Estado Nacional alemão só surgiu no último quarto do século XIX, não tendo tanta influência do legalismo da Escola da Exegese (CAMARGO, 2003, p. 75). Os alemães apresentavam uma consciência nacional mais intensa e não encamparam a idéia de redução de todo o material jurídico à simples norma geral abstrata construído por um órgão político.

Hespanha salienta a situação alemã de reação à noção de um Direito preso à autoridade estatal e explica o antilegalismo de grandes expoentes jurídicos alemães:

[...] a consciência nacional não apenas se manifestou de forma mais intensa, cunhando muito fortemente todas as áreas da cultura, como reagiu contra a idéia de que o Estado e o seu direito (legislado) pudesse ser a única forma de manifestar a identidade política e jurídica de uma nação. Tal fato traz uma consequência fundamental na formação do pensamento jurídico alemão: a valorização das formas tradicionais e espontâneas de organização política, nomeadamente aquelas mais presentes na tradição nacional, como as antigas formas comunitárias de vida ou as comunas e conselhos medievais (HESPANHA, 1998, p. 181)

O pensamento alemão se diferenciava do francês também pelo fato de valorizar particularmente o elemento histórico, o que refletiu no ambiente filosófico, literário, cultural, assim como no direito. Assim, “desenvolveu-se na Alemanha a Escola Histórica do Direito, cujo postulado teórico principal era justamente o antilegalismo” (WIEACKER, 1993, p. 405).

Segundo Savigny, o Direito como fenômeno histórico não pode se reduzir a um juízo arbitrário de um legislador. O ataque da Escola Histórica era precisamente ao jusracionalismo, que, partindo de uma ótica metafísica, buscava explicar toda a complexidade social à luz do contrato social. (HESPANHA, 1998)

O Estado, tal como surgira dos movimentos políticos contratualistas, era, de facto, uma abstracção. Produto de um contrato idealizado, realizado entre sujeitos puramente racionais, cujo conteúdo decorria das regras de uma Razão a-histórica. O Estado (e o Código) não têm nem lugar, nem tempo. São formas universais, indiferentes a quaisquer particularidades culturais ou nacionais. Era isto que uma cultura de raízes nacionalistas, ancorada nas especificidades culturais dos povos, não podia aceitar. Uma organização política e jurídica indiferenciada, exportável, universalizante, aparecia, quando confrontada com o particularismo das tradições nacionais, como um artificialismo a rejeitar. (HESPANHA, 1998, p. 181)

A intenção da Escola Histórica era de construir uma nova racionalidade jurídica, baseada em elementos histórico-culturais que deveriam ser apreendidos pela ciência do direito (HESPANHA, 1998)

Savigny, membro da Escola Histórica, explica a sua aversão à idéia de codificação, justamente pelo fato de “o fenômeno jurídico ser apreendido na evolução cultural de um dado povo” (CAMARGO, 2003, P. 76).

Savigny vê o direito codificado como expressão do despotismo, porque proveniente e imposto pela razão, de forma estranha aos costumes. Por isso, opõe-se com veemência às teses jurídicas da filosofia das luzes, baseada na teoria do direito natural, imutável e universal, deduzido da razão. Para ele, cada povo tem o seu próprio direito, fundado em elementos culturais como a língua, os costumes e a religião. A tomada de consciência destes elementos seria suficiente para dar origem a um direito não arbitrário e não acidental, mas real. Tal como as teorias organicistas, o direito também não se apresenta como algo imutável, porque se desenvolve com o povo: nasce, cresce, e morre quando perde a sua personalidade. O ordenamento jurídico é, para Savigny, o “direito vivo”, que o legislador pode exprimir ou integrar, mas não criar arbitrariamente. (CAMARGO, 2003, p. 76).

A reação à noção de codificação se manifesta no sentido de recusa à tese jusnaturalista da universalidade da razão, o que explica a famosa polêmica entre Savigny e Thibault acerca da codificação alemã. Os postulados teóricos da Escola Histórica consideram como fundamental para compreensão do Direito: o elemento filosófico aliado ao elemento histórico, opondo-se veementemente ao legalismo e ao universalismo. Trata-se de um repúdio às idéias principais que caracterizam a sistemática francesa em torno de axiomas centrais imutáveis.

Com relação à Escola Histórica do Direito, “avulta, em primeiro lugar, a crítica e o repúdio do referido jusnaturalismo iluminista, que, no seu volitivo racionalismo, tinha por corolário prático a plana titularidade do direito no legislador – o legislador que assumisse a razão jurídica e a exprimisse em termos legislativo-codificadores. Sabe-se que a codificação foi, na verdade, o resultado jurídico-positivo do jusnaturalismo moderno-iluminista e por isso se compreende que a proposta de THIBAUT (*Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlicher Rechts für Deuchland*, 1814) para a codificação do Direito civil alemão (visava-se uma unidade jurídica que garantisse a unidade nacional) tenha provocado a decidida oposição de SAVIGNY, pela publicação de seu poderoso ensaio polêmico *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* – exactamente considerado o verdadeiro manifesto da escola histórica e que em conjunto com o texto introdutório, também já aludido, *Über die Zweck dieser Zeitschrift*, lhe traçaria mesmo o seu programa. E se o êxito histórico coube em princípio a SAVIGNY – o Código Civil alemão só viria a ser elaborado na última parte do século -, importante é sobretudo reconhecer que essa crítica significava a recusa de uma concepção estatal do direito e que, postulando em último termo a oposição entre povo e Estado, o que verdadeiramente traduzia era uma concepção espiritual-cultural e não política do direito.(CASTANHEIRA NEVES, 1995, p. 206-207).

Savigny, utilizando-se de sua noção de sistema, juntava os dados da realidade, apreendidos no meio social, com os dados legais, estabelecidos pelo legislador, sendo que à ciência do Direito cabia a missão de ligar esses dados, de modo a efetivar a dinâmica jurídica, era o denominado “nexo orgânico”. Porém, houve dificuldade de determinação de critérios para concretização desse elo histórico-sistemático, e isso levou a Escola Histórica a desembocar em uma abstração contrária às suas premissas iniciais, “recaindo em um dogmatismo e um distanciamento da realidade similar ao da sistemática alemã” (PINHEIRO, 2004, P.70).

A valorização do elemento sistemático redundou em um apego exagerado ao formalismo e ao conceitualismo, características da denominada Jurisprudência dos Conceitos e, em termos extremados, da teoria pura do Direito formulada por Kelsen. Já a valorização do elemento histórico será a base da Jurisprudência dos Interesses, de Ihering e Heck, e do Movimento do Direito Livre (GUERRA FILHO, 2001, p. 32).

Dessa forma, a sistemática alemã partirá de premissas que levarão em conta dados extraídos da realidade social. De acordo com Menezes Cordeiro (1997, p. xxxiii), trata-se de uma sistemática “periférica”, em que elementos externos são agregados pelo sistema e giram em torno de uma principiologia nuclear, parte-se de elementos da realidade para composição e recomposição do sistema.

Judith Martins-Costa (1999, p. 213-214) afirma que o sistema pandectista criou efetivamente “uma espécie de construção – a dogmática jurídica”, ou seja, “um método de construção do sistema”, no qual o jurista não se prende ao arbítrio do legislador. Embora exista uma forte abstração da realidade social nas vertentes que enfatizaram o elemento sistemático, há uma preocupação metodológica de ligar o sistema à realidade ainda que a partir de preceitos nucleares internos ao sistema.

Essa realidade germânica que liga o sistema a elementos externos propicia, mesmo que dentro dos limites de uma sistemática do século XIX, “uma preocupação com a realidade subjacente à contratação” (PINHEIRO, 2004, p. 69).

Neste sentido, a sistemática alemã era:

[...] detentora de um método capaz de introduzir profundas modificações no tema expresso através da fórmula: *rebus sic stantibus*”, o que se dá principalmente pela “atitude mental dos cultores da terceira sistemática, face à realidade exterior, sempre susceptível de integração periférica e, depois, sistemática, através do poço inegostável constituído pelo *Corpus Iuris Civilis* (MENEZES CORDEIRO, 1997, p. 967-968).

Foi neste contexto histórico que em 1890, seis anos antes da aprovação do BGB, “Bernard Windscheid, um dos precursores da formalista Jurisprudência dos Conceitos”, se dedicou a um “estudo específico à flexibilização do *pacta sunt servanda* em decorrência de alteração das circunstâncias”, elaborando uma teoria própria: “a teoria da pressuposição” ⁴⁷ (MENEZES CORDEIRO, 1997, p. 968).

Otávio Luiz Rodrigues Júnior afirma que:

Os pandectistas alemães do século XIX rejeitavam a doutrina da cláusula *rebus sic stantibus* sob a justificativa de sua vacuidade e de seu caráter deletério à segurança das relações jurídicas. Apesar dos esforços de BERNARD WINDSCHEID, o Código Civil de 1896 não contemplou norma expressa admitindo a alteração de circunstâncias. Esse civilista desenvolvera a teoria da pressuposição, em que uma das partes emitia uma declaração supondo (rectius, pressupondo) sua conformidade ao fim do negócio, sobrepondo a condição de que se mantivesse o mesmo ambiente fático durante a *performance* do contrato. A assimetria entre a *vontade pressuposta* e a *realidade posterior* conferiria à parte o direito de resolver a avença (RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p. 44-45).

Também na Alemanha, Oertmann desenvolveu a Teoria da quebra da base subjetiva do negócio jurídico, definindo-a como:

A representação mental de uma das partes no momento da conclusão do negócio jurídico, conhecida em sua totalidade e não recusada pela outra parte, ou a comum representação das diversas partes sobre a existência ou aparecimento de certas circunstâncias em que se baseia a vontade negocial. Não existindo ou desaparecendo essas circunstâncias sem ter assumido o risco de seu desaparecimento, a parte prejudicada deve ter o direito de resolver o contrato (apud LARENZ, 1956, p.7).

Tanto a teoria da pressuposição quanto a de Oertmann foram muito criticadas por tutelarem juridicamente os motivos da contratação.

Karl Larenz acolheu e reformulou a teoria da base do negócio jurídico abordando-a pelo aspecto objetivo:

É formada por circunstâncias e o estado geral das coisas cuja existência ou subsistência é objetivamente necessária para que o contrato subsista, segundo o significado das intenções de ambas as partes, como regulação dotada de sentido (LARENZ, 1956, p. 170).

Tais teorias serão abordadas de forma detalhada adiante, quando da análise das teorias que fundamentam a possibilidade de revisão por alterações do estado de fato.

⁴⁷ Teoria da pressuposição é tradução de *Lehre von der Voraussetzung*.

De fato o Código Civil Alemão (BGB) em sua origem consagrava “uma série de indicações do direito contratual clássico, que praticamente excluía a incidência da cláusula *rebus sic stantibus*” (COSTA, 1999, p.233).

Contudo, os efeitos devastadores do conflito de 1914, a decadência do marco alemão e a perda de seu padrão de equivalência, além do desastre da Bolsa de Valores de 1929, mudaram as construções jurisprudenciais germânicas (COSTA, 1999, p. 237). Essas circunstâncias e toda a evolução histórica do século XX ensejaram a modificação no Direito das Obrigações ocorrida em 2002, especialmente pela utilização do potencial interpretativo da cláusula geral da boa-fé contida no § 242, que assim está redigido: “(Execução de acordo com a boa-fé). O devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfego”⁴⁸.

A utilização do princípio da boa-fé como suporte para uma nova hermenêutica no Direito Alemão e a conseqüente aceitação da cláusula *rebus sic stantibus* como fundamento para flexibilização do absolutismo do *pacta sunt servanda* se deu por obra do Nacional-Socialismo e Teresa Negreiros (1998, p. 52) “qualifica de verdadeiramente revolucionária a mudança na jurisprudência alemã. De fato, houve uma contribuição ironicamente revolucionária, considerando sua origem no Nacional-Socialismo”.

Neste sentido, Volkmar assevera:

A mesma boa-fé também é posta como dever de fidelidade. A nova Alemanha substituiu os ideais liberais pela noção da coletividade nacional-socialista. As partes não são mais adversárias que, nos limites traçados pela lei, podem dar livre curso ao seu egoísmo [...] o que implicava até mesmo rever pensões e aposentadorias. (VOLKMAR, 1941, p.74).

Rompendo com o tradicional rigor científico dos conceitos oitocentistas, em 1º de janeiro de 2002 entrou em vigor a Lei da Modernização do Direito das Obrigações⁴⁹, que alterou profundamente a contratualística alemã. Otávio Luiz Rodrigues Júnior (2006, p. 49) afirma que “a reforma do BGB representa a sedimentação positiva de um século de emancipações doutrinárias e pretorianas em derredor das grandes categorias trabalhadas pelos pandectistas”.

Winfried Schneider denomina esse processo que alterou o BGB de “codificação das instituições pretorianas”. Segundo o autor as mudanças foram necessárias para “adequar o

⁴⁸ Original do § 242 do BGB: “(Leistung nach Treu und Glauben). Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es Verkehrssitte es erfordern” (WESTERMANN, 1983, p. 45).

⁴⁹ Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts.

direito interno às Diretivas da União Européia, especialmente em questões de Direito do Consumidor, bem assim à natural incorporação das doutrinas e dos julgados que transformaram a exegese dos artigos do BGB” (SCHNEIDER, 2002, p.959).

Nesta reforma, incorporou-se ao BGB a doutrina da violação positiva do contrato⁵⁰, criada por Hermann Staub e acolhida pelo Tribunal do Reich, que trata das responsabilidades do devedor. Também foi inserida a teoria da alteração da base do negócio jurídico no novo § 313, absorvendo décadas de estudos dogmáticos e a evolutiva jurisprudência dos tribunais superiores alemães.

Ranieri refere-se à “alteração da base do contrato” (*Störung der Geschäftsgrundlage*) como uma “construção linguística muito complexa” e expõe:

O inciso I 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 I, 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 circunstancias o fato de as pressuposições (ou expectativas relevantes), que se converteram na base [original] do contrato, apresentem-se supervenientemente falsas (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 resilição unilateral. (RANIERI, 2002, p. 940).

Com efeito, Rodrigues Júnior (2006, p. 84) assinala que “a Lei de modernização do Direito das Obrigações de 2002 adotou a base objetiva do negócio jurídico como fundamento da revisão contratual no BGB, ao estilo de seu novo § 313”.

Por fim, pode-se afirmar que o BGB, no seu § 314⁵¹, acolheu um direito geral de resolução dos contratos de trato sucessivo ou de execução diferida, permitindo aos contraentes a ruptura antecipada do vínculo por não ser mais razoável a uma as partes.

⁵⁰ *Positive Forderungsverletzung*. O novo § 280 do BGB estatuiu a “reparação de danos por violação de dever” (*Schadenersatz wegen Pflichtverletzung*), também traduzível por “indenização de danos por lesão de dever”. Com isso, tornou-se possível enquadrar a violação positiva nos moldes da teoria contratual codificada. Não se referiu ao incumprimento, mas, ao desrespeito a um dever, ampliando o significado da conduta do devedor que vulnera a relação obrigacional. (RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p.49)

⁵¹ § 314 (*Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund*)

(1) *Dauerschuldverhältniss Kann jeder Vertragsteil aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur vereinbarten Beendigung oder bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann.*

4.3 A Revisão Contratual na Itália

4.3.1 A Sistemática da Revisão Contratual na Itália

4.3.1.1 Do Código Civil Italiano de 1865

A problemática da superveniente alteração das circunstâncias na Itália, depois do conteúdo desenvolvido pelos comentaristas e glosadores, “entrou em declínio na teoria oitocentista, devido à recepção do esquema napoleônico (com sua ideologia individualista e liberal) de modo que a codificação de 1865 ignorou a matéria” (SCOGNAMIGLIO, 1992, p. 209).

A revisão contratual apenas retornou ao cenário Italiano, na primeira metade do século XX, através dos estudos de Giuseppe Osti, “influenciado por monografias de estudiosos alemães, com destaque para a tradução dos *Pandekten* de Windscheid⁵²” (MENEZES CORDEIRO, 2007, p. 980).

Durante a vigência do Códice de 1865, a doutrina italiana que fazia referência à cláusula *rebus sic stantibus* a fazia derivar da pesquisa da comum intenção das partes nos contratos com execução continuada ou periódica. Aqui se acaba por reconhecer uma afinidade entre a cláusula e a teoria da pressuposição (SCOGNAMIGLIO, 1992, p. 209).

(2) Besteht der wichtige Grund in der Verletzung einer Pflicht aus dem Vertrag, ist die Kündigung erst nach erfolglosem Ablauf einer zur Abhilfe bestimmten Frist oder nach erfolgloser Abmahnung zulässig. § 323 Abs. 2 findet entsprechende Anwendung.

(3) Der Berechtigte kann nur innerhalb einer angemessenen Frist kündigen, nachdem er vom Kündigungsgrund Kenntnis erlangt hat.

(4) Die Berechtigung, Schadensersatz zu verlangen, wird durch die Kündigung nicht ausgeschlossen”.

Tradução livre:

§ 314 – Resilição por justa causa dos contratos de prestação duradoura.

(1) Cada uma das partes pode resilir 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 termo final ou até o prazo para denunciá-la.

(2) Se há justa causa para a violação de um dever contratual, não é permitida a resilição 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 resilição 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 (SCHNEIDER, 2002, p. 959).

⁵² Neste sentido afirma Cláudio Scognamiglio (1992, p. 191): “In questa prospettiva, bem si entende l’importanza assunta dall’operata di traduzione del *Pandektenrecht* di Windscheid, curata da Fadda e Bensa, allà quale deve riconosceri alteresi un ruolo preminente nella penetrazione del método dei giuristi tedeschi in Itália”.

Como o Codice Civile de 1865, foi mais um “dos subprodutos culturais do Código de Napoleão, não poderia deixar de repudiar qualquer invocação da velha cláusula, por fixar-se rigidamente ao *pacta sunt servanda*” (RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p. 52).

Em 27 de maio de 1915, os Italianos editaram o Decreto-lei 739⁵³, considerado uma norma excepcional, que contemplava a possibilidade de revisão dos contratos pelo Poder Judiciário:

Para todos os efeitos do artigo 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, não só quando se torne impossível a prestação, mas também quando acarrete onerosidade excessiva. (OSTI, 1964, p.350)

Elio Osilia observou que pouco antes da entrada em vigor do *Codice Civile* de 1942, “os novos ideais de justiça social já invadiam o sistema contratual, de modo a conduzir à relativização dos princípios estritamente individualistas, intentando-se estabelecer um limite e um conteúdo social à liberdade dos indivíduos de contratar”. (OSILIA, 1949, p. 39).

Nesta esteira, foram importantes os ideais de solidariedade na relação obrigacional e a resolução por onerosidade excessiva poderia ser considerada “uma sanção ao não-cumprimento do dever de solidariedade que deve imperar entre as partes” (OSILIA, 1949, p. 40).

Contudo, a introdução da resolução contratual por onerosidade excessiva não ocorreu por via doutrinária ou jurisprudencial, mas sim pela intervenção do legislador, tendo em vista que o posicionamento inicial na Itália era de não admitir a cláusula *rebus sic stantibus*.

4.3.1.2 O Código Civil Italiano de 1942 e a Teoria da Superveniente Onerosidade Excessiva da Prestação

O *Codice Civile* Italiano de 21 de abril de 1942, elaborado sob o regime fascista, destaca a obrigatoriedade dos contratos no artigo 1372, todavia esse ordenamento “terminou por acolher o princípio geral da cláusula *rebus sic stantibus*, nos arts. 1467⁵⁴ e 1468⁵⁵,

⁵³ Texto original: “A tutti gli effetti dell’articolo 1226 codice civil la guerra è considerata come caso di forza maggiore non solo quando renda impossibile la prestazione, ma anche quando la renda eccessivamente onerosa, purchè l’obbligazione sia stata assunta prima della data del decreto di modificazione generale” (OSTI, 1964, p.350)

⁵⁴ Art. 1467 do *Codice Civile*: “Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con

restringindo-o à hipótese de uma superveniente excessiva onerosidade da prestação”, aplicada aos contratos de execução continuada ou periódica e para os contratos simplesmente de trato diferido.

Art. 1372: O contrato tem força de lei entre as partes. Não pode ser desfeito senão por mútuo consenso ou por causa prevista em lei.

Art. 1467: 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 pelo 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.

Art. 1468: Na hipótese prevista no artigo anterior, quando se tratar de um contrato no qual só uma das partes assuma obrigações, esta pode pedir a redução de sua prestação ou até mesmo uma modificação na modalidade de execução suficiente para reconduzi-la à equidade. (OSTI, 1964, p.359)

Para Bessone (1997, p. 14) o instituo da resolução do contrato por onerosidade excessiva apresenta “natureza excepcional”⁵⁶, na medida em que, se assim não fosse, atentar-se-ia contra os princípios da autonomia privada, da obrigatoriedade dos contratos e da segurança jurídica.

Assim, para se configurar a onerosidade excessiva sem ferir o princípio da segurança jurídica é “imprescindível uma notável alteração entre as prestações, devido a acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, que modifiquem o valor de uma prestação em relação a outra” (GABRIELLI, 1999, p.1561).

Enrico Gabrielli (1999) considera que o fundamento do remédio da resolução por excessiva onerosidade pode ser reduzido a duas concepções: uma subjetiva e outra objetiva.

