

LUIZA PERRELLI BARTOLO



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

TEORIA DA IMPREVISÃO – EVOLUÇÃO E ASPECTOS ATUAIS

por

LUIZA PERRELLI BARTOLO

ORIENTADOR: Guilherme Valdetaro Mathias

2010.1

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900

RIO DE JANEIRO - BRASIL

TEORIA DA IMPREVISÃO – EVOLUÇÃO E ASPECTOS ATUAIS

por

LUIZA PERRELI BARTOLO

Monografia apresentada ao
Departamento de Direito da
Pontifícia Universidade Católica do
Rio de Janeiro (PUC-Rio) para a
obtenção do Título de Bacharel em
Direito.

Orientador: Guilherme Valdetaro Mathias

2010.1

*Aos meus pais, que com carinho e
genialidade sempre me inspiraram.
Em tudo.
E a minha amada irmã, pois seu
amor me tornou quem eu sou.*

Agradeço, especialmente, ao meu chefe e orientador GUILHERME VALDETARO MATHIAS. Pelo carinho, compreensão, e, sobretudo, pelo exemplo que ele nos dá, transmitindo os mais importantes valores aos que tem a sorte de conviver com ele diariamente.

Agradeço às advogadas RAFAELA FUCCI e LUIZA BIANCHINI, pois, com amizade e paciência, estão sempre dispostas a me ensinar valiosas lições acerca da nossa vida profissional. O convívio com elas só faz aumentar a minha vontade de ser advogada.

Agradeço, ainda, aos amigos CECILIA LEÃO, JOÃO SÁ, FELIPE CARREGAL e GABRIEL SABOYA. Aos primeiros, pelo apoio indispensável oferecido nos últimos meses e, aos últimos, por estarem sempre presentes durante toda a minha trajetória acadêmica.

Ao SERGIO BERMUDEZ, meu muito obrigada. São muitos os motivos que me fazem ser grata a ele, mas a generosidade com que acolhe inúmeros estudantes de direito é a principal razão pela qual manifesto minha enorme gratidão.

Indispensável para a conclusão desse trabalho foram o apoio e a compreensão de toda a minha família, bem como dos meus amigos. Não poderia deixar de agradecer o carinho das minhas avós, cuja preocupação e atenção chegaram a me emocionar nos últimos meses.

RESUMO

BARTOLO, LUIZA PERRELI. **Teoria da Imprevisão – Evolução e Aspectos Atuais**. Rio de Janeiro, 2010. 99p. Monografia de final de curso – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Através do presente trabalho, buscou-se analisar a evolução do tratamento jurídico dispensado aos contratos cujo equilíbrio econômico tenha sido rompido em virtude de uma profunda alteração das circunstâncias.

Para tanto, demonstrou-se quais eram os valores dominantes à época da primeira sistematização legal do direito dos contratos, bem como a sua influência para a consagração do princípio contido no brocardo *pacta sunt servanda*.

Muito embora a intangibilidade do conteúdo dos contratos parecesse um dogma inabalável, o advento da Primeira Guerra Mundial conferiu às iniquidades toleradas por aquele sistema ? baseado na liberdade e na igualdade formal dos contratantes ? contornos de dramaticidade.

Dessa forma, buscou-se definir quais os fundamentos jurídicos que autorizam a intervenção judicial no conteúdo dos contratos, para garantir o seu equilíbrio econômico ou livrar os contratantes excessivamente onerados.

Foram analisadas as diversas teorias que contribuíram para traçar o perfil jurídico da imprevisão e, em seguida, demonstrou-se em que medida o ordenamento jurídico brasileiro presidido pelo Código Civil de 1916 acolhia a possibilidade de revisão ou resolução dos pactos cujo equilíbrio tivesse sido rompido em virtude de acontecimentos supervenientes.

Pretendeu-se, ademais, indicar quais os requisitos e os efeitos determinados pelo novo Código Civil brasileiro, que acolheu uma variante da teoria da imprevisão, a teoria da onerosidade excessiva, apontando-se, ainda, a relevância do princípio da conservação do negócio jurídico para a definição das soluções jurídicas ali previstas.

Por fim, buscou-se demonstrar a importância da regulação dos efeitos da superveniência de acontecimentos capazes de romper o sinalagma contratual no âmbito do comércio internacional, bem como apresentar quais as soluções engendradas por seus agentes.

Palavras-chave

Contrato, onerosidade, manutenção e equilíbrio

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
Capítulo I - O CONTRATO, A BOA-FÉ E A IGUALDADE CONTRATUAL.....	7
1.1 Historicidade	7
1.2 A boa-fé e o princípio da igualdade	17
Capítulo II - A TEORIA DA IMPREVISÃO E AS DOUTRINAS ANTERIORES	23
2.1 A cláusula <i>rebus sic stantibus</i>	24
2.2 A Teoria da Pressuposição Típica.....	27
2.3 Teoria da condição implícita.....	30
2.4 A base do negócio	32
2.5 A objetivação de Larenz	34
2.6 A Teoria da Imprevisão	38
2.7 A onerosidade excessiva	43
Capítulo III - O CÓDIGO CIVIL DE 1916 E SUAS LIMITAÇÕES À IMPREVISÃO.....	48
3.1 A influência do pensamento liberal	48
3.2 As crises e a legislação extravagante.....	51
3.3 O acolhimento da imprevisão e os seus requisitos	53
Capítulo IV - O CÓDIGO CIVIL DE 2002 E A ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS.....	59
4.1 O Novo Código Civil	59
4.2 O âmbito de incidência dos dispositivos legais.....	62
4.3 Superveniência do evento	65
4.4 Eventos imprevisíveis e extraordinários	67
4.5 Excessiva onerosidade da prestação contratada	70
4.6 “Com extrema vantagem para a outra”	72
4.7 Intervenção judicial necessária	73
4.8 Os efeitos da resolução por onerosidade excessiva	76
4.9 Modificação ou resolução do contrato	77
Capítulo V - A CLÁUSULA HARDSHIP	81
5.1 O problema da alteração das circunstâncias nos contratos internacionais	81
5.2 A cláusula de <i>hardship</i>	84
5.3 O dever de renegociação	88
CONCLUSÃO.....	93
BIBLIOGRAFIA	97

INTRODUÇÃO

O escopo do presente trabalho é proceder à análise da evolução do tratamento jurídico dispensado aos contratos que, atingidos por uma profunda alteração das circunstâncias, tenham sofrido significativo abalo na relação de equivalência econômica das prestações acordadas.

Para tanto, o objeto desse estudo foi dividido em cinco capítulos, sendo que o primeiro deles busca demonstrar em que momento o conceito jurídico de contrato ganhou seus contornos característicos e quais eram os valores dominantes à época.

Com o amadurecimento da Revolução Industrial e com a ascensão da classe burguesa, foi outorgado ao contrato ? instrumento das operações econômicas que ocorriam com crescente vigor ? um papel central nos ordenamentos jurídicos. O direito dos contratos, portanto, deveria regular a formalização dessas operações e, principalmente, atender os interesses da nova classe diretora da sociedade.

Por isso, a Codificação Napoleônica ? que corresponde à primeira sistematização legal do direito dos contratos ? garantiu à autonomia da vontade e à liberdade individual o caráter de princípios fundamentais do direito contratual, capazes de forjar a justiça dos pactos. Diante da igualdade formal dos contratantes e de sua liberdade para celebrar ou não contratos, formulou-se a máxima segundo a qual *‘dizer contratual é o mesmo que dizer justo’*. E, desse modo, encobriu-se o contrato de inviolabilidade, em face do Estado e da coletividade, nos termos do princípio contido no brocardo *pacta sunt servanda*. Nesse momento, a intervenção judicial nos contratos, para assegurar o equilíbrio econômico das relações jurídicas por eles criadas, estava absolutamente vedada.

Como se verá, tal concepção do instituto contratual, desvinculada da realidade em que se encontrava inserida, sofreu significativo abalo em virtude da necessidade premente de conter as injustiças por ela criadas, bem

como devido ao advento da Primeira Guerra Mundial, que conferiu contornos de dramaticidade às iniquidades toleradas por esse sistema. Entre as manifestações da chamada '*crise do contrato*', figura a possibilidade de intervenção dos juízes no curso da relação contratual para garantir o atendimento de sua finalidade social e sua conformidade com os valores indicados por um progressivo processo de solidarização social.

Na segunda parte do primeiro capítulo, buscou-se, então, definir quais são os fundamentos que autorizam a intervenção dos juízes em qualquer contrato cujo equilíbrio econômico tenha restado comprometido em virtude da superveniência de um evento o qual não poderia ser razoavelmente previsto pelos contratantes no momento de sua celebração. Tratam-se dos princípios da boa-fé e da igualdade, cuja relação é perfeitamente delineada por MENEZES CORDEIRO, sob a assertiva de que "*para o caso, sobressai uma exigência básica do sistema, comunicada, de algum modo, pelo preceito constitucional da igualdade: a da proscrição do arbítrio*"¹.

Antes mesmo do advento da Primeira Guerra Mundial e do surgimento da teoria que recebeu o nome de Teoria da Imprevisão, diversas foram as construções jurídicas que buscaram traçar os efeitos da alteração das circunstâncias no curso da relação contratual. Essas teorias são o objeto de análise do segundo capítulo, sendo especialmente relevante o estudo da cláusula *rebus sic stantibus*, tendo em vista corresponder à primeira tentativa de garantir aos contratantes o cumprimento do pacto sob as mesmas condições que vigiam no momento da celebração do acordo.

Muito embora a maioria delas tenha sofrido pesadas críticas devido ao seu cariz subjetivista, a importância dessas teorias é manifesta para o desenvolvimento do instituto do qual se ocupa esse trabalho, sendo que algumas foram inclusive acolhidas por ordenamentos nacionais, como é o caso de Portugal que acolheu a Teoria da Base do Negócio para atribuir

¹ CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 2007, p. 1.112.

efeitos à alteração anormal das circunstâncias. O ordenamento jurídico brasileiro, por sua vez, inspirado no Código Civil italiano, consagrou a teoria da onerosidade excessiva, acolhendo-a no Novo Código Civil ? em vigor desde 2003 ? no capítulo relativo à extinção do contrato.

O terceiro capítulo passa, então, a demonstrar a influência de tais teorias no ordenamento nacional quando em vigor o Código Civil de 1916. Devido à influência do pensamento liberal à época da nossa codificação, o Código elaborado por Clóvis Bevilacqua conferiu extrema importância ao princípio da *pacta sunt servanda*, limitando grandemente a possibilidade de intervenção dos juízes no conteúdo dos contratos, principalmente quando tratava-se de assegurar-lhes o equilíbrio econômico das prestações encetadas.

Entretanto, as condições históricas do início do século XX impuseram aos juristas brasileiros a necessidade de rever a rigidez dos conceitos contidos naquele diploma. Nesse sentido argumentou CAIO MÁRIO, ao defender a atenuação do rigor do princípio da intangibilidade dos pactos:

“Hoje estamos em face de uma situação ainda mais grave que a de 1914.

Diante dela indagamos: pode o homem de direito ficar impassível, cruzar os braços e aguardar?

Pode tranquilamente doutrinar que os princípios construídos pelos Mestres dos dias de bonança devem aplicar-se na hora da tempestade?

Pensamos que não, pois o direito não é imposto pelos técnicos à vida, mas recolhido dela.”²

A legislação extravagante ? editada para conter os reflexos funestos das convulsões causadas pelas Guerras ? trouxe para o ordenamento a noção contida na cláusula *rebus sic stantibus*, bem como reavivou no espírito dos juristas da época a noção contida no brocardo romano *summum ius summa iniuria*.

² PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. *Cláusula Rebus sic Stantibus*, Revista Forense, nº 92, Out/1942, p. 798.

A doutrina e a jurisprudência nacionais passaram, então, a admitir a resolução e até mesmo a revisão dos contratos atingidos pela superveniência de acontecimentos capazes de alterar profundamente a relação de equivalência das prestações acordadas entre credores e devedores, desde que rigorosamente cumpridos os requisitos exigidos para tal.

Ao longo do quarto capítulo buscou-se demonstrar quais são as exigências feitas bem como os efeitos previstos pelo Novo Código Civil para a superveniência dos eventos causadores do desequilíbrio da equação econômica do contrato.

Nesse capítulo, buscou-se demonstrar também que, graças a incidência dos princípios da boa-fé, da função social dos contratos, do equilíbrio econômico e da preservação dos negócios jurídicos, consagrados pelo novo diploma civil, impõe-se uma leitura flexível dos parâmetros delineados pelo Código de 2002 ao acolher a onerosidade excessiva como causa para a resolução ou revisão judicial dos contratos. A esse respeito, merece destaque a colocação de GUSTAVO TEPEDINO:

“No entanto, considerando que a resolução por onerosidade excessiva está hoje inserida em um sistema normativo que consagra como princípios contratuais a boa-fé e a função social, é bem possível, e mesmo recomendável, que os pressupostos deduzidos de uma interpretação meramente literal do art. 478 sejam relidos à luz destes novos princípios, despregando-se, assim, daquele antigo modelo correspondente à teoria da imprevisão.”³

Verifica-se, nesse sentido, que de acordo com os valores que informam o nosso sistema jurídico atual, a possibilidade de subjugar o contratante cujo encargo contratual se tornou excessivamente oneroso não recebe a tutela do ordenamento, sendo até mesmo repelida por ele.

No quinto e último capítulo, é feita uma breve análise de um moderno instrumento do direito contratual internacional, capaz de minorar as consequências danosas do decurso do tempo sobre as relações comerciais

³ TEPEDINO, Gustavo et al.. *Código Civil Interpretado*: Conforme a Constituição da República, Vol. II, Rio de Janeiro: Renovar, p. 131.

internacionais. Trata-se da cláusula *hardship*, prevista no âmbito da *lex mercatoria* e regulamentada pela sistematização levada a cabo pelos Princípios do UNIDROIT. Esta cláusula cria para os contratantes o dever de renegociar os termos do contrato, quando confrontados com dificuldades para o adimplemento de suas obrigações.

Com efeito, o objetivo desse exame é demonstrar não só como os agentes do comércio internacional lograram encontrar uma solução para o problema da alteração das circunstâncias, mas também o fato de que a possibilidade de intervenção no conteúdo da avença corresponde atualmente a uma das nuances do princípio da segurança jurídica, eis que, em um mundo cada vez mais globalizado, no qual as mudanças ocorrem em uma velocidade inalcançável, a impossibilidade de rever os termos de um pacto pode acarretar aos agentes econômicos severos prejuízos.

Capítulo I - O CONTRATO, A BOA-FÉ E A IGUALDADE CONTRATUAL

Sumário: 1.1. Historicidade; 1.2. A boa-fé e o princípio da igualdade

1.1 Historicidade

“O Direito não é um ordenamento segregado; tem, como dizemos, ‘pés de terra’. É uma realidade cultural, logo espiritual, mas baseia-se na ordem da sociedade”⁴.

O conceito jurídico de contrato não pode deixar de refletir a realidade em que se insere. Por isso, ao conceituá-lo é necessário levar em conta as situações econômicas e sociais que lhe servem como pano de fundo, bem como seu caráter instrumental, regulando e tutelando os interesses envolvidos na operação econômica que ele formaliza.

Nos dizeres de ENZO ROPPO, “o contrato é a veste jurídico-formal de operações econômicas”⁵. As operações econômicas, por sua vez, caracterizam-se pela circulação de riquezas. Assim, sempre que exista circulação de riqueza, existirá possível matéria de contrato.

Parece óbvia, então, a conclusão de que nos sistemas econômicos pouco evoluídos, como na Antiguidade e na Idade Média, o contrato tenha assumido funções bem pouco relevantes, quando comparadas ao papel que lhe fora atribuído na formação e intensificação do modo de produção capitalista.

Quanto ao momento histórico em que o contrato foi percebido como conceito jurídico independente, existe o consenso de que não se lhe pode fixar uma data⁶. O que, de fato, existiu foi um período, no qual as regras do

⁴ ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil*, Revista Trimestral de Direito Civil, n° 25, jan-mar/2006, p. 93.

⁵ ROPPO, Enzo. *O Contrato*, Coimbra: Livraria Almedina, 1988, p. 11.

⁶ “Não podemos fixar, ao longo da história, uma data específica de surgimento do contrato.” (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Contratos*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 2)

direito passaram a regular e vincular as operações econômicas de modo cada vez mais abrangente, criando, assim, o escopo do que mais tarde viria a ser o direito dos contratos⁷.

Muito embora o direito romano tenha sido a principal fonte dos sistemas jurídico ocidentais, não é ali “*que se deve buscar a origem histórica da categoria que hoje se denomina contrato*”⁸. Muito atentos à forma, os romanos não emprestavam à vontade o papel primordial que ela iria adquirir para a formação do vínculo contratual⁹, tal como o conhecemos modernamente.

Para a formulação da idéia de que o contrato corresponde a uma fonte de obrigações, assente sobre o consenso das partes, contribuíram três correntes de pensamento¹⁰. Em primeiro lugar, destaca-se a corrente de pensamento dos canonistas, que pregaram o dever moral de cumprir fielmente a palavra empenhada. Em seguida, a dos filósofos do direito natural, cuja valorização exacerbada da liberdade humana elevou a vontade ? livremente manifestada ? a fundamento da criação de obrigações, originando-se aí o princípio “*solus consensus obligat*”. Em terceiro lugar, está a influência do voluntarismo jurídico, estimulado pela burguesia ascendente, quando introduziu-se o consensualismo como elemento formador suficiente do contrato¹¹.

Com efeito, conforme acentua ENZO ROPPO¹², para que se confirme “*a estreita ligação entre a exaltação do papel do contrato e a*

⁷ ROPPO, Enzo. Op. cit., p. 16.

⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001, p. 6.

⁹ “Pero em Roma la voluntad nunca tuvo el papel soberano que más tarde adquiriría. No bastaba por ella misma; era indispensable el cumplimiento de las formas legales, la más importante y difundida de las cuales era la *stipulatio*.” (BORDA, Guillermo A.. *Manual de Contratos*. 4ª ed. Buenos Aires: Editorial Perrot, p. 9)

¹⁰ “A idéia, porém, de que o contrato, como fonte normal das obrigações, repousa fundamentalmente sobre o *acordo* das partes só veio a consolidar-se, muitos séculos depois, com o triunfo do liberalismo”. (VARELA, Antunes. *Das Obrigações em geral*. Vol. I. 10ª ed. Coimbra: Almedina. 2000, p. 214)

¹¹ “Mais tarde a teoria geral do voluntarismo jurídico, inspirada no kantismo, permitiria a nova formulação do contrato com base no princípio da autonomia da vontade e no dogma da fé jurada, consagrado este na regra de que o contrato faz lei entre as partes. Ho mens livres só deveriam vincular-se voluntariamente, mas o contrato, uma vez celebrado, vincularia indissolúvelmente a vontade.” (GOMES, Orlando. *As transformações gerais do direito das obrigações*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 71)

¹² ROPPO, Enzo. Op. cit., p. 25.

afirmação de um modo de produção mais avançado”, basta com que se atente para os fatos de que a primeira elaboração teórica da teoria moderna dos contratos, bem como a sua primeira sistematização legal levada a cabo pelo *Code Napoleon*, em 1804, ocorreram em estreita consonância com o amadurecimento da Revolução Industrial e da ascensão da burguesia como classe diretora da sociedade.