A teoria subjetiva está amparada no pressuposto voluntarista para explicar a disciplina do contrato. Daí a ligação que estabelece com uma cláusula tácita (cláusula *rebus sic stantibus*) ou até mesmo com valorações do pressuposto ou do fundamento da vontade das partes. Diversamente, a teoria objetiva parte da consideração da causa do negócio, portanto, funda-se sobre um defeito funcional da

gli effetti stabiliti dall'articolo 1458. La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto” (OSTI, 1964, p.359)

⁵⁵ Art. 1488 do Codice Civile: “nell'ipotesi prevista dall'articolo precedente, se si tratta de un contratto nel quale una sola delle parte há assunto obbligazioni, questa può chiedere una riduzione della sua prestazione ovvero una modificazione nelle modalità di esecuzione, sufficiente per ricondurla ad equità” (OSTI, 1964, p.359).

⁵⁶ Tal natureza excepcional caracteriza-se “pela exigência dos requisitos da imprevisibilidade e extraordinariedade do evento causador da desproporção. Todavia, não é fácil a percepção dos critérios que distinguem os eventos imprevisíveis daqueles previsíveis” (BESSONE, 1997, p. 14).

troca ou mesmo sobre equivalência econômica do contrato (GABRIELLI, 1999, p.1571).

Jorge Mosset Iturraspe (1994, p. 273) declara que o instituto da excessiva onerosidade “tem o escopo de, por meio da resolução do contrato, superar situações incompatíveis com a justiça comutativa, fundamentando-se na boa-fé que permeia todos os negócios jurídicos e no exercício regular e funcional dos direitos”.

Portanto, a finalidade da introdução do instituto da onerosidade excessiva foi de atenuar o princípio da força obrigatória dos contratos, em caso de ocorrência superveniente de acontecimentos que causem a impossibilidade absoluta do cumprimento da prestação.

4.3.1.3 Requisitos para a aplicação da Teoria Italiana da Excessiva Onerosidade da Prestação

Nos termos do art. 1467 do *Codice Civile*, a aplicação do instituto da resolução do contrato por excessiva onerosidade das prestações requer a configuração de alguns requisitos (MARTINO, 2000).

Valeria Martino (2000, p.526) nos informa que o instituto somente incidirá em “contratos com prestações correspectivas”⁵⁷, prestações indissolúvelmente ligadas a outra por um nexo de interdependência funcional, no sentido de que cada uma das prestações tem sua razão de ser na contraprestação”.

Entretanto, há uma exceção que se dá quando o contrato reza que a prestação esteja a cargo de uma só das partes, neste caso, a única opção para aquele que devesse adimplir a prestação que se tornou excessivamente onerosa seria a modificação do contrato. (GABRIELLI, 1999, p.1563)

O primeiro requisito da configuração da onerosidade excessiva é a restrição de seu campo de aplicação, ou seja, ocorre apenas em contratos que se “projetam no tempo”, com uma “solução de continuidade” entre a celebração e seu cumprimento. (ITURRASPE, 1994, p.278) São os “contratos de trato sucessivo” ou de “execução continuada”. Acrescentem-se

⁵⁷ “Il nuovo Codice non prende più in considerazione le categorie dei contratti bilaterale ed unilaterale, ma sostituisce ad esse quelle dei contratti con prestazione corrispettive e dei contratti con obbligazioni di una sola parte. [...] La categoria dei contratti con prestazioni corrispettive si pone perciò come un genus in rapporto al quale i contratti bilaterali non sono che una species, insieme ai contratti unilaterale a titolo oneroso. Caratteristica del contratto con prestazioni corrispettive non è un rapporto causale di interdipendenza fra le obbligazioni, ma un nesso di collegamento o interdipendenza sinallagmatica tra prestazioni in senso atecnico – attribuzioni – che non deve necessariamente essere assicurato attraverso un duplice rapporto obbligatorio, come accade ad esempio nei contratti in cui l’attribuzione procurata o promessa all’altra, ma l’esecuzione della prestazione di una delle parti è requisito di perfezione del contratto” (GATTI, 1963, p. 425 -426)

também os “contratos de execução instantânea de trato diferido”. (GOMES, 1996, p. 79) Tais diferenças serão demonstradas nos próximos capítulos.

Para configurar a excessiva onerosidade é necessária “uma notável alteração da relação originária entre as prestações, com mudança na relação de corresponsabilidade, em valor das prestações, ou mesmo quando diminui ou cessa a utilidade da prestação”. (MARTINO, 2000, p.542).

Assim, a excessiva onerosidade de uma das prestações nos contratos sinalagmáticos com execução diferida ou continuada somente apresenta relevo jurídico quando torna a prestação um “sacrifício”, alterando a economia do contrato, isto é o equilíbrio existente entre as prestações. (MARTINO, 2000, p 542)

A doutrina pondera que o instituto se justifica caso fique evidenciado o nascimento de uma nova situação econômica do contrato, “desde que não esteja inserida na álea normal⁵⁸ do negócio”. (GAMBINO, 2005, p. 446)

Dessa forma, conforme o art. 1476 do *Codice*, o risco normal constitui o limite à aplicação da onerosidade excessiva, sendo que se entende por risco normal aquela “noção econômica pela qual se deve entender a regular mutação de valor que a prestação pode sofrer, dada a sua natureza e o tipo de relação contratual a que pertence”. (PINO, 1959, p. 95)

O último requisito exigido pela doutrina e jurisprudência italianas se trata da extraordinariedade e da imprevisibilidade do evento que causou a excessiva onerosidade da prestação, “restringindo o campo de aplicação da previsibilidade àquilo que é consequência provável” do ato ou do fato considerado gerador da excessiva onerosidade. (PINO, 1959, p. 90)

Conforme os ensinamentos de Mario Bessone devem ser considerados imprevisíveis:

Tudo aquilo que está fora do ordinário curso das coisas, assumindo-se, portanto, como índice da previsibilidade das circunstâncias os critérios de valorização do homem médio, que prevê, precisamente, somente aquilo que entra no normal desenrolar dos acontecimentos. O art. 1467 do *Codice* concerne aos eventos que estão fora do âmbito de previsão das partes, circunscrevendo a margem de risco que o contratante deve suportar em decorrência de circunstâncias que aumentam a onerosidade do adimplemento sem torná-lo intolerável. (BESSONE, 1997, p. 49-50)

Portanto, o evento excluído do âmbito de aplicação da excessiva onerosidade superveniente é aquele previsível, inserido na álea normal do contrato.

⁵⁸ “Por álea normal se entende a órbita dentro da qual se verificam as oscilações de valor causadas por flutuações normais do mercado, compreende-se que não se pode falar de risco normal em sentido abstrato, uma vez que deverá ser deduzido da interpretação do contrato, indagando-se até que ponto as partes podem sofrer as consequências de tais variações” (PINO, 1959, p. 88).

Além de imprevisível o evento causador da onerosidade excessiva deve ser extraordinário. No entanto, na lição de Boselli (1995, p. 133), “a fim de possibilitar uma aplicação mais larga do instituto, parte da doutrina entende que os conceitos de imprevisibilidade e extraordinariedade coincidiriam”.

A jurisprudência italiana não trata a imprevisibilidade e a extraordinariedade do fato como algo absoluto, “admitindo a excessiva onerosidade quando o desequilíbrio das prestações for decorrente de um evento, em si, ordinário e previsível, mas que seja excepcional e imprevisível a medida de sua incidência na onerosidade da prestação”. (MARTINO, 2000, p.552).

4.3.1.4 A equidade como fundamento da alteração das condições contratuais na Itália

Nos termos do art. 1467, § 3 do *Codice*, a parte contra a qual é dirigida a demanda de resolução do contrato por excessiva onerosidade pode oferecer a modificação das condições contratuais, a fim de evitar a resolução, de modo que o contrato seja remetido a uma justa relação de troca. (MARTINO, 2000, p.552)

A doutrina italiana esclarece que o termo equidade expresso no art. 1467 do Código Civil não se refere à hipótese de “integridade integrativa” que atribui ao juiz discricionariedade de se buscar justiça no caso concreto. Aqui a equidade é um critério técnico, que pode evitar a resolução do contrato por excessiva onerosidade, quando a parte contra a qual a demanda judicial é dirigida oferece a modificação do contrato. “A pesquisa do juiz deve, pois, tender à determinação do justo preço”. (MARTINO, 2000, p.535)

Desse modo, “a oferta que será feita pela parte, para que se revise o contrato e evite a sua resolução, deve ser capaz de restabelecer o equilíbrio sinalagmático, trazendo o contrato de volta ao programa estabelecido pelas partes”. (GABRIELLI, 1999, p.1587) Porém, o prejudicado poderá aceitar ou não.

Em não aceitando, o juiz, considerando a mudança dos interesses e das necessidades das partes, limitar-se-á a estabelecer se, com aquela oferta, poderá ser restabelecido o equilíbrio originário entre as prestações. A declaração judicial terá a natureza de uma confirmação, limitando-se a retificar as variações de valor da prestação devida. (PINO, 1959, p.111)

Portanto, a possibilidade de reconduzir o contrato à equidade é fundamentada no princípio da conservação dos contratos, caracterizando-se uma “obrigação de conservar a possibilidade de adimplir e de conservação da esfera jurídica alheia”. (UDA, 1990, p.302)

3.3.1.5 A Tendência Moderna da Revisão Contratual no Direito Italiano

Apesar de a doutrina postular que a revisão é a melhor maneira de equilibrar as desproporções que acometem um contrato ao longo de sua execução, o ordenamento civil italiano considera a resolução do contrato como a primeira solução para tais desequilíbrios (CESÀRO, 2000, p. 59).

Neste contexto, Gambino considera:

[...] problemática a opção feita pela codificação italiana em caso de excessiva onerosidade superveniente, que admitiu como solução precípua a resolução do contrato e apenas de forma incidental abriu as portas para a revisão (quando a parte não onerada pela desproporção se oferece para revisar o contrato). Ressalta que a opção feita não exclui a possibilidade de as partes resolverem o problema extrajudicialmente ou por meio de conciliação no âmbito do processo, em virtude da aplicação do princípio da autonomia privada (GAMBINO, 2005, P.4)

A tradicional teoria geral do contrato italiana não dispõe de instrumentos modificativos que possibilitem o reequilíbrio das prestações que se tenham tornado onerosas. O *Codice* não contém previsão normativa que possibilite ao juiz intervir no contrato para fixar uma nova relação de equilíbrio entre as prestações (CESÀRO, 2000, p. 59-60).

4.3.1.6 A Teoria do Dever de Renegociar o contrato

A obrigação de renegociar o conteúdo do contrato seria aquela oportunidade em que as partes poderiam encontrar, de comum acordo, uma solução para o problema da superveniência de circunstâncias, que afetem a economia do contrato. Infelizmente, esta obrigação não está disposta expressamente no *Codice* Italiano.

Entretanto, a doutrina Italiana vem avançando na construção de uma teoria que cria um dever jurídico de renegociar o contrato invadido por circunstâncias supervenientes que acarretam onerosidade excessiva a uma das partes.

Lis Paula San Miguel Pradera se refere ao art. 6:111 PECL - Princípios do Direito Europeu dos Contratos - que dispõe as consequências da excessiva onerosidade:

o dever de renegociar o contrato e a manutenção do contrato, quando possível – prevalecem sobre a possibilidade do credor de buscar outros remédios quando a

pretensão de cumprimento desaparece, existindo uma hierarquia entre os remédios disponibilizados (PRADERA, 2003, p.381).

A codificação italiana possui a mesma problemática do código civil brasileiro, na medida em que optou o legislador por admitir como solução precípua, em caso de onerosidade excessiva, a resolução do contrato, sendo que apenas de forma incidental considerou a hipótese de revisão, quando a parte não onerada pela desproporção se oferece para revisar o contrato.

Toda essa situação jurídica levou os doutrinadores italianos a buscar outra opção, fora da rígida solução formalista de resolução contratual, baseada no exercício da autonomia privada das partes, qual seja: a revisão consensual do conteúdo contratual.

Esta revisão consensual se daria através de uma cláusula de renegociação⁵⁹, fundamentada no princípio da conservação da relação contratual e na busca do equilíbrio das prestações, Cèsaro pondera que:

[...] não tendo o legislador reconhecido ao contratante onerado o direito de conservar o negócio, reequilibrando-o, deve ser considerada digna de tutela uma deliberação negocial que permita proceder a reconstrução sistemática e ordenada do quadro contratual, quando ocorrer o desequilíbrio. (CÈSARO, 2000, p.60-61)

Diante de tantas dificuldades para se obter a revisão do contrato por alteração supervenientes das circunstâncias, os operadores de direito tanto da Itália, quanto do Direito Europeu, vêm optando por “técnicas convencionais de ajustamento do contrato”⁶⁰ (GAMBINO, 2005, p. 6).

São cláusulas que buscam estabelecer um ajustamento automático ou uma adaptação, obtida pela cooperação das partes ou com a participação de um terceiro. As cláusulas que buscam um ajustamento automático são conhecidas como “cláusulas de indexação”, em que a intenção das partes é proteger-se contra oscilações eventuais do valor da moeda, de modo que estabelecem a vinculação do valor do contrato a algum índice que indique o custo de vida ou o valor de uma categoria de mercadorias. A segunda modalidade de cláusula se caracteriza por uma “*pró-atividade das partes*” de, no curso da execução de um contrato, proceder a sua renegociação, pautando-se pela mútua cooperação, ou, ainda, quando um terceiro é chamado a intervir na relação contratual. (GAMBINO, 2005, p.6)

⁵⁹ Vincenzo Maria Cèsaro (2000, p. 60-61) diz que “as cláusulas de renegociação originaram-se das cláusulas hardship, utilizadas nos contratos internacionais, nos períodos problemáticos do século XX, em razão das incertezas do sistema econômico e monetário internacional. Direciona-se principalmente àquelas relações em que existe cooperação e lealdade entre as partes, que têm um interesse superior a preservar”.

⁶⁰ Ronaldo Porto Macedo Júnior (1998, p.117) relata que “a existência de *adjustment terms* no direito norte-americano, entendidas como cláusulas de ajustamento que passavam a incluir os elementos risco e imprevisão nas relações contratuais”.

As cláusulas de renegociação contratual têm grande semelhança com as cláusulas *hardship*, na qual as partes:

Obrigam-se a redeterminar as condições contratuais, havendo a superveniência de circunstâncias suscetíveis de alterar substancialmente o equilíbrio original entre as prestações. A mudança do estado de fato pode consistir em eventos que escapam ao controle e à previsibilidade das partes e, portanto, não lhe são imputáveis, que tornam a prestação onerosa, provocando, assim, um desequilíbrio econômico notável entre as prestações.

As cláusulas de *hardship* apresentam funcionalidade mais ampla comparativamente às cláusulas de ajustamento automático, pois são um instrumento de caráter geral, capaz de remediar todas as circunstâncias supervenientes, independentemente de sua origem ou natureza. (GAMBINO, 2005, p.7)

A cláusula de renegociação surge na doutrina italiana como uma inovação jurídica que parte do exercício da autonomia privada das partes contratantes. Esta cláusula pode ser pactuada como uma “simples obrigação de renegociar, no todo ou em parte, o conteúdo do contrato”, indicando os critérios que deverão ser utilizados na renegociação. A obrigação de renegociar pode ser considerada uma “obrigação de meio”. (CÈSARO apud GAMBINO, 2005, p.8)

Gambino, em suas lições, defende que caso a parte convidada a realizar a renegociação pactuada “se recusar a fazê-lo ou o fizer contrariando os preceitos da boa-fé objetiva, o prejudicado poderá demandar judicialmente a resolução do contrato por inadimplemento ou, ainda, uma indenização pelos danos suportados”. (GAMBINO, 2005, p. 8)

Na verdade, pode acarretar um grande paradoxo, tendo em vista que as partes acertam uma cláusula de renegociação visando fugir da resolução, e, se houver o descumprimento dessa cláusula, chegar-se-á ao mesmo resultado extremo.

Nesta linha de raciocínio, a doutrina italiana, tentando escapar dessa incongruência, sustenta a “aplicação dos Princípios de Direito Europeu dos Contratos, elaborados pela comissão presidida por Olé Lando, em seu art. 6:111, e dos Princípios UNIDROIT, como fundamentos do pedido de revisão judicial do contrato nos tribunais italianos. Gambino reconhece três posicionamentos doutrinários acerca do tema:

1) A parte, em razão da inexecução da obrigação da renegociação, fica autorizada a demandar ao juiz uma sentença constitutiva que substitua o contrato de modificação não concluído. O art. 2932 do *Codice Civile* é⁶¹ seria, portanto, aplicável – execução

⁶¹ Texto original do art. 2932: *Esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto. Se colui che è obbligato a concludere un contratto non adempie l'obbligazione, l'altra parte, qualora sia possibile e non sia escluso dal titolo, può ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso (2908). Se si tratta di contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata o la costituzione o il trasferimento di un altro diritto, la domanda non può essere accolta, se la parte che l'ha*

específica da obrigação de concluir um contrato – segundo a jurisprudência não apenas no caso de um pré-contrato, mas em todas as situações que prevêm a obrigação de prestar consentimento à transferência ou à constituição de um direito (MACÁRIO, apud GAMBINO, 2005, p. 9).

2) A luz das experiências da *common law* e do direito civil, constata-se que mesmo se da cláusula de renegociação não decorre uma verdadeira obrigação de contratar, existe uma obrigação de contratar que se traduz, por um lado, na abertura da negociação da modificação e, por outro na aplicação da boa-fé in *executivis* (CÈSARO, apud GAMBINO, 2005, p.9). Abre-se a possibilidade para o juiz pronunciar uma sentença visando a determinar uma oferta contratual em virtude da boa-fé. Essa orientação da doutrina é, em certa medida, confirmada por uma recente orientação da Corte de Cassação sobre o poder do juiz de substituir as partes e de especificar o conteúdo da oferta (do § 3, art. 1467 *Codice Civile*) formulada em termos gerais (GAMBINO, 2005, P.9).

3) Se se transpõe esse argumento sobre o plano das funções suscetíveis de serem atribuídas à autoridade judicial, deve-se excluir, dentre elas, o poder de pronunciar sentenças que visam determinar e especificar o objeto contratual, poder que equivaleria, sobre o plano jurisdicional, a um excesso de atribuição (GAMBINO, 2005, p.9).

O direito italiano entende a cláusula de renegociação como um desdobramento do dever de cooperação que há em todas as relações contratuais, fala-se em conteúdo *in itinere* que é preenchido nos contratos de execução diferida, ou seja, as partes têm o dever de cooperar, principalmente, quando se manifestam circunstâncias capazes de prejudicar o equilíbrio econômico-jurídico entre as prestações (CESARO, 2000).

A cláusula de renegociação seria uma alternativa à regra legal que previu a resolução como primeira solução. Diante disso, Cèsaro alega que a resolução do contrato por excessiva onerosidade teria “natureza dispositiva, e não imperativa”, motivo pelo qual há “espaço para a autonomia privada submeter o fenômeno da superveniência ao regime da conservação da relação contratual por meio da cláusula de renegociação” (CÈSARO, 2000, p. 73).

Gambino anota que:

Não há incompatibilidade entre as cláusulas de renegociação e o art. 1467 do Codice Civile, pois essa norma não apresenta caráter imperativo, e as partes possuem, no exercício de sua autonomia, a faculdade de optar pela exclusão desse remédio, privilegiando outro que atenda a suas expectativas no que se refere ao programa contratual estabelecido. (GAMBINO, 2005, p. 76)

Dessa forma, a obrigação de renegociar o contrato será imputada àquela parte que se aproveita da excessiva onerosidade da prestação, enquanto o contratante prejudicado tem o direito de renegociar. Importa salientar que se não prevista no contrato, não haverá obrigação de renegociação do contratante.

proposta non esegue la sua prestazione (1208 e seguenti) o non ne fa offerta nei modi di legge, a meno che la prestazione non sia ancora esigibile (att.246).

Por fim, caso as partes não cheguem a um acordo sobre a nova regulação do contrato, a parte prejudicada pode requerer a resolução do contrato, porém, nesse caso, “não por excessiva onerosidade da prestação, mas por inadimplemento do programa contratual que previa a renegociação” (CÈSARO, 2000, p. 100).

5 A REVISÃO CONTRATUAL NO DIREITO CONTEMPORÂNEO

5.1 Considerações acerca dos princípios gerais que norteiam o Código Civil de 2002:

O Código Civil brasileiro de 1916 recebeu forte influência da legislação francesa. Inspirado no liberalismo valorizava o indivíduo, a liberdade e a propriedade. Com isso, a base contratual que se pautou o diploma civil de 1916 também possuía características individualistas, observando apenas uma igualdade formal, no sentido em que todos eram iguais perante a lei e o contrato era entendido como lei entre as partes, em conformidade com a doutrina do *pacta sunt servanda*. Segundo tal diploma legal, ficava assegurada a imutabilidade contratual e os contraentes celebravam livremente um acordo que deveria ser absolutamente respeitado.

Entretanto, a aplicabilidade do *pacta sunt servanda* começou a ser relativizada a partir da observação da cláusula *rebus sic stantibus*, como uma própria cobrança das necessidades sociais que não suportaram mais a predominância de relações contratuais desequilibradas.

Com o advento da Constituição Federal, do Código de Defesa do Consumidor e do posteriormente Código de 2002, houve um rompimento do aspecto individualista que até então predominava, principalmente na seara contratual. Os novos dispositivos legais deste código passam a disciplinar um conjunto de interesses estruturados pelo princípio da socialidade, em que a força obrigatória dos contratos é mitigada para proteger o bem comum e a função social do contrato.

Anteriormente ao Código de 2002, o ser humano era considerado apenas como o titular de um crédito ou vinculado a um débito, sem questionamentos das relações sociais em que estava inserido. Hoje, o diploma civil vigente tem como princípios gerais a socialidade, a eticidade e a operabilidade.

A diretriz da socialidade norteou o Código Civil de 2002 e trata-se da colocação das regras jurídicas num plano de vivência social, pelo qual o princípio constitucional da função social é transformado em instrumento de ação no plano da lei civil. “O princípio da socialidade orienta o intérprete no sentido da prevalência, na ordem jurídica, dos valores

coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana” (AMARAL, 2008, p.67).

Diante da perspectiva de socialidade, percebe-se que o direito contratual precisou se adaptar e ganhar a função de realizar a justiça e o equilíbrio contratual. A socialização se efetiva no intervencionismo do Estado nos contratos, o que leva a uma maior utilização dos princípios da boa-fé e da revisão contratual na execução das obrigações.

Outro princípio geral do Código Civil de 2002 é o da eticidade, este “privilegia os critérios éticos-jurídicos em detrimento dos critérios lógico-formais no processo de realização do direito” (AMARAL, 2008, p.68). A eticidade é um indicador que o legislador se preocupou em legislar para o ser humano concretamente, o que justifica a inserção de cláusulas gerais. Nesta esteira, Miguel Reale declara:

É a chamada concreção jurídica. Daí a opção, muitas vezes, por normas genéricas ou cláusulas gerais, sem a preocupação de excessivo rigorismo conceitual, a fim de possibilitar a criação de modelos jurídicos hermenêuticos, quer pelos advogados, quer pelos juízes, para contínua atualização de preceitos legais. [...] O princípio da eticidade fundamenta, ainda, a crença de que o equilíbrio econômico dos contratos é a base ética de todo o direito obrigacional. (REALE, 2005, p.37).

Assim, o princípio da eticidade fundamenta, dentre outros institutos, a possibilidade de revisão contratual em caso de superveniente onerosidade excessiva.

Por fim, tem-se o princípio da operabilidade, por ele, a interpretação jurídica deve ser a primeira fase do processo de construção ou concretização da norma jurídica adequada ao caso concreto. O Direito foi criado para ser realizado, executado e concretizado, em favor daquele que o possui. Para tanto, é indispensável que a norma seja elaborada de tal forma que se evite, ao máximo, equívocos e dificuldades em sua aplicação e interpretação.

Miguel Reale acrescenta ainda outro princípio implícito ao da operabilidade, o qual denomina de “princípio da concretitude” e assim o enuncia:

Concretitude, que é? É a obrigação que tem o legislador de não legislar em abstrato, para um indivíduo perdido na estratosfera, mas, quanto possível, legislar para o indivíduo situado: legislar para o homem enquanto marido; para a mulher enquanto esposa; para o filho enquanto um ser subordinado ao poder familiar. Quer dizer, atender às situações sociais, à vivência plena do Código, do direito subjetivo como uma situação individual; não um direito subjetivo abstrato, mas uma situação subjetiva concreta. Em mais de uma oportunidade ter-se-á ocasião de verificar que o Código preferiu, sempre, essa concreção para a disciplina da matéria (REALE, 2005, p. 41).

Neste diapasão, percebe-se que o legislador do Código Civil considerou a adoção de cláusulas gerais uma das formas de se atingir a socialidade, a eticidade, a operabilidade e a concretude, na medida em que possibilitam aos operadores do Direito adaptá-las às situações concretas, de acordo com as circunstâncias de determinado tempo e lugar, possibilitando, assim, que a legislação se mantenha atualizada em relação à situação social e econômica da sociedade.

5.2 A Revisão Contratual no Ordenamento Jurídico Brasileiro:

Tecidas as considerações gerais acerca da cláusula *rebus sic stantibus*, da teoria da imprevisão e das diversas outras teorias revisionistas relacionadas ao assunto, cumpre, neste capítulo, analisar a teoria da onerosidade excessiva ou da Imprevisão, de acordo com o disposto na Legislação Civil vigente.

Como já citado nesta dissertação, o atual Código Civil optou por um sistema aberto, composto de cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados, dando ampla liberdade ao magistrado, para julgar de acordo com o seu arbítrio, sua experiência e seu conhecimento, após a análise particular de cada caso concreto.

É inegável e indiscutível, perante a doutrina majoritária, que a teoria da onerosidade excessiva é de “caráter excepcional e de interpretação restritiva”. Daí, a partir da análise de cada caso concreto de desequilíbrio contratual, diante dos vários que se apresentam, é que o magistrado poderá decidir pela aplicação ou não da teoria da onerosidade excessiva.

No entanto, delimitar os pressupostos de aplicabilidade da teoria é de suma importância, para que se crie um parâmetro, que seja tomado como base para a aplicação aos demais casos concretos, evitando-se, assim, aplicações divergentes e incabíveis. Isso porque a obrigatoriedade dos pactos ainda é uma regra, que não pode ser esquecida, sob pena de se implantar a insegurança e a desordem.

5.2.1 O âmbito de aplicação da Teoria da Imprevisão

A onerosidade excessiva está ligada tanto a um elemento material, de troca econômica de prestações, quanto a um elemento consensual, ambos presentes em todo contrato oneroso. De plano, exclui-se do âmbito de aplicação da teoria, as obrigações provenientes das declarações unilaterais de vontade e dos atos ilícitos, posto que a presente teoria é de

aplicação restrita ao campo contratual, tanto é que, foi disposta em parte, exclusivamente, contratual do Código Civil.

Por questão óbvia, as indenizações decorrentes de atos ilícitos não podem ser revisadas ou resolvidas com fundamento na teoria da imprevisibilidade ou onerosidade excessiva, pelo simples motivo de que o causador do dano age com culpa, na modalidade de negligência, imprudência e imperícia (arts. 186 e 187 do Código Civil de 2002).

De outro lado, em relação às declarações unilaterais de vontade⁶², a primeira vista, nada obstará a aplicação da teoria da imprevisão para revisá-las ou resolvê-las, quando atingidas por eventos supervenientes e imprevisíveis. Aliás, é nesse sentido a opinião de Nelson Borges (2002, p. 708), pela “admissibilidade da aplicação da teoria da imprevisão nas declarações unilaterais de vontade, como a promessa de recompensa”. Todavia, a referida teoria é de aplicação exclusiva à esfera contratual e, como se sabe a manifestação unilateral de vontade não é uma espécie contratual.

O art. 478 do Código Civil traça, simultaneamente, o conceito e os pressupostos da Teoria da Onerosidade Excessiva, ao dispor que:

Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação (BRASIL, 2002).

O âmbito da onerosidade limita-se ao desequilíbrio econômico contratual superveniente, causado por um fato com certa dose de imprevisibilidade. Todas as teorias criadas a partir do prenúncio da modernidade têm em comum a tentativa de harmonizar esses dois aspectos para dar uma satisfatória solução a esse problema, que chega a ter ares de insolubilidade.

⁶² Maria Helena Diniz (2005, p. 25) discorre a respeito deste instituto: “É uma das fontes das obrigações resultantes da vontade de uma só pessoa, formando-se a partir do instante em que o agente se manifesta com intenção de se obrigar, independentemente da existência ou não de uma relação creditória, que poderá surgir posteriormente. Não haverá liberdade para se estabelecerem obrigações, que só se constituirão nos casos preordenados em lei: títulos ao portador e promessa de recompensa, gestão de negócios e pagamento indevido. Logo, as obrigações nascem da declaração unilateral da vontade manifestada em circunstâncias tidas pela lei como idôneas para determinar sua imediata constituição e exigibilidade, desde que o declarante a emita com a intenção de obrigar-se, que chegue ao conhecimento da pessoa a quem se dirige e seja determinada ou pelo menos determinável”.

5.2.2 Pressupostos de aplicação da Teoria da Imprevisão

Importa salientar que, além dos pressupostos legais, enumerar-se-á outros pressupostos doutrinários, que são necessários à configuração da teoria da onerosidade excessiva dos contratos. Entre os primeiros têm-se os seguintes: contratos de execução continuada ou diferida; fato superveniente; acontecimentos extraordinários e imprevisíveis; onerosidade excessiva da prestação de uma das partes; vantagem extrema para a outra parte.

Por outro lado, além dos pressupostos legais, acima mencionados, a doutrina vem relacionando outros pressupostos, quais sejam: qualidade de parte devedora; inimputabilidade (por culpa) do prejudicado pela alteração das circunstâncias; inexistência de mora do devedor; essencialidade e irreversibilidade.

5.2.2.1 Contratos de execução continuada ou diferida

De início, cumpre assinalar que a nova teoria da imprevisão ou da onerosidade excessiva, nos moldes estabelecidos pelo vigente Código Civil, trata de um recurso destinado à resolução ou revisão dos contratos sinalagmáticos, onerosos, comutativos e de execução continuada ou diferida, o que, aliás, é indiscutível perante a doutrina e jurisprudência.

Os contratos bilaterais ou sinalagmáticos são aqueles que impõem obrigação a ambas as partes, sendo estas, ao mesmo tempo, credora e devedora uma da outra, por sua própria natureza são onerosos.

Por conseguinte, o contrato comutativo é aquele que possui uma equivalência de prestações predeterminadas. Ademais, a comutatividade se relaciona ainda à possibilidade de riscos. Na lição de Jorge Alsina Bustamente será comutativo: “o contrato que, desde sua formação determina certamente qual é a vantagem e a desvantagem para cada uma das partes. São exemplos: a compra e venda, a permuta, a locação, a sociedade” (ALSINA, 1997, p. 149).

Portanto, é indiscutível que a teoria da imprevisão se aplica aos contratos bilaterais, onerosos e comutativos, haja vista que são espécies contratuais que pressupõem bilateralidade da obrigação (prestação e contraprestação), a patrimonialidade e a predeterminação dos riscos do contrato, respectivamente, características estas, típicas de incidência da teoria da imprevisão. Na verdade, só se pode falar em “desproporção das prestações”, quando se trata de contratos bilaterais; da mesma forma, só se pode falar em “onerosidade” e “vantagem”, em contratos onerosos; e, enfim, só se pode exigir a “álea normal”, nos contratos comutativos.

É oportuno dizer que além de bilaterais, onerosos e comutativos, tais contratos devem possuir um razoável lapso temporal entre o momento da celebração e o de sua execução, pois o Código Civil, no art. 478, se refere a “contratos de execução continuada⁶³ ou diferida⁶⁴”.

Nelson Borges classifica os contratos a prazo em quatro espécies:

a) de execução diferida propriamente dita: trata-se do contrato que se executa algum tempo após a celebração do contrato, sem contraprestações durante o curso do tempo (amortizações parciais ou satisfação de condições), até o vencimento integral da contratação. Por exemplo: a compra e venda de um imóvel, cujo pagamento será efetuado em 6 meses após a celebração do contrato, sendo este pagamento sujeito apenas ao reajuste futuro da moeda. (BORGES, 2002, p.299-300)

Desta feita, são duas situações que se apresentam como essenciais: a sucessividade das prestações ou a dependência do futuro da prestação. Tais situações tornam-se indispensáveis, na medida em que a incidência da teoria somente poderá se verificar com o advento de fato superveniente e imprevisível, durante o curso do contrato, o que somente ocorre nessas espécies contratuais. Em tópico adiante, será estudado o conceito de fato superveniente imprevisível, que está, intimamente, ligado aos contratos a prazo.

5.2.2.2 Fato superveniente extraordinário e imprevisível: alteração das condições objetivas em relação ao momento em que o contrato foi celebrado

Outro pressuposto exigido para a aplicação da teoria da onerosidade excessiva é que o fato seja superveniente extraordinário e imprevisível.

O fato ser superveniente é importante, pois, de acordo com o fato causador do desequilíbrio contratual, se originário ou superveniente, poderá se verificar a aplicação de diversos institutos, conforme cada caso. Por exemplo, tratando-se de fato originário pode-se constatar a hipótese de erro (arts. 138 a 144), lesão (art. 157 e parágrafos), estado de necessidade (art. 156), ou abuso de direito (art. 187), sendo cada um desses institutos tratados por regras próprias.

⁶³ Os contratos de execução continuada ou de trato sucessivo são aqueles que, necessariamente, se prolongam no tempo, sujeitando o devedor-obrigado a um cumprimento que não se esgota em momento inicial ou único, senão que se perdura por um período durante o qual se reiteram as prestações, periodicamente, sendo o exemplo mais comum, a locação de coisas ou imóvel.

⁶⁴ Em contrapartida, os contratos de execução diferida são aqueles nos quais as exigibilidades das obrigações estão sujeitas a prazo suspensivo ou condição. Por exemplo: em uma compra e venda pode estipular-se o pagamento do preço em um prazo determinado e futuro, ou seja, posterior à celebração do contrato, ao vencimento do qual a obrigação será exigível. (KHOURI, 2006).

De outro lado, sendo o fato superveniente, será o caso de se aplicar a teoria da imprevisão ou da onerosidade excessiva, conforme se trate de contrato consumerista ou civil. A superveniência, portanto, é pressuposto fundamental para aplicação dessas teorias, de maneira que a qualidade de extraordinário e imprevisível será analisada em um segundo momento, tendo em vista que, no último caso, essas condições são dispensáveis⁶⁵.

Embora, não conste, expressamente, no texto legal, a necessidade de fatos supervenientes, não há dúvidas da necessidade desse pressuposto. Então, mister se faz, que o fato superveniente seja também extraordinário e imprevisível para as partes contratantes, e que ocorra após a celebração do contrato e antes de sua execução final, nos contratos de execução diferida, ou, durante o cumprimento das prestações, nos contratos de trato sucessivo.

Ocorre que as expressões “fato extraordinário e imprevisível” são de altíssima subjetividade e conceitua-las se afigura como tarefa das mais difíceis e complexas.

Deve-se observar que o fato extraordinário e imprevisível deve ser um acontecimento estranho a ambas as partes, fora das suas realidades normais, porém, que se verificou no contexto comum dos contratantes. Ou seja, não diz respeito à modificação da situação subjetiva da parte contratante, por exemplo, a perda de emprego pelo devedor, ou a doença de um parente seu. Isso porque sendo o acontecimento extraordinário e imprevisível um fato comum às partes, não há razão para que uma delas seja sacrificada ou beneficiada em detrimento da outra, como exemplo tem-se a guerra.

O civilista português, José de Oliveira Ascensão (2004, p.63) ao discorrer sobre a matéria afirma que: “a imprevisibilidade só pode ser objetiva, pois é independente da análise da situação psíquica das partes, e resulta de uma observação feita de fora. Dizer que é imprevisível equivale a dizer que é anômalo ou anormal”.

Em outro contexto, Nelson Borges analisou a noção de imprevisibilidade. Segundo ele, análise deve partir do fato certo e provável:

Se a previsibilidade decorre da identificação de um fato certo e provável, o fato incerto e improvável só poderá ser considerado imprevisível. Ademais, a relatividade da previsibilidade ou imprevisibilidade do evento pode estar relacionada ainda a situação ou condição de cada parte contratante. Dessa forma, um

⁶⁵ Neste sentido, é conveniente destacar que, a teoria da imprevisão (Código Civil, arts. 478 a 480) para ter aplicabilidade e cabimento exige que o fato superveniente seja extraordinário e imprevisível. Preenchidos esses requisitos poderá o contrato ser revisto ou resolvido, conforme o caso. A teoria da onerosidade excessiva (Código do Consumidor, art. 6.º, V), por sua vez, exige apenas o fato superveniente, sendo irrelevante as qualidades exigidas pela primeira.

acontecimento pode ser imprevisível em relação ao conhecimento comum, em nível de informação, ao grau de instrução, a capacidade de discernimento do homem médio. Mas também, pode ser previsível de acordo com o conhecimento especializado, a experiência, a informação privilegiada ou qualquer outro motivo, correlacionado ao fato, que lhe dê condições de prever a alteração das circunstâncias que outro contratante pode encarar como imprevisível. E, neste caso, a efetiva previsibilidade destrói a imprevisibilidade (BORGES, 2002, p.307).

O fato é que foram inúmeras as tentativas da doutrina de se identificar uma noção de fato extraordinário e imprevisível, constituindo-se todas, como ideias meramente relativas, na medida em que dependem da análise singular de cada caso concreto aliado a diversas outras situações, as quais devem resultar numa desproporção econômica das prestações.

Conclui-se que, o fato imprevisível é aquele anormal perante as situações reais, tendo em vista os acontecimentos normais do cotidiano.

Além disso, em regra, o fato deve ser desconhecido e inexistente à época da celebração do contrato, para ensejar a aplicação irrestrita da norma do art. 478 do Código Civil. No entanto, caso o fato seja existente, quando da celebração do contrato, mas não influenciou a efetivação do vínculo contratual, nada obsta a aplicação da teoria se, posteriormente, tal fato se mostrar capaz de alterar o equilíbrio da economia contratual.

Aliás, esta foi a conclusão a que chegou o Conselho da Justiça Federal, na III Jornada de Direito Civil, pelo Enunciado 175: “a menção à imprevisibilidade e à extraordinariedade, insertas no art. 478 do Código Civil, deve ser interpretada não somente em relação ao fato que gere o desequilíbrio, mas também em relação às consequências que ele produz”⁶⁶.

Por fim, um evento imprevisível pode ser identificado pelo seu caráter anormal, surpreendente e inesperado, e também, pela raridade com que se verifica no mundo cotidiano, podendo se referir, inclusive, a fatos já existentes, quando da celebração do contrato, porém, que só vem a produzir seus drásticos efeitos em momento posterior. Ademais, o fato superveniente extraordinário e imprevisível deve ser, ainda, o agente causador direto do desequilíbrio econômico das prestações, especialmente, da onerosidade excessiva do contrato por parte do devedor.

⁶⁶ Convém informar que o mesmo Conselho da Justiça Federal, anteriormente, na I Jornada de Direito Civil, já havia conferido a mesma interpretação à expressão “motivos imprevisíveis”, constante do art. 317 do Código Civil, ao formular o Enunciado n. 17: “a interpretação da expressão “motivos imprevisíveis” constante do art. 317 do novo Código Civil deve abarcar tanto causas de desproporção não previsíveis como também causas previsíveis, mas de resultados imprevisíveis”.

5.2.2.3 A onerosidade deve ser excessiva com extrema vantagem para uma das partes

De fato, a simples ocorrência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, ainda que, com alteração das circunstâncias contratuais, não bastam para a configuração e aplicação da teoria da onerosidade excessiva. É indispensável que, aliado a isso, sejam provocadas consequências drásticas no contrato, o que se constata, principalmente, pelo desequilíbrio e/ou desproporção econômica das prestações, que deverá ser demonstrado pela onerosidade excessiva da prestação a ser cumprida por uma das partes e pela vantagem extrema da contraparte.

A onerosidade excessiva da prestação constitui-se numa dificuldade extrema de cumprimento da prestação por parte do devedor, a qual não se confunde com a impossibilidade de seu cumprimento, não sendo necessário que o evento imprevisível ocasione a impossibilidade ou desaparecimento da prestação, que é característica do caso fortuito ou de força maior.

Nelson Borges alerta que a impossibilidade não admite graus:

O impossível existe ou não existe. Se existe, seu entendimento só pode ser absoluto; se não existe, não há o que discutir e nada justifica sua divisão em absoluto e relativo. Não se divide o que não existe. E se é dispensável dizer-se que uma impossibilidade sempre será total (simplesmente porque não pode ser parcial), pela mesma razão não se poderá dividi-la em absoluta e relativa. É mais do que evidente a existência de uma visão distorcida, fundada em comodismo perigoso, cujo descaso pode acabar por comprometer o real significado das palavras. O que comporta graus é a possibilidade, jamais a impossibilidade. Quando nada existe que impeça o cumprimento da prestação dizemos que a possibilidade é absoluta, quando surgem dificuldades, que ela é relativa.

O termo impossibilidade deve ser reservado para os casos em que a prestação se apresente insuscetível de ser cumprida física, moral, econômica ou legalmente, ou por qualquer outra forma, a despeito dos esforços empregados. (BORGES, 2002, p.313).

Outro aspecto da onerosidade excessiva diz respeito à sua efetividade e operabilidade. Trata-se da difícil tarefa de mensurar, numericamente, o que seria a onerosidade excessiva, contudo. José de Oliveira Ascensão, ao tratar desse assunto, assegurou que:

Não basta qualquer acréscimo de onerosidade, deve esta ser “manifesta”, tendo em vista que vigoram, ainda, os princípios da segurança e da certeza e, como tais, não se pode admitir que todos os negócios possam ser revistos, ao sabor das alterações da realidade subjacente, que incessantemente evoluem, mesmo que essas alterações sejam alterações extraordinárias, pois a vida jurídica exige estabilidade. (ASCENSÃO, 2004, p.65).

Entretanto, a ausência de um parâmetro legal confere ao magistrado o arbítrio de decidir quando e em quanto a onerosidade excessiva está presente no caso concreto.