Com a ebulição do sistema capitalista de produção, baseado na dinâmica das trocas e do lucro, o contrato passou a ser um mecanismo essencial para regular as operações económicas que ocorriam com crescente vigor, e a ele foi acrescentado, ainda, um elemento ideológico capaz de fundamentar o *modus vivendi* da classe burguesa.

Os princípios da liberdade de contratar e da igualdade dos contratantes forjavam a justiça do contrato, na medida em que se considerava que o seu conteúdo era determinado de acordo com a livre vontade dos contratantes, que o faziam em igualdade de condições. Foi sobre essa base que se criou a máxima segundo a qual *dizer contratual é o mesmo que dizer justo*¹³.

Para a burguesia, classe detentora dos meios de produção capitalista, tais princípios contratuais serviam na exata medida em que lhe permitia adquirir a propriedade da terra dos antigos senhores feudais ? sem as ataduras que o antigo sistema lhe impunha ? , bem como para adquirir a força de trabalho dos trabalhadores, que, no mais das vezes, se sujeitavam às condições mais gravosas de sua dignidade.

¹³ “Considerava-se e afirmava-se, de facto, que a justiça da relação era automaticamente assegurada pelo facto de o conteúdo deste corresponder à vontade livre dos contratantes, que, espontânea e conscientemente, o determinavam em conformidade com os seus interesses, e, sobretudo, num plano de *igualdade jurídica* (dado que as revoluções burguesas, e as sociedades liberais nascidas destas, tinham abolido os privilégios e as discriminações legais que caracterizavam os ordenamentos em muitos aspectos semifeudais do ‘antigo regime’, afirmando a paridade de todos os cidadãos perante a lei): justamente nesta igualdade de posições jurídico-formais entre os contraentes consistia a garantia de que as trocas, não-viciadas na origem pela presença de disparidades nos poderes, nas prerrogativas, nas capacidades legais atribuídas a cada um deles, respeitavam plenamente os cânones da justiça comutativa. Liberdade de contratar e igualdade formal das partes eram portanto os pilares ? que se completavam reciprocamente ? sobre os quais se formava a asserção peremptória, segundo a qual dizer ‘contractual’ equivale a dizer ‘justo’ (*‘qui dit contractuel dit juste’*)”. (Ibid, p. 35)

E assim nasceu o Código Napoleônico, em 1804. Impregnado da ideologia liberal burguesa, exaltando a máxima “*o que é consentido é justo*”. Juntamente com a codificação alemã, correspondeu aos dois grandes sistemas jurídicos que influenciaram a tradição do Ocidente capitalista.

Com efeito, a disciplina contratual vasada no Código francês não poderia deixar de atender às referidas necessidades burguesas. No período imediatamente anterior à Codificação, ocorria na França “*um processo ? essencial nas perspectivas de desenvolvimento de uma sociedade capitalista ? de ‘libertação’ e mobilização da propriedade fundiária*”¹⁴, motivo pelo qual foi reservado ao contrato o relevante papel de instrumento de circulação da propriedade.

Para que a transferência dos recursos econômicos ? impositiva diante da ascensão burguesa ? ocorresse sem demasiados choques e riscos, adequou-se o contrato a tais necessidades, sob o princípio da **liberdade de contratar baseada no consenso dos contratantes**.

O consenso, nesse momento, representava para os antigos proprietários de terra a garantia de que seus bens não seriam alienados sem a concorrência de sua vontade¹⁵. E, para os burgueses, a liberdade lhes permitia adquirir a propriedade, sem os óbices impostos pelo antigo sistema de estamentos.

Assim, acrescenta GUILLERMO BORDA que “*el Siglo XIX fue testigo de la máxima exaltación de la voluntad como poder jurígeno*”¹⁶. E, ao tratar da Codificação Napoleônica, esclarece, recordando o jurista Ponceau:

“El Código Napoleón recogió ese pensamiento y así ha podido decirse de él que es “un monumento levantado a la gloria de la libertad individual” (Ponceau). En el art. 1134 dice: “las convenciones legalmente formadas sirven de ley para las partes”. (...)”

¹⁴ ROPPO, Enzo. Op. cit., p. 44.

¹⁵ Viu-se, mais tarde, que o consenso forjado na igualdade formal dos contratantes criou graves distorções pois a noção mesma de troca restava comprometida diante dos abusos perpetrados pelo “poder contratual dominante”.

¹⁶ BORDA, Guillermo A. *Manual de Contratos*. 4ª ed. Buenos Aires: Editorial Perrot, p.10.

Es el reconocimiento pleno de la autonomía de la voluntad: el contrato es obligatorio porque es querido; la voluntad es la fuente de las obligaciones contractuales. Reina soberana en todo este sector del derecho”¹⁷.

Contudo, de nada serviria tal liberdade de contratar se o vínculo formado através da manifestação da vontade pudesse ser unilateralmente dissolvido. Era necessário garantir ao comércio florescente a segurança de que as operações econômicas encetadas sob a forma contratual seriam devidamente cumpridas. Por isso, o Código dispunha, na primeira parte de seu art. 1.134, que “*les convention légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les on fait*”, acolhendo a máxima *pacta sunt servanda*.

Ou seja, as partes eram livres para contratar e estabelecer o conteúdo da avença, e, tendo feito isso sob o prisma da igualdade formal dos contratantes, elas estavam obrigadas a cumprí-la, nos rigorosos limites do que se havia acordado.

Lembre-se que a noção de que o contrato faz lei entre as partes deve ser atribuída aos canonistas da Idade Média, que partiram da valorização da palavra empenhada bem como do respeito à fé jurada para atribuir força obrigatória aos contratos, sob o comando da *pacta sunt servanda*¹⁸.

Ao analisar a relevância de tal princípio na Codificação napoleônica, ENZO ROPPO destaca:

“À liberdade, como se viu, tendencialmente ilimitada, de contratar ou não contratar, de contratar nestas ou naquelas condições no sistema, por outro lado, correspondia, como necessário contraponto desta, uma tendencialmente ilimitada *responsabilidade* pelos compromissos assim assumidos, configurados como um vínculo tão forte e inderrogável que poderia equiparar-se à lei: ‘os contratos legalmente formados têm força de lei para aqueles que os celebraram’ é a fórmula que se transmite do art. 1134 do Code Napoléon para o art. 1123 do nosso código civil de 1865 e para o art. 1372 do código vigente. Cada um é absolutamente livre de comprometer-se ou não, mas, uma vez que se

¹⁷ BORDA, Guillermo A.. *Manual de Contratos*. 4ª ed. Buenos Aires: Editorial Perrot, p. 11.

¹⁸ Cumpre salientar que foi também no Direito Canônico que a doutrina da cláusula *rebus sic stantibus* foi sistematizada. Os canonistas admitiam que a palavra empenhada deveria ser estritamente cumprida desde que as circunstâncias da celebração do negócio permanecessem inalteradas até o momento de sua execução. Com efeito, o sistema de direito pensado pelos juristas cristãos, conquanto atribuísse extremo valor à palavra empenhada, levava em consideração a justiça no seio do contrato.

comprometa, fica ligado de modo irrevogável à palavra dada: ‘pacta sunt servanda’. Um princípio que, além da indiscutível substância ética, apresenta também um relevante significado econômico: o respeito rigoroso pelos pactos assumidos é, de facto, condição para que as trocas e outras operações de riqueza se desenvolvam de modo correcto e eficiente segundo a lógica que lhes é própria, para que se não frustrem as previsões e os cálculos dos operadores (justamente no tornar ‘previsíveis’ e ‘calculáveis’ as operações económicas, de resto, Max Weber individualizava uma das funções fundamentais atribuídas ao instrumento contratual num sistema capitalista); condição necessária, assim, para a realização do proveito individual de cada operador e igualmente para o funcionamento do sistema no seu conjunto.”¹⁹

Note-se que a intangibilidade do conteúdo dos contratos respondia também à exigência burguesa de que o Estado não se imiscuísse em seus assuntos privados. Os indivíduos, dispendo livremente sobre seus direitos no campo de sua autonomia privada, celebravam contratos pelos quais se obrigavam com força de lei, e sobre cujo conteúdo, a intervenção da autoridade estatal estava absolutamente vedada.

Tal concepção do contrato ? como sendo um instrumento de circulação de riquezas, celebrado entre partes iguais e acordes quanto ao seu conteúdo, e, portanto, justo ? sofreu, contudo, severas modificações, principalmente devido às grandes transformações sociais e económicas que sobrevieram nos séculos seguintes à codificação napoleônica.

Em primeiro lugar, ressalte-se que, graças ao desenvolvimento da economia capitalista, o contrato deixou de ser apenas um instrumento de transferência da propriedade, para passar a ter um importante papel como fonte criadora de riquezas. Por isso, a relação estabelecida pelo Código Francês entre contrato e propriedade deveria se modificar diante de sua capacidade de gerar riquezas.

Mas são outros os fatores que levam alguns autores a falar na crise do contrato. O contrato, tal como concebido no início do século XIX, já não mais subsiste incólume à preocupação da sociedade com seu aspecto social. Devido às transformações sociais e ideológicas, económicas e políticas, fez-

¹⁹ ROPPO, Enzo. Op. cit., p. 35.

se necessário um reajustamento das normas às condições de vida de nossa época²⁰.

Com grande acuidade, GUILLERMO BORDA explica as causas que contribuíram para esse fenômeno, chamado pelo autor de “*crisis del contrato*”. Segundo ele, as causas econômicas merecem destaque nesse contexto, tendo em vista que a evolução do capitalismo concentrou cada vez mais o poder nas mãos de poucos, e por isso “*la igualdad y la libertad de consentimiento subsisten hoy en el plano jurídico, pero tienden a desaparecer en el plano económico*”²¹. De fato, não há como se cogitar que exista verdadeira igualdade entre o industrial, detentor dos meios de produção, e o trabalhador, completamente desprovido do poder de barganha.

O jurista argentino prossegue afirmando que “*una exigência de justicia reclama la intervención del Estado para evitar el aprovechamiento de una parte por la otra. No se cree ya que el libremente querido sea necesariamente justo.*”²²

Além dos fatores econômicos, que dão causa a essa renovada noção do instituto contratual, estão também causas políticas, bem como razões de ordem moral. O individualismo, soberano na primeira era do capitalismo, foi suplantado por uma concepção social dos problemas humanos (tenha-se em mente o triunfo da Revolução Russa, que abriu espaço para a ascensão do modo de produção socialista). Há, ainda, que se considerar a influência da moral, pois atualmente não se valora tanto a força obrigatória do contrato sob a ótica da necessidade de cumprimento da palavra empenhada, mas sim levando em consideração que o contrato é um instrumento de realização do bem comum.

²⁰ “Nesse contexto, devemos concluir que, sem sombra de dúvidas, o contrato sofreu sensível transformação ao longo do século XX, havendo experimentado um inegável processo de solidarização social, adaptando-se à sociedade de massa que se formava.” (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. cit., p. 5)

²¹ BORDA, Guillermo A.. *Manual de Contratos*. 4ª ed. Buenos Aires: Editorial Perrot, p.11.

²² Ibid, p.12.

Conforme enuncia JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO, a ordem jurídica se afasta cada vez mais “*da rigidez que foi tomada como o ideal no início do século XIX. Está permeada de grandes orientações valorativas, destinadas a permitir uma maior aproximação da justiça do caso concreto.*”²³

Como consequência dessa aproximação, surgiram técnicas e teorias, com o objetivo de evitar que o direito fosse exercido contrariamente à sua função social²⁴. Entre suas principais manifestações estão o dirigismo contratual, as novas formas contratuais e a intervenção judicial para salvaguardar o equilíbrio econômico da relação contratual.

Como fundamento do dirigismo contratual está o interesse público de que a celebração de determinados contratos não seja realizada apenas sob a livre negociação das partes, motivo pelo qual o Estado edita leis que regulamentam o conteúdo de tais acordos. Pode-se tomar como exemplo dessa atuação estatal os contratos de trabalho, nos quais as partes estão necessariamente sujeitas à observância de certas normas impostas pela legislação trabalhista.

Entre as ditas novas formas contratuais, destaca-se o contrato de adesão, típico da sociedade de massas atual, no qual o aderente, diante das cláusulas fixadas pela outra parte, pode consentir com o conteúdo e se obrigar, ou rechaçar os termos do contrato, não lhe restando a possibilidade de discutir seu conteúdo.

A última manifestação da chamada crise contratual é, por certo, a que mais interessa para o escopo do presente trabalho. Trata-se da possibilidade de intervenção dos juízes na vida dos contratos. Nos dizeres de GUILLERMO BORDA, “*la sensibilidad moderna se resiste a admitir que lo libremente querido sea, sólo por ello, justo*”²⁵. Dessa forma,

²³ ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Teoria Geral*. V. III. Coimbra: Coimbra Editora., 2002, p. 175.

²⁴ WALD, Arnoldo. *Direito Civil: Direito das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*, 18ª ed., São Paulo: Saraiva, p. 302.

²⁵ E o jurista prossegue afirmando que “el valor equidad, oscurecido temporariamente bajo la influencia de la concepción puramente voluntarista del derecho, ha vuelto a renacer. Y es el juez

verifica-se o acolhimento da teoria da lesão e da teoria da imprevisão como manifestações das mudanças ocasionadas por esse “*processo de solidarização social*”²⁶.

Nesse contexto, vale citar a preciosa lição de ORLANDO GOMES:

“O intransigente respeito à liberdade individual que gerara intolerância para com a intervenção do Estado cedeu ante novos fatos da realidade social, cessando, em consequência, a repugnância de toda limitação dessa ordem. Passou-se a aceitar, em caráter excepcional, a possibilidade de intervenção judicial do conteúdo de certos contratos, admitindo-se exceções ao princípio da intangibilidade. Em determinadas circunstâncias, a força obrigatória dos contratos pode ser contida pela autoridade do juiz. Conquanto essa atividade represente alteração radical nas bases do Direito dos contratos, como parece a alguns entusiastas do poder pretoriano dos juízes, a verdade é que, no particular, houve sensível modificação do pensamento jurídico”²⁷.

A intervenção dos juízes nos contratos tem como objetivo, no campo da teoria da imprevisão, preservar a equivalência das prestações contratadas ? sempre como reflexo da renovada concepção do contrato como instrumento de realização dos objetivos informados pelos valores da sociedade. Em seu artigo *Transformações Gerais do Contrato*, PAULO LUIZ NETTO LÔBO destaca o crescimento do princípio da equivalência como uma das maiores características dos contratos na atualidade:

“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 e celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem desproporcional para uma das partes e onerosidade excessiva para a outra, aferíveis objetivamente, segundo as regras da observação ordinárias”²⁸.

quien desempeña hoy el papel de guardián de la equidad en los contratos.” (BORDA, Guillermo A.. *Manual de Contratos*. 4ª ed. Buenos Aires: Editorial Perrot, p. 11)

²⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Op. cit., p. 5.

²⁷ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 39.

²⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Transformações gerais do contrato*. Revista Trimestral de Direito Civil, nº 16, out-dez/2003, p. 111.

Se, conforme dito anteriormente, o contrato é a veste jurídica das operações econômicas que ele formaliza, intui-se que as suas normas reguladoras irão refletir as relações econômicas e sociais praticadas em cada momento histórico. Atualmente, o contrato desempenha um novo papel, mais nobre do que um simples instrumento de circulação de riquezas: ele cumpre a função de realizar a justiça social, no sentido de promover a redução das desigualdades entre os indivíduos. Nesse sentido, conclui também o Professor Antonio Junqueira de Azevedo:

“Não é possível que, ao final do século XX, os princípios do direito contratual se limitem àqueles da *survival of fittest*, ao gosto de Spencer, no ápice do liberalismo sem peias; seria fazer *tábula rasa* de tudo que ocorreu nos últimos cem anos. A atual diminuição do campo de atuação do Estado não pode significar a perda da noção conquistada com tanto sofrimento, de tantos povos e de tantas revoluções, de *harmonia social*. O alvo, hoje, é o equilíbrio entre sociedade, Estado e indivíduo. O contrato não pode ser considerado como um ato que somente diz respeito às partes; do contrário voltaríamos a um capitalismo selvagem, em que a vitória é dada justamente ao menos escrupuloso. Reduzido o Estado, é preciso, agora, saber harmonizar a *liberdade individual* e a *solidariedade social*. É grande, nessa função, o papel do Poder Judiciário; por isso, devem ser atuados, com a habilidade dos prudentes, os novos princípios do direito contratual ? o da boa-fé e o da economia contratual, entre as partes, e o da função social, em relação à coletividade e aos terceiros.”²⁹

Assim, após o estudo da historicidade do contrato impõe-se concluir, justamente, o exposto na epígrafe deste capítulo: “*O Direito não é um ordenamento segregado; tem, como dizemos, “pés de terra”. É uma realidade cultural, logo espiritual, mas baseia-se na ordem da sociedade.*”³⁰ Diante das mudanças na sociedade, necessária se fez a mudança na teoria contratual.

E a teoria da imprevisão é uma óbvia manifestação desta estreitíssima relação entre o Direito e a realidade, pois, após um grande período de ostracismo ? no qual se rechaçava com veemência a possibilidade de intervenção judicial no conteúdo do contrato que fora

²⁹ AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado*. Revista dos Tribunais, n° 750, abr/1998, p. 119/120.

³⁰ ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil*. Revista Trimestral de Direito Civil, n° 25, jan-mar/2006, p. 93.

livremente pactuado pelas partes ? , ressurgem vigorosas a cláusula *rebus sic stantibus* e as teorias que dela derivam para atribuir efeitos às alterações das circunstâncias ocorridas entre a celebração e a execução do negócio jurídico.

1.2 A boa-fé e o princípio da igualdade

Antes mesmo de analisar as origens da teoria da imprevisão, vale buscar quais são os fundamentos para a atribuição de efeitos à alteração das circunstâncias. Perfeita é a colocação de MENEZES CORDEIRO, que propõe: *“Procure indagar-se, sem compromissos prévios, o que vitima o contrato atingido por uma alteração das circunstâncias”*³¹.