O Código Civil, em seu art. 478, exigiu como pressuposto, além da onerosidade excessiva da prestação do devedor, também a vantagem extrema do credor. Muito se discute acerca desse pressuposto, especialmente, quanto a sua verificação ou não, para se configurar a possibilidade de revisão ou resolução do contrato.

Arnoldo Medeiros da Fonseca se posicionou em relação ao pressuposto da extrema vantagem ao credor:

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

Todavia, quando a superveniência imprevista e imprevisível, alterando profundamente o ambiente objetivo anterior, além de acarretar o sacrifício extremo do devedor, constitui para o credor uma fonte de enriquecimento inesperado, será conforme os ditames da justiça manter a obrigatoriedade integral do contrato? Não se verificará, assim, um enriquecimento injusto, por ser para o credor decorrente do acaso, enquanto para o devedor é causa de ruína? Porque é necessário reconhecer: não é o contrato a verdadeira fonte desse enriquecimento; mas a superveniência imprevista. E se é legítimo assegurar coativamente a execução de um direito convencionado, constituirá talvez uma suprema injustiça permitir que assim se vá proporcionar a uma das partes, pelas circunstâncias supervenientes, vantagens novas e inesperadas, à custa da ruína e do sacrifício do outro contratante. (MEDEIROS DA FONSECA, 1958, p.234-235).

Othon Sidou (1979, p.74), em sentido contrário, assegurou que, o enriquecimento sem justa causa ou vantagem extrema do credor, não é indispensável à configuração da teoria da onerosidade excessiva, por dois motivos: primeiro, porque a excessiva onerosidade para uma das partes, nem sempre resulta em excepcional vantagem para a outra; e segundo, porque a excessiva onerosidade não se relaciona, necessariamente, com a vantagem extrema.

De fato, a inserção da exigência da vantagem extrema do credor como pressuposto, além limitar demasiadamente a aplicação da teoria, apresenta outro problema que diz respeito ao ônus probatório, que recairá sobre o devedor.

Na mesma esteira, tem-se a lição de Antonio Celso Fonseca Pugliese:

a sua adoção trará consequências práticas muito graves para o sistema jurídico brasileiro, haja vista que a parte lesada por um evento imprevisível terá, agora, um novo e pesado ônus processual, qual seja o de produzir provas sobre benefícios econômicos auferidos pela outra parte, muitas vezes sem qualquer acesso aos documentos e informações necessários para a identificação desses benefícios (PUGLIESE, 2004, p.15-16).

Observa-se que o Legislador Civil de 2002, ao adotar a teoria da imprevisão, exigiu que se demonstrasse, quando da sua aplicação, além da onerosidade excessiva da prestação, também, o enriquecimento ou a vantagem auferida pelo credor.

Teoricamente, a exigência deste pressuposto parece, à primeira vista, indispensável, porém, diante da nova ordem contratual, que impôs ao contrato o cumprimento de uma função social, a vedação do desequilíbrio econômico das partes e da desproporção das prestações, sobrevivendo a excessiva onerosidade do contrato, é suficiente que o devedor a demonstre, para que o Poder Judiciário possa intervir e corrigir esta patologia.

Enfim, o fato superveniente extraordinário e imprevisível pode atingir o contrato celebrado, causando-lhe as seguintes situações: a) somente a onerosidade excessiva da prestação do devedor; b) a onerosidade excessiva do contrato e, simultaneamente, a vantagem extrema do credor; e c) apenas vantagem extrema do credor. É evidente que todas essas situações merecem a tutela do Poder Judiciário, tendo em vista que vão de encontro a nova ordem contratual e, conseqüentemente, contra o princípio da função social do contrato. No entanto, cada uma delas merece tratamento individualizado.

Nos dois primeiros casos, não resta dúvida que a teoria da onerosidade excessiva poderá ser aplicada independentemente da existência ou não de vantagem extrema para o credor, pois tais fatos já bastam para provocar a desproporção contratual. Mas, ocorrência apenas de vantagem extrema do credor o contrato também não deixará de ser tutelado pelo Poder Judiciário, porém, neste caso, cabe ao credor socorrer-se ao instituto do enriquecimento sem causa, previsto nos arts. 884 a 886 do Código Civil.

Entende-se, portanto, demasiadamente exagerada a exigência do pressuposto da “vantagem extrema do credor”, uma vez que limita a aplicação da teoria da onerosidade excessiva, impedindo a atuação do seu foco protetivo, que visa tutelar a parte contratante sujeita à ruína patrimonial, caso seja obrigada a cumprir o contrato que se tornou excessivamente oneroso, em virtude de acontecimento extraordinário e imprevisível.

5.2.2.4 A Qualidade de parte devedora

A partir da análise do art. 478 do Código Civil, percebe-se que a teoria da onerosidade excessiva é um recurso destinado, exclusivamente, ao devedor. O dispositivo legal exclui, totalmente, a possibilidade de o credor pedir a resolução ou revisão do contrato, por motivos supervenientes e imprevisíveis. Os principais defensores desta tese a fundamentam no fato de

que os credores não estão obrigados a realizar uma contraprestação, daí porque não teriam qualquer prejuízo.

Contrariamente, Nelson Borges (2002, p. 680) e Othon Sidou (1979, p.680) tecem severas críticas ao dispositivo legal, amparado, precipuamente, no Código Civil português que assim menciona no art. 437: “tem a parte lesada direito à resolução do contrato”.

Nelson Borges continua:

Na injustificável e condenável distinção do artigo analisado fica estreme de qualquer dúvida que o único direito a ser protegido será sempre o do devedor, como se só ele pudesse ser afetado pelo evento imprevisível e, em decorrência, ver-se a braços com uma lesão virtual. O desafinado acorde deferiu apenas a ele o direito de pedir revisão ou resolução do pacto. Parcialidade normativa tanto injusta quanto maléfica, visto que trai, condenavelmente, o espírito da verdadeira imprevisibilidade, que, por se constituir em remédio jurídico de exceção, deve estar a disposição das partes contratantes, como consta de legislações mais atentas e preocupadas, acima de tudo, com a juridicidade (BORGES, 2002, p. 680 – 681).

Ocorre que o Código Civil não deixou em desamparo o credor, na medida em que este pode se valer de outros recursos na tentativa de evitar quaisquer prejuízos. Um desses recursos seria a própria cláusula geral da função social do contrato, constante do art. 421 que assegura, tanto ao credor como ao devedor, trocas justas e úteis, evitando-se, assim, a onerosidade excessiva da prestação ou, o aviltamento e depreciação exagerada do seu crédito. Neste contexto, o Conselho da Justiça Federal, em estudos promovidos na I Jornada de Direito Civil, assim se posicionou, pelo Enunciado n. 22⁶⁷.

Contudo, o próprio Conselho da Justiça Federal, na III Jornada de Direito Civil no Enunciado 166⁶⁸, deixou bem claro que, qualquer fato distinto da impossibilidade da prestação ou da excessiva onerosidade, que incida sobre o contrato, capaz de levá-lo à frustração tem a proteção do art. 421, podendo, desta forma, socorrer o credor nos casos de aviltamento ou depreciação do seu crédito. Em último caso, verifica-se, ainda, que o credor em vias de ser lesado pode se socorrer do instituto do enriquecimento sem justa causa, previsto nos arts. 884 a 886 do Código Civil.

Portanto, percebe-se que a regra do art. 478 do CC/02 foi destinada ao devedor-obrigado, que sofre as consequências da excessiva onerosidade do contrato, em caso da ocorrência de acontecimento superveniente e imprevisível, o que não significa tratar de forma

⁶⁷ Enunciado do Conselho da Justiça Federal número 22: “a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas”.

⁶⁸ Enunciado do Conselho da Justiça Federal número 166. “a frustração do fim do contrato, como hipótese que não se confunde com a impossibilidade da prestação ou com a excessiva onerosidade, tem guarida no Direito brasileiro pela aplicação do art. 421 do Código Civil”.

desigual as partes contratantes, pois o credor, diante da sistemática do atual Código Civil não ficou carente de proteção.

5.2.2.5 A Ausência de Estado Moratório

Como se viu para a aplicação da Teoria da Onerosidade Excessiva é imprescindível que o contrato seja de execução continuada ou diferida, que o acontecimento extraordinário seja imprevisível, que haja, simultaneamente, de um lado, a excessiva onerosidade e, de outro, a extrema vantagem, ainda assim, será necessário, àquele que tenha que cumprir a obrigação, não esteja em estado moratório, ou seja, a sua obrigação não pode ter atingido ou ultrapassado a data de cumprimento (BORGES, 2002).

A doutrina tem afirmado, de forma majoritária, que a parte devedora que esteja em mora não pode invocar a revisão ou resolução do contrato, diante da alteração das circunstâncias por motivos imprevisíveis, pelas mesmas razões apontadas para o devedor que deu causa, com culpa, para a ocorrência desses fatos.

Nelson Borges justifica o pressuposto, já enunciando ser uma regra geral, que comporta exceção:

Aquele que pretenda fazer uso do remédio jurídico de abrandamento do rigor da regra *pacta sunt servanda* deverá exercitar a sua pretensão antes do vencimento da obrigação contratada, sob pena de se ver constituído em mora nas exigências positivas e líquidas, ou após interpelação, nas ilíquidas (art. 396 do novo CC). Essa é a regra geral. Entretanto, a confirmá-la, exceção existe a que se poderia chamar de uma autêntica *atenuação* do rigorismo dos efeitos da mora. Ocorrerá quando a *alteração da base negocial* tiver ocorrido *antes do estado moratório* e, por qualquer razão, não tiver sido denunciada. Uma hipótese clara e indiscutível de *mora pós-existente* à imprevisibilidade. Neste caso, a prevalência do fato imprevisível é pacífica, já nem mesmo como princípio de ordem publica, mas tão-somente por uma questão de anterioridade (BORGES, 2002, p. 315).

No entanto, com o passar dos tempos, esse pressuposto sofreu certa atenuação, na medida em que se mostrou, profundamente, injusto. E, certamente, não poderia prevalecer, uma vez que o simples fato da mora não pode elidir as consequências drásticas provocadas pela alteração das circunstâncias.

Neste diapasão, José de Oliveira Ascensão (2004, p. 66) sustenta ser necessário distinguir “as hipóteses em que a mora é causal para que a relação fique desequilibrada em consequência da alteração das circunstâncias e as restantes”. Ou seja, “a parte pode prevalecer-se da alteração das circunstâncias que teria sobrevindo de qualquer modo e atuado sobre o contrato, houvesse ou não mora”. O jurista português dá um exemplo esclarecedor:

Imagine-se uma empresa que se obrigue a reparar um navio e atrase-se seis meses em relação ao prazo a que se comprometera, contratualmente. Durante este período, desencadeia-se uma guerra que atinge o país de origem das matérias-primas necessárias, o que leva estas a cotações exorbitantes. Evidentemente, nesse caso, não poderá a empresa de navios se valer da teoria da imprevisão. Por outro lado, imagine-se uma dívida, cujo pagamento deve ser efetuado em cem parcelas. Na décima parcela, o devedor deixa de pagá-la na data aprazada, faltando ainda, noventa parcelas para o término da obrigação. É evidente que, nesse caso, a alteração anormal adviria de qualquer forma, de modo que, é justo que o contrato seja revisado ou resolvido, para se atingir, novamente, o equilíbrio das prestações (ASCENSÃO, 2004, p. 66).

Concluindo, em regra, tem-se que o devedor em mora, somente poderia se beneficiar da teoria da onerosidade excessiva, se demonstrasse que o acontecimento superveniente e imprevisível foi anterior à ocorrência da mora, que ocorreu em virtude da alteração anormal. Contudo, se o acontecimento imprevisível ocorrer depois da mora e não possuir qualquer relação com ela será possível se valer da teoria, pois a superveniência da mora não teria a faculdade de operar a decadência do direito da parte de requerer a revisão ou a resolução contratual.

5.2.2.6 Inimputabilidade

Este pressuposto encontra-se implícito na teoria da onerosidade excessiva, e, por isso, dispensa maiores comentários. Implícito, porque não existe nas legislações nada sobre a exigência expressa da inimputabilidade, tendo em vista que sua observância é tão lógica que dispensa sua positivação.

Nelson Borges alega que:

Há de existir, de forma incontestada, a negativa de autoria do fato alterador das circunstâncias em que as partes fundaram suas vontades de contratar, gerador da lesão virtual ou extinção da base negocial, por via de ação ou omissão atribuível àquele que dela pretenda se valer. Isto significa que o acontecimento extraordinário causador do dano iminente – ou supressão do suporte contratual – não pode ter sido provocado por quem invoca o benefício da imprevisibilidade. Ocorrido o evento modificador da economia negocial, reconhecidamente imprevisível, o fato que ocasionou o acidente de percurso ocorrido na vida do contrato, seu desvio de rota, não poderá ser imputado àquele que tenha em mente a utilização do *remedium iuris* de exceção (BORGES, 2002, p. 321).

Trata-se de uma evidência, da qual o acontecimento extraordinário, causador do dano iminente não pode ter sido provocado por quem invoca a aplicação da excessiva onerosidade, isso porque, considerando a teoria como um benefício ao devedor, parece lógico que, a

ninguém é lícito alegar a própria torpeza, e ainda com ela auferir vantagens (*turpitudinem suam allegans non est audiendus*).

Embora seja coerente a opinião do jurista, é preciso ter cautela no rigorismo das exigências. Evidentemente, podendo evitá-las, o devedor deve agir para impedi-las, porém, é preciso levar em consideração o grau dessa inevitabilidade e as circunstâncias do caso concreto.

5.2.3 Resolução ou revisão contratual: críticas aos artigos 478, 479 e 480 do Código Civil de 2002

O confronto entre a liberdade de contratar e o dirigismo contratual trouxe para o direito um novo paradigma, acrescentando e modificando os parâmetros já conhecidos na aplicação das regras contratuais. Deve-se observar que atualmente, as relações contratuais passaram a ser envoltas aos princípios da socialidade, operabilidade e eticidade, tudo para que atendam a ordem constitucional, a função social e a boa-fé objetiva.

O Código Civil positivou a teoria da onerosidade excessiva nos artigos 478, 479 e 480 do Código Civil. Apesar da positivação, existem discussões doutrinárias acerca do tema, principalmente, no que concerne a redação desses artigos, sua aplicação e seus efeitos. Os artigos nos informam que no caso de onerosidade excessiva se a parte beneficiada não requerer a modificação eqüitativa das condições do contrato, ele será resolvido. Tais artigos são considerados desatualizados e em desacordo com a principiologia contratual contemporânea.

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

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

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterada o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva (BRASIL, 2002).

O art. 478 do CC/02 positivou o acolhimento da Teoria da imprevisão, que mesmo antes já era reconhecida pela doutrina e jurisprudência nacional, embora utilizada com muita cautela pelos julgadores. A partir dela o devedor prejudicado pela onerosidade excessiva

superveniente causada por acontecimentos extraordinários e imprevisíveis poderia pedir a resolução do contrato.

Ocorre que diante da redação do Código, pergunta-se: ao priorizar a resolução em detrimento da revisão contratual, o Código Civil encontra-se em consonância com os princípios da boa-fé objetiva e da função social?

Parece óbvio que a redação do artigo 478 do Código Civil Brasileiro priorizando a resolução contratual, mesmo tendo sido editado após a Constituição Federal de 1988, vai de encontro com a principiologia contratual moderna que ele mesmo recepcionou em outros artigos, tais como os artigos 113, 421 e 422 ⁶⁹.

De fato, geralmente, as partes não desejam a resolução (extinção) do contrato, mas apenas a sua revisão, ou seja, alguns reajustes para se manter e cumprir as legítimas expectativas de ambos os contratantes. O próprio Código Civil Brasileiro no seu artigo 317 ⁷⁰ prevê a possibilidade de adequação das prestações de uma obrigação quando esta não corresponda com a realidade, e, isso, sempre a pedido do devedor ou credor.

Khoury questiona como seria possível a resolução ou modificação de um contrato que fora livremente estabelecido pelas partes “Como seria possível admitir que um contrato, fruto da vontade livre das partes, pudesse ser resolvido antes do seu termo final, ou mesmo modificado, sem afrontar a vontade que presidiria essa contratação?” (KHOURI, 2006, p. 7).

Khoury ainda faz críticas acerca da redação do artigo 478 do Código Civil, já que este abre a possibilidade de o devedor requerer a resolução e não a revisão contratual. Alega que melhor técnica teria o Código se tivesse utilizado o termo “parte lesada”, na medida em que a onerosidade excessiva superveniente pode afetar tanto o devedor quanto o credor (KHOURI, 2006, p. 7).

Os artigos 478, 479 e 480 do Código Civil nos informam que no caso de onerosidade excessiva se a parte não requerer a modificação eqüitativa das condições do contrato, ele será resolvido. Porém, para Khoury a sistemática da onerosidade excessiva superveniente no ordenamento jurídico brasileiro, teleologicamente, pende para a revisão e não para a resolução. A manutenção do contrato é preferível e menos traumática para as partes. Com a

⁶⁹ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. (BRASIL, 2002).

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. (BRASIL, 2002).

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como na sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. (BRASIL, 2002).

⁷⁰ 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, 2002).

resolução “o contato deixaria de cumprir, no caso concreto, a função econômica e social que é chamado para desempenhar” (KHOURI, 2006, p. 123).

Ocorre que se a outra parte se oferecesse para modificar o contrato e a parte lesada se negar, impondo a resolução contratual, haveria 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.

Outra situação a ser analisada seria quando não houvesse pedido de modificação contratual por nenhuma das partes, neste caso, não poderia o juiz impor a modificação contratual dada autonomia privada das partes. Assim, nos casos em que houve a frustração do fim negocial não poderia haver modificação contratual e a única possibilidade seria 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 *Carlo 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 equitativamente 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 entende que melhor seria a previsão da revisão por fatos supervenientes do que a resolução contratual. Informa que o artigo 317 do CC/02 corrobora com esse entendimento. Diz, ainda, que a revisão contratual é acolhida pelo Código Civil baseada na teoria da base 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).

De fato, o art. 317 do Código Civil trata da consagração legislativa da revisão judicial das prestações em virtude de desequilíbrio ou desproporção superveniente à formação da relação obrigacional. Para interpretá-lo, necessário utilizar o princípio do solidarismo traduzido na boa-fé e no equilíbrio contratual, torna-se evidente que o princípio da preservação dos negócios jurídicos está positivado deste artigo 317 CC/02. O dispositivo é claro em permitir a manutenção do equilíbrio contratual pelo juiz, quando houver desproporção por causa imprevisível.

A resolução contratual na forma do art. 478 do CC/02 pode ser evitada se o réu se oferecer a modificar, equitativamente, as condições do contrato, como consta no art. 479 do CC/02. E, se tratar de contrato em que as obrigações couberem apenas a uma das partes, esta poderá pleitear a redução da prestação ou a alteração do modo de sua execução, para evitar a onerosidade excessiva, de acordo com o disposto no art. 480 do CC/02.

Como visto os artigos 479 e 480 do CC/02 coadunam com a noção de aproveitamento do negócio jurídico ao invés de simplesmente descartá-lo em respeito ao princípio da conservação dos contratos. Em regra, é mais adequada a revisão do contrato para adaptá-lo as novas condições, o problema é que essa solução se dá em caráter facultativo para o credor. Isto porque, se não é justo que o devedor seja excessivamente onerado por acontecimentos imprevisto, também não é justo que o credor seja privado dos ganhos razoáveis que receberia.

O princípio da preservação dos contratos determina que, na medida do possível, os contratos devem ser mantidos, uma vez que são objetos de circulação de riquezas, com isso, criam condições favoráveis para o desenvolvimento econômico e social do país, além de favorecer a promoção do ser humano. O princípio da preservação do contrato deriva do princípio da dignidade humana constitucionalmente consagrado.

Posto isto, percebe-se que o legislador não agiu da forma mais adequada ao inserir a possibilidade de revisão de modo tão restrito e no capítulo referente à extinção do contrato. A solução mais coerente parece ser a análise do julgador em cada caso concreto, ou seja, optar por permanecer com a contratação sempre que possível, proporcionando apenas a correção mais justa em determinadas situações, e, em outras, optar pela resolução contratual, em razão de os prejuízos serem maiores.

Corroborando com este raciocínio foi aprovado o ***Enunciado 176 do Conselho da Justiça Federal*** na III Jornada de Direito Civil: **“Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual”**. (grifo nosso)

O parâmetro entre a revisão e a extinção contratual deve ser a utilidade e a inutilidade da prestação, e também o interesse das partes na manutenção do negócio. No primeiro caso, para privilegiar a prestação em espécie e, no segundo caso, para preservar a segurança das relações e as legítimas expectativas de direitos contratuais gerados.

Portanto, interpretando o art. 478 do CC/02 de forma conjunta com o princípio da conservação dos negócios jurídicos (arts. 317, 157 e 170 do Código Civil), é possível obter a revisão contratual em caso de onerosidade excessiva, possibilitando ao devedor pleitear a revisão do contrato. A Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem apoiado esta interpretação:

[...] Não obstante a literalidade do art. 478 do CC/02 - que indica apenas a possibilidade de rescisão contratual - é possível reconhecer onerosidade excessiva também para revisar a avença, como determina o CDC, desde que respeitados, obviamente, os requisitos específicos estipulados na Lei civil. Há que se dar valor ao princípio da conservação dos negócios jurídicos que foi expressamente adotado em diversos outros dispositivos do CC/02, como no parágrafo único (sic) do art. 157 e no art. 170. (REsp 977.007/GO, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, 3ª turma, julg. 24/11/2009, DJe 02/12/2009)

INEXISTÊNCIA DE ABUSIVIDADE DO PERCENTUAL AVENÇADO ENTRE AS PARTES EM RELAÇÃO À TAXA MÉDIA DE MERCADO. POSSIBILIDADE DE CONTROLE E REVISÃO, PELO PODER JUDICIÁRIO, EM CADA CASO, DE EVENTUAL ABUSIVIDADE, ONEROSIDADE EXCESSIVA OU OUTRAS DISTORÇÕES NA COMPOSIÇÃO CONTRATUAL DA TAXA DE JUROS, NOS TERMOS DO CÓDIGO CIVIL. (AgRg no REsp 1064156/RS, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/12/2008, DJe 02/02/2009) grifo nosso.

Portanto, é inegável que o Código Civil de 2002 apesar de ter aclamado diversos princípios do direito contratual contemporâneo, ao dispor sobre a teoria da onerosidade excessiva, 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.

5.2.4 Comparativo da revisão Contratual no âmbito do Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil

A teoria da onerosidade excessiva foi adotada pelo Código de Defesa do Consumidor - Lei n. 8.078/1990, em seu art. 6.º, V, ao enumerar como direitos básicos do consumidor, dentre outros, “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem

excessivamente onerosas” (BRASIL, 1990). Trata-se de manifestação da já estudada Teoria da quebra da base objetiva do negócio jurídico do alemão Karl Larenz.

Em pese não se concordar com essa tese, importa informar que há autores que consideram ser o art. 6, V, do CDC também a Teoria da Imprevisão. Paulo R. Roque A. Khouri (2006) é um deles e informa em sua obra, que, no Brasil, a teoria da imprevisão foi positivada tardiamente, pois somente foi prevista no Código de Defesa de Consumidor promulgado em 1990 e, posteriormente, no Código Civil de 2002.

Donnini assim comenta acerca do art. 6, V do Código de Defesa do Consumidor: “Esse dispositivo é o primeiro no nosso ordenamento a reconhecer a possibilidade de revisão do contrato por excessiva onerosidade, diante de acontecimento superveniente à celebração do contrato, causando um desequilíbrio na relação contratual”. (DONNINI, 1999, p.167).

O Código de Defesa do Consumidor incorporou os princípios da justiça contratual, do equilíbrio das prestações, da solidariedade, da conservação e da função social dos contratos, e, neste contexto, previu a possibilidade de revisão contratual.

Portanto, segue-se aqui, a concepção de que, no CDC, não há manifestação da teoria da imprevisão. Isso porque para se configurar a teoria da excessiva onerosidade nos contratos consumeristas, não se exige que o acontecimento superveniente seja imprevisível, extraordinário e excepcional, basta que exista, efetivamente, um severo desequilíbrio entre as prestações no caso concreto. Assim, para a revisão do contrato consumerista, somente será necessário que o acontecimento seja superveniente, ao contrário do Código Civil, que exige o acontecimento superveniente e imprevisível⁷¹.

Neste sentido tem-se a lição de Donnini:

A quebra do equilíbrio contratual, a ausência de equivalência nas prestações seriam os fatores, por si mesmos e por suas próprias forças, determinantes da onerosidade excessiva para o consumidor, dando-lhe oportunidade para pleitear, em juízo, a revisão contratual, sem que se ocupe da comprovação de que o fato seja imprevisível, imprevisto, extraordinário ou mesmo irresistível, mas apenas um acontecimento superveniente, que poderia ter sido previsto e não foi, e que cause onerosidade excessiva para o consumidor. (DONNINI, 1999, p. 171).

Diante do art. 6, V do CDC, ocorrendo o acontecimento superveniente que torne as prestações excessivamente onerosas, poderá um dos contraentes requerer junto ao Poder Judiciário a revisão ou correção das prestações, cabendo ao juiz corrigir a distorção entre a

⁷¹ Cláudia Lima Marques (2005, p. 413), Fabiana Rodrigues Barletta (2002), Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona (2005, p. 304), dentre outros se inserem na linha doutrinária, que dispensa a imprevisibilidade para a aplicação da teoria da onerosidade excessiva nos contratos consumeristas.

prestação avançada na contratação e a prestação devida na execução do contrato, sempre atendendo aos princípios da boa-fé, da sociabilidade, da eticidade, da operabilidade, da equidade e do equilíbrio econômico do contrato. A doutrina considera que para requerer a revisão a parte não pode estar em situação de mora com suas obrigações (DONNINI, 1999, p. 172).

Ademais, para aplicação da norma consumerista, não é necessário o dolo de aproveitamento, ainda que o fornecedor não tenha agido de má-fé, a revisão do contrato é direito do consumidor.

Isto posto, conclui-se que os pressupostos essenciais à configuração da teoria da imprevisão nos contratos consumeristas são reduzidos em relação aos do Código Civil de 2002.

Segundo o Código de Defesa do Consumidor, são suficientes para a aplicabilidade da teoria da imprevisão: a) a prestação duradoura ou periódica; b) a ocorrência de um fato superveniente qualquer; c) o advento, por consequência, da onerosidade excessiva da prestação; d) a inimputabilidade do consumidor pela onerosidade excessiva da prestação.

Por consequência, não se exige para a configuração da teoria da onerosidade excessiva nos contratos consumeristas: a) a impossibilidade total de cumprimento da prestação; b) a vantagem extrema do fornecedor; c) não se exige o dolo de aproveitamento; d) e, também não se exige que os acontecimentos supervenientes sejam anormais, extraordinários, imprevistos e imprevisíveis.

Observa-se que, ao contrário da teoria da imprevisão prevista no Código Civil, que apresenta aplicação restrita, limitada e excepcional, a teoria da quebra da base objetiva do negócio jurídico prevista no Código do Consumidor é de aplicação mais ampla e irrestrita.

Fabiana Barletta (2002, p.151) destaca que prova dessa ampla aplicação da teoria é que: “a jurisprudência tem aceitado, como motivo suficiente para a revisão contratual e para a ação corretora do equilíbrio contratual pelo Judiciário, situações em princípio individuais, como, por exemplo, a perda do emprego”, o que não é aceita pela teoria da Legislação Civil, por ser considerada uma alteração circunstancial subjetiva.

Cláudia Lima Marques declara sua opinião em relação ao superveniente empobrecimento do contratante:

Ao contrário do direito comum, encontra alguma acolhida para suportar sua incidência no Direito do Consumidor como causa para a revisão judicial dos contratos. Nessa ordem de ideias, até mesmo a demissão do consumidor de seu emprego poderia ser considerada como evento superveniente, e assim, ensejador da revisão do contrato. (MARQUES, 2005, p.414).

Apesar da notória insegurança jurídica que geraria tal revisão, no que tange ao Direito do Consumidor, o elevado grau de vulnerabilidade e de hipossuficiência do consumidor podem até justificar que a ruína pessoal seja aceita, de modo excepcional, a ensejar uma revisão contratual.

Outro aspecto diferente do direito comum é que, no âmbito consumerista, o Superior Tribunal de Justiça⁷² estabeleceu o princípio da ampla revisibilidade contratual, aplicado às chamadas cláusulas abusivas.

Além dos elementos caracterizadores, os institutos também se distinguem quanto aos seus efeitos e quanto à finalidade de suas disposições. A Legislação Civil em vigor adotou o sistema misto, admitindo tanto a resolução do contrato, como a sua revisão, esta apenas na hipótese de mútuo consentimento. Por sua vez, o Código de Defesa do Consumidor, ao tratar dos efeitos do reconhecimento da onerosidade excessiva, admitiu tão-somente a possibilidade de revisão do contrato.

Outro aspecto a ser destacado é que a finalidade do dispositivo legal civilista, sem dúvida alguma, foi atender às novas diretrizes do Código Civil – a eticidade, a sociabilidade e a operabilidade -, em especial, a função social do contrato. Por outro lado, o enfoque da Legislação Consumerista, ao disciplinar a teoria da onerosidade excessiva nos contratos, foi de tutelar a parte hipossuficiente do consumidor e, neste caso, é expressamente parcial, negando a proporcionalidade e equivalência das partes presente no Código Civil.

Neste diapasão é a lição de Fabiana Rodrigues Barletta:

Essas disposições constantes do Código do Consumidor foram elaboradas em vista do princípio da conservação dos contratos, que, por sua vez, baseia-se nos princípios consumeristas da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, da boa-fé e do equilíbrio das prestações e, também, nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da redução das desigualdades sociais, da erradicação da pobreza e da marginalização (BARLETTA, 2002, p. 150).

Por fim, pode-se constatar que a teoria da imprevisão e a quebra da base objetiva do negócio jurídico, embora possuam mesma natureza, distinguem-se em diversos pontos, especialmente, no que se refere aos pressupostos de aplicação, aos efeitos, à finalidade e ao fundamento, sendo a incidência da teoria prevista no Código Civil bem mais restrita que a do Código de Defesa do Consumidor. Particularmente, considera-se que esta traduz melhor o espírito do Estado Democrático de Direito.

⁷² Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma, Ag Rg no REsp nº 697.396/RS, Rel. Min Fernando Gounçalves. Julgamento 17 mai 2005. Publicado Diário Justiça em 06 jun 2005, p. 344.

5.2.5 Proposta de inserção do dever de renegociar no Direito Brasileiro

Como se observou, a boa-fé objetiva é um princípio norteador da relação jurídica contratual. Recapitulando, Boa-fé, em síntese é: *honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere* ou, respectivamente, viver honestamente, não lesar a ninguém, e dar a cada um o que é seu.

Já abordado nesta pesquisa, a importante função integrativa da boa-fé objetiva, também chamada de *fonte criadora de deveres anexos ou laterais de conduta*. Dentre esses deveres anexos de conduta que se espera das partes contratantes, têm-se os de colaboração e cooperação, ou seja, de colaborar para o adimplemento da prestação principal, ao qual se liga a um dever anexo ou lateral que vem crescendo na Itália - que, inclusive já foi tratado nos capítulos anteriores dessa dissertação – é a chamada *obrigação de renegociar o contrato*⁷³, em caso de superveniente onerosidade excessiva. No âmbito dos contratos internacionais, esse dever recebe o nome de *cláusula hardship* ou cláusula de renegociação. Em um contrato que conste tal cláusula, não podem as partes procurar o Judiciário para requerer a resolução ou revisão, sem antes tentar uma renegociação amigável, visando reequilibrar o contrato. Seria uma verdadeira “condição da ação”.

Considera-se plenamente possível e constitucional a possibilidade de inserção desta cláusula nos contratos privados civis, pelos seguintes motivos:

- a) em primeiro lugar, seria legítimo, haja vista que o contrato é fruto da autonomia privada das partes, que, sem dúvida, podem avençar que, em caso de desequilíbrio contratual superveniente, antes de provocar o Judiciário, necessário seria uma “roda de renegociação”;
- b) em segundo lugar, a renegociação ensejaria uma economia processual;
- c) em terceiro lugar, as partes poderiam eleger a mediação como forma de resolução do conflito nesta fase da renegociação, o que pode ajudar muito a se chegar a um consenso;
- d) Por fim, nada impediria, em caso de não haver acordo, que as partes procurem o Judiciário para resolver a avença.

Neste sentido, importa transcrever a lição de Vincenzo Roppo:

Se uma das partes simplesmente refutar o cumprimento de uma cláusula de renegociação ou se as suas propostas forem sem razoabilidade, indecorosas,

⁷³ Sobre o tema falam: Francesco Macário (2004, p. 224-233); Vincenzo Roppo (2001, p. 1.046-1047); Guido Alpa (1991, p.353); Lollini em *La buona fede ausiliaria del programma contrattuale*. Disponível em: < www.jus.unitn.it/cardoza/Review/2007/somma.pdf>, p. 23-24. Acesso em 20 ago 2011.

descomedidas ou exorbitantes, tais condutas importaram em inadimplemento contratual. Verificado isso, a consequência será o ressarcimento ou a resolução, podendo a parte, no entanto, requerer judicialmente o cumprimento da cláusula de renegociação (se expressa no contrato) ou o dever legal de renegociação (oriundo da boa-fé objetiva. (VICENZO ROPPO, 2001, p. 1046-1047).

O dever de renegociar seria um dever contratual, assim, em caso de inadimplemento desse dever, poderia gerar uma tutela específica.

A cláusula de renegociação comporta em seu bojo o fim precípua de salvaguardar o contrato, toda vez que um evento exterior e estranho às partes envolvidas promova uma ruptura tamanha capaz de impor um rigor injusto a uma das partes. A finalidade cardinal e inarredável é a modificação ou ajuste da avença. Atua sob a roupagem de um dever de renegociação, ambicionando o restabelecimento da economia do contrato, sem pôr em risco a segurança jurídica das disposições previamente pactuadas. Seria uma concepção moderna da *rebus sic stantibus*, já que estaria expressa no contrato e não implícita como é classicamente conhecida..

Khoury ao questionar se haveria a possibilidade da resolução ou da modificação do contrato ocorrer fora do âmbito judicial, indiretamente sugere esta cláusula de renegociação, porém de modo implícito, tal qual a *rebus sic stantibus*. O autor soluciona a questão expondo que se uma parte notificasse a outra informando a presença da excessiva onerosidade da prestação e propusesse a esta a modificação ou a resolução contratual, bastaria a aceitação da outra parte, para não haver necessidade de intervenção judicial. Porém, caso haja resistência essa última seria necessária.

[...] nada impediria que a parte declarasse a outra a resolução do vínculo por conta da presença dos requisitos do fato superveniente extraordinário e da onerosidade excessiva. Se a outra parte contratante aceitasse a declaração, reconhecendo a presença do direito do contratante lesado à resolução, realmente não haveria por que a questão ainda ter de ser decidida em juízo. Da mesma forma não tem sentido essa intervenção se a proposta de modificação é aceita sem nenhuma resistência. Porém, diante de uma resistência do contratante contra quem é dirigido o pleito, seja no sentido de resolver o contrato, seja no sentido de modificá-lo, é evidente que não haveria como fugir da intervenção judicial, sob pena de a parte pretensamente lesada ser considerada em mora quanto ao não-cumprimento da prestação que lhe compete. É que nenhuma parte está obrigada a aceitar nem a resolução nem a modificação nos termos propostos. A solução extrajudicial da questão passa evidentemente pela dependência as vontades das partes em aceitá-la ou não. (KHOURI, 2006, p. 121)

Assim, o princípio da boa-fé exerceria a função balizadora no campo de aplicação das cláusulas de renegociação, sobretudo conjugada com os deveres anexos de lealdade e cooperação entre as partes.

A obrigação de renegociação receberia, em regra, o tratamento de obrigação-meio, ou seja, as partes deveriam conduzir a renegociação através do dispêndio dos maiores esforços e mecanismos possíveis para se chegar a um acordo, pautadas e balizadas pela boa-fé objetiva, bastando os esforços razoáveis das partes para que seja reputada como adimplida a obrigação-meio.

No entanto, se uma das partes se opusesse ou se esquivasse a iniciar a renegociação estaria violando uma obrigação de resultado, haja vista que se comprometeu, quando da celebração do contrato, a renegociar as disposições previamente acordadas em caso de excessiva onerosidade.

Dessa forma, diante da complexidade envolvida nas relações contratuais hodiernas, necessário se faz a adoção de cláusulas flexibilizadoras, a fim de salvaguardar o contrato celebrado entre as partes. As cláusulas de readaptação contratual imbuem-se de forte espírito solidarista e de cooperação mútua, totalmente compatível com os princípios gerais do Código Civil de 2002. A finalidade do dever de renegociar é a modificação ou ajuste contratual em decorrência de fatos supervenientes não previstos, sob o manto dos princípios da preservação dos contratos, da boa-fé objetiva, equidade e função social.

5.2.6 A Revisão fundamentada na aplicação da Teoria da Eficácia horizontal dos direitos fundamentais: aplicação restrita em relação aos contratos civis

Na pós-modernidade, a sociedade se mostra complexa e a gama variada de situações as quais a revisão contratual foi chamada a atuar exige dos estudiosos uma reflexão em torno da flexibilização do *pacta sunt servanda*. Diante dessa realidade, propõe-se aqui, a seguinte reflexão: seria possível revisar o contrato a partir dos princípios e valores fundamentais expostos na Constituição da República?

Para responder tal indagação, a revisão contratual deve ser encarada como o grande instrumento dogmático para aplicação dos valores constitucionais no âmbito contratual, uma verdadeira reconstrução da teoria da cláusula *rebus sic stantibus*.

Essa reconstrução da teoria contratual a partir da principiologia constitucional, no entanto, necessita de mecanismos de efetivação. Em outras palavras, é preciso municiar os aplicadores e estudiosos do Direito de instrumentos concretos que possibilitem realizar as transformações ventiladas. O instrumento que será estudado se trata da aplicação da teoria da eficácia fundamental nas relações jurídicas contratuais.

Para a aplicação do *Drittwirkung*, importante se faz respeitar a autonomia privada, a segurança jurídica, mas também os princípios fundamentais da Constituição da República. Em tese tudo isso é compatível, todavia na prática pode gerar conflitos que o Judiciário teria que enfrentar.

Não restam dúvidas, que adequar aos tempos atuais o instituto contrato é necessário. Isso significa revitalizar o contrato de maneira a possibilitá-lo a cumprir o papel a ele destinado pelo constituinte, ou seja, como veículo concretizador dos valores existenciais do homem.

Os valores segundo Epinotti (1994) podem ser classificados em:

a) Valores existenciais: quando se referem à vida em todos os aspectos, dimensões e níveis: saúde, alimentação, etc. Incluem também o trabalho, salário, economia, produção, circulação e várias outras formas de investimento lucrativo. Os valores existenciais, por serem os mais abrangentes, constituem-se num dos principais referenciais na constituição da visão de mundo das pessoas.

b) Valores estéticos: são os valores ligados à sensibilidade, desde os sensoriais relacionados aos cinco sentidos até a arte mais requintada e suas múltiplas formas de expressão. Haja vista a música, a pintura, a escultura, a arquitetura, o teatro, as belas artes, enfim, toda a forma de expressão de sentimentos a cujo cultivo a pessoa sempre esteve voltada e atraída.

c) Valores intelectuais: São os valores relacionados com o intelecto do indivíduo. O qual é o instrumento privilegiado da pessoa humana na conquista do saber. É através da inteligência que se processa a leitura da realidade. Seu cultivo e aprimoramento é reconhecidamente importante.

d) Valores morais: são relacionados com a moralidade. Pois, são um conjunto de doutrinas, princípios, normas e padrões orientadores do procedimento humano, correto e honesto. É no pleno exercício e aplicação dos valores éticos que se forma o homem honesto, virtuoso, cumpridor de seus deveres.

e) Valores religiosos: São os valores ligados às atitudes religiosas, manifestadoras da necessidade que o homem tem de manifestar seus mais profundos sentimentos religiosos.

A questão é pertinente, porém complexa, pois poderia haver um conflito entre a segurança jurídica, a qual se espera da contratação, e, a possível banalização da utilização dos princípios constitucionais a fim de desconstituir a avença.

5.2.6.1 A Teoria da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais, também chamada pela doutrina de eficácia privada ou externa, ou *Drittwirkung*, defende a força vinculante e a eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre os indivíduos, sobretudo no que diz respeito às relações privadas em que há nítido desequilíbrio de forças entre os sujeitos envolvidos, fazendo com que os direitos fundamentais exerçam função essencial para o deslinde da questão, restaurando ao sujeito ofendido a integridade de sua dignidade como pessoa humana.

Importa esclarecer que a doutrina tradicional entende os direitos fundamentais como normas destinadas a proteger o indivíduo contra eventuais violações causadas pelo Estado, quando este abusa de seu poder. Gilmar Mendes bem explicita:

A História aponta o Poder Público como destinatário precípua das obrigações decorrentes dos direitos fundamentais. A finalidade para o qual os direitos fundamentais foram inicialmente concebidos consistia, exatamente, em estabelecer um espaço de imunidade do indivíduo em face dos poderes estatais. (MENDES, 2008, p. 275).

Nesta esteira, parte da doutrina defende que a aplicabilidade das normas vinculadoras de direitos fundamentais nas relações entre particulares é mediata, isto é, os direitos fundamentais seriam direitos relativos à defesa do particular contra o poder do Estado, implicando que as relações extra-estatais estariam fora da zona de incidência dos direitos fundamentais, entregues aos diversos subsistemas jurídicos autonomia plena.

Esses investigadores jurídicos entendem que as regras constitucionais vinculadas aos direitos fundamentais não podem ser opostas aos particulares diretamente, pois os valores objetivos traçados no seio constitucional devem ser materializados através da produção de normas jurídicas de baixa densidade (normas infraconstitucionais), ou seja, a regulamentação das regras constitucionais seria o caminho apropriado para proteção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Em contraponto à tese da eficácia mediata dos direitos fundamentais, estão aqueles doutrinadores defensores da idéia de que os direitos fundamentais produzem eficácia *imediata* e *irrestrita*, o que provocaria a aplicabilidade do artigo 5º, § 1º da CF de forma ampla e direta, não se restringindo somente ao Poder Público, mas também às relações jurídicas estabelecidas entre particulares. A justificativa estaria no texto Constitucional que prescreve o mandamento de que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, o que não delimita nem restringi sua atuação, isto é, não há bloqueio constitucional na

aplicabilidade dos direitos fundamentais em qualquer relação, seja ela: pública; mista; ou privada.