Com efeito, o autor português explicita com clareza as razões da dificuldade de se proceder a tal fundamentação:

“O contrato visado tem uma gênese inatacável exprimindo, logo, o exercício correcto da autonomia privada; tão pouco se descobre, nele, uma qualquer não conformação legal quanto ao conteúdo – ou, então, não haveria problemas. Intrinsecamente perfeito e consentâneo com a área jurídica a que pertence, o contrato ferido pela alteração surge como injusto ao sentimento jurídico.

(...)

O perfil último da alteração das circunstâncias começa a desenhar-se, tornando claro porque falharam séculos de tentativas de a integrar sistematicamente. A sua ocorrência, perante um contrato válido, coloca um cenário onde, em simultâneo e com pretensões de validade idênticas, um subsistema exige o seu cumprimento, enquanto o sistema global clama a injustiça.”³²

Como se viu no item anterior, o direito civil, e, portanto, o direito dos contratos, sofreu a influência das mudanças de valores ocorridas na sociedade durante o século XX. Tais mudanças trouxeram para o campo dos contratos a necessidade de adequação ao novo sistema, no qual a autonomia da vontade deixa de ser seu fundamento único, e o conteúdo dos

³¹ CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 1.110.

³² Ibid, p. 1.110/1.111

contratos subordina-se à sua função de instrumento na persecução do bem comum.

Pode-se dizer que os textos constitucionais³³ elaborados no século passado contribuíram para essa adequação, pois neles foram previstos regras e princípios com caráter cogente aos indivíduos em suas relações jurídicas, sob pena de não receberem o reconhecimento e tampouco a tutela do ordenamento em que se inserem³⁴. Nos dizeres de Gustavo Tepedino, “*não há negócio jurídico ou espaço de liberdade privada que não tenha seu conteúdo redesenhado pelo texto constitucional*”³⁵.

Os princípios jurídicos que fundamentam a possibilidade de intervenção dos juízes no conteúdo dos contratos em virtude da alteração das circunstâncias foram, com efeito, previstos pelo texto da Constituição promulgada em 1988.

O princípio da igualdade substancial está contido no inciso III do artigo 3º da Constituição Federal e foi erigido à condição de objetivo fundamental da República Federativa do Brasil³⁶. A autora TERESA NEGREIROS explicita sua função para a teoria dos contratos, adiantando sua influência para o acolhimento da teoria da imprevisão:

“A vedação a que as prestações contratuais expressem um desequilíbrio real e injustificável entre as vantagens obtidas por um e por outro dos contratantes, ou, em outras palavras, a vedação a que se desconsidere o sinalagma contratual em seu perfil funcional, constitui expressão do princípio consagrado no art. 3º, III, da Constituição: o princípio da igualdade substancial. Com efeito, à luz do princípio da igualdade substancial, pressuposto como é notório – da justiça social, o

³³ “Ao contrário, a livre determinação do conteúdo do regulamento contratual encontra-se condicionada à observância das regras e dos princípios constitucionais, o que significa no quadro de valores apresentado pela Constituição brasileira, conceber o contrato como um instrumento a serviço da pessoa, sua dignidade e desenvolvimento”. (NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos Contratos: Novos Paradigmas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 107).

³⁴ “As situações subjetivas sofrem uma intrínseca limitação pelo conteúdo das cláusulas gerais e especialmente daquela de ordem pública, de lealdade, de diligência e de boa-fé, que se tornaram expressões gerais do princípio de solidariedade. O ordenamento reconhece a propriedade de um bem, a titularidade de um crédito somente enquanto o direito for exercido em conformidade com as regras; se assim não acontecer, o interesse não será nem reconhecido e nem tutelado”. (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao direito civil constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 123)

³⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 13.

³⁶ Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

contrato não deve servir de instrumento para que, sob a capa de um equilíbrio meramente formal, as prestações em favor de um contratante lhe acarretem um lucro exagerado em detrimento do outro contratante”³⁷.

Quanto ao princípio da boa-fé objetiva, a autora o define como “*instrumento por excelência do enquadramento constitucional do direito obrigacional*”³⁸. Nesse sentido, vale conferir o entendimento de GUSTAVO TEPEDINO, que também prenuncia as bases da boa-fé objetiva sobre os valores transmitidos pelo texto da Constituição:

“Com efeito, o dever de interpretar os negócios conforme a boa-fé objetiva encontra-se irremediavelmente informado pelos quatro princípios fundamentais para a atividade econômica privada, quais sejam: 1. A dignidade da pessoa (art. 1º, III, CF); 2. O valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV, CF); 3. A solidariedade social (art. 3º, I, CF); 4. A igualdade substancial (art. 3º, III, CF). Os dois primeiros encontram-se inseridos no Texto Maior como fundamentos da República, enquanto os últimos são objetivos da República.

(...)

A boa-fé objetiva, pois, justifica-se imediatamente na confiança despertada pela declaração, encontrando sua fundamentação mediata na função social da liberdade negocial, que rompe com a lógica individualista e voluntarista da teoria contratual oitocentista, instrumentalizando a atividade econômica privada aos princípios constitucionais que servem de fundamentos e objetivos da República.”³⁹

Verificada a ocorrência de um acontecimento imprevisível pelas partes no momento em que o contrato fora celebrado, capaz de tornar o cumprimento da prestação a que se obrigara o contratante excessivamente oneroso, surge a necessidade de adaptação da regulação dos interesses que presidiram a celebração do contrato ao novo quadro fático que funciona na execução do acordo.

³⁷ NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos Contratos: Novos Paradigmas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 158.

³⁸ A autora enfatiza que “o princípio da boa-fé nos parece um destes “instrumentos jurídicos” capazes de conformar o direito civil à hierarquia de valores e de interesses prevista constitucionalmente. Trata-se, antes de mais nada, de reconhecer que o contrato – como, em geral, as relações obrigacionais – deve ser valorado em seus meios e fins segundo a ordem jurídico econômica desenhada na Constituição”. (NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do Princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 270.)

³⁹ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. V. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 19/20.

Esta necessidade ? e possibilidade ? surge como corolário dos princípios enunciados, tidos como basilares de nosso sistema jurídico, que vedam o abuso da liberdade contratual e a submissão arbitrária de um contratante a outro.

Com efeito, a boa-fé impõe aos contratantes um padrão de conduta “*pautado pela ética da igualdade e da solidariedade*”⁴⁰, de acordo com o qual os direitos conferidos pela celebração de um acordo serão exigíveis apenas nos limites em que não a contrariem. O Código Civil Português, de 1966 ? ao contrário do diploma brasileiro ? explicitou no artigo que dispõe sobre a alteração anormal das circunstâncias que a parte lesada tem direito à resolução ou a modificação do contrato “*desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa-fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato*”⁴¹.

Na realidade, a cláusula geral da boa-fé ? incorporada ao Código Civil de 2002 em seu artigo 422⁴² ? determina uma alteração radical no fenômeno contratual, que será agora informado pelos valores da ética e da igualdade. Repugna o sistema o abuso da liberdade contratual bem como o individualismo excessivo, motivo pelo qual se atribui ao contratante cuja prestação se tornou demasiado gravosa, a possibilidade de requerer a modificação ou a resolução do contrato. Isso porque, sobrevindo um desequilíbrio econômico grave em seu sinalagma, o contrato deixa de ser um instrumento de realização dos valores sociais para passar a ser um instrumento de perseguição de interesses individuais e egoístas.

Por oportuno, vale também referir-se à jurisprudência alemã, que, conforme elucida ENNECERUS, utilizou-se do princípio da boa-fé,

⁴⁰ TEPEDINO, Gustavo et al.. *Código Civil Interpretado: Conforme a Constituição da República*. V. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 17.

⁴¹ Art. 437, Código Civil Português: Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa-fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato.

⁴² Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

previsto textualmente no §242⁴³ do BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*), para fundamentar o direito de resolução conferido ao contratante surpreendido pela alteração imprevisível das circunstâncias:

“En vista de esta serie de intentos de fundamentar semejante derecho de resolución, difícilmente puede negarse que esta jurisprudencia sirve a una necesidad práctica que no cabe desatender. Más difícil es el problema de cuál es la fundamentación preferible. En el fondo, todas ellas tienen por base el mismo sopesar de los intereses (en tal sentido exactamente HECK, p. 95). Por esto mismo, si se manejan debidamente todos esos medios tienen que llevar a resultados esencialmente iguales. El derecho de resolución se justifica, en ultima instancia, por los principios de la buena-fe (§242) que prohíben las reclamaciones no exigibles al deudor.”⁴⁴

Com efeito, esta vedação ao exercício dos direitos subjetivos em desconformidade com os padrões de conduta pautados pela boa-fé é determinada, de igual modo, pelo princípio da igualdade substancial. Tal princípio impede que um contratante submeta o outro, exigindo o cumprimento de um contrato cujo equilíbrio ? essencial para o atingimento de sua função social ? esteja comprometido. Seria o mesmo que conferir a eles uma posição desigual no sistema jurídico, pois o contratante lesado permaneceria obrigado a um contrato que pode inclusive lhe trazer a ruína econômica, enquanto ao outro, lhe seria franqueada a possibilidade de receber uma prestação muito mais vantajosa ou, ao menos, uma prestação que não lhe teria custado o mesmo esforço.

Assim, para a questão que ele mesmo apresentou ? o que vitima o contrato atingido por uma alteração de circunstâncias ? , o próprio MENEZES CORDEIRO dá a resposta, com muita clareza:

“Celebrado um contrato, as partes exerceram a faculdade que o Direito lhes confere de, a certa temática, dar uma regulação que propicia soluções pretendidas. Quando sobrevenha a alteração das circunstâncias, modifica-se o jogo problemático que define os interesses envolvidos, mas não a sua regulação. A nível das consequências, ou estas se conservam

⁴³ § 242: O devedor é obrigado a realizar a prestação do modo como o exige a boa-fé, levando em conta os usos do tráfico.

⁴⁴ ENNECERUS, Ludwig. *Derecho de Obligaciones*, Tomo II, V. II. Barcelona: Librería Bosch, 1933, p. 210.

idênticas para soluções diversas, ou variam, mas numa medida que pode não corresponder à variação registrada, ultrapassando-a, ficando aquém dela ou, simplesmente, sendo díspar, em termos qualitativos. Há arbítrio que fere a igualdade. Por outras palavras, fere a igualdade perante o sistema que uma pessoa, em conjunturas diferentes se submeta a regulações imutáveis. A boa-fé exprime, no sistema privado e em situações relativas, as exigências da igualdade.”⁴⁵

Conclui-se, portanto, que os fundamentos da atribuição de efeitos à alteração das circunstâncias encontram-se nos valores trazidos ao ordenamento jurídico pelos princípios enunciados. A boa-fé, ao conferir eficácia ao fenómeno da alteração das circunstâncias, atende às necessidades do novo sistema, comunicadas pelo comando constitucional da igualdade, que, em seu fim último, proscree o arbítrio⁴⁶.

⁴⁵ CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. Op. cit., p. 1.112

⁴⁶ “Nesta leitura, a boa-fé referida no art. 437º/ 1, que permite desencadear a eficácia da alteração das circunstâncias e determinar as suas consequências últimas, exprime, do sistema jurídico geral, os vectores que, na conjuntura atingida, contraditem a autonomia privada. (...) Para o caso, sobressai uma exigência básica do sistema, comunicada de algum modo pelo preceito constitucional da igualdade: a da proscrição do arbítrio”. (Ibid, p. 1.112)

Capítulo II - A TEORIA DA IMPREVISÃO E AS DOCTRINAS ANTERIORES

Sumário: 2.1. A cláusula *rebus sic stantibus*; 2.2. A Teoria da Pressuposição Típica; 2.3. Teoria da condição implícita; 2.4. A base do negócio; 2.5. A objetivação de Larenz; 2.6. A teoria da imprevisão; 2.7. A teoria da onerosidade excessiva.

Após mais de um século de predomínio absoluto no campo do direito contratual, a regra expressa na máxima *pacta sunt servanda* viria a sofrer significativa relativização. Com efeito, a ideologia burguesa que gestou o Código Napoleônico ? influência determinante na codificação civilista da maioria dos demais países ocidentais ? já não se sustentava diante das grandes convulsões que o mundo atravessava no início do século XX. Fazia-se necessário rever o dogma da intangibilidade dos contratos, pois além da manifesta injustiça criada pelo ideal da igualdade formal entre os contratantes, o advento da primeira guerra mundial criou profundas alterações na ordem sócio-econômica que não se podiam desconsiderar.

Em vista dessas grandes alterações ocasionadas pela Guerra de 1914 na economia mundial, aos juristas coube a tarefa de determinar quais seriam os efeitos da superveniência de acontecimentos imprevisíveis no momento da formação do vínculo contratual, quando a ocorrência de tais fatos ocasionasse um desequilíbrio manifesto entre as prestações às quais se obrigaram os contratantes.

Assim, após o decurso de um longo período no qual se negou a possibilidade da intervenção judicial no conteúdo dos contratos, era necessário responder os seguintes questionamentos:

“Seria justo fazer recair, em tal caso, todo o prejuízo sobre quem era apenas culpado de não ter previsto o imprevisível, por um supersticioso respeito ao princípio da irretratabilidade das convenções, consagrado pelo Código Civil francês, e outros que o tomaram por modelo? Ou, ao contrário, permitia o direito uma solução mais equitativa e humana, fôsse a exoneração pura e simples da responsabilidade do estipulante, ou a modificação dos efeitos jurídicos da convenção, por intermédio do juiz?”⁴⁷

⁴⁷ FONSECA, Arnaldo. *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 14.

A teoria da imprevisão surge, portanto, em um contexto no qual se fazia necessário adequar a realidade jurídica à nova realidade dos fatos, possuindo o grande mérito de proceder a tal adequação sem comprometer a integridade do sistema de direito⁴⁸. Mantinha-se hígida a regra da *pacta sunt servanda*, ao mesmo tempo em que, diante da alteração imprevista das circunstâncias, se outorgava aos juízes a faculdade de intervir no conteúdo do contrato para preservar sua finalidade social.

Com efeito, não se pode deixar de reconhecer que a moderna teoria da imprevisão é fruto de um amplo esforço doutrinário em sistematizar os efeitos da alteração das circunstâncias posterior à celebração do negócio jurídico. Ao longo de séculos, inúmeras doutrinas buscaram fundamentar a possibilidade de modificação do conteúdo do negócio jurídico em virtude da superveniência de acontecimentos alheios ao instante de sua celebração.

2.1 A cláusula *rebus sic stantibus*⁴⁹

A teoria da imprevisão tem sua origem mais remota na cláusula *rebus sic stantibus*, que, embora tenha sido concebida no direito romano, foi desenvolvida apenas no período medieval, graças à influência do direito canônico.

Atribui-se a Neratius, um dos autores do *Digesto*, a autoria da cláusula, inserta no fragmento “*contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur*”⁵⁰. A atribuição

⁴⁸ “As transformações sociais e ideológicas, econômicas e políticas exigiram do legislador certa técnica especial de adaptação das normas. Surgiram assim de determinadas teorias ou técnicas que visam evitar que o direito seja exercido contrariamente à sua finalidade social combatendo-se abusos e excessos. Ocorre muitas vezes que o espírito tradicional dos juristas ? que reveste a forma de misonéismo ? não permite a abertura ostensiva de brechas num sistema jurídico.

Surgem assim certos conceitos denominados conceitos amortecedores ou válvulas de segurança. Assim, as teorias do abuso de direito e da imprevisão e outras. São técnicas que permitem manter a forma tradicional de um sistema, evitando os seus inconvenientes em certas hipóteses especiais.” (WALD, Arnoldo. *Direito Civil: Direito das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 302)

⁴⁹ Sua tradução mais simplificada corresponde à expressão “*contanto que as coisas assim permaneçam*”. (DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil: Os Contratos*. Rio de Janeiro: Editora Rio, p. 96)

⁵⁰ O *Digesto* integrava o *Corpus Iuris Civiles*, obra criada pelo Imperador Justiniano para sistematizar todo o ordenamento jurídico romano.

de efeitos à alteração das circunstâncias, contudo, não logrou singrar nas águas do direito romano, excessivamente apegado ao formalismo e pouco atento ao conteúdo dos contratos celebrados⁵¹.

Os filósofos católicos, por outro lado, influenciados pela moral religiosa, acrescentaram à ciência contratual a consideração do justo⁵². Para garantir a justiça no contrato, era necessário que as prestações às quais se obrigavam as partes contratantes fossem correspondentes, tornando-se indispensável a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, quando sobreviesse um acontecimento que alterasse profundamente as circunstâncias, capaz de ferir a justiça contratual⁵³.

De todo modo, é atribuída a BARTOLO e aos pós-glosadores a sistematização da cláusula, bem como sua difusão. Com efeito, MENEZES CORDEIRO acentua que “em BARTOLO, a situação é, já, diferente: a locução *rebus sic se habentibus* ganha vida própria”, pois “vem, no que tem a maior importância, reportada ao próprio contrato”⁵⁴.

O jurista medieval considerava a cláusula implícita em todo contrato de trato sucessivo ou que dependesse de futuro⁵⁵. Dessa forma, as partes

⁵¹ “Entre os pesquisadores é pacífico esse entendimento: embora o princípio *rebus sic stantibus* tenha sido aplicado no universo romano de forma assistemática (até com base no simples temor da lesão), na verdade ali foi o império absoluto da regra *pacta sunt servanda*. A rigidez implícita desse princípio deve ser atribuída ao fato de que – sem qualquer demérito à sua monumental estrutura – o Direito Romano era formalista, individualista e, sobretudo, absolutista. Daí a premissa de que, uma vez assumida a abrigação, deveria ser cumprida, mesmo com prejuízos para o adimplente, em obediência ao apotegma: *o contrato faz lei entre as partes*.” (BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão do direito civil e no processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 90)

⁵² “Essas e outras fontes demonstrariam, segundo FRITZE, que a cláusula *rebus sic stantibus* era conhecida pelos canonistas; a tendência, proseguida pelo Direito da Igreja de juridificar, na medida do possível, a proscrição de injustiças morais, explicaria o sucesso da cláusula nesse sector.” (CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. Op. cit., p. 943)

⁵³ “Na Idade Média aceitava-se com naturalidade que o direito era um modo de realizar a justiça. Portanto, o contrato pressupunha para sua validade uma relação justa das partes.