Sarlet segue essa linha de raciocínio:

Ponto de partida para o reconhecimento de uma eficácia dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas é a constatação de que, ao contrário do Estado clássico e liberal de Direito, no qual os direitos fundamentais, nas condições de direitos de defesa, tinham por escopo proteger o indivíduo de ingerências por parte dos poderes públicos na sua esfera pessoal e no qual, em virtude de uma preconizada separação entre Estado e sociedade, entre público e o privado, os direitos fundamentais alcançam sentido apenas nas relações entre os indivíduos e o Estado, no Estado social de Direito não apenas o Estado ampliou suas atividades e funções, mas também a sociedade cada vez mais participa ativamente do exercício do poder, de tal sorte que a liberdade individual não apenas carece de proteção contra os poderes públicos, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, os detentores de poder social e econômico, já que é nesta esfera que a liberdade se encontra particularmente ameaçada. (SARLET, 2007, p. 398-9)

O debate referente à eficácia horizontal dos direitos fundamentais no âmbito das relações jurídico-privadas teve início nos anos cinquenta e nos primórdios da década de sessenta na Alemanha. Ingo Sarlet (2007) lembra que a doutrina e a jurisprudência evocam como paradigma o famoso caso *Lüth*, cuja decisão proferida pela Corte Federal Constitucional da Alemanha, em 1958, reconheceu que os direitos fundamentais não possuíam apenas a função de direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas também, consistiriam em decisões valorativas de natureza objetiva da Constituição, produzindo eficácia em relação a todo o ordenamento jurídico, fornecendo diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos.

Há diversas formas de se proteger os direitos fundamentais nas relações entre particulares, uma delas seria por meio de intervenções legislativas, a exemplo da ampla legislação trabalhista e de proteção ao consumidor.

Também pode se dar por meio da interpretação e aplicação de cláusulas gerais de direito privado, a exemplo da jurisprudência formada sobre os contratos de adesão, em que se considerou abusiva a eleição de foro inserida nesses contratos, somente após muitas decisões que o legislador alterou o Código de Processo Civil (CPC) no seu art. 112 e inseriu um caso excepcional de incompetência relativa pode ser declarada de ofício pelo juiz⁷⁴.

Portanto, conclui-se que, no âmbito das relações contratuais civis, a teoria do *Drittwirkung* poderia ocorrer através da aplicação das cláusulas gerais da boa-fé, da função

⁷⁴ Art. 112. Argúi-se, por meio de exceção, a incompetência relativa.

Parágrafo único. A nulidade da cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, pode ser declarada de ofício pelo juiz, que declinará de competência para o juízo de domicílio do réu.[...] (BRASIL, 2011e, p. 424)

social e da dignidade da pessoa humana, importando ao juiz extrema responsabilidade pela construção do direito no caso concreto.

5.2.6.2 A Aplicação da Teoria da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais nos Contratos Privados

O alargamento dos pressupostos da revisão contratual não é um fenômeno exclusivamente brasileiro. Menezes Cordeiro (2007, p.1.098-1099) e Larenz (1956 p. 143) observam a crescente tendência da jurisprudência alemã em revisar os contratos com base na equidade e na justiça contratual. Tal fato é visto de forma crítica e perigosa pelos autores: o jurista alemão adverte para o risco de ignorância do princípio da segurança do tráfego jurídico.

O jurista lusitano enfatiza o distanciamento dos requisitos exigidos pelas doutrinas até então e conclui que:

O problema da alteração das circunstâncias passa pela adequação da finalidade do contrato e o equilíbrio contratual (ponderação permeada pelo princípio da boa-fé). Mas sabe-se que, em concreto, a solução a propugnar deve manter como referências os factores em litígio, viando restabelecer, se possível, o figurino pensado pelas partes em obediência às exigências de equilíbrio e prossecução do escopo inicial, carregadas, em nome da igualdade, pela boa-fé. (MENEZES CORDEIRO, 2007, p.1.114).

A função da revisão dos contratos cada dia que passa se torna mais importante diante dos problemas sociais. Se, inicialmente, estava presa ao fenômeno da alteração das circunstâncias, passa agora a alçar novos vãos, inserindo-se em uma nova ordem de valores que redimensionará completamente seu papel.

Interessa ao tema, a indagação exposta por Karl Larenz (1956, p.4) na introdução de sua obra sobre revisão dos contratos: “em que circunstâncias pode e deve (a fim de evitar uma injustiça maior) deixar de aplicar-se um princípio jurídico tão fundamental como o da fidelidade do contrato?”⁷⁵ É em torno desta questão que gira toda a problemática da revisão dos contratos, independente de sua causa, questionamento este que, para parte da doutrina, nem as diversas teorias elaboradas não souberam enfrentar.

⁷⁵ A indagação de Larenz está além dos limites da problemática da alteração das circunstâncias. Com efeito, colocado o problema em termos de *justiça contratual* (vedadora de contratos desequilibrados), a pergunta pode ser vista a partir dos pressupostos para a intervenção no contrato, afastando-se (ou relativizando-se) o princípio do *pacta sunt servanda* em nome da justiça contratual, independente da causa do desequilíbrio.

A resposta à indagação de Larenz poderia justificar a aplicação da teoria da eficácia horizontal nos contratos civis desequilibrados, inserindo o princípio da obrigatoriedade dos pactos em uma ordem axiológica renovada, proporcionando-lhe um novo significado de modo a transformá-lo qualitativamente, trilhando um caminho de reconstrução do princípio do *pacta sunt servanda*, alavancando, com isso, um redimensionamento do papel da revisão dos contratos à luz dos princípios fundamentais do ordenamento pátrio. A principiologia constitucional permite o diálogo com os dados concretos, de modo a redesenhar a concreta relação contratual tendo por base os valores fundamentais do sistema.

Este caminho alinha-se à constitucionalização do Direito Civil, entendida como concretização de direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, dentre as quais as relações contratuais.

Eros Belin Cordeiro destaca que o conteúdo e o sentido do princípio da obrigatoriedade dos contratos tiveram uma alteração qualitativa a partir da influência dos princípios e valores consagrados no texto constitucional brasileiro.

Assim, as alterações perpassadas pelo referido princípio são mais qualitativas (revelam um novo significado do *pacta sunt servanda*) do que meramente qualitativas (diminuição do alcance do princípio). [...] a vinculatividade dos princípios e valores constitucionais, determinadores da feição contemporânea do nosso ordenamento jurídico permitem a reconstrução de institutos e princípios construídos séculos atrás. (CORDEIRO, 2009, p. 21)

Já Perlingieri expõe:

A Constituição operou uma reviravolta qualitativa e quantitativa na ordem normativa. Os chamados limites à autonomia, colocados à tutela dos contraentes mais frágeis, não são externos e excepcionais, mas, antes, internos, na medida em que são expressão direta do ato e de seu significado constitucional. A atenção se desloca do dogma da autonomia do ato a ser avaliado, não só isoladamente, mas no âmbito da atividade exercida pelo sujeito. O juízo de valor deve ser expresso sobre a iniciativa concreta, verificando, em uma visão procedimental, entre outras coisas, o exercício da iniciativa na concatenação dos atos e se o ato e os instrumentos usados para alcançar o resultado perseguido são adequados.

A revisão dos contratos reveste-se de particular importância por permitir ao Juiz um efetivo grau de concreção, calcado em uma análise tópico-sistemática, fundamental para efetivação dos valores e princípios constitucionais. Trata-se da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, como defende Sarlet:

Inclinamo-nos hoje – pelo menos à luz do direito constitucional positivo brasileiro – em prol de uma necessária vinculação direta (imediata) também dos particulares aos

direitos fundamentais (salvo, é claro, os que têm por destinatário precípua o poder público), sem deixar de reconhecer, todavia, na esteira de Canotilho e outros, que o modo pelo qual se opera a aplicação dos direitos fundamentais às relações jurídicas entre particulares não é uniforme, reclamando soluções diferenciadas. Tal entendimento, dentre outras razões que aqui não iremos desenvolver, justifica-se especialmente entre nós, pela previsão expressa da aplicabilidade direta (imediata) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, o que, por sua vez, não se contrapõe ao fato de que, no âmbito da problemática da vinculatividade dos particulares, as hipóteses de um conflito entre os direitos fundamentais e o princípio da autonomia privada pressupõem sempre uma análise tópico-sistemática, calcada nas circunstâncias específicas do caso concreto, devendo ser tratada de forma similar às hipóteses de colisão entre direitos fundamentais de diversos titulares, isto é, buscando-se uma solução norteadas pela ponderação dos valores em pauta, almejando obter um equilíbrio e concordância prática, caracterizada, em última análise, pelo não-sacrifício completo de um dos direitos fundamentais, bem como pela preservação, na medida do possível, da essência de cada um. (SARLET, 2004, p.370).

Portanto, a revisão passaria a ser aberta e possibilitaria a resolução dos problemas a partir do caso concreto, buscando assim pelo equilíbrio entre a autonomia privada e princípios como o da dignidade da pessoa humana, solidariedade, boa-fé e equilíbrio contratual.

Importa salientar que o princípio da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da qual se podem extrair os princípios da boa-fé e da função social do contrato, e o princípio do equilíbrio econômico, base da justiça contratual foram escolhidos não apenas por terem sido considerados como fundamentais pelo constituinte, mas porque traduzem uma ordem axiológica que privilegia os valores existenciais e, com isso, reformula a própria noção de contrato.

O contrato, portanto, é redesenhado a partir do princípio fundamental da dignidade humana. O viés patrimonialista moderno, em que a relação jurídica contratual traduzia-se em simples operação econômica, é reavaliado por uma concepção existencialista. Como diz Perlingieri, não se trata de ignorar por completo o conteúdo patrimonial das relações jurídicas, mas sim de redimensioná-las, funcionalizando-as aos valores existenciais, predominantes no sistema:

Com o termo, certamente não elegante, “despatrimonialização”, individua-se uma tendência normativa-cultural; se evidencia que no ordenamento se operou uma opção, que, lentamente, se vai concretizando, entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores). Com isso não se projeta a expulsão e a “redução” quantitativa do conteúdo patrimonial no sistema jurídico e naquele civilístico em especial; o momento econômico, como aspecto da realidade social organizada, não é eliminável. A divergência, não certamente de natureza técnica, concerne à avaliação qualitativa do momento econômico e à disponibilidade de encontrar, na exigência da tutela do homem, uma aspecto idôneo, não a ‘humilhar’ a aspiração econômica mas, pelo menos, a atribuir-lhe uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa. Isso induz a repelir a afirmação – tendente a conservar o caráter estático-qualitativo do

ordenamento – pela qual não pode ser ‘radicalmente alterada a natureza dos institutos patrimoniais do direito privado’. Estes não são imutáveis: por vezes são atropelados pela sua incompatibilidade com os princípios constitucionais, outras vezes são exaustores ou integrados pela legislação especial e comunitária; são sempre, porém, inclinados a adequar-se aos novos valores, na passagem de uma jurisprudência civil dos interesses patrimoniais a uma mais atenta aos valores existenciais (PERLINGIERI, 2007, p. 33).

Dessa forma, na visão de Antônio Junqueira Azevedo (2002, p.22), ocorreu uma reviravolta epistemológica em que o contrato passa a ser visto como composição de interesses humanos, afirmação que traz em si a proibição da superlativização da obrigação nele traduzida (que leva à opressão econômica) e a facilitação de sua utilização como instrumento de aquisição de bens indispensáveis à vida.

Nesse sentido, a eficácia do princípio da dignidade humana pode ser considerada imediata, atingindo diretamente as relações contratuais, de modo que o interesse econômico jamais possa sobrepor-se ao interesse existencial em que a satisfação de um crédito leve à mazela humana.

Tudo que foi exposto nos leva para a redescoberta do homem como sujeito de direito, não mais visto com um mero elemento da relação jurídica e sim como o contratante real que sofre os efeitos da obrigação contratada; igualmente enfatiza a instrumentalidade contratual, considerando os bens objeto do contrato em consonância com os interesses existenciais dos contratantes. Duas conseqüências podem ser vislumbradas: valoriza-se a situação real dos contratantes e dos objetos de acordo com os interesses existenciais dos contratantes e ao mesmo tempo, exige-se do intérprete e aplicador uma análise da situação concreta, para decidir se deve impor, dependendo dos elementos em jogo, a preservação do contrato.

Eros Belin de Moura Cordeiro destaca esse entendimento:

Buscar a noção de sujeito concreto significa que aquele poder concedido aos particulares para regerem seu patrimônio, tradicionalmente neutro, não é divorciado da realidade. A análise da situação concreta implica a observação do papel do sujeito em determinada relação jurídica, presentes certas situações concretas em que está inserido. A auferição crítica da noção de sujeito de direito é decorrência direta do princípio da dignidade da pessoa humana, o que implica uma reformulação qualitativa da noção da relação contratual. O exercício da liberdade para efetuar negócios jurídicos patrimoniais deve estar funcionalizado aos *interesses existenciais* os sujeitos, o que requer análise tópica de cada relação jurídica e da real posição jurídica dos sujeitos envolvidos (CORDEIRO, 2009, p.180).

Apesar de todo o exposto, deve-se ter cuidado na aplicação do *Drittwirkung* nas relações contratuais privadas. A análise deve ser tópica, a partir de cada caso e considerando o

real poder de negociação dos contratantes de forma individual, revalorizando a efetiva autodeterminação de cada sujeito.

Tereza Negreiros faz uma abordagem interessante em relação à análise de sujeito concreto:

Com efeito, a constitucionalização do direito civil, instituindo a dignidade da pessoa humana como valor a ser resguardado em toda e qualquer relação jurídica, repercute no direito contratual, alterando o modo de se ver o contratante: o conceito abstrato e atomizado, próprio a uma concepção individualista, é substituído por um conceito que ganha em concretude e que põe à mostra o caráter desigual, e por isso injusto, de certas relações contratuais (NEGREIROS, 2006, p.329).

A autora ainda defende o “paradigma da essencialidade”, que visa “medir a utilidade essencial do contrato”:

O paradigma da essencialidade consubstancia um modelo de pesquisa contratual, segundo o qual o regime do contrato deve ser diferenciado em correspondência com a classificação do bem contratado. Esta classificação divide os bens em essenciais, úteis e supérfluos, levando em conta a destinação mais ou menos existencial conferida pelo sujeito contratante ao bem contratado (NEGREIROS, 2006, p. 459).

Seguindo a linha de raciocínio de Negreiros, haveria um tratamento diferenciado entre os contratos de acordo com o objeto avençado:

Os contratos que versem sobre a aquisição ou utilização de bens que, considerando a sua destinação, são tidos como essenciais estão sujeitos a um regime tutelar, justificado pela necessidade de proteção da parte vulnerável – assim entendida a parte contratante que necessita do bem em questão -; e vice-versa, no extremo oposto, os contratos que tenham por objeto bens supérfluos regem-se predominantemente pelos princípios do direito contratual clássico, vigorando aqui a regra da mínima intervenção heterônoma (NEGREIROS, 2006, p. 453).

Partindo das premissas demonstradas, a análise do contrato é especificamente concreta, prendendo-se à importância do contrato para os contratantes.

Portanto, questão fundamental é analisar a forma de tutela desses contratos, que demandam um alto grau de concreção e uma importância fundamental aos interesses existenciais dos contratantes, interesses estes prioritários para o ordenamento. Nesse sentido, as sanções tradicionalmente colocadas pelo ordenamento jurídico em caso de desequilíbrio contratual ou abuso do direito de contratar por parte de um dos contratantes (nulidade e anulabilidade) são insuficientes, pois os contratantes dependem do contrato, o que exige a sua preservação.

Percebe-se, claramente, que a teoria da eficácia fundamental dos direitos fundamentais encaixa-se perfeitamente nesse contexto, na medida em que através da utilização das cláusulas abertas disponíveis em nosso ordenamento, os juízes poderiam revisar o contrato com base nos princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito.

A problemática se dá na atual técnica da revisão dos contratos, que possui diretivas traduzidas em regras rígidas, levando a maioria dos juízes a reproduzir soluções já admitidas. E, por outro lado, essa aplicação dos princípios fundamentais propiciaria uma jurisprudência criativa, o que poderia ser um desastre se os juízes utilizando-se a revisão contratual como instrumento de redesenho do contrato, passassem a revisar todo e qualquer contrato. Neste diapasão, a segurança jurídica das relações civis deve ser observada.

Conclui-se que, na verdade, este tema é controverso e difícil, na medida em que a teoria do *pacta sunt servanda*, na prática, ainda se encontra presente nas jurisprudências brasileiras.

5.2.7 A Revisão Contratual por Quebra da Confiança

Diante da mudança de paradigma caracterizada pela despatrimonialização e funcionalização do Direito Civil, a confiança assume especial importância no ordenamento jurídico e pode até justificar a possibilidade de revisão contratual.

Críticas foram tecidas à tentativa de sedimentar uma doutrina da confiança, dada a extensão desmedida que as teorias assumiram e a sua colisão com o Direito positivo. Isso porque associaram a confiança à teoria da aparência. Nesse sentido, quanto à aparência, Stolfi afirma que “nenhum legislador poderia sacrificar o ser ao parecer e que a aparência jurídica não é um vetor do ordenamento” (apud MENEZES CORDEIRO, 2007. p. 1237).

Menezes Cordeiro aduz que a aproximação entre confiança e boa-fé (lealdade contratual) feita por Hermann Eichler constituiu um passo importante da ciência jurídica. Além disso, apresentou a proposta de Niklas Luhmann, de uma leitura sociológica da confiança, afirmando que esta tem um lugar na ordem moral, que não serve de base para a composição de litígios. (CORDEIRO, 2007. p. 1240).

Gerson Luiz Carlos Branco (2002, p. 173) destaca o entendimento filosófico de Dworkin, de que “há um princípio jurídico segundo o qual ninguém pode aproveitar-se da posição que ocupa e da confiança depositada por outrem para obter vantagens que não seriam concedidas”, independentemente de se questionar sobre o fato de a pessoa que concede tais proveitos ter ou não consciência da possibilidade do ato.

O autor também observa o ponto de vista político da confiança, trazendo a lição de Hanna Arendt, pela qual “o consentimento é mais do que declaração de vontade, significa aceitar e formular regras tendo como limite o ponto de vista do outro”. O consentimento formaria o contrato social, baseado fundamentalmente no sentido moral de fazer e cumprir promessas, modo exclusivamente humano de disciplinar o futuro para torná-lo previsível e seguro. “A consequência, é que as ilhas de segurança dependem da preservação da confiança, o que é feito mediante comportamentos que impliquem em consentir”. (BRANCO, 2002, p.175)

Judith Martins-Costa considera que “quanto maior o grau de confiança na conduta alheia, maior tenderá a ser o nível de integração econômica, de eficiência e desenvolvimento, cabendo às instituições, portanto, a tarefa de reduzir a insegurança e promover a confiança”. (COSTA, 2006, p. 96).

Lado outro, Miguel Reale qualifica a confiança como um “valor dotado de realizabilidade”, um “bem cultural”, de forma que “em cada ordenamento a confiança encontra particular e concreta eficácia jurídica como fundamento de um conjunto de princípios e regras”. (apud COSTA, 2006, p. 97).

Já sob o ponto de vista jurídico, a confiança é considerada em diversas situações, como princípio, como situação de fato ou valor. De fato, o valor confiança é um dos pilares centrais de todo o direito, pois só existe a possibilidade de convivência social se tal valor estiver presente.

Nessa linha, de acordo com Menezes Cordeiro (2007, p. 1251), “há se que apreender o fenômeno da confiança nas suas manifestações concretas, para a determinação de seus pressupostos e de suas consequências”, podendo-se afirmar, desde já, ser a confiança um dos fatores materiais da boa-fé. “A proteção da confiança surge, ao lado da materialidade, na lógica interna da boa-fé, numa posição de certa assimetria”.

Gerson Luiz Carlos Branco declara que “a confiança se refere a um conteúdo descritivo dos bens e situações que mostram como a ciência do direito está tratando determinado valor, e não apenas ao conteúdo normativo que decorre da expressão confiança”. (BRANCO, 2002, p. 182). Conclui o autor:

[...] o sistema protege o valor confiança por meio do direito objetivo e em alguns casos por meio da concessão de direitos subjetivos aos indivíduos, sendo que a tutela genérica do valor confiança não se refere ao fato confiança, mas, sim, ao mecanismo que neutraliza a incerteza das ações individuais, conferindo um mínimo de garantia ao comportamento esperado de outros sujeitos (BRANCO, 2002, p. 182).

Dessa forma, a proteção jurídica do valor confiança seria realizada de forma indireta, por meio de uma norma e um bem a ser tutelado, residiria no processo de decisão sobre o qual uma norma disciplinaria determinada situação de fato.

Na doutrina brasileira, não se verifica um amplo tratamento da confiança enquanto princípio. Neste diapasão, Cláudia Lima Marques acentua que:

O princípio da confiança contém um conjunto de normas jurídicas voltadas para a proteção do bem confiança, tendo âmbito de atuação maior que o princípio da boa-fé, mas a boa-fé objetiva atua para tornar concreta a proteção da confiança e, assim, proteger o bem confiança. Desta forma o que a cláusula geral de boa-fé realiza é, no fundo, o *princípio da confiança*. (apud BRANCO, 2002, p. 183)

Considerando que a atual relação contratual não depende apenas do consenso, mas fundamentalmente das exigências sociais, é que se pode afirmar que o modelo de confiança se concretiza na experiência social, relacionado a fatos e valores. O direito deve assegurar a segurança das transações para a tutela das expectativas legítimas do credor, impedindo, de outro lado, que recaiam sobre o aparente obrigado riscos fora de seu controle.

Massimo Bianca aduz que “o princípio da auto-responsabilidade tem o seu fundamento no princípio da confiança”, ou seja, “na exigência de tutela da confiança do destinatário”, das deficiências ocultas da declaração que poderia prejudicar a certeza do comércio jurídico. (apud NORONHA, 1994, p. 93)

Conclui Massimo Bianca que “o princípio da autonomia privada é integrado pelo princípio da auto-responsabilidade, o qual encontra a sua justificação e o seu limite na exigência de tutela da confiança”. (apud NORONHA, 1994, p. 93)

Portanto, à luz do exposto, pode-se afirmar que o contrato não se limita à liberdade contratual, no sentido da autonomia privada, devendo, seguir outros valores, especialmente o da justiça contratual e boa-fé. Foi, assim, que surgiu a teoria do negócio jurídico para nortear as relações contratuais, fundada na confiança entre as partes.

A teoria do negócio jurídico não despreza a vontade das partes na formação do contrato, mas se caracteriza por exigir a confiança entre as partes na relação contratual e a permanente busca por um equilíbrio do contrato. Aqui entra a revisão contratual, fundada na quebra da confiança.

É importante consignar que a intervenção estatal, tal qual como passou a existir, com uma atuação direta e não apenas de apoio, não vem afastar a autonomia privada, que continua existindo e ainda é o que perfaz o contrato. O Estado apenas delimita uma área de abrangência

dentro do qual a vontade pode ser exercida para, com isso, preservar certos valores fundamentais.

Oportuno lembrar que Judith Martins-Costa distingue os princípios da boa-fé e da confiança:

Aquela, a boa-fé, liga-se, primariamente, ao *dever geral de cooperação*, impondo, para tal fim, pautas de correção, lealdade, probidade e consideração aos interesses legítimos do parceiro (*civiliter agere*); esta, a confiança, prende-se, primariamente, à geração de expectativas legítimas cuja manutenção pode constituir um dever jurídico (dever de manter a confiança suscitada) e cuja frustração pode ocasionar responsabilidade por danos (responsabilidade pela confiança). (COSTA, 2006, p. 98)

Entretanto, concorda-se com Menezes Cordeiro que aproxima a confiança da boa-fé objetiva. Neste estudo, se defende que a quebra da confiança em razão da violação aos deveres inerentes à boa-fé objetiva, poderiam render ensejo à revisão do contrato que se tornou desequilibrado durante a sua execução.

De fato, o princípio da boa-fé impõe aos contratantes o dever de agir de modo a assegurar à contraparte a realização das legítimas expectativas derivadas do contrato. Contudo, o mesmo princípio impõe um dever de cooperação às partes, que não permite a execução de um contrato que atenda às expectativas apenas de uma parte e leve a outra à ruína.

Observa-se que as partes, hodiernamente, não devem se ater a uma compreensão individualista do contrato, na medida em que se privilegia o caráter funcional e social do Direito, de forma a pacificar e tornar viável a vida em sociedade. Portanto, durante a execução do contrato exige-se das partes um dever de conduta íntegro e de cooperação, a fim de que se atinja a satisfação contratual mútua e, ainda, o contrato alcance seu escopo, de propiciar a circulação de bens e serviços, possibilitando o bem da vida almejado pelos envolvidos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS:

O contrato se constitui em instrumento de circulação de riqueza, sendo o mais importante veículo de trocas do contexto social. Ao longo da evolução da sociedade este instituto sofreu várias transformações, que serviram para confirmar seu papel crucial no desenvolvimento social.

Reconhecendo que o direito tem um inegável caráter histórico do qual o pesquisador não se pode descuidar, apresentou-se na pesquisa a evolução da Teoria Contratual no Brasil e

no Direito Comparado, verificando-se uma alteração do paradigma patrimonialista e individualista para humanização e funcionalização do direito como um todo.

De acordo com a Teoria Clássica dos Contratos, o contrato não podia ter o seu conteúdo alterado ao longo de sua execução, haja vista que não existia previsão de um mecanismo efetivo de revisão contratual. O contrato baseado apenas na vontade das partes tornava-se lei entre as partes e o contratado devia ser cumprido, tratava-se de manifestação do princípio *pacta sunt servanda*. No entanto, este modelo gerou muitas ruínas e o Dirigismo Contratual, expressão nascida no período entre guerras, foi a resposta do Estado a todas as injustiças criadas pela aplicação desmedida da autonomia da vontade.

Neste diapasão, parte da doutrina chegou até a mencionar sobre a “crise do contrato”. Demonstrou-se, aqui, que não se trata de crise nem de morte do contrato, pois o que realmente ocorreu foi a insuficiência do modelo jurídico tradicional de contrato, patrimonialista, calcado exclusivamente na vontade das partes, para responder às exigências da sociedade pós-moderna. Diante da impossibilidade da teoria clássica de resolver os problemas surgidos na sociedade massificada, tornou-se necessária a reconstrução da teoria contratual, a fim de redimensionar os fundamentos principiológicos do contrato, buscando um novo significado de modo a capacitá-lo para enfrentar os desafios da contemporaneidade.

De fato, a pós-modernidade trouxe a mudança de paradigmas, mas o instituto da revisão contratual ainda encontra resistência em assimilar as significantes alterações. Isso é notório ao se verificar a redação dos dispositivos do Código Civil que previram a resolução contratual por onerosidade excessiva. O diploma civil apenas se refere à revisão contratual de modo subsidiário, colocando a resolução como primeira opção, demonstrando que os artigos estão claramente desatualizados e em desacordo com a principiologia contratual contemporânea, que defendem a conservação dos contratos para perseguir a função social.

O próprio Enunciado 176 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Civil concorda com esta ideia ao reconhecer que: “Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual”.

A preocupação com os efeitos sociais do contrato é uma realidade, têm-se os princípios atualmente vigentes da boa-fé objetiva, do equilíbrio das prestações, da justiça social, da função dos contratos, todos eles corroboram para noção de conservação dos contratos e com a revisão.

Ao abordar a revisão contratual sob o prisma do Direito Contemporâneo concluiu-se que a teoria da onerosidade excessiva tem aplicação restrita no Direito Comum, na medida em

que seus pressupostos são rígidos e de difícil configuração, o que ensejaria alternativa ou causa diversa para se configurar uma revisão contratual.

Tratou-se da revisão contratual prevista no Código de Defesa do Consumidor, informada pela Teoria da quebra da base do negócio jurídico, menos inflexível do que o Código Civil, uma vez que exclui o requisito da imprevisibilidade para configurar a revisão.

É notório que a noção de contrato e de obrigatoriedade são indissociáveis, sendo instrumentos que ancoram a segurança das relações jurídicas e visam a pacificação social. Porém, não se pode ignorar que uma relação jurídica contratual, a princípio paritária, possa se tornar desigual sem necessariamente ser caracterizada de excessiva onerosidade.

Reconheceu-se que a cláusula *rebus sic stantibus* vem revigorando-se através da nomenclatura européia moderna da alteração das circunstâncias, pela qual em cada contrato haveria uma cláusula implícita que presumiria o cumprimento do contrato em caso de as coisas permanecerem como no tempo da avença. Este raciocínio é compatível com a revisão por quebra da confiança informada pelo princípio da boa-fé objetiva.

Nesta pesquisa, propõe-se a inserção no Direito Contratual Brasileiro, da utilização da Teoria Italiana do Dever de Renegociar, fundada no solidarismo e na boa-fé objetiva. O Direito Italiano entende a cláusula de renegociação como um desdobramento do dever de cooperação que há em todas as relações contratuais.

As cláusulas de renegociação contratual têm grande semelhança com as cláusulas *hardship*, normalmente presentes nos contratos internacionais. Tal cláusula surge na doutrina italiana como uma inovação jurídica que parte do exercício da autonomia privada das partes contratantes. Seria aquela oportunidade em que as partes teriam de encontrar, de comum acordo, uma solução para o problema da superveniência de circunstâncias, que afetem a economia do contrato, antes de invocar o Poder Judiciário.

Acredita-se que a cláusula de renegociação poderia ser uma alternativa à regra legal que previu a resolução como primeira solução, sendo plenamente possível a inserção desta nos contratos privados civis, pelos seguintes motivos: em primeiro lugar, seria legítimo, haja vista que o contrato é fruto da autonomia privada das partes, o que significa sem dúvida, a liberdade de avençar que, em caso de desequilíbrio contratual necessário se faz uma “roda de renegociação”, antes de provocar o Judiciário; em segundo lugar, a renegociação ensejaria uma economia processual; em terceiro lugar, as partes poderiam eleger a mediação como forma de resolução do conflito nesta fase da renegociação. Por fim, nada impediria, em caso de não existir acordo, que as partes procurem o Judiciário para resolver o conflito.

Também se considerou a hipótese de que de acordo com a nova hermenêutica constitucional, todos os contratos trariam implicitamente a obrigação de renegociação, informada pelo princípio da confiança e boa-fé objetiva, que impõe às partes o dever de cooperação, como forma de dever anexo.

Lado outro, realizou-se uma reflexão se seria possível revisar o contrato a partir dos princípios e valores fundamentais expostos na Constituição da República, por meio da aplicação da Teoria da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais.

Esta aplicação se materializaria por meio das cláusulas abertas da boa-fé e função social, disponíveis ao aplicador de direito verificada no caso concreto, interpretando o Direito civil de forma sistemática e teleológica. Caso o contrato se torne desequilibrado em sua execução, seria analisado o chamado sujeito concreto, avaliando as causas específicas que levaram o contrato a difícil continuação. Contudo, deve-se ter cuidado na aplicação do *Drittwirkung* nas relações contratuais privadas. A análise deve ser tópica, a partir de cada caso e considerando o real poder de negociação dos contratantes de forma individual, revalorizando a efetiva autodeterminação de cada sujeito.

A questão é pertinente, porém complexa, pois poderia haver um conflito entre a segurança jurídica, a qual se espera da contratação, e, a possível banalização da utilização dos princípios constitucionais a fim de desconstituir a avença.

O alargamento dos pressupostos da revisão contratual não é um fenômeno exclusivamente brasileiro. A jurisprudência da Alemanha e da Itália tem evoluído acerca do tema.

Conclui-se com a pesquisa que a liberdade contratual é limitada pelo princípio da solidariedade, que determina um novo padrão de conduta aos contratantes, impondo a eles uma mútua lealdade e cooperação, redesenhando a função contratual. Em face disso, se propôs uma releitura da Revisão Contratual Brasileira sob o prisma da tábua axiológica do Estado Democrático Direito, que não permite mais relações obrigacionais egoísticas e desequilibradas.

REFERÊNCIAS:

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**: resolução. 2ª. ed. 2ª tir. Rio de Janeiro: Aide, 2004.

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Projeto do código civil: as obrigações e os contratos. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 775, p. 18-31, mai. 2000.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **Direito das obrigações**. 9ª ed. rev. e amp. Coimbra: Almedina, 2001.

ALPA, Guido. **Corso di diritto contrattuale**. Padova: Cedam, 2006.

ALPA, Guido. Il contratto tra passato e avvenire. Prefácio In: GILMORE, Grant. **La morte del contratto**. Tradução de: Andréa Fusaro. Milão: Giuffrè, 1999, p IX a XVII.

ALPA, Guido. BESSONE, Mario. **I contratti in generale**. Torino: Utet, 1991.

ALSINA, Jorge Bustamante. **Teoria General de la Responsabilidad Civil**. 9. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

ALTERINI, Atilio Aníbal. **Contratos: civiles, comerciales, de consumo, teoria general**. 1ª reimp. Bueno Ayres: Abeledo-Perrot, 1999.

ALVES, Jones Figueiredo. **Novo código civil comentado**. FIUZA, Ricardo (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2002.

AMARAL, Francisco. A equidade no Código Civil. In: ARRUDA ALVIM, José Manuel de; CÉSAR, Joaquim Pontes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (Coords.). **Aspectos controvertidos do novo Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 197-208.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: Introdução. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Coordenador). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2003, p. 271-297.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil. **Revista CEJ do CJP**, Brasília, n. 25, p. 59-69, abr./jun. 2004.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito**: introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso-brasileira. 2ª ed. atual. e amp. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ASSIS, Araken de. **Resolução do Contrato**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ASTUTI, Guido. Contratto (Diritto intermedio), **Enciclopédia del Diritto**, IX. Varese, Giuffrè, 1961, pp. 759-784.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo Código Civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva (*laesio enormis*). In: ARRUDA ALVIM, José Manuel de; CÉSAR, Joaquim Pontes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (Coords.). **Aspectos controvertidos do novo Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 31-46.

ROSAS, Roberto. **Teoria da imprevisão e revisão judicial nos contratos**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 733, n. 85, p. 109-119, out./1997.

ROSAS, Roberto. **Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos**. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2002.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: Existência, validade e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. **Revista de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 33, p. 123-129, jan./mar. 2000.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 797, p. 11-26, mar. 2002.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. 5ª reimp. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989.

BAGIO, Andreza Cristina. **Breves Considerações acerca da noção de contrato como processo**. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Baggio_breves_consideracoes.pdf. Acesso em 02 jun 2011.

BARCELLONA, Pietro. **Diritto privato e società moderna**. Napoli: Jovene Editore, 1996.

BARCELLONA, Pietro. **El individualismo propietario**. Trad: Jesús Ernesto García Rodríguez. Madrid: Trotta, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 8 ed. Atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

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

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. A revisão contratual por excessiva onerosidade superveniente à contratação positivada no Código do Consumidor, sob a perspectiva

constitucional. In: **Problemas de direito civil-constitucional**. Gustavo Tepedino (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 279-305.

BECKER, Anelise. **Teoria geral da lesão nos contratos**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro em perspectiva comparativista. **Revista da faculdade de direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, v. 9, p. 60-77, nov. 1993.

BERALDO, Leonardo de Faria. **Função Social do Contrato**: contributo para a construção de uma nova teoria. Belo Horizonte: Ed Del Rey, 2011

BESSONE, Darcy. **Do contrato**: teoria geral. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BESSONE, Darcy. **Aspectos da evolução da teoria dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 1949.

BIANCA, C. Massimo. **Diritto civile**: Il contratto. V. 3. 2ª Ed. Milano: Giuffrè, 2000.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BITTAR, Carlos Alberto (Coord). **Contornos atuais da teoria dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, São Paulo: Editora Manoele, 2007, p. 13.

BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de: Alfredo Fait. 3ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1999.

BORGES, Nelson. A teoria da imprevisão e a cláusula de escala móvel de reajustamento. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 788, n. 90, p. 114-122, jun./2001.

BORGES, Nelson. A teoria da imprevisão e os contratos aleatórios. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 782, n. 89, p. 78-89, dez./2000.

BORGES, Nelson. **A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil**: com referências ao Código Civil de 1916 e ao novo Código Civil. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

BORRAS, Alphonse. Bíblia e direito canônico, in **Bíblia e direito**. O espírito das leis. Trad. port. Paula S. R. C. Silva. São Paulo, Loyola, 2006.

BOSELLI, Aldo. Eccessiva Onerosità. **Novissimo Digesto Italiano**, v. VI. Org.: Azara A. e E. Eula, Torino, Vnione Tipografico/Torinese, 1975.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: RT, nº 12, p. 169-225, outubro-dezembro 2002. p. 173-175.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Função social dos contratos**: interpretação à luz do Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. **Novo Código Civil**: Lei 10.406, de 10-01-2002. Curitiba: Juruá, 2002.

BRASIL. **Novo Código Civil Brasileiro** – Estudo comparativo com o Código Civil de 1916, Constituição Federal, Legislação Codificada e extravagante. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp nº 697.396/RS, Rel. Min Fernando Gounçalves. Quarta Turma Julgamento 17 mai 2005. **Diário de Justiça**, Brasília, 06 jun 2005, p. 344.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1064156/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16/12/2008, **Diário de Justiça**, Brasília, 02 fev 2009.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 977.007/GO, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª turma, julg. 24/11/2009, **Diário de Justiça**, Brasília, 02 dez 2009.

CAENEGEM, Raoul C. Van. **Uma introdução histórica ao Direito Privado**. Trad: Carlos Eduardo Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CALASSO, Francesco. **Il Negozió giuridico, Lezioni di storia del diritto italiano**, 2ª ed. (ristampa). Milano: Giuffrè, 1967.

CAMILLETTI, Francesco. **Profili del problema dell'equilibrio contrattuale**. Milano: Giuffrè, 2004.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. 3ª Ed. Ver. E atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARBONNIER, Jean. **Droit civil**. 4. Les obligations. Paris: PUF, 270.

CARPENA, Heloísa. **Abuso do direito nos contratos de consumo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CARPENA, Heloísa. Abuso do direito no código de 2002. Relativização de direitos na ótica civilconstitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 367-385.

CARVALHO FERNANDES, Luís A. **A teoria da imprevisão no direito civil português.** reimp. atual. Lisboa: Quid Juris, 2001.

CASTANHEIRA NEVES, António. **Digesta:** escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia. V. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CESÀRO, Vincenzo Maria. **Clausola di Rinegoziazione e Conservazione Dell'Equilibrio Contrattuale.** Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2000.

CHÂTELET, François. **Uma história da razão:** entrevistas com Émile Noël. Tradução de: Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

COLLIOT-THÉLÈNE, Catherine. **Max Weber e a história.** Tradução de: Eduardo Piavati Pereira. São Paulo: Brasiliense, 1995.

CORDEIRO, Eros B. M.. **Da Revisão dos Contratos.** 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

COSTA, Judith Martins-. **A boa-fé no direito privado:** sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999.

COSTA, Judith Martins. A teoria da imprevisão e a incidência dos planos econômicos governamentais na relação contratual. **Revista dos tribunais.** São Paulo; Revista dos Tribunais, v. 670, p. 41-48, ago. 1991.

COSTA, Judith Martins. **Comentários ao Código Civil**, v. V, t. I.: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

COSTA, Judith Martins. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2002.

COSTA, Judith Martins. Mercado e solidariedade social entre ‘cosmos’ e ‘taxis’: a boa-fé nas relações de consumo. **A reconstrução do direito privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 611-661.

COSTA, Judith Martins. **O Direito Privado como um “Sistema em Construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro.** <Disponível em www.jus.com.br>. Acesso em 25 de mai. 2011.

COSTA, Judith Martins. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. In: **A reconstrução do direito privado.** São Paulo: RT, 2002, p. 408-446.

COSTA, Judith Martins. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Constituição, Direitos fundamentais e Direito Privado.** Porto Alegre: Livraria do advogado: 2003, p. 61-85.

COSTA, Judith Martins. Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE. Critérios de interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e “usos do tráfego” adimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 852, out 2006, p. 95.

COUTO E SILVA, Clóvis do. A teoria da base do negócio jurídico no direito brasileiro. In: **O direito privado na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Vera Maria Jacob de Fradera (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 89-96.

COUTO E SILVA, Clóvis do. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. In: **O direito privado na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Vera Maria Jacob de Fradera (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 11-31.

COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

COUTO E SILVA, Clóvis do. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: **O direito privado na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Vera Maria Jacob de Fradera (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 33-58.

CUNHA, Alcibiades M. F.. **Revisão Judicial dos Contratos**. 1ª Ed. São Paulo: Método, 2007. 243 p.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. Onerosidade excessiva e revisão contratual no direito privado brasileiro. In: **Contratos empresariais: Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais**. W. Fernandes (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Vol. 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais, 25ª ed., reform. São Paulo: Saraiva, 2009.

DONNINI, Rogério Ferraz. A Constituição Federal e a concepção social do contrato. In: VIANA, R. G. C.; NERY, R. M. A. (Org.). **Temas atuais de Direito Civil na Constituição Federal**. São Paulo: RT, 2000.

DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999.

DONNINI, Rogério Ferraz. **Responsabilidade pós-contratual**. São Paulo: Saraiva, 2004.

DURANT, Will. **A história da filosofia**. Tradução de: Luiz Carlos do Nascimento Silva. Rio de Janeiro: Nova Cultural, 1996.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes 2003.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.
EL-GAMMAL, Mostapha Mohamed. L'adaptation du contrat aux circonstances économiques – Étude comparée de droit civil français et de droit civil de la République Arabe Unie. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1967.

EPINOTTI, Moacir. **Os valores a serviço da pessoa humana**. Porto Alegre: EPIPUCRS, 1994.

ESPÍNOLA, Eduardo. A cláusula “rebus sic stantibus” no direito civil brasileiro. In: **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, v. 137, p. 281-292, set. 1951.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. **Novo conceito de ato e negócio jurídico**: consequências práticas. Curitiba, Educa e Scientia et Labor, 1988.