As partes estão vinculadas. Mas a vinculação não se faz em abstracto, assenta sobre um determinado estado de coisas. Ainda que as partes não tenham consciência dessa derivação, é sempre ela que explica a obrigatoriedade. Um contrato não teria sequer sentido perante circunstâncias completamente diferentes.

Era isto que estava na cláusula *rebus sic stantibus* ? enquanto as circunstâncias assim se mantivessem. O contrato vinculava e isso era justo, mas se as circunstâncias se alterassem profundamente, o contrato poderia deixar de vincular, desde que essa alteração tivesse sido tal que ferisse a justiça contratual.” (ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Teoria Geral* V. III. Coimbra. 2002, p. 189)

⁵⁴ CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. Op. cit., p. 943.

⁵⁵ “O entendimento de Bártolo (cláusula subentendida, ou tacitamente contida em todos os contratos de execução diferida) apoiava-se no fato de que a concordância das partes só poderia ir

apenas se manteriam obrigadas a cumprir a avença contratual *rebus sic stantibus*.

Existem registros que demonstram a sua aceitação pela doutrina e sua aplicação até meados do século XVIII. A grande crítica feita à teoria difundida por BÁRTOLO era a ausência de uma estruturação lógica. Faltava-lhe, pois, o caráter de princípio jurídico, motivo pelo qual iniciou-se um movimento de resistência à sujeição do ato de vontade aos riscos de uma alteração pura e simples da situação de fato⁵⁶.

Diante das críticas que lhe foram formuladas, a cláusula perdeu o espaço que ganhara entre os séculos XIII a XVIII, quando a moral católica exercia influência determinante sobre o pensamento jurídico. O golpe de misericórdia veio, contudo, com a ascensão do jusracionalismo e a codificação napoleônica, quando o princípio da *pacta sunt servanda* ? previsto no art. 1.134 do Código Francês ? e a noção contida na cláusula *rebus sic stantibus* passaram a ser vistos como opostos inconciliáveis.

Conforme elucidado por ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA, “o estudo da máxima pareceria assim fadado a constituir matéria de pura erudição histórica”⁵⁷, não fossem as profundas perturbações na ordem econômico-social causadas pelas duas grandes Guerras Mundiais. Nesse sentido, afirma o autor:

“As alterações profundas, de ordem econômico e social, provocadas pelas duas grandes conflagrações que tem agitado o mundo na primeira metade deste século, não poderiam deixar de refletir-se no campo jurídico, para atenuar a rigidez de normas, cuja aplicação integral conduziria a injustiças evidentes.

Ressurgiu assim a antiga doutrina, consubstanciada na velha cláusula *rebus sic stantibus*, sob a nova denominação e com novos

até o ponto de manter o convencionado enquanto vigentes as circunstâncias que cercaram seu nascimento.” (BORGES, Nelson. Op. cit., p. 101)

⁵⁶ “Essa cláusula foi geralmente admitida até o século XVIII, com aplicação, tanto ao direito comum, quanto ao direito internacional.

Entretanto, pelos abusos a que se abria margem e pela imprecisão de seu alcance, estabelecendo confusão com outras figuras ? causa, êrro, lesão ? caiu em franco desuso no último quartel daquele século, embora algumas legislações a consignassem com restrições ou limitações rigorosamente estabelecidas.” (ESPÍNOLA, Eduardo. *A cláusula rebus sic stantibus no direito contemporâneo*. Revista Forense, n° 137, set/1951, p. 283)

⁵⁷ FONSECA, Arnaldo. Op. cit., p. 200

fundamentos. E a *impossibilidade subjetiva* ou *onerosidade excessiva*, consideradas sem relevância jurídica para liberação do obrigado em matéria de caso fortuito, vieram aqui a ser também atendidas, desde que fôssem o resultado da imprevista mudança das circunstâncias, que constituíam o ambiente objetivo do contrato.”⁵⁸

Resta demonstrado, portanto, que a origem da Teoria da Imprevisão remonta aos textos romanos, nos quais foi concebida a locução *rebus sic stantibus*, tendo sido acolhida pela doutrina católica e sistematizada pelos pós-glosadores, sob a batuta de BÁRTOLO. Após seu repouso secular⁵⁹, imposto pelo princípio soberano de que o contrato faz lei entre as partes, a noção contida na cláusula ganhou novamente espaço nos ordenamentos, para evitar a ocorrência de graves distorções jurídicas, possivelmente criadas em função das perturbações econômicas advindas dos conflitos mundiais.

2.2 A Teoria da Pressuposição Típica

A teoria da pressuposição típica desempenhou importante papel na busca por um perfil jurídico da imprevisão. Seu autor, o austríaco PISKO, ao desenvolvê-la, tomou como base o conceito de pressuposição elaborado por WINDSCHEID, em meados do século XIX.

A pressuposição típica corresponderia a uma situação de fato, cuja manutenção seria tomada como pressuposta por todas as pessoas que tivessem de celebrar o negócio jurídico sob questão. Ao explicar essa construção teórica, ORLANDO GOMES enuncia:

“Para que o contrato seja executado, torna-se preciso que perdure a situação de fato pressuposta por todas as pessoas que tivessem de

⁵⁸ FONSECA, Arnaldo. Op. cit., p. 200

⁵⁹ “Como quer que seja porém, certo é que se a tragédia da grande guerra e a perturbação econômica e espiritual que se lhe seguiu emprestam à teoria da imprevisão carácter de atualidade palpitante, em certos aspectos ela representa um violento recurso ao passado e rejuvenecimento de uma idéia anciã, que dorme em repouso secular.

Através da teoria da imprevisão, reaparece a teoria canonista da cláusula *rebus sic stantibus*: *Contractus qui habent tractum successivum et dependentia de futuro, rebus sic stantibus intelligentur.*” (NONATO, Orozimbo. *Aspectos do modernismo jurídico e o elemento moral na culpa objetiva*. Revista Forense, n° 56, jan-jun/1931, p. 8.)

celebrá-lo. Não deve, portanto, prevalecer quando circunstâncias anormais a modificam, se tais circunstâncias não decorrem de situação pessoal, ou patrimonial, do devedor, como, dentre outras, a de que poderia prever a variação de custos.”⁶⁰

Com efeito, PISKO buscou traçar parâmetros objetivos para a teoria da pressuposição. De acordo com WINDSCHEID, a eficácia da obrigação assumida pelo contratante estaria subordinada à ocorrência de determinados eventos, tomados por ele como pressuposto para a celebração do contrato. Assim, caso tais eventos não ocorressem, o declarante poderia se opor ao cumprimento da obrigação, desde que a parte que o exigisse conhecesse, ou ao menos devesse conhecer, a circunstância tomada como pressuposição.

Veja-se a definição dada pelo autor da Teoria da Pressuposição, citada por GALVÃO TELLES, em seu Manual dos Contratos:

“A pressuposição, escreve ele, é uma condição não desenvolvida [*unentwickelte*] (uma limitação da vontade, que não se desenvolve a ponto de se tornar uma condição). Quem manifesta a sua vontade sob pressuposição, tal como aquele que emite uma declaração de vontade condicionada, só quer o efeito jurídico caso se dê certo estado de coisas; mas não chega a fazer depender a existência do efeito deste estado de coisas. A consequência disto é que o efeito jurídico subsiste e perdura, se bem que falhe a pressuposição. Mas tal não corresponde ao verdadeiro, ao profundo querer do autor da declaração de vontade, e portanto a subsistência do efeito jurídico, conquanto formalmente justificada, não tem substancialmente razão que a justifique. Em virtude disto, o prejudicado pela declaração de vontade pode, ou defender-se por meio de exceção contra as pretensões que na mesma declaração se fundam, ou intentar contra aquele em cuja vantagem se produziu o efeito jurídico uma ação tendente a fazê-lo cessar.”⁶¹

As principais críticas dirigidas à teoria de WINDSCHEID diziam respeito à impossibilidade de distinção entre a pressuposição e os meros motivos subjetivos ? juridicamente irrelevantes ? , bem como ao fato de se tratar, na realidade, de uma condição não submetida à aceitação da outra parte contratante. O cunho excessivamente subjetivista da teoria lhe rendeu

⁶⁰ GOMES, Orlando. *As transformações gerais do direito das obrigações*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2ª ed, 1980, p. 96/97

⁶¹ WINDSCHEID. *Diritto delle Pandete*. V. I. § 97 *apud* TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos Contratos*. 3ª ed., Lisboa, 1965, p 244/245

pesadas críticas, motivo pelo qual deixou de ser incorporada ao texto final do BGB⁶².

Cumprе ressaltar que, enquanto a pressuposição de WINDSCHEID corresponde a uma representação individual da parte no momento da celebração do negócio, a pressuposição típica, de PISKO, corresponde a uma pressuposição calcada em uma situação de fato, que seria tomada por todos os que fossem celebrar aquele negócio. Ou seja, seu intento generalizador consiste em afirmar que a pressuposição típica, tomada individualmente por uma pessoa, seria tomada por qualquer pessoa que fosse celebrar o mesmo negócio diante daquela situação.

Assim, caso a situação cuja manutenção corresponde a um pressuposto típico para a celebração do negócio se alterasse, a equivalência entre as prestações desapareceria. Nesse caso, de acordo com ORLANDO GOMES, *“perde o contrato, em consequência, seu sentido, não se justificando sua execução nas condições estipuladas.”*⁶³

Para o mesmo autor, entre as qualidades dessa construção teórica, destaca-se o fato de que ela não vincula a possibilidade de revisão do negócio à situação em que se encontraria o devedor, caso modificada a situação tomada como pressuposto. Não se levaria em consideração, portanto, qualquer juízo de equidade para a revisão do contrato, mas tão somente o desaparecimento de seus pressupostos⁶⁴.

⁶² “No segundo plano, LENEL assevera, no essencial, a impossibilidade de distinguir, dos meros motivos, a pressuposição de WINDSCHEID. Quem tenha dúvidas quanto às bases em que assente o negócio que pretenda celebrar terá, apenas de nele inserir uma condição, sujeita, naturalmente, à aceitação da contraparte; o esquema da pressuposição implicaria, de facto, submeter uma pessoa a uma condição por ela não aceita. Por uma de duas hipóteses: ou a contraparte do negócio desconhece, em absoluto, “a pressuposição” – cenário possível, uma vez que WINDSCHEID exigira, para eficácia da pressuposição, não o seu conhecimento, mas a sua mera cognoscibilidade pela outra parte – ou, conhecendo-a, não esteve disposta, na conclusão do negócio a fazê-lo depender dela, tomando-a como mero assunto particular da outra parte. (...) Totalmente desamparado, o § 742 do primeiro projecto BGB foi suprimido, na segunda leitura do projecto, sem qualquer defesa, e por “fazer perigar a segurança do tráfico”. Perdeu-se, assim, a pressuposição na sua terra de origem.” (CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. Op. cit., p. 974/975)

⁶³ GOMES, Orlando. *As transformações gerais do direito das obrigações*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2ª ed., 1980, p. 97

⁶⁴ “Importante, nessa teoria, é que não se da relevância à situação a que fique reduzido o devedor pelo cumprimento da obrigação. Pouco importa que se arruíne ou que tenha condições para suportar as desvantagens ou prejuízos que lhe acarrete a execução do contrato. Não são

Nada obstante, esta teoria tampouco lograria o êxito pretendido, pois embora tenha tentado livrar-se do elemento subjetivo, as condições de fato referentes à pressuposição típica também correspondiam a uma representação da parte, necessariamente sujeita a fatores psicológicos. Outro problema apontado por seus críticos foi a insegurança jurídica que sua adoção criaria, pois inclusive a inflação, capaz de alterar substancialmente os valores das prestações, poderia ser alegada como causa de revisão dos contratos. Quanto a essas críticas, veja-se mais uma vez a lição de ORLANDO GOMES:

“A noção de pressuposição típica é vaga e não se liberta inteiramente do elemento psicológico próprio do contrato 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 o reajustamento de todos os contratos no período de inflação.”⁶⁵

De todo modo, seria injusto não atribuir à teoria da pressuposição típica ? e até mesmo à teoria da pressuposição ? o mérito de ter caminhado no sentido de forçar o reconhecimento da alteração superveniente das circunstâncias como sendo capaz de determinar a revisão ou a resolução dos pactos, sempre que tais mudanças refletissem nas previsões feitas pelas partes, alterando o equilíbrio econômico das prestações, ínsito em todo contrato sinalagmático.

2.3 Teoria da condição implícita

Esta teoria foi criada pelos Tribunais ingleses para justificar a resolução dos contratos toda vez que, em virtude de acontecimentos supervenientes e alheios à influência das partes, restasse frustrada a finalidade buscada através de sua conclusão.

considerações de equidade, quase sempre insufladas de sentimentalismo, que determinam a revisão do contrato, mas, sim, o desaparecimento de um de seus pressupostos.” (GOMES, Orlando. *As transformações gerais do direito das obrigações*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2ª Ed. 1980. p.97)

⁶⁵ Ibid. p. 97

Com efeito, de acordo com a teoria da condição implícita, as partes celebram o contrato sob a presunção de que as condições externas, em vigor naquele momento, se manterão as mesmas. Trata-se da *implied condition*, que sujeita a eficácia das obrigações à manutenção destas circunstâncias, garantindo às partes a possibilidade de alcançar o fim buscado quando da celebração do contrato⁶⁶.

Assim, alterando-se as circunstâncias, de modo a comprometer a finalidade do contrato celebrado, as obrigações dele resultante já não serão mais exigíveis. Com efeito, não importa saber se as partes estavam de comum acordo quanto à essa condição, pois presume-se que sempre que se celebra um contrato, tal se dá sob o pressuposto de que as condições externas se manterão. Conforme acentua ORLANDO GOMES, trata-se de uma vantagem da teoria em questão, pois possibilita a resolução dos pactos sem a necessidade de recorrer a fatores psicológicos ou razões extrajurídicas⁶⁷.

Esta teoria é aceita pela jurisprudência inglesa até os dias de hoje, sendo certo que foi de grande valia para a consolidação do instituto da *frustration*, utilizado atualmente para determinar a resolução dos contratos em virtude da alteração das circunstâncias. Ao compará-lo com o instituto da força maior, que por sua vez não foi incorporado ao sistema da *common law* nos mesmos moldes em que é utilizado pelo direito continental, ANA MARIA NUSDEO o define:

“Enquanto a força maior é compreendida como a situação na qual a prestação devida se torna impossível em virtude de evento irresistível, imprevisível e alheio à vontade das partes, a *frustration* poderia ser definida como uma situação em que, nas circunstâncias atuais e por razões alheias à falta das partes, o cumprimento de uma obrigação contratual resultaria em algo radicalmente diferente do que era desejado

⁶⁶ “A sobrevivência do contrato subordina-se a uma condição implícita (*implied condition*), entendido o substantivo como uma *conditio iuris*. Tal *conditio* passa a ser o pressuposto de eficácia do contrato, de modo que somente se tornam exigíveis as obrigações a que dá nascimento se o seu fim típico pode ser alcançado. Quando se modifica o estado de coisas particular, existente ao tempo do contrato, deixa ele de ser eficaz.” (GOMES, Orlando. *As transformações gerais do direito das obrigações*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1980. p. 98)

⁶⁷ “Os tribunais ingleses resolvem os casos em que se torna imperioso o abandono do princípio da força obrigatória do contrato sem necessidade de invocar fatores psicológicos, ou razões extrajurídicas.” (Ibid., p. 99)

por estas. Vale dizer, busca-se a intenção das partes quando contrataram, e a constatação de que mesmo que a prestação fosse cumprida, essa intenção não estaria mais sendo satisfeita, é razão para que qualquer delas invoque que o contrato se frustrou e requeira a sua rescisão.”⁶⁸

Verifica-se, portanto, que mesmo a jurisprudência inglesa contribuiu na busca pelo perfil jurídico da imprevisão, assegurando aos contratantes a possibilidade de desvencilhar-se do vínculo contratual quando a superveniência de acontecimentos imprevisíveis frustrasse os objetivos que os levaram a contratar.

2.4 A base do negócio

Trata-se da teoria desenvolvida por PAUL OERTMANN no início do século XX. De acordo com esta teoria, a base do negócio corresponde às representações dos interessados, no momento da conclusão do contrato, sobre a existência e manutenção de determinadas circunstâncias, tomadas pelos contratantes como base comum do acordo e essenciais para sua decisão de contratar⁶⁹.

Caso essas circunstâncias se alterem, ocasionando o desaparecimento da base do negócio, cabe ao juiz modificar ou resolver o contrato celebrado, pois ele já não corresponde a vontade de seus contratantes⁷⁰.

⁶⁸ NUSDEO, Ana Maria; FONTOURA, José Augusto. *As cláusulas de força maior e de “hardship” nos contratos internacionais*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, n° 97, jan-mar/1995, p. 88

⁶⁹ “Por base del negocio a estos efectos se han de entender las representaciones de los interesados, al tiempo de la conclusión del contrato, sobre la existencia de ciertas circunstancias básicas para su decisión, en el caso de que estas representaciones no hayan sido conocidas meramente, sino constituidas, por ambas partes en base del contrato, como, por ejemplo, la igualdad de valor, en principio, de prestación y contraprestación en los contratos bilaterales (equivalencia), la permanencia aproximada del precio convenido, la posibilidad de reponer la provisión de las mercancías y otras circunstancias semejantes” (ENNECERUS, Ludwig, *Derecho de Obligaciones*, Tomo II, V. II, Barcelona: Librería Bosch, 1933, p. 209)

⁷⁰ “Quando, em consequência de fatos sobrevindos depois da conclusão do contrato, a *base do negócio* desaparece, perturbando-se o equilíbrio inicial, o contrato não corresponderia mais à vontade das partes e o juiz deveria, por sua intervenção readaptá-lo a essa vontade, fôsse resilindo-o, fosse modificando-o, para que ele correspondesse ao que as partes teriam querido, se previssem os acontecimentos.” (FONSECA, Arnaldo Medeiros, *Op. cit.*, p. 216)

Entre os exemplos dados para ilustrar o desaparecimento da base do negócio jurídico estão, entre outros, a diminuição considerável no patrimônio da parte capaz de gerar dúvida quanto a sua possibilidade de adimplemento e, mais importante, a quebra na equivalência entre os valores da prestação e da contraprestação, considerada tacitamente querida.

Interessante notar que o autor, diante da necessidade de fundamentar a atribuição de efeitos ao desaparecimento da base do negócio, atribuiu à boa-fé este papel. MENEZES CORDEIRO, analisando a obra de OERTMANN, elucida:

“A relevância juspositiva da base do negócio reside pois, no § 242: uma vez que o devedor só está obrigado à prestação nos limites da boa-fé, ele deve poder desligar-se da prestação quando a base em que se ergueu o negócio desapareça, colocando as partes numa situação econômica não prevista.”⁷¹

Note-se que, embora a formulação de OERTMANN exigisse como requisito para a formação da base do negócio que a representação da parte fosse conhecida e não repelida pela outra, não se podia ignorar o seu cunho subjetivista, sempre presente na noção de pressuposição.

Com efeito, a teoria da base do negócio mantinha-se atrelada à noção de que as partes contratavam sob o pressuposto de que as circunstâncias em que fundaram a sua decisão se manteriam imutáveis. A alteração das circunstâncias ganharia eficácia jurídica, portanto, ao contrariar essa pressuposição, quando, por sua vez, os efeitos do contrato já não corresponderiam à vontade do agente.

Assim, conforme explica MENEZES CORDEIRO, acabou por confirmar-se a profecia feita por WINDSCHEID, no fim de sua vida, confrontado com as inúmeras críticas feitas a sua teoria: *“É minha convicção firme que a pressuposição, tacitamente expressa, far-se-á sempre valer de novo, faça-se o que se fizer contra ela. Expulsa pela porta, ela volta pela janela.”*⁷²

⁷¹ CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. Op. cit., p. 1.034

⁷² WINDSCHEID. *Die Voraussetzung*. AcP 78, 1892, p. 197 *apud* Ibid., p. 1.032

De todo modo, mesmo diante dessa estreita vinculação com a teoria da pressuposição e de seu caráter subjetivista, a doutrina da base do negócio lograria grande espaço na jurisprudência alemã, tendo sido inclusive acolhida por alguns ordenamentos jurídicos, entre eles o português, que a consagrou no art. 437/1 de seu Código Civil⁷³.

2.5 A objetivação de Larenz

Embora o teor subjetivista da teoria da base negocial atendesse às necessidades do sistema jurídico que vigorava na época, tal característica lhe rendeu duras críticas e alguns doutrinadores alemães esforçaram-se em tentar traçar-lhe parâmetros mais objetivos.

Destacou-se LARENZ, que criou a distinção entre base do negócio subjetiva e base do negócio objetiva.

A base do negócio subjetiva seria a representação, levada a cabo pelas partes contratantes no momento da celebração do contrato, acerca das circunstâncias que influenciaram de forma dominante no seu processo de decisão. Assim, entendia o autor que, caso modificadas as circunstâncias tidas por ambas as partes como fundamentais para a contratação, seria contrário à boa-fé exigir o cumprimento imutável da obrigação contraída.

Segundo LARENZ, à base subjetiva do negócio deveriam ser aplicadas as disposições referentes à teoria do erro, pois ela é uma representação mental das partes, que diz respeito, em última instância, aos motivos do contrato. Por isso, caberia à lei definir quais seriam os motivos relevantes a autorizar a resolução do contrato⁷⁴.

⁷³ Art. 437º 1. Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afete gravemente os princípios da boa-fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato.

⁷⁴ O Código Civil Português acolheu este entendimento, referindo-se ao erro sobre a base do negócio como modalidade de erro sobre os motivos, em seu art. 252: 1º – O erro que recaia nos motivos determinantes da vontade, mas se não refira à pessoa do declaratório, nem ao objeto do negócio, só é causa de anulação, se as partes houverem reconhecido, por acordo a essencialidade do motivo. 2º – Se, porém, recair sobre as circunstâncias que constituem a base do negócio, é aplicável ao erro do declarante o disposto sobre a resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias vigentes no momento em que o negócio foi concluído.

A base do negócio objetiva, por sua vez, diz respeito ao conjunto de circunstâncias cuja existência ou manutenção entende-se necessária para a consecução dos fins buscados pela contratação. Na definição de LARENZ seria:

“(...) o conjunto de circunstâncias e o estado geral das coisas, cuja existência ou subsistência é objetivamente necessária para que o contrato, segundo o significado das intenções de ambos os contratantes, possa subsistir como regulação dotada de sentido.”⁷⁵

Conforme alerta ORLANDO GOMES, “*pouco importa que as partes tenham pensado, ou não, na existência ou persistência, das circunstâncias*”⁷⁶. Diferentemente da teoria de OERTMANN, a consideração de tais circunstâncias independe das representações tomadas pelas partes. Entende-se, pois, que tais circunstâncias seriam imanentes ao contrato e que sua existência e manutenção corresponderiam a pressupostos do ajuste segundo a sua finalidade e o seu significado econômico.

É por essa razão que LARENZ prevê duas consequências distintas para o desaparecimento da base objetiva do negócio: o rompimento da relação de equivalência entre as prestações acertadas e a frustração da finalidade buscada pela celebração do contrato.

A primeira hipótese poderia ser vislumbrada quando, devido a acontecimentos supervenientes, os valores da prestação e da contraprestação se alterassem além dos riscos normais do contrato, comprometendo inclusive o seu caráter de contrato comutativo. Diante da quebra da equivalência, o autor previa a possibilidade de reajuste do conteúdo das prestações.

Quanto à frustração da finalidade do contrato, outras questões se impõem. Frustrado o fim perseguido pela parte no momento da contratação, ela pode recusar a prestação que se tornou sem objeto, bem como deixar de

⁷⁵ LARENZ, Derecho de Obligaciones, Revista de Derecho Privado, p. 224 *apud* AGUIAR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2^a ed. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004. p. 145.

⁷⁶ GOMES, Orlando. *As transformações gerais do direito das obrigações*. 2^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2^a ed., 1980, p. 101.

realizar a parte que lhe toca na avença. Cabe ressaltar, contudo, que não se está diante de uma hipótese de impossibilidade da prestação, pois seu cumprimento continua possível pelo contratante. Nesse caso, a extinção do contrato justifica-se em virtude da destruição da base do negócio com a consequente frustração de sua finalidade, sob o fundamento da boa-fé.

O autor efetivamente previu o recurso à boa-fé como forma de verificar, em cada caso concreto, se a alteração superveniente das circunstâncias teria suprimido a base objetiva do contrato em questão. Caso a exigência de seu cumprimento fosse contrária ao modo honesto de pensar e aos ditames da justiça ínsita em todos os contratos, se estaria diante de um contrato cuja base objetiva teria desaparecido em virtude de acontecimentos posteriores a sua celebração. A justificação legal para a extinção dos contratos devido ao desaparecimento de sua base objetiva seria, pois, o princípio da boa-fé.

Esta doutrina foi tão criticada quanto as anteriores. Alguns acusavam-na de investir contra a segurança das relações jurídicas, justamente porque admitia a extinção do negócio com base em fatores alheios à vontade das partes.

Outros autores acusavam-na de não conseguir se desvencilhar do subjetivismo de suas antecessoras, eis que mesmo a base objetiva estaria fundada em representações das partes quanto às circunstâncias motivadoras da contratação. Crítico mordaz da teoria elaborada por LARENZ, merecem destaque as considerações de GALVÃO TELLES:

“Essa distinção entre base *subjectiva* e base *objectiva* parece-nos assaz artificial. As circunstâncias que se diz constituírem a base *objectiva* do negócio podem não ser objecto de consideração individualizada e detida por parte dos contratantes (e em não poucos casos sê-lo-ão), mas ainda assim atuam no seu espírito, levam-nos, em conjunto com outros fatores, à celebração do contrato, e portanto também revestem, em última análise, significação *subjectiva*. Tanto isto é exato que LARENZ reconhece que as partes *pressupõem* tais circunstâncias, *as consideram perfeitamente seguras*, isso vale dizer que elas atuam no mecanismo psicológico da sua vontade, como elementos determinantes ou impulsionadores.”⁷⁷

⁷⁷ TELLES, Inocêncio Galvão. Op. cit., p. 248.

Além disso, GALVÃO TELLES acentua que a eficácia do contrato só poderá estar subordinada à manutenção de determinadas circunstâncias caso esta consideração tenha sido erigida à categoria de condição. Segundo o autor português, se as partes não celebraram o contrato sob a condição de que a sua execução depende da manutenção das circunstâncias vigentes ao tempo de sua celebração, estar-se-á diante do problema da imprevisão, que não diz respeito à motivação das partes e nem a sua vontade⁷⁸.

Sem deixar de considerar que tais críticas eram procedentes, tendo em vista o nítido cariz subjetivista das teorias analisadas, merece destaque o contexto em que seus criadores as elaboraram. Os valores religiosos, que atrelavam à justiça contratual a equivalência das prestações, já não exerciam grande influência sobre a teoria dos contratos. Ao contrário, o jusracionalismo exaltava a vontade como elemento suficiente para a formação do vínculo contratual. Não havia espaço para a verificação da justiça de seu conteúdo, pois entendia-se que o contrato era justo desde que livremente celebrado.

Desse modo, a única maneira de determinar a alteração do conteúdo dos pactos era encontrar um vício que inquinasse a vontade da parte contratante. Com efeito, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO acentua a influência do jusracionalismo na criação destas teorias:

“O século XIX foi o século subjectivista por excelência. Qualquer pretensão de controlo do conteúdo dos contratos foi afastada: a figura da lesão foi banida. A justiça do contrato, se dela se pudesse falar, seria a justiça formal, resultante de as partes terem “livremente” aceitado aquela vinculação.

Não havia com isto espaço para que se falasse em uma possibilidade de resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias.

⁷⁸ “Por exemplo, do arrendamento, devidamente interpretado ou integrado, resulta que as partes – *uma e outra* – o quiseram só para o fim de facultar ao arrendatário a visita da feira, e portanto *subordinadamente* à realização desta; pode então dizer-se – se isso decorre suficientemente do contrato – que a realização da feira é *condição* deste.

Fora disso, cai-se no problema da imprevisão, que tem de se resolver à margem de considerações tiradas da motivação contratual, não suficientemente expressa e não transformada, dentro do contrato, em fundamento de limites ou reservas à sua força vinculativa”. (TELLES, Inocêncio Galvão. Op. Cit., p. 250)

As únicas hipóteses em que poderia haver impugnação seriam as que fundassem justamente em estados subjectivos, que inquinassem a aceitação da parte.”⁷⁹

Por essa razão, a maioria das doutrinas formuladas durante esse período ? no qual o princípio da *pacta sunt servanda* tinha carácter absoluto ? padecia do defeito da subjectividade. Na realidade, tendo em vista que o elemento capaz de atribuir efeitos à alteração das circunstâncias deveria fundar-se necessariamente na vontade, aferir a sua ocorrência demandaria, por óbvio, uma análise subjectivista.

E, antes de tudo, era necessário preservar o sistema jurídico vigente⁸⁰. Os esforços empreendidos pelos autores das teorias analisadas foram genuínos no sentido de sistematizar os efeitos da alteração imprevisível das circunstâncias, mas para compatibilizá-las com o ordenamento vigente era necessário assentá-las sobre o consentimento e, desse modo, fadá-las ao fracasso.

2.6 A Teoria da Imprevisão

Viu-se, portanto, que diversas foram as teorias que buscaram sistematizar os efeitos da alteração superveniente das circunstâncias. Contudo, a predominância do pensamento jusracionalista e o império do princípio contido na máxima *pacta sunt servanda* acabaram por dificultar a sua aceitação e a sua aplicação pela jurisprudência.

⁷⁹ ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Teoria Geral*. V. III, Coimbra. 2002, p. 188.

⁸⁰ A respeito da teoria da base do negócio, formulada por OERTMANN, confirmam-se as lições de JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO e MENEZES CORDEIRO:

“Incluindo a teoria da base do negócio que, embora susceptível de uma formulação objetiva, foi apresentada por Oertmann com cariz subjectivista, para conseguir passaporte perante os dogmas dominantes.” (ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil*. Revista Trimestral de Direito Civil, n.º 25, jan-mar/2006. p. 96)

“Num momento em que todo o edifício civil vacilava e em que postulados tão fundamentais como o da estabilidade dos contratos eram, pela pressão dos factos, postos em causa, com clareza, na jurisprudência do circumspecto Tribunal do *Reich*, Oertmann reduz a temática da alteração das circunstâncias a representações das partes, sobre a base de suas próprias vontades. Salvava-se, assim, na forma, o sistema.” (CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. Op. Cit. p.1.042)

Por outro lado, verificou-se também que a aplicação cega dos preceitos contidos no Código Civil Francês ? levada a cabo durante mais de um século após a sua criação ? era capaz de gerar graves distorções jurídicas, as quais o Direito já não podia tutelar, tendo em vista sua renovada função de instrumento de realização da justiça social.

Com efeito, a essas distorções jurídicas o advento da Primeira Grande Guerra Mundial conferiu contornos de dramaticidade. O princípio romano, outrora esquecido, *summum ius, summa iniuria*, ressurgia no coração dos juristas da época, que debatiam-se em torno da necessidade premente de encontrar soluções jurídicas para o problema que assolava o seio da teoria contratual: o equilíbrio das prestações contratadas.

Diante de tais apelos, os Tribunais e os legisladores, em busca das soluções adequadas para a superveniência de acontecimentos imprevisíveis que comprometessem a equivalência das prestações encetadas, invocaram “a antiga figura da *rebus sic stantibus*, que se revestiu da roupagem de uma teoria da imprevisão”⁸¹.

Tendo em vista que a contrução doutrinária que acompanhava a cláusula *rebus sic stantibus* era pouco elaborada, admitindo-a implícita em todos os contratos de duração e de execução diferida, fazia-se necessária a concorrência de outro elemento para que se admitisse a revogação circunstancial do princípio da *pacta sunt servanda*.

Assim, para justificar a quebra da fé jurada, era imprescindível que a superveniência do evento, causador do rompimento do equilíbrio das prestações pactuadas, fosse imprevisível pelas partes contratantes no momento de sua celebração. O requisito da imprevisibilidade ganhou tanta importância que à moderna construção foi dado o nome de Teoria da Imprevisão, ora explicada por ALMEIDA COSTA:

“Segundo esta doutrina, para que se verifique a resolução do contrato, não basta que haja uma modificação profunda da situação de

⁸¹ ESPÍNOLA, Eduardo. *A cláusula rebus sic stantibus no direito contemporâneo*. Revista Forense, n° 137, set/1951, p. 281.

facto. Exige-se, ainda, como elemento decisivo, que essa alteração seja imprevisível. Por conseguinte, se ocorre uma onerosidade da prestação, embora de máximo vulto, que podia razoavelmente prever-se, não existe fundamento para a resolução ou revisão do negócio.”⁸²

Ironicamente, foi a França o primeiro país a editar uma lei que estabeleceu os efeitos da superveniência de fatos imprevisíveis em relação às partes contratantes. Trata-se da Lei Faillot, de 1918, tida por muitas como o marco do acolhimento da moderna Teoria da Imprevisão, que previa a possibilidade de resolução judicial dos contratos mercantis celebrados antes do início da Guerra, quando o cumprimento das obrigações assumidas por qualquer dos contratantes lhe causasse prejuízos que excedessem manifestamente as previsões que poderiam ser feitas à época do contrato⁸³.

Na Alemanha, os Tribunais buscavam justificar seu acolhimento invocando o princípio da boa-fé, consagrado no BGB, entendendo que, na colisão entre os princípios da fidelidade ao contrato e o da boa-fé, o último deveria prevalecer quando presentes na hipótese as circunstâncias que justificassem a sua primazia⁸⁴.

Importante destacar que no âmbito da teoria da imprevisão não se está diante de uma impossibilidade superveniente ? como na hipótese da ocorrência do caso fortuito ? , mas sim de um agravamento tão grande na responsabilidade do contratante atingido pelo evento imprevisível, que não

⁸² Relevam, ainda, as críticas feitas pelo autor português a essa teoria: “Trata-se de um esquema susceptível de deixar sem amparo algumas hipóteses merecedoras de protecção, atendendo às regras da boa-fé. Tanto basta para que não possa aceitar-se a pura e simples aplicação do critério da imprevisibilidade.” (COSTA, Mario Julio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 8ª ed., Coimbra: Almedina, p. 287)

⁸³ Art. 2º. Independentemente das causas de resolução resultante de direito comum ou das convenções, as mercadorias ou obrigações que estejam compreendidas no artigo precedente podem ser rescindidas pela ação de qualquer das partes, seja porque se estabeleceu uma razão de estado de guerra, seja porque a execução da obrigação por um dos contratantes está tão onerada que lhe causará um prejuízo cuja importância ultrapassará, em muito, as previsões que poderiam ser razoavelmente feitas à época do contrato. (*in* BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão do direito civil e no processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 90)

⁸⁴ “Así, por ejemplo, en Alemania, después de la crisis sobrevenida a la derrota en la última guerra mundial, los jueces fueron autorizados a revisar todos los contratos de tracto sucesivo y reducir las obligaciones del deudor al límite indicado por la buena-fe.” (BORDA, Guillermo A.. *Manual de Contratos*. 4ª ed. Buenos Aires: Editorial Perrot. p. 152)

seria justo exigir-lhe o cumprimento. Nesse sentido, explica GUILLERMO BORDA:

“Adiviértase que no se trata de que la prestación haya devenido de cumplimiento imposible, porque ése sería un supuesto de fuerza mayor; el deudor puede cumplir, pero hacerlo le significa um sacrificio extraordinario, no razonable. No es necesario, como se ha sostenido, que el cumplimiento coloque el deudor en un situación de ruina, bastando con que la onerosidad sobreveniente resulte repugnante a la equidad.”⁸⁵

Note-se que o acolhimento da teoria da imprevisão se deu também com base no princípio da equidade. Indicado como um dos autores responsáveis pela difusão da teoria da imprevisão no Brasil, ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA, ao explicar em que termos admitia a influência da imprevisão no domínio contratual, explicou que *“è própria noção de direito, os princípios de equidade, bastam para tanto”*. Segundo o autor, *“o sentimento de justiça dita, por si mesmo, nessa matéria, como uma resultante, a norma que irá impedir o esmagamento de um dos contratantes para enriquecimento do outro”*⁸⁶.

Para compreender que a teoria da imprevisão se assenta sobre a equidade, basta com que se atente para a função precípua desse princípio, como sendo a de adequar a justiça ao caso concreto. Considerando-se que a justiça busca constantemente a igualdade entre os indivíduos, exigir do contratante o cumprimento de uma prestação que tenha se tornado sumamente gravosa, corresponderia, em última análise, a colocar as partes contratantes em posições desiguais quanto aos sacrifícios e benefícios advindos de um contrato, em virtude de um acontecimento imprevisto, sobre o qual nenhum deles teve ingerência.

O jurista francês RIPERT, muito embora acolhesse a possibilidade de revisão dos contratos de maneira parcimoniosa, contribuiu para a consolidação da teoria ao estabelecer quais os requisitos de sua aplicação.

⁸⁵ BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones*. Vol. I. 4ª ed. Buenos Aires: Editorial Perrot, p. 141/142.

⁸⁶ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Op. cit.*, p. 244.

Segundo o autor francês, todo contrato enseja uma ordem de previsão. Por isso, apenas a superveniência de um acontecimento que estivesse além da capacidade de previsão das partes no momento da celebração do contrato, autorizaria a sua revisão. Os seguintes requisitos seriam indispensáveis para que fosse possível a intervenção judicial, nas palavras de ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA:

“É preciso, portanto, para admitir a revisão, um acontecimento extraordinário, fora de toda previsão, acarretando um tal resultado. Será preciso também que o evento torne para o devedor a execução tão difícil e onerosa que constitua uma lesão fora de proporção com os benefícios esperados. E será indispensável ainda que a álea excepcional do contrato não haja sido adiantadamente compensada pela natureza da operação feita ou pelas estipulações particulares dêle constantes.”⁸⁷

Tendo em vista que os requisitos para a aplicação da teoria da imprevisão serão analisados mais adiante, em capítulo próprio, assim como a sua difusão na doutrina brasileira, cumpre por ora destacar que a teoria da imprevisão atua como o substrato teórico que permite seja rediscutido o conteúdo contratual, no tocante ao cumprimento da prestação afetada pela superveniência de um acontecimento imprevisível e não-imputável aos contratantes, capaz de comprometer o sinalagma contratual.

Que não se imagine que a Teoria da Imprevisão desempenhou seu mais importante papel no período pós-guerra, no início e no meio do século passado. Atualmente, graças aos efeitos da globalização, à velocidade das evoluções tecnológicas e, inclusive, ao grande incremento das relações comerciais internacionais, sua aplicação e os efeitos dela advindos mostram-se mais relevantes do que nunca⁸⁸.

Diante da incerteza institucionalizada, capaz de alterar a todo tempo a equação econômico-financeira sobre a qual os contratantes basearam sua

⁸⁷ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. Op. cit., p. 230.

⁸⁸ “O contrato, realidade viva, forma de parceria, com direitos e obrigações relativas, constitui uma verdadeira inovação para os juristas, mas decorre de um imperativo categórico do mundo de hoje, que é, como vimos, caracterizado como o da descontinuidade, da incerteza e da mudança.” (WALD, Arnaldo. *A aplicação da teoria da imprevisão pelos árbitros nos litígios decorrentes de contratos de construção*. Revista de Arbitragem e Mediação, n° 17, abr-jun/2008, p. 17).

decisão de contratar, a possibilidade de modificação do conteúdo da avença acaba por revelar-se uma manifestação do princípio da segurança jurídica.

2.7 A onerosidade excessiva

A teoria da onerosidade excessiva corresponde a uma variante da teoria da imprevisão e foi desenvolvida pela doutrina italiana, tendo sido acolhida no *Codice Civile*, de 1942⁸⁹. Esse modelo inspirou o legislador brasileiro, que acabou por consagrá-lo no Código Civil de 2002, estabelecendo como condição para a outorga de efeitos à superveniência do evento imprevisível a excessiva onerosidade da prestação devida pelo contratante por ele atingido.

A teoria da onerosidade excessiva, ao invés de acentuar a imprevisibilidade do evento causador do rompimento do sinalagma contratual, põe relevo sobre a grandeza do encargo a ser cumprido pelo contratante atingido pela alteração das circunstâncias.

A doutrina italiana ensina que cabe ao juiz definir quando uma prestação se tornou excessivamente onerosa, com base em um critério objetivo. Confira-se a preciosa lição de FRANCESCO MESSINEO:

“La ley no ha determinado cuándo la onerosidad ha de considerarse excesiva; es un punto librado al prudente arbitrio del juez del hecho.

Nótese que a constituir la excesiva onerosidad concurre un aumento de onerosidad respecto de lo que era el valor de la prestación en el momento de la conclusión del contrato; y para establecer si tal aumento existe, debe recurrirse a un criterio objetivo, es decir, tener en cuenta a todos que se encontraran en la situación de haber asumido la obligación de ejecutar dicha prestación, de modo que pueda afirmarse que la prestación es excesivamente onerosa por si misma y no en relación a determinado deudor.”⁹⁰

⁸⁹ “Uma variante da Teoria da Imprevisão foi acolhida na Itália, primeiramente pela doutrina, após já no *Codice Civile* de 1942, no referente à resolução contratual.” (COSTA, Judith Martins. *Comentários ao Novo Código Civil: Do Direito das Obrigações. Do adimplemento e da Extinção das Obrigações*. V. 5, Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 245)

⁹⁰ MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*. V. II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, p. 375.

Ademais, a onerosidade excessiva pode ser verificada não somente quando a prestação torna-se excessivamente onerosa, mas também quando há diminuição da utilidade da contraprestação. Trata-se da hipótese na qual o contratante verifica que o valor da contraprestação que irá receber não corresponde ao custo dos esforços empreendidos para o cumprimento de seu encargo.

Merece destaque que os códigos civis italiano e brasileiro, conquanto não tenham erigido a imprevisibilidade a fator determinante da resolução ou revisão dos contratos atingidos por fatos supervenientes, estabeleceram que somente a onerosidade excessiva causada por fatos imprevisíveis e extraordinários autorizam a intervenção judicial em favor do contratante onerado. Por isso, caso a onerosidade excessiva tenha sido causada por um fato cuja superveniência era previsível pelas partes, não lhes assiste a possibilidade de modificação do conteúdo da avença. Nesse sentido, se mantém viva aquela lição de RIPERT, segundo a qual todo contrato corresponde a uma previsão.

Outra condição para que o contratante cuja prestação tornou-se excessivamente onerosa possa pleitar sua resolução é que os riscos normais do contrato celebrado não comportem os efeitos da superveniência daquele acontecimento imprevisto que rompeu o sinalagma contratual. Com efeito, sempre existem riscos de que o contrato celebrado, ao invés de garantir ao contratante a percepção de lucros, acabe por lhe trazer prejuízos. Assim, a lei protege o contratante apenas contra a superveniência de eventos absolutamente anormais, cuja previsão e controle refoge às suas possibilidades⁹¹. Esta noção é explicitada, com muita clareza, nos seguintes dizeres de ENZO ROPPO:

“A lógica, em suma, é sempre esta: cada contrato comporta, para quem o faz, riscos mais ou menos elevados; a lei tutela o contraente

⁹¹ Por esse motivo, existe viva discussão na doutrina brasileira quanto à possibilidade de se aplicar a teoria da imprevisão aos contratos aleatórios, nos quais de antemão as partes abrem mão da equivalência das prestações, admitindo a sua definição pela ocorrência de um evento incerto. A lei italiana, em seu art. 1.469, exclui a aplicação do princípio ao contrato aleatório.

face aos riscos anormais, que nenhum cálculo racional económico permitiria considerar; mas deixa a seu cargo os riscos tipicamente conexos com a operação, que se inserem no andamento médio daquele dado mercado. É óbvio, então, que o nível de risco correspondente à “álea normal do contrato” não se pode identificar, de modo geral e abstracto, para todo o tipo de relação contratual, mas varia em relação aos particulares tipos de negócio, aos particulares mercados, às particulares conjunturas económicas. Em regra, cabe ao juiz efectuar esta verificação (e, portanto, avaliar se a onerosidade surgida posteriormente no contrato submetido ao seu juízo pode considerar-se “excessiva”).”

O doutrinador português MENEZES CORDEIRO critica a construção italiana. Segundo ele, a “onerosidade excessiva” foi concebida inicialmente como um esquema objetivo. Mas, devido às influências subjetivantes inspiradas pelo apego à continuidade do sistema e o recurso à “álea normal” do contrato para determinar a sua verificação, a doutrina acabou por estender suas bases sobre a vontade das partes. Para ele, o conceito de álea normal conduz à noção de pressuposição, pois corresponderia aos riscos admitidos pelas partes como integrantes do contrato no momento de sua negociação⁹².

Assim, o contratante cuja prestação tenha se tornado excessivamente onerosa em virtude de um acontecimento extraordinário e imprevisível, alheio aos riscos próprios daquele negócio, pode pleitear judicialmente a sua resolução. Com efeito, ele não pode simplesmente deixar de cumprir o contrato no qual se operou o desequilíbrio, pois não se está diante de uma impossibilidade absoluta, cabendo somente ao juiz analisar se, à luz daquelas circunstâncias, a alegação de onerosidade excessiva procede.

O direito positivo brasileiro previu de duas diferentes maneiras a aplicação da teoria da onerosidade excessiva.

Com efeito, o Código de Defesa do Consumidor ? em vigor desde 1991 ? estabeleceu, no inciso V de seu art. 6º, ser direito do consumidor “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações

⁹² “É quanto basta: ao remeter a “onerosidade excessiva” para a “álea normal”, e assentando em que esta varia de acordo com os contratos – leia-se a vontade das partes na conclusão – a doutrina entrega-se a mística da vontade, que tanto critica na jurisprudência.” (CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. Op. cit., p. 1.102)

desproporcionais ou a sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”.

Portanto, verifica-se que o diploma consumerista exige, para a modificação do conteúdo do contrato, apenas que o fato superveniente tenha tornado as cláusulas contratuais excessivamente onerosas para o consumidor. Dispensa-se, portanto, o requisito da imprevisibilidade e da extraordinariedade do fato causador do desequilíbrio das prestações⁹³, eis que, no âmbito consumerista, se está diante de um outro fator: a fraqueza do consumidor relativa ao fornecedor⁹⁴.

O Código Civil de 2002, ao acolher a teoria da imprevisão sob a roupagem da onerosidade excessiva, estabeleceu outros requisitos para a possibilidade de resolução ou revisão do conteúdo negocial. Além de ser necessário que o fato seja imprevisível e extraordinário, exigiu-se também que a onerosidade excessiva da prestação de um dos contratantes corresponda a percepção de extrema vantagem pelo outro, requisito este extremamente criticado pela doutrina e que será objeto de detida análise no capítulo 4 do presente trabalho⁹⁵.

Conclui-se, portanto, que o ordenamento brasileiro, ao acolher a possibilidade de se atribuir efeitos à alteração das circunstâncias, o fez com base na teoria da onerosidade excessiva, levando em consideração os parâmetros traçados pela teoria da imprevisão, sendo esta a razão pela qual

⁹³ “Vê-se, pois, da análise deste dispositivo, que a moldura jurídica dada pelo legislador a esta teoria é peculiar, na medida em que permite a revisão contratual, *independentemente de o fato superveniente ser imprevisível*.” (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. cit., p. 273)

⁹⁴ “O regime do Código Civil é intencionalmente mais exigente que o do Código do Consumidor. Este basta-se com aqueles factores porque pressupõe um outro: a fraqueza relativa do consumidor perante o fornecedor. Por isso permite a revisão do contrato logo que a prestação se torne excessivamente onerosa.” ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil*. Revista Trimestral de Direito Civil, n° 25, jan-mar/2006, p. 101.

⁹⁵ “Primeiramente, notamos que a dicção do art. 478 faz presumir que a teoria adotada pelo codificador exige, para a sua configuração, que da superveniência do evento extraordinário e imprevisível decorra enriquecimento sem causa para uma parte em detrimento da outra”. (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. cit., p. 275)

a doutrina costuma referir-se a resolução dos contratos em virtude da onerosidade excessiva como aplicação da teoria da imprevisão⁹⁶.

⁹⁶ “O escopo da resolução por onerosidade excessiva, tal como disposta no artigo ora em análise e nos seguintes [478, 479 e 480], limita-se formalmente àquilo que na doutrina brasileira convencionou-se chamar de teoria da imprevisão (a teoria da imprevisão francesa, que deu origem ao modelo, estava originalmente ligada a contratos administrativos): além de subsequente à celebração do ajuste, a onerosidade excessiva não implica considerar-se o desequilíbrio contratual em si mesmo decisivo, senão quando se demonstre o caráter extraordinário e imprevisível da alteração das circunstâncias que o hajam determinado e quando se demonstre a vantagem extrema que tal alteração traz para o devedor.” (TEPEDINO, Gustavo et al.. *Código Civil Interpretado*: Conforme a Constituição da República. Vol. II. Renovar: Rio de Janeiro, 2006, p. 130)

Capítulo III - O CÓDIGO CIVIL DE 1916 E SUAS LIMITAÇÕES À IMPREVISÃO

Sumário: 3.1. A influência do pensamento liberal; 3.2. As crises e a legislação extravagante; 3.3. O acolhimento da imprevisão e os seus requisitos.

3.1 A influência do pensamento liberal

O Código Civil de 1916 não demonstrou grande preocupação acerca das questões sociais. A classe média brasileira experimentava um momento de relativa estabilidade econômica e, influenciada pela cultura européia, elaborou o Código baseando-se em um mundo com moeda firme, no qual os contratos não deveriam sofrer variações independentemente da vontade das partes⁹⁷.

Com efeito, o diploma civil elaborado no início do século passado foi largamente influenciado pelo Código Napoleônico, conferindo extrema relevância ao princípio jurídico da *pacta sunt servanda*.

Desse modo, compreende-se que o legislador tenha adotado uma postura rígida quanto à possibilidade de intervenção judicial nos contratos atingidos pela alteração imprevisível das circunstâncias. Alguns artigos do diploma civil, citados por ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA, demonstram esta atitude:

“Bem mais severo, nesse ponto, do que o Cód. Civil francês, o nosso Código nem ao menos facultou ao juiz a concessão de prazos ao devedor para o pagamento, ou a suspensão das diligências; banii definitivamente a lesão como causa da anulação de contratos; não autorizou qualquer abate no aluguer do prédio rústico *pelo malôgro ou esterilidade da colheita* (art. 1.214); recusou peremptoriamente ao arquiteto ou contrutor qualquer acréscimo no preço da empreitada, *ainda que o dos salários ou o do material encareça* (art. 1.246); e negou ao segurador o direito ao aumento de prêmio *“embora se hajam agravado*

⁹⁷ “O Código Civil brasileiro de 1916 foi, assim como o francês, um Código liberal. Surgiu numa sociedade de nível econômico pouco adiantado, que ainda ignorava a questão social.” (WALD, Arnoldo. *Direito Civil: Direito das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. Saraiva. p. 307)

os riscos além do que era possível se antever no contrato” (art. 1.453).⁹⁸

Grandes juristas se mostravam contrários à possibilidade de intervenção judicial nos pactos atingidos pela alteração das circunstâncias, entre eles CARVALHO DE MENDONÇA e OROZIMBO NONATO. O último, conquanto reconhecesse que em alguns casos o estrito cumprimento *“dos contractos occorrido do risco imprevisto, faz deflagrar um conflito angustiante, ‘um choque excessivamente brutal’, entre o direito e a justiça, a equidade e a observância cabal da convenção”,* justificava seu posicionamento alegando que *“os textos não resistem à distensão com que o forçaram ? não offereceram elasticidade suficiente para chegar a noção do risco imprevisto”⁹⁹.*

O jurista mineiro JAIR LINS é tido como o primeiro adepto da teoria da imprevisão no campo do direito privado brasileiro. Apoiava-se, principalmente, no art. 85 do Código anterior, segundo o qual *“nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem”,* aludindo também à boa-fé como justificativa para que se considerasse admitida no direito vigente a cláusula *rebus sic stantibus*¹⁰⁰. Confirmam-se seus argumentos:

“A boa-fé ? base do comércio e, em geral de qualquer contrato ? não permite que alguém pretenda um tal lucro em detrimento de outro, não tolera que um comerciante queira a prosperidade repentina à custa do suicídio econômico de outrem.”

⁹⁸ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. Op. cit., p. 328.

⁹⁹ NONATO, Orozimbo. *Aspectos do modernismo jurídico e o elemento moral na culpa objetiva*. Revista Forense, n° 56, jan-jun/1931, p. 8.

¹⁰⁰ Contra a possibilidade de utilização do art. 85 do Código Civil de 1916 como fundamento para a resolução de contratos atingidos por eventos imprevisíveis, manifestou-se CARVALHO SANTOS: “(...) a lei não exige o consentimento senão para a formação do contrato. O ato de vontade, que se faz preciso para sua execução, já não cabe no campo do Direito. A anormalidade da situação no momento da execução do contrato não poderá nunca influir mais sobre a validade do consentimento dado, em forma, por ocasião da celebração do contrato, mesmo porque não se poderia nunca, com fundamento induzir uma vontade em completo antagonismo, capaz de destruir mesmo a vontade anteriormente manifestada.” (SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Brasileiro Interpretado*. Vol. XII. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957 *apud* BORGES, Nelson. Op. cit., p. 515)

O autor considerava essencial que a alteração das circunstâncias fosse brusca, anormal, *“de modo que se fosse prevista, nenhum homem normal e honesto o firmaria porque o seu cumprimento importaria, para um, no suicídio econômico, e para o outro, em um enriquecimento ilícito, imoral”*¹⁰¹.

Assim, inúmeros doutrinadores de peso discutiam acerca de fundamentos hábeis a justificar ou rechaçar as teses revisionistas, invocando diversos dispositivos do Código de 1916 que demonstrassem o acolhimento da teoria da imprevisão ou a preponderância do princípio da *pacta sunt servanda*.

ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA, ao analisar os artigos que consagrariam a teoria da imprevisão¹⁰², expõe que *“de qualquer forma, porém, dêsses dispositivos especiais não parecia lícito pretender inferir uma regra de aplicação geral, expressamente repelida por outros textos”*. Segundo o autor, cuja obra foi indispensável para o estudo da teoria no espaço jurídico brasileiro, *“o sistema do nosso direito codificado não acolhia, assim, de uma maneira geral, a noção de imprevisão”*¹⁰³.

Entretanto, além dos abalos causados pelas duas Grandes Guerras Mundiais, o Brasil sofreu também com a instabilidade trazida pela Revolução de 1930. Conforme explica CAIO MÁRIO, diante dos impactos gerados por essas crises, coube ao legislador extravagante promulgar uma legislação *“mais avançada, dia a dia mais solidarista, menos contratualista, menos individualista, e por isso mesmo mais equitativa”*¹⁰⁴. Sob a influência desta nova legislação, os princípios jurídicos dominantes

¹⁰¹ LINS, Jair. “A cláusula rebus sic stantibus”. Revista Forense, nº 11, p. 512, *apud* FONSECA, Arnaldo Medeiros da. Op. cit., p. 328.

¹⁰² Os seguintes artigos foram estudados: Art. 1.059, parágrafo único: O devedor, porém, que não pagou no tempo e forma devidos, só responde pelos lucros que foram ou podiam ser previstos na data da obrigação; Art. 1.060: Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeitos dela direto e imediato; e Art. 1.250: Se o comodato não tiver prazo convencional, presumir-se-lhe-á o necessário para o uso concedido; não podendo o comodante, salvo necessidade imprevista e urgente, reconhecida pelo juiz, suspender o uso e gozo da coisa emprestada, antes de findo o prazo convencional, ou o que se determine pelo uso outorgado.

¹⁰³ FONSECA, Arnaldo. Op. cit., p. 327.

¹⁰⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. *Cláusula Rebus sic Stantibus*. Revista Forense, nº 92, out-1942, p. 798.

foram se modificando e abrindo caminhos para o acolhimento da teoria da imprevisão.

3.2 As crises e a legislação extravagante

Com efeito, o Decreto nº 19.573, de 1931, foi a primeira disposição legal brasileira a se referir à cláusula *rebus sic stantibus* na sua exposição de motivos¹⁰⁵. Esse decreto permitia a revisão ou resolução dos contratos de locação celebrados por funcionários públicos ou militares, no caso da redução de seus vencimentos em virtude da Revolução de 1930. Posteriormente, a chamada Lei de Luvas (Dec. nº 24.150, de 1934), consagrou a noção contida na cláusula, ao determinar a renovação pelo juiz dos contratos de aluguéis de imóveis destinados a fim comercial e residencial, quando não houvesse qualquer alteração nas circunstâncias que impedisse a sua prorrogação, bem como a revisão dos aluguéis convencionados se o seu valor sofresse variações além de 20% das estimativas feitas.

Outro decreto promulgado com o objetivo de intervir na economia dos contratos foi o de nº 23.501/31, que determinou a abolição da cláusula ouro e estabeleceu as condições de pagamento das dívidas em moeda estrangeira. Embora não fizesse expressa alusão à cláusula *rebus sic stantibus*, constatava-se a intenção do legislador de intervir nos contratos em prol do interesse social¹⁰⁶.

Diante da crise agrícola que se instalou em todo o mundo após o *crash* norte-americano, todos os países lançaram medidas de intervenção

¹⁰⁵ Segundo ARNOLDO WALD, “é interessante notar que a exposição de motivos no caso considera a hipótese como verdadeira força maior e esclarece que a lei não vem restringir o direito de propriedade, mas “*obedece a um alto pensamento de equidade, que o direito moderno acolhe, subordinando, cada vez mais, a exigibilidade de certas obrigações à regra rebus sic stantibus*”. (WALD, Arnaldo. *Direito Civil: Direito das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*, 18ª ed., São Paulo: Saraiva, p. 307)

¹⁰⁶ Para ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA, o Decreto aplicava-se também aos contratos que já haviam sido celebrados antes de sua vigência, em decorrência de “seus próprios termos e da finalidade da lei, motivada pela modificação profunda nas condições econômicas do mundo, com a quebra do padrão monetário em vários países”. (Op. cit., p. 335)

em favor dos agricultores. No Brasil promulgou-se o Decreto nº 23.533, em 1931, que recebeu o nome de lei de reajustamento econômico e determinou a redução de seus débitos em 50%. Outras medidas foram lançadas, tais como a suspensão das execuções judiciais para recebimento de créditos dessa natureza e a concessão de empréstimos pelo Banco do Brasil, independente de acordo entre credores e devedores.

Entre todas as disposições legais promulgadas na primeira metade do século XX, talvez a de maior relevo para o acolhimento da teoria da imprevisão tenha sido a “lei da usura”, que introduziu no ordenamento a figura jurídica da lesão subjetiva¹⁰⁷. A alínea *b* do art. 4º do Decreto nº 869, de 1938, ao definir os crimes contra a economia popular, considerava infração a usura consistente em “*obter ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade da outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor correspondente ou justo da prestação feita ou prometida*”.

Com efeito, estas disposições legais determinaram uma profunda mudança no sistema jurídico da época, mitigando a força dos princípios da liberdade e da irretratabilidade dos pactos. Nesse sentido, elucida CAIO MÁRIO:

“Analisando-se a idéia de cada um destes diplomas e de outros análogos, atinge-se um mesmo fundamento: todos eles constituem uma legislação *rebus sic stantibus*, todos eles foram promulgados para atender a certas circunstâncias, solucionar certas situações, para as quais a aplicação pura e simples, estrita e rigorosa da lei do contrato, constituiria um gravame.

(...)

Tôdas as leis dêsse grupo determinam que em casos especiais o Juiz intervenha, para alterar as condições contratuais, interpor-se entre credor e devedor, para impedir que o primeiro, esgotando integralmente suas prerrogativas, absorva e lese o segundo.”¹⁰⁸

¹⁰⁷ Veja-se o paralelo traçado por ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA: “Se a nossa lei condena, como crime, essa exploração, quando, ao contratar, alguém abusa da inferioridade de um dos contraentes, como tolerá-la e julgá-la lícita simplesmente porque só posteriormente a lesão se revela, em consequência de um evento imprevisto, contra o qual a parte não teve prudência de resguardar-se?” (Op. cit., p. 335)

¹⁰⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. *Cláusula Rebus sic Stantibus*. Revista Forense, nº 92, out-1942, p. 798/799.

Ressalte-se, ainda, a entrada em vigor da Lei de Introdução ao Código Civil, em 1942, cujos artigos 4º e 5º davam diretrizes ao juiz na aplicação da lei¹⁰⁹, determinando que, em caso de omissão, ele decidisse “*de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito*”, bem como atendendo “*aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*”.

Diante desse novo panorama legislativo, com a inclusão de princípios que atenuavam o rigor daqueles consagrados nas letras frias do Código de 1916, a corrente revisionista e a favor da consagração da teoria da imprevisão no ordenamento jurídico ganhou forças, ainda que poderosas vozes continuassem a se insurgir contra ela¹¹⁰.

3.3 O acolhimento da imprevisão e os seus requisitos

Merece destaque que o anteprojeto do Código das Obrigações, elaborado em 1941 por Filadelfo Azevedo, Hahnemann Guimarães e Orozimbo Nonato, abrigou a noção de imprevisão, a tendo incluído em seu art. 322, com o seguinte teor:

“Quando por força de acontecimentos excepcionais e imprevidos ao tempo da conclusão do ato, um obstáculo se opõe ao cumprimento exato, desta dificuldade extrema, com prejuízo exorbitante para uma das partes, pode o juiz, a requerimento do interessado e considerando com equanimidade a situação dos contratantes, modificar o cumprimento da obrigação, prorrogando-lhe o termo, ou reduzindo-lhe a importância.”

Aproximadamente duas décadas mais tarde, CAIO MÁRIO, ao elaborar outro anteprojeto do Código de Obrigações em 1963, previu expressamente nos artigos 358, 359 e 361 a possibilidade de resolução dos

¹⁰⁹ Art. 4º: Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Art. 5º: Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

¹¹⁰ Entre elas, a de PONTES DE MIRANDA, a quem é atribuída a autoria da frase: “Quem contrata deve arcar com as mudanças desfavoráveis das circunstâncias como se aproveita das mudanças favoráveis”. (BORGES, Nelson. Op. cit., p. 530)

contratos por onerosidade excessiva¹¹¹. A redação destes dispositivos é muito semelhante à dos artigos que tratam da onerosidade excessiva no Código Civil de 2002.

Contudo, mesmo a doutrina favorável à intervenção judicial em virtude da superveniência de acontecimentos imprevisíveis demonstrava-se exigente quanto aos requisitos necessários para que se operasse a resolução judicial em favor do devedor onerado. Veja-se a lição de ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA:

“Somos assim levados a reconhecer que, presentemente, em face dos princípios que resultam da legislação vigente, a superveniência de acontecimentos imprevisíveis e imprevisíveis, *alterando radicalmente o ambiente objetivo* existente ao tempo da formação do contrato e acarretando para um dos contratantes uma *onerosidade excessiva* e não compensada por outras vantagens auferidas anteriormente, ou ainda esperáveis, diante dos termos do ajuste, pode dar lugar à intervenção judicial para resolver o vínculo contratual. Para isso, porém, exige-se que às duas primeiras condições, acima fixadas, se alie uma terceira: o lucro inesperado e injusto do credor, excedente a um quinto do valor normal da prestação a que teria direito, limite êsse estabelecido em disposições análogas de nosso direito positivo.”¹¹²

Quanto aos efeitos de sua aplicação, o mesmo autor posicionava-se contra a possibilidade de revisão do conteúdo contratual pelo juiz, pois não lhe parecia lícito, na ausência de texto expresso, “*sobrepor a vontade do magistrado ao querer das partes para lhes determinar para o futuro, a observância de condições novas*”¹¹³. Assim, diante do acontecimento

¹¹¹ Art. 358: Nos contratos de execução diferida ou sucessiva, quando, por força de acontecimento excepcional e imprevisível ao tempo de sua celebração, a prestação de uma das partes venha a tornar-se excessivamente onerosa, capaz de gerar para ela grande prejuízo e para a outra parte lucro exagerado, pode o juiz, a requerimento do interessado, declarar a resolução do contrato. Parágrafo único: A sentença, então proferida, retrotrairá os seus efeitos à data da citação da outra parte.

Art. 359: A resolução do contrato poderá ser evitada, oferecendo-se o réu, dentro do prazo da contestação, a modificar com equanimidade o esquema de cumprimento do contrato.

Art. 361: Não se dará, igualmente, esta resolução nos contratos em que uma só das partes tenha assumido obrigação, limitando-se o juiz, nesse caso, a reduzir-lhe a prestação.

¹¹² FONSECA, Arnaldo. Op. cit., p. 345/346. Este último requisito correspondia à exigência contida na lei de usura, segundo a qual o contratante que, abusando da inexperiência, leviandade ou necessidade da outra parte, obtivesse lucro superior ao quinto do valor justo da prestação prometida, cometia infração.

¹¹³ Ibid, p. 348.

imprevisto, caberia ao magistrado apenas a declaração de resolução do contrato.

Muitos outros autores propuseram requisitos para a aplicação da teoria da imprevisão no ordenamento brasileiro, prevendo também seus efeitos. Entre eles, confirmam-se os indicados por OTHON SIDOU, cujo pensamento vanguardista lhe confere o destaque:

“a) a aplicação a todo e qualquer contrato, independentemente do ensejo de executar-se, excetuados apenas os de natureza aleatória, por índole;

b) a ausência de culpa do devedor quanto à alteração do ambiente objetivo existente ao tempo da conclusão do ajuste, e de mora com respeito à prestação a que se obrigou;

c) extrema onerosidade para o devedor, oriunda do fato imprevisto, de sorte que se o previsse, não teria consentido em obrigar-se; (...)”

O autor excluía do rol de condições necessárias para a aplicação da teoria o enriquecimento sem causa da outra parte contratante, afirmando tratar-se de consequência e não motivo, tendo em vista que em alguns casos à excessiva onerosidade poderia corresponder o enriquecimento do outro contratante e, em outros casos não, quando nem por isso se deixaria de verificar a onerosidade excessiva do encargo contratual. Relativamente aos efeitos, defendia “*a revisão como regra, e só resolução no caso de malogro na tentativa de reequilíbrio da obrigação*”¹¹⁴.

De fato, a doutrina e a jurisprudência brasileiras caminharam - juntamente com as novas disposições legislativas - no sentido de consagrar a possibilidade de intervenção judicial na economia dos contratos atingidos pela superveniência de acontecimentos imprevisíveis. Destaquem-se os fundamentos trazidos por NELSON HUNGRIA, ao proferir a primeira

¹¹⁴ SIDOU, J. M. Othon. *A revisão judicial dos contratos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 109/110. Com efeito, SERPA LOPES também entendia que a solução mais adequada para os contratos atingidos pela alteração imprevisível das circunstâncias seria a revisão. Eis o seu posicionamento: “*Muito discutida é a questão da fixação dos efeitos da imprevisão: se a rescisão do contrato ou tão-somente a sua simples revisão. O prof. ARNOLDO DE MEDEIROS patrocina a primeira solução. Contudo mais adequada com a natureza do instituto se nos afigura a revisão, pois não se cogita de um contrato que haja perdido a sua utilidade senão apenas um contrato que perdeu o seu equilíbrio.*” (LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil: Fonte das Obrigações – Contratos*, Vol. III. 6ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, p. 128)

sentença que admitiu a influência de acontecimentos imprevisíveis sobre a exigibilidade das obrigações do contratante por ele atingido:

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

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

É certo que quem assume uma obrigação a ser cumprida em tempo futuro sujeita-se à alta dos valores, que podem variar em seu proveito ou prejuízo; mas, no caso de uma profunda e inopinada mutação, subversiva do equilíbrio econômico das partes, a razão jurídica não pode ater-se ao rigor literal do contrato, e o juiz deve pronunciar a rescisão deste. A aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* tem sido mesmo admitida como um corolário da teoria do êrro contratual.”¹¹⁵

A jurisprudência, inicialmente vacilante, passou a aceitar a teoria da imprevisão como forma de conter as iniquidades resultantes de um apego excessivo ao princípio da *pacta sunt servanda* diante da superveniência de acontecimentos imprevisíveis que tornassem a situação do devedor demasiado gravosa.

De todo modo, quanto ao requisito da onerosidade excessiva, exigia-se a comprovação de que o cumprimento da obrigação fosse capaz de causar a ruína econômica do devedor, ao mesmo tempo que restasse demonstrado o enriquecimento sem causa do devedor. Além disso, raras vezes os Tribunais se manifestaram acerca da possibilidade de resolução do contrato em favor do contratante que vê diminuída a utilidade de sua contraprestação.

Note-se que, de maneira geral, a jurisprudência não admitia a invocação da inflação como acontecimento imprevisível apto a ensejar a

¹¹⁵ Revista de Direito, nº 100, p. 178 *apud* FONSECA, Arnaldo. Op. cit., p. 328. Tal decisão, contudo, foi reformada, em 1932, por acórdão unânime proferido pela 4ª Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal.

aplicação da teoria da imprevisão, forrando-se no entendimento manifestado por ORLANDO GOMES:

“Quem quer que contrate num país, que sofre do mal crônico da inflação, sabe que o desequilíbrio se verificará inelutavelmente, se a prestação pecuniária houver de ser satisfeita depois da celebração do contrato. O desequilíbrio é, por conseguinte, previsível, pelo que à parte que irá sofrê-lo cabe acautelar-se.”¹¹⁶

Importante para a consolidação da onerosidade excessiva como motivo para a intervenção judicial no conteúdo dos contratos no espaço jurídico brasileiro foi o advento do Código do Consumidor, que conforme explicado no capítulo anterior, garantiu aos consumidores, além da modificação das cláusulas contratuais que estabelecessem prestações desproporcionais, a “*sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas*”.

Após analisar a evolução legal da teoria da imprevisão no Brasil, ARNOLDO WALD conclui:

“Verifica-se, portanto, que mesmo antes de adotada pelo Código Civil de 2002, a teoria da imprevisão já era, desde muito, acolhida pela doutrina e jurisprudência pátrias, admitindo-se a resolução ou a revisão de contrato cujo equilíbrio econômico inicialmente pactuado pelas partes tivesse sido rompido por circunstâncias extraordinárias e imprevisíveis durante a sua execução, com o fim de restabelecê-lo.”¹¹⁷

Por fim, cabe apenas ressaltar que, diante da ausência das cláusulas gerais da boa-fé objetiva e da função social dos contratos no sistema jurídico presidido pelo Código de 1916, é compreensível que mesmo a doutrina mais favorável à possibilidade de revisão e resolução dos pactos exigisse, com mais rigor, o fiel cumprimento daqueles requisitos tidos como imprescindíveis para a aplicação da teoria da imprevisão, pois se fazia

¹¹⁶ GOMES, Orlando. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 148.

¹¹⁷ WALD, Arnoldo. *A aplicação da teoria da imprevisão pelos árbitros*. Revista de Arbitragem e Mediação, n° 17, abr-jun/2008, p. 27.

muito difícil o recurso a outros institutos para livrar o contratante do cumprimento de uma prestação que se havia tornado excessivamente onerosa.

Capítulo IV - O CÓDIGO CIVIL DE 2002 E A ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS

Sumário: 4.1. O Novo Código Civil; 4.2. O âmbito de incidência dos dispositivos legais; 4.3. Superveniência do evento; 4.4. Eventos imprevisíveis e extraordinários; 4.5. Excessiva onerosidade da prestação contratada; 4.6. “*Com extrema vantagem para a outra*”; 4.7. Intervenção judicial necessária; 4.8. Os efeitos da resolução por onerosidade excessiva; 4.9. Modificação ou resolução do contrato

4.1 O Novo Código Civil

O novo Código Civil, em vigor desde 2003, tomou como base os princípios presentes na Constituição de 1988 para garantir às relações jurídicas criadas sobre sua égide uma renovada concepção, a qual acentua o caráter valorativo de sua continuidade.

Como demonstração desse novo caráter, pautado pela eticidade, encontram-se no Código diversas noções como a boa-fé, a função social dos contratos, a vedação ao enriquecimento sem causa, a desproporção manifesta e a onerosidade excessiva, entre outras.

Com efeito, tais noções se integram à teoria dos contratos, campo do direito vigente onde mais facilmente se pode verificar este movimento de manifesto interesse pela justiça do conteúdo.

Desse modo, princípios outrora inabaláveis devem passar a conviver com esta necessária valoração das relações jurídicas, imposta pelo caráter ético e social que informam o novo diploma civil. Entre esses princípios, encontra-se o contido no brocardo *pacta sunt servanda*, mitigado em virtude do acolhimento da possibilidade de intervenção judicial no contrato, a fim de preservar o seu equilíbrio econômico e a sua finalidade social¹¹⁸.

¹¹⁸ “A consagração da resolução por onerosidade excessiva, mesmo que em termos predominantemente voluntaristas (especialmente quando comparadas aos termos constantes do CDC), ainda assim serve a demonstrar que a teoria contratual deduzida no CC pressupõe a flexibilização dos princípios clássicos, em especial, neste caso o, do princípio da intangibilidade do conteúdo do contrato, expresso pelo ancestral brocardo *pacta sunt servanda*. Afinal, por meio deste instituto, confere-se à autoridade judicial o poder não apenas de resolver o contrato, mas, igualmente, de interferir no programa contratual, mantendo a integridade do vínculo mediante a modificação equitativa dos termos e das condições contratuais.” (TEPEDINO, Gustavo et al.. *Código Civil Interpretado: Conforme a Constituição da República*. V. II. Rio de Janeiro: Renovar. p. 133)

Para assegurar a justiça substancial imanente das relações contratuais, a teoria da imprevisão foi incorporada expressamente ao ordenamento jurídico brasileiro, que seguiu a orientação italiana¹¹⁹ e adotou sob a variante da teoria da onerosidade excessiva.

Segundo ARNOLDO WALD, *‘tal medida tem por fim proteger o pacto dos acontecimentos supervenientes ou da alteração posterior das circunstâncias’*¹²⁰. A consagração dessa teoria e de seus efeitos no ordenamento jurídico brasileiro se insere dentro de uma nova concepção do instituto do contrato, no qual prepondera a preocupação com a manutenção da relação contratual como instrumento de circulação de bens e serviços dotado de funcionalidade¹²¹.

Eis a redação dos dispositivos do Código Civil, nos quais se verifica a possibilidade de revisão ou resolução dos pactos em virtude de acontecimentos imprevisíveis causadores de desequilíbrio nas prestações contratuais:

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.

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.

¹¹⁹ Código Civil italiano, art. 1.467: Nos contratos de execução continuada ou periódica, ou então de execução diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa pela ocorrência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá a parte, que deve tais prestações pedir a resolução do contrato com os efeitos estabelecidos no art. 1.468.

Art. 1.468: A resolução não pode ser pedida, se a onerosidade superveniente entra no risco normal do contrato. A parte, contra a qual é pedida a resolução, pode evitá-la, oferecendo para modificar equitativamente as condições do contrato.

¹²⁰ WALD, Arnoldo. *Direito Civil: Direito das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*, 18ª ed., São Paulo: Saraiva, p. 310

¹²¹ “Daí a necessidade de o Estado, por meio do juiz – e fundado em considerações de justiça social – intervir na economia da relação obrigacional, adaptando-a ao contexto econômico-social no qual se desenvolve dinamicamente, a fim de cumprir sua função de produção e intercâmbio de produtos, serviços e direitos.” (COSTA, Judith Martins. *Comentários ao Novo Código Civil: Do Direito das Obrigações. Do adimplemento e da Extinção das Obrigações*, Vol. 5, Tomo I. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 247)

Observa-se que a regra inserta no art. 317 buscava, inicialmente, cuidar dos casos de desvalorização monetária ocasionada pela inflação, que assolava o país nas décadas em que o Anteprojeto do Código Civil fora elaborado¹²². Com efeito, trata-se de mais uma regra “*destinada a moderar o princípio do nominalismo, possibilitando a correção do valor a ser pago em dinheiro*”¹²³. Diante da amplitude das hipóteses abarcadas pelo dispositivo, passou a ser considerada como um instrumento de revisão judicial dos contratos, permitindo que juiz a corrija o valor da prestação quando presentes as condições autorizadoras¹²⁴.

Antes de se proceder à análise dos requisitos e efeitos relativos à aplicação da teoria da onerosidade excessiva, releva apontar o entendimento de RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, quanto aos motivos pelos quais é admissível ? sendo até mesmo impositiva ? a quebra do princípio da obrigatoriedade dos pactos em virtude de circunstâncias excepcionais:

“Vista a obrigação como um processo, e um sinalagma funcional como o aspecto social mais relevante dos contratos bilaterais – porquanto é na execução que se efetuam as prestações e ficam satisfeitos os interesses das partes –, parece bem evidente que ao tempo do adimplemento, nos contratos duradouros ou de execução diferida, devem existir as circunstâncias que garantam a conservação do princípio da igualdade, expresso na equivalência entre as obrigações reciprocamente prometidas e a obtenção do fim natural do contrato. Não é preciso buscar fundamento fora da própria natureza jurídica do contrato bilateral para estabelecer, como requisito da eficácia

¹²² “Os casos mais corriqueiros de “manifesta desproporção” decorrem da desvalorização monetária, e esta era a hipótese originalmente aventada pelos elaboradores do Anteprojeto.” (COSTA, Judith Martins. *Comentários ao Novo Código Civil: Do Direito das Obrigações. Do adimplemento e da Extinção das Obrigações*, Vol. 5, Tomo I. Coordenador TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 254). A autora transcreve trecho do Parecer Final nº 749 elaborado pelo Senador Josaphat Marinho, ao examinar o Projeto de Lei da Câmara, no qual ele esclarece que “*outros fatores, e imprevisíveis, poderão ocorrer, gerando o desequilíbrio das prestações e justificando o reajustamento delas*” (in. Op. cit. 234)

¹²³ TEPEDINO, Gustavo et al.. *Código Civil Interpretado: Conforme a Constituição da República*. V. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 610.

¹²⁴ “Embora o dispositivo tenha por inspiração original uma autorização legal para que o Poder Judiciário proceda à correção monetária de prestações que se tenham desvalorizado, especialmente diante da inflação, sua redação ampla permite aplicação mais nobre e útil, como instrumento de revisão judicial dos contratos. (...) Assim, é possível sustentar que o desequilíbrio das prestações autoriza, no direito brasileiro, duas soluções: (i) a resolução do contrato; ou (ii) a sua revisão, com alteração do valor da prestação (incluindo juros, indexação, prazo, etc.). A opção por uma ou outra via dependerá do pedido e do interesse das partes envolvidas.” (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código Civil Comentado: Direito das Obrigações*, Vol. IV. Coordenador AZEVEDO, Álvaro Villça, São Paulo: Atlas, 2008. p. 218/219)

continuada do contrato, condições que assegurem a equivalência e a finalidade objetivamente procuradas”¹²⁵

Passa-se, pois, a analisar os fatores que possibilitam a intervenção judicial no conteúdo dos pactos, para modificá-los ou para resolvê-los.

4.2 O âmbito de incidência dos dispositivos legais

Nos dizeres de FRANCESCO MESSINEO, *“el remedio contra los efectos de la excesiva onerosidad encuentra su razón de ser en la distancia de tiempo corriente entre la estipulación del contrato y el momento de su ejecución.”*¹²⁶

É por este motivo que o Código Civil limitou o âmbito de atuação da possibilidade de resolução em virtude de acontecimentos imprevisíveis aos contratos de execução diferida e de execução continuada.

O jurista argentino GUILLERMO BORDA os conceitua, nos seguintes termos:

“Los contratos de ejecución diferida son aquellos en los cuales la ejecución de una prestación ha quedado postergada en el tiempo, como ocurre con las obligaciones sujetas a plazo o condición. Son contratos de ejecución continuada los de trato sucesivo, es decir, aquellos en los que las relaciones nacidas entre las partes se van desarrollando a través del tiempo, como ocurre con la locación, la sociedad, etc.”¹²⁷

Na realidade, a aplicação do instituto depende da dilação do cumprimento da prestação, motivo pelo qual ainda que se trate de uma única prestação, os remédios previstos nos artigos 317 e 478 poderão ser aplicados, desde que seu cumprimento deva se dar a prazo¹²⁸.

¹²⁵ AGUIAR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2ª ed. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004, p. 150.

¹²⁶ MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*. Vol. II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, p. 377.

¹²⁷ BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones*. Vol. I. 4ª ed. Buenos Aires: Editorial Perrot, p. 139.

¹²⁸ “Como puede observarse la ley acuerda el remedio de la resolución también para el caso de que la excesiva onerosidad se verifique a propósito del contrato de ejecución única, con tal que la prestación haya sido diferida en el tiempo, por efecto de la existencia de un termino para la ejecución.” (MESSINEO, Francesco. Op. cit., p. 377)

Outra questão que se impõe quanto ao domínio de atuação da resolução por onerosidade excessiva refere-se à possibilidade de sua aplicação aos contratos aleatórios. Estes são os contratos *“onde a medida das prestações recíprocas, ou até a susceptibilidade de as obter, são confinadas, pelos contraentes, ao acaso, que cada um espera evolua em sentido favorável para si”*¹²⁹.

Inicialmente, se negou aos contratos aleatórios a possibilidade de revisão ou resolução judicial com base na onerosidade excessiva considerando tratem-se de negócios nos quais as partes anuíram em correr o máximo de riscos¹³⁰.

Contudo, contra esse entendimento argumentou-se que nos contratos aleatórios, comparativamente aos comutativos, se está diante de uma “álea maior”, mas não ilimitada. Desse modo, se a excessiva onerosidade deriva de acontecimentos incomuns e alheios à previsão dos contratantes no momento da celebração do contrato tipicamente aleatório, não há porque se lhes negar a incidência da possibilidade de resolução¹³¹.

Interessante notar que o Código Civil argentino ? influenciado pela solução italiana assim como o Código brasileiro ? dispôs expressamente a respeito da possibilidade de resolução dos contratos aleatórios com base na onerosidade excessiva de uma das prestações, quando esta ocorre em virtude de acontecimentos estranhos aos riscos próprios do contrato. Confira-se o teor do art. 1.198, especialmente a segunda parte de seu §2º:

¹²⁹ ROPPO, Enzo. Op. cit., p. 11.

¹³⁰ “Se o fundamento do instituto do qual nos ocupamos consiste na justa e racional repartição entre os contraentes dos riscos conexos com a verificação de circunstâncias futuras, é compreensível que o remédio da resolução não deva operar para os contratos que as partes tenham inteiramente moldado sobre o risco (...). Aqui não há o problema da tutela contra um certo nível de risco, porque as partes anuíram em correr o máximo de risco.” (Ibid, p. 263)

¹³¹ “Por outro lado, às vezes ocorrem acontecimentos incomuns e alheios à previsão dos figurantes, ou seja, à álea típica do contrato autenticamente aleatório e, perante tais fatos, não se pode recusar a incidência do art. 478” (ASSIS, Araken de et al.. Op. cit., p. 712). No mesmo sentido, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO: “É verdade que se o contrato é aleatório a parte aceitou o risco. Mas a alteração das circunstâncias pode ser relevante mesmo no domínio dos contratos aleatórios, porque o que estiver para lá do risco tipicamente implicado no contrato pode ser atingido.” (*Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil*. Revista Trimestral de Direito Civil, nº 25, jan-mar/2006, p. 102)

Art. 1.198 - Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.

En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato.

En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos.

No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora.

La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato.

O mesmo ocorre em relação aos contratos gratuitos, ou mistos com liberalidade, pois o que importa é a manutenção da equação econômica livremente estabelecida pelas partes¹³². Se a alteração posterior das circunstâncias rompe com a proporção de sacrifícios e benefícios estabelecida pelas partes através da contratação, é plenamente cabível o pleito de resolução por onerosidade excessiva.

Conclui-se, portanto, que esse instituto será aplicável quando se estiver diante de um contrato no qual uma das prestações, pendente de cumprimento, tenha se tornado excessivamente onerosa, em virtude de acontecimentos estranhos aos riscos próprios do contrato.

Definidos os seus domínios, cumpre analisar, ainda, as seguintes condições extraídas do texto do artigo 478: (a) superveniência do evento posteriormente à celebração do pacto; (b) imprevisibilidade e extraordinariedade desse evento; (c) onerosidade excessiva da prestação para uma das partes; e (d) vantagem excessiva para a outra parte contratante.

¹³² “O que interessa é que a equação econômica do negócio, tal como foi querida pelas partes, seja quebrada.” (ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil*. Revista Trimestral de Direito Civil, n° 25, jan-mar/2006, p. 102)

4.3 Superveniência do evento

Quer o artigo 317 quer o artigo 478 exigem que o fato causador do pedido de resolução seja superveniente à formação do vínculo contratual¹³³.

Desse modo, o remédio legal para o desequilíbrio das prestações contratuais somente pode ser invocado quando a alteração anormal das circunstâncias ocorre após a sua conclusão e antes da execução do contrato.

Assim, sobrevindo um fato após o cumprimento das prestações acordadas, à parte que tenha sofrido o abalo patrimonial não cabe o pedido de resolução ou revisão por onerosidade excessiva. Nesta hipótese, predomina o princípio de que a coisa perece perante o dono, arcando cada parte com os riscos próprios de sua negociação, na hipótese de que não tenha extraído do negócio os benefícios que razoavelmente esperava.

Contudo, outra é a solução adotada quando, embora as prestações já se encontrem adimplidas, o evento causador da excessiva onerosidade para um dos contratantes tenha se verificado no curso da relação contratual. Neste caso, é facultado à parte cuja prestação tenha se tornado excessivamente gravosa pleitear a revisão do contrato. Entender de outro modo corresponderia a beneficiar os inadimplentes em detrimento daqueles que cumprem pontualmente os seus compromissos¹³⁴.

Questão amplamente debatida é a que diz respeito à possibilidade do devedor em mora requerer a resolução do contrato devido à onerosidade excessiva da prestação que lhe incumbe. Para solucioná-la, impõe-se analisar duas situações possíveis, capazes de criar consequências diversas.

Quando o fato superveniente, causador do desequilíbrio das prestações, sobrevém antes do implemento do termo ou da condição ? isto é, antes de tornar-se exigível a prestação ? , o contratante onerado poderá pleitear os remédios previstos nos artigos 317 e 478, mesmo que o faça em

¹³³ Conforme ressalta copiosa doutrina, a superveniência do evento causador da desproporção em relação à formação do vínculo, “é o dado que distingue a imprevisão da lesão.” (ASSIS, Araken de et al.. Op. cit., p. 713)

¹³⁴ “O princípio da justiça contratual obsta que se dê tratamento diferente e mais severo ao devedor que cumpriu sua prestação, nada obstante colossais dificuldades, comparado ao que, nas mesmas condições, reclamou em juízo o desfazimento do contrato.” (Ibid, p. 714)

mora. Não há como ignorar que a demora no cumprimento pode, inclusive, ter sido causada em virtude deste agravamento de sua responsabilidade¹³⁵.

Por outro lado, se o fato imprevisível ocorre quando o devedor já se encontra em mora, não lhe assiste a possibilidade de pleitear a resolução ou a revisão do contrato. As razões pelas quais se lhe retira tal possibilidade são devidamente explicadas por RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR:

“Se a parte já estiver em mora quando dos fatos extraordinários, não lhe cabe a defesa. O devedor em mora responde pelos riscos supervenientes, ainda que decorrentes de caso fortuito e força maior (art. 399 do Código Civil). A onerosidade é um aspecto da teoria da superveniência, e nela se afirma o princípio da responsabilidade do devedor moroso, pela impossibilidade posterior.”¹³⁶

Merece destaque o fato de que a ausência de culpa do prejudicado é expressamente prevista como requisito para a aplicação da teoria da imprevisão no Código Civil argentino, no §4º de seu art. 1.198: *No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora*¹³⁷. A respeito desse requisito GUILLERMO BORDA elucida:

“Por último, es necesario que el perjudicado no haya obrado con culpa o estuviese en mora (art. 1.198, §4º). La ley concede el beneficio solamente al contratante que no tiene nada que reprocharse. Por consiguiente, solo la mora imputable al deudor puede impedir la resolución (art. 509, *in fine*).

Digamos para concluir, que para que la mora impida la aplicación de la teoría de la imprevisión, debe haber sido anterior al momento en que sobreviene al acontecimiento extraordinario e imprevisible. Ocurrido este, la mora posterior no impide la resolución del contrato, puesto que la ley le reconoce al deudor el derecho de no

¹³⁵ A esse respeito ALMEIDA COSTA, esclarece que “se o cumprimento foi retardado mercê da impossibilidade temporária da prestação, inimputável ao devedor, já ele pode prevalecer-se do direito de resolução ou modificação do contrato, nos termos gerais.” (COSTA, Mário Júlio de Almeida. Op. cit., p. 302). De todo modo, a boa-fé impõe ao contratante prejudicado pelo advento do fato imprevisível que dê notícias acerca de suas dificuldades no cumprimento o mais rápido possível à outra parte.

¹³⁶ AGUIAR, Ruy Rosado de. Op. cit., p. 157.

¹³⁷ O mesmo fez o Código Civil português, em seu art. 438.º, segundo o qual “a parte lesada não goza do direito de resolução ou modificação do contrato, se estava em mora no momento em que a alteração das circunstâncias se verificou”.

cumplir hasta tanto no sean reajustadas equitativamente las condiciones del contrato.”¹³⁸

Assim, quedam esclarecidos alguns pontos relevantes no tocante ao momento em que se verifica a superveniência do evento causador da onerosidade excessiva, tendo em vista as suas consequências para a aplicação da teoria da imprevisão.

4.4 Eventos imprevisíveis e extraordinários

Visto que o evento que determina o rompimento do equilíbrio das prestações deve ocorrer após celebrado o contrato e antes de sua extinção, acrescenta-se a ele o requisito da imprevisibilidade para que se torne capaz de conferir à parte onerada a possibilidade de pleitear sua revisão. O artigo 478 do Código Civil exige ainda que o evento seja extraordinário ? bem como garanta à outra parte extrema vantagem ? para outorgar ao contratante a possibilidade de requerer a resolução judicial do contrato.

Recorra-se, mais uma vez, à lição de FRANCESCO MESSINEO, ao definir o requisito da extraordinariedade, exigido também pela lei italiana:

“Es acontecimiento extraordinario el que no es normal que se verifique y en el que las partes no pueden haber pensado porque está fuera de su imaginación; por lo que al carácter extraordinario del acontecimiento debe ligarse además su imprevisibilidad.”¹³⁹

O autor italiano esclarece que a previsibilidade, por sua vez, *“debe referirse al momento de la conclusión del contrato y, además, debe adecuarse al criterio de diligencia normal”*, e, em seguida, explica porque entende necessário o concurso dos requisitos em questão:

“Se requiere, pues, el concurso del carácter extraordinario y de la imprevisibilidad. Por lo tanto, es irrelevante no solamente la onerosidad excesiva determinada por un acontecimiento ordinario y previsible, sino

¹³⁸ BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones*, Vol. I. 4ª ed. Buenos Aires: Editorial Perrot, p. 143.

¹³⁹ MESSINEO, Francesco. Op. cit., p. 377.

también la determinada por un acontecimiento anormal pero previsible. Y eso tanto más si en el momento de la conclusión del contrato se habían perfilledo circunstancias que, con certeza o con extrema probabilidad, hubiesen conducido a la alteración de la situación económica tomada en consideración por las partes.”¹⁴⁰

Ainda que tal entendimento manifeste notável clareza, a exigência contida no artigo 478 de que o evento, além de imprevisível, seja extraordinário, suscitou críticas em parte da doutrina nacional. Ao analisar tal requisito, comparativamente aos contidos no art. 317, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO pondera que trata-se, na realidade, “*de uma especificação entre objetos*”, pois a qualificação como extraordinário “*está implícita na da imprevisibilidade, porque é por serem extraordinários que os acontecimentos são imprevisíveis*”¹⁴¹.

Desse modo, releva acentuar quais são os eventos que podem efetivamente ser considerados como imprevisíveis pelas partes. Serão tidos como fatos imprevisíveis aqueles que escapam à justa expectativa dos contratantes no momento da celebração do ajuste, levando-se em conta, para esta avaliação, o