FACHIN, Luiz Edson.. Dos atos não negociais à superação do trânsito jurídico tradicional a partir de Pontes de Miranda. **Revista tridimensional de direito civil**. Rio de Janeiro: Padma, , v. 1, p. 59-67, jan./mar. 2000.

FACHIN, Luiz Edson; Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo código civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 87-104.

ELESBÃO, Elsitá Collor. **Princípios informativos das obrigações contratuais civis**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

FELIPE, Jorge Franklin Alves; ALVES, Geraldo Magela. **O novo código civil anotado**. 3ª ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: RT, 1980.

FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. **Revisão do contrato**. Curitiba: Juruá, 2004.

FIÚZA, César. **Direito Civil – Curso Completo**, 10ª Ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008. p. 1028.

FIÚZA, 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.

FIÚZA, 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.

FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. **El derecho civil constitucional**. Madrid: Cívitas, 1986.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. 3. ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1958.

FRANTZ, Laura Coradini. **Revisão dos Contratos**: elementos para sua construção dogmática. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GABRIELLI, Enrico. La Risoluzione per Eccessiva Onerosità. In: GABRIELLI, Enrico (Org.). **I Contratti in Generali**. Torino: UTET, 1999, t. 2, p. 1559-1594.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Algumas considerações sobre a teoria da imprevisão**. Jus Navigandi, Teresina, a. 5, n. 51, out./2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2206>>. Acesso em: 03 jul. 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Obrigações**. 2. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2003.

GAMBINO, Francesco. La révision Du contrat. Associação Henri Capitant – Dês Amis de La Culture Française. **Journées Bresiliennes**, São Paulo, maio 2005.

GATTI, Serfino. L'adequatezza fra Le prestazione Nei contratti com prestazione corripettive. **Rivista di Diritto Commerciale**, 4º, n. 11-12, ano LXI, Nov/dez. 1963, p.424-463.

GILMORE, Grant. **La morte del contratto**. Tradução de: Andréa Fusaro. Milão: Giuffrè, 1999.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato: os novos princípios contratuais**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 17ª Edição, 1996, p. 5.

GOMES, Rogério Zuel. **Teoria contratual contemporânea: função social do contrato e boa-fé**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da Ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

GUESTIN, Jacques; BILLIAU, Marc. **Le prix dans les contrats de longue durée**. Paris: LJDJ, 1990.

HESPANHA, António Manuel. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia**. 2ª ed. Lisboa: Publicações Europa-América, 1998.

HESPANHA, António Manuel. Prática social, ideologia e direito nos séculos XVII a XIX. **Separata de Vértice**. Coimbra, nº 340 e 341-342, p. 3-45, 1972.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A cláusula de “melhores esforços” nos contratos. **Novo Código Civil – interfaces do Ordenamento Jurídico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito Civil: estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências atuais da Responsabilidade Civil: marcos teóricos para o Direito do século XXI. In: DINIZ, M. H.; LISBOA, R. S. (coordenação). **O Direito Civil no século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2003, 213-230.

HORA NETO, João. A resolução por onerosidade excessiva no novo Código Civil: uma quimera jurídica?, **Revista de direito privado**, n. 16, out-dez/2003. São Paulo, Revista dos tribunais, 2003, pp. 148-60.

ITURRASPE, Jorge Mosset; PIEDECASAS, Miguel A. **Responsabilidad civil y contratos: la revisión del contrato**. Santa Fé, Rubinzal Culzoni Editores, 2008.

ITURRASPE, Jorge Mosset. **Interpretación Económica de los Contractos: Justicia Contractual**. Santa Fé: Rubinzal Culzoni Editores, 1994.

ITÁLIA. **Codice Civile: com la costituzione della repubblica italiana e le principali leggi speciali**. Milão: Tramontana, 1989. A cura di L. Sebastiani.

JALUZOT, Béatrice. **La bonne foi dans les contrats: étude comparative de droit françois, allemand et japonais**. Paris: Dalloz, 2001.

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**. Editora Atlas. São Paulo: 2006

KLANG, Márcio. **A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos**, 2ª ed., rev. e ampl. São Paulo, RT, 1991.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de: José Lamago. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LARENZ, Karl. **Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos**. Tradução: Carlos Fernandez Rodriguez. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956.

LASBORDES, VICTORIE. **Les Contrats Desequilibres**. Marseille: Editora Universitária de marseille, 2000.

LEWICKI, Bruno. Panorama da boa-fé objetiva. In: TEPEDINO, Gustavo (coordenador). **Problemas de Direito Civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 55-75.

LISBOA, Roberto Senise. **Contratos Difusos e Coletivos**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual elementar de Direito Civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

LYNCH, Antonieta. Resolução e Revisão do Contrato por Onerosidade Excessiva. In: LÔBO, P. L. N.; LYRA JÚNIOR, E. M. G. (coordenadores). *A teoria do contrato e o Novo Código Civil*. Recife: Nossa Livraria, 2003, p. 207-226.

LYRA JÚNIOR, Eduardo. Contratos de adesão e condições gerais dos contratos. In: LÔBO, P. L. N.; LYRA JÚNIOR, E. M. G. (coordenadores). **A teoria do contrato e o Novo Código Civil**. Recife: Nossa Livraria, 2003, p. 9-23.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios contratuais. In: LYRA JÚNIOR, E. M. G. (coordenadores). **A teoria do contrato e o Novo Código Civil**. Recife: Nossa Livraria, 2003, p. 9-23.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Comentários ao código civil: parte especial: das várias espécies de contratos**, v. 6. São Paulo: Saraiva, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 33, 1 jul. 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/507>>. Acesso em: 2 nov. 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Dirigismo Contratual. **Revista de Direito Civil**, nº 52

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **O contrato: exigências e concepções atuais**. São Paulo: Saraiva, 1986.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Transformações gerais nos contratos. **Revista trimestral de direito civil**. Padua: Rio de Janeiro, v. 16, p. 103-113, out./dez. 2003.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno**. São Paulo, 34/Edesp, 2004.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. Tradução de: Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOTUFO, Renan. **Código civil comentado**, v. 2. São Paulo: Saraiva, 2003.

LOURENÇO, José. O dirigismo contratual, a publicização do direito privado pela intervenção do Estado e a heteronomia da vontade como princípio do contrato. DINIZ, M. H.; LISBOA, R. S. (coordenação). **O direito civil no século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 335-352.

MACARIO, Francesco. Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di renegotiare. In: MARZIO, Fabrizio Di (org.). **Il nuovo diritto dei contratti: problemi e prospettive**. Milano. Giuffrè, 2004.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo, Max Limonad, 1998.

MACENA DE LIMA, Taisa Maria. 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.

MAIA, Paulo Carneiro. **Da cláusula rebus sic stantibus**. Monografia à Cátedra de Direito Civil da Faculdade de direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1959.

MANCENO, Rafael Chagas. **A função social do contrato**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MARKY, Thomas. **Curso elementar de Direito Romano**, 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005.

MARTINEZ, Gregório Peces-Barba. **Lecciones de Derechos Fundamentales**. Editorial Dykinson, Madrid, 2004.

MARTINO, Valeria. La Risoluzione per Eccessiva Onerosità. In CENDON, Paolo (Org.). **I Contratti in Generale**. Torino: UTET, 2000, t. 13.

MATTIETTO, Leonardo. O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (coordenador). **Problemas de Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 163-185.

MAUZEAUD, Denis. Lês nouveaux instruments de l'équilibre contractuel: NE risque-t-on pas d'aller trop loin? In: JAMIN, Christophe; Mauzeaud, Denis (Org). **La nouvelle crise du contrat**. Paris, Daloz, 2003, p. 135-151.

MAUZEAUD, Denis. **La Revision Du Contrat**. Associação Henri Capitant – Dês Amis de La Culture Française. São Paulo: Journées Bresiliennes, 2005.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Novo código civil anotado**, v. III. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. 3ª Reimpressão. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. Introdução. Prefácio. In: CANARIS, Claus-wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2ª ed.. Tradução de: António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. Tradução de: Ana Prata. Lisboa: Editorial Estampa, 1989.

MORAES, Alexandre de. **Direito Humanos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET Ingo, (Wolfgang Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 105-147.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: PEREIRA, Antônio Celso Alves; MELLO, Celso Renato Duvivier de Albuquerque (Coord.). **Estudos em homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito..** Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 527-556.

MORAES, Renato José de. **Cláusula rebus sic stantibus**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano I**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano II**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: obrigações**. 1ª ed. 2ª tir. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NALIN, Paulo R. Ribeiro. **Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

NALIN, Paulo R. Ribeiro. Ética e boa-fé no adimplemento contratual. In: FACHIN, Luiz Edson (coordenador) **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 173-208.

NALIN, Paulo R. Ribeiro. O contrato em movimento no direito pós-moderno. **Revista trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 10, p. 275-280, abr./jun. 2002.

NALIN, Paulo R. Ribeiro. Introdução à problemática dos princípios gerais do direito e os contratos. In: **Contrato & sociedade: princípios de direito contratual**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 11-24.

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.

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.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de Defesa do Consumidor Comentado Pelos Autores do Anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

NETTO, Felipe Peixoto Braga. A responsabilidade civil e a hermenêutica contemporânea: uma nova teoria contratual? In: LÔBO, P. L. N., LYRA JÚNIOR, E. M. G. (coordenadores). **A teoria do contrato e o Novo Código Civil**. Recife: Nossa Livraria, 2003, p. 245-277.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)**. São Paulo: Saraiva, 1999.

NOVAIS, Aline Arquette Leite. Os Novos Paradigmas da teoria Contratual: o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da tutela do hipossuficiente. In: TEPEDINO, Gustavo (coordenador). **Problemas de Direito Civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 17-54.

OLIVEIRA, Anísio José de. **A teoria da imprevisão nos contratos**. 3ª ed. rev. e amp. São Paulo: Universitária de Direito, 2002.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. **Teoria Jurídica e Novos Direitos**. Rio de Janeiro: Lumes Iuris, 2000.

OSILIA, Elio. Sul fondamento della risolubità Del contratto per sopravvenuta eccessiva onerosità della prestazione. **Rivista Del Diritto Commerciale**, Milano, 1949, p. 15-47.

OSTI, Giuseppe. Clausola “rebus sic stantibus”. **Novíssimo Digesto Italiano**. v 3. Turim: Utet, 1964.

OSTI, Giuseppe. Contratto. In: AZARA, A; EULA, E. **Novissimo Digesto Italiano**. Vol. IV. Torino: Vnione Tipografico/Torinese, 1974, p. 462-535.

OSTI, Giuseppe. La così detta clausola “rebus sic stantibus” nel suo sviluppo storico. In OSTI, Giuseppe; RESCIGNO, P. **Scritti Giuridici**. Milano: Giuffrè, 1973, p. 169-237.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Doação com encargo e causa contratual**. Campinas, Millennium, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito Civil: alguns Aspectos da sua evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 11. ed. atual. Atualizado: Regis Fichtner. vol III. Rio de Janeiro: Forense, 2003,

PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto dei contratti fra persona e mercato**. Nápoles: Scientifiche Italiane, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Trad.: Maria Cristina de Cicco. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O abuso do direito nas relações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Percorso teórico da boa-fé e sua recepção jurisprudencial no direito brasileiro**. Curitiba, 2004, Tese (Doutorado em Direito)- Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

PINO, Augusto. **La excesiva onerosidad de la prestación**. . Trad: F. Mallol.

Barcelona, Bosch, 1959.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria do direito civil**. 3ª ed. atual. 11ª reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

PLATÃO. **A República**. 8 ed. Introdução, tradução e notas de Maria Helena da Rocha Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1949.

POLI, Leonardo Macedo. A funcionalização do direito autoral: limitações à autonomia privada do titular de direitos autorais. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. (Org.). **Direito Civil: Atualidades II - Da Autonomia Privada nas Situações Jurídicas Patrimoniais e Existenciais**. 1 ed. v. 1. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007, p. 315-338.

POLI, Leonardo Macedo. Ato Ilícito. In: FIUZA, Cesar (Org.). **Curso Avançado de Direito Civil**. 2 ed. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 369-387.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado: parte especial**, t. XXV. 3ª ed. reimp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado: parte geral**, v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

PRADERA, Lis-Paula San Miguel. La excesiva onerosidad: una propuesta de regulación europea. In: ESPIAU, Santiago Espiau; ALOY, Antoni Vaquer (Org.) **Bases de um Derecho Contractual Europeo**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 371-384.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca. Teoria da imprevisão e o novo Código Civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 830, n. 93, p. 11-26, dez./2004.

QUEIROZ, MÔNICA. **Direito Civil: parte geral e teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2010.

RADBRUCH, Gustav. **Introdução à ciência do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A Constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (coordenador). **Repensando fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 3-29.

RANIERI, Filippo. **La nouvelle partir générale Du droit des obligations**. *Revue Internationale de Droit Compare*. V. 54, n. 4, p. 941/958, oct/déc. 2002

REALE, Miguel. **História do Novo Código Civil**, São Paulo: Editora RT, 2005.

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

REALE, Miguel. **Fundamentos do direito**. 3. ed. São Paulo: RT, 2003.

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

REIS, Jorge Renato dos. A concretização e a efetivação dos direitos fundamentais no Direito Privado. In: LEAL, R. G.; REIS, J. R. (Org.). **Direito sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Tomo 4. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004, p. 993-1005.

REIS, Jorge Renato dos. A Constitucionalização do direito privado e o novo Código Civil. In: LEAL, Rogério Gesta. (Org.). **Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos**. Tomo 3. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2003, p. 775-776.

REIS, Jorge Renato dos. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais nas relações interprivadas. Breves considerações. . In: LEAL, R G.; REIS, J. R. (Org.). **Direito sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Tomo 5. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2005, p. 1497-1514.

RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. Trad: Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2002.

RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. **Traité de droit civil**: d'après le traité de Planiol, t. II: obligations; contrat; responsabilité; droits réels; biens; propriété. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1957.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Revisão judicial dos contratos**: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. São Paulo: Atlas, 2006.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. 26. ed. rev. 2º tiragem. São Paulo: Saraiva, 1999.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**: Parte geral. V.1. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Trad.: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, Coimbra: Almedina, 2009.

ROPPO, Vincenzo. **Il contratto**. Milano: Giuffrè, 2001.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. A origem da desigualdade entre os homens. São Paulo: Escala, s/d. SAMPAIO, Rogério Marrone. **Direito Civil**: contratos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Os princípios contratuais: da formação liberal à noção contemporânea. In RAMOS, Carmem Lúcia Silveira Ramos (Coord.). **Direito Civil Constitucional**: situações patrimoniais. 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2003, p. 11-39.

SACCO, Rodolfo. **Il contratto. Trattato di Diritto Civile Italiano**. V. 6, tomo: 2. Torino, Torinese, 1975.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Ley, principios, derechos**. Instituto de derechos humanos “Bartolome de las casas”, Universidad Carlos II de Madrid, Dykinson, Madrid, 1998.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro. **O princípio da função social do contrato**. Curitiba: Juruá, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2004.

SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais no sistema geracional ao sistema unitário**: uma proposta de compreensão. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHNEIDER, Winfried-Thomas. La codification d'institutions prétorienne. **Revue Internationale de Droit Comparé**, v.54, n.4, p.959-968, oct-déc. 2002.

SCHUNCK, Giuliana Bonanno. **A onerosidade excessiva superveniente no Código Civil de 2002: questões controvertidas e críticas**. Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008.

SCOGNAMIGLIO, Cláudio. **Interpretazione Del Contratto e Interessi dei Contraenti**. Padova: CEDAM, 1992.

SELEME, Sérgio. Contrato e empresa: notas mínimas a partir da obra de Enzo Roppo. In: FACHIN, Luiz Edson (coordenador). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 255-271.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil**: fontes das obrigações: contratos. V. III. 6ª ed. rev. e atual. Trad. José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.

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

SIDOU, J. M. Othon. **A cláusula rebus sic stantibus no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1962.

SIDOU, J. M. Othon. **A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas**: a cláusula rebus sic stantibus; dos efeitos da fiança; empresa individual de responsabilidade limitada. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SIDOU, J. M. Othon. A revisão judicial dos contratos por evento superveniente. In: NOGUEIRA, Adalicio (Coord.). **Estudos jurídicos em homenagem ao professor Orlando Gomes**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 57-88.

SIDOU, J. M. Othon. **Sobre o novo Código Civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito constitucional positivo**. Malheiros: São Paulo, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Luís Renato Ferreira da. **Revisão dos contratos: do código civil ao código de defesa do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. Breves reflexões sobre a eficácia atual da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (coordenador). **Problemas de Direito Civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 77-109.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luís Roberto. (organizador). **A nova interpretação constitucional – Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

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

STEIN, Ernildo. **Pensar é pensar a diferença: filosofia e conhecimento empírico**. Ijuí: UNIJUÍ, 2002.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **A vinculação dos particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

STEINMETZ, Wilson Antônio. Princípio da proporcionalidade e atos de Autonomia Privada Restritivos de Direitos Fundamentais. In: SILVA, Virgílio Afonso da. (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

STOFFEL-MUNCK, Philippe. **Regards sur la théorie de l'imprevision: vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain**. Marseille: Presses Universitaires D'aix, 1994.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da Construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

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

TARTAGLIA, Paolo. Onerosità eccessiva. **Enciclopedia del Diritto**, v. XXX. Varese, Giuffrè, 1980.

TARTUCE, Flávio. **A função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2005.

TARTUCE, Flávio. A revisão do contrato pelo novo código civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). **Questões controvertidas no novo código civil**. São Paulo: Método, 2003, p. 125-148.

TARTUCE, Flávio. **O Conceito de Contrato na Contemporaneidade**. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&id=48>>. Acesso em 25 jul 2011.

TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a constituição: premissas para uma reforma legislativa. **Problemas de Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 1-16.

TEPEDINO, Gustavo. **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

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

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

THIBIERGE-GUELFUCCI, Catherine. **Libres Propôs sur La Tranformation Du Droit dès Contrats. Revue Trimestrielle de Droit Civil**. n° 2, p.357-385, abr/jun. 1997.

TRABUCCHI, Alberto. **Istituzioni di Diritto Civile**, 43ª ed, a cura di G. Trabucchi. Padova, CEDAM, 2007.

TUCCI, José Renato Cruz e. Algumas reflexões sobre a coletânea de Hamurábi (1792-1750 a.C.). **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, v. 303, p.327-331, jul/set. 1998.

TUCCI, José Rogério Cruz e. AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de Processo Civil Canônico (história e direito vigente)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TUTIKIAN, Cristiano. Sistema e codificação: o Código Civil e as cláusulas gerais. In: ARONE, Ricardo. (Org.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. V. I. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 17-84.

UDA, Giovanni Maria. Integrazione Del Contratto, Solidarietà Sociale Corrispettività delle prestazioni. **Rivista Del Diritto Commerciale e Del Diritto Generale delle Obbligazione**. Milano, Gr. 4º, n. 5-6, p. 301-341, maio/jun. 1990.

VASCONCELOS, Fernando. Extinção do contrato. In: LÔBO, P. L. N.; LYRA JÚNIOR, E. M. G. (coordenadores). **A teoria do contrato e o Novo Código Civil**. Recife: Nossa Livraria, 2003, p. 189-206.

VELENCOSO, Luz Maria Martínez. **La Alteración de las Circunstancias Contractuales**. Madrid: Civitas, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil - teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 2004.

VIANA, Marco Aurelio S. **Curso de direito civil: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VILELA, João Baptista. **Princípios Unidroit Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo, Martins Fontes, 2005.

VOLKMAR, M. A. A Revisão dos contratos pelo juiz na Alemanha. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 86, p. 73-84, abr 1941.

WALD, Arnaldo. A aplicação da Teoria da Imprevisão na empreitada. **Revista do advogado**, nº 98, jul/2008. São Paulo, AASP, 2008, p. 59-74.

WALD, Arnaldo. **Obrigações e contratos**. 13ª ed., rev., ampl. e atual. de acordo com a Constituição de 1988, as modificações do CPC, a jurisprudência do STJ e o Código do Consumidor e com a colaboração do Prof. Samy Glanz. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998.

WALD, Arnaldo. Revisão de valores no contrato: a correção monetária, a teoria da imprevisão e o direito adquirido. **Revista dos Tribunais**, v. 647, set. 1989, p. 23-34.

WESTERMANN, Harm Peter. **Código Civil Alemão: direitos das obrigações**. Parte geral. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1983.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

WINDSCHEID, Bernardo. **Diritto delle Pandette**. Tradução de Carlo Fadda e Paolo Emílio Bensa. Vol. 1. Torino: Unione Tipografico Torinese, 1902.

WOLKMER, Antonio Carlos. 4ª ed. rev. atual. e amp. **Ideologia, Estado e Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In: LEITE, J. R. M. (Org.). **Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1-30.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Direito contratual contemporâneo: a liberdade contratual e sua fragmentação**. Rio de Janeiro, Forense; São Paulo, Método, 2008.

ZINN, Rafael Wainstein. O contrato em perspectiva principiológica. In: ARONNE, Ricardo. (Org.). **Estudos de Direito Civil – constitucional**. V. I. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 85-144.

ZITSCHER, Harriet Christiane. **Introdução ao Direito Alemão e Inglês**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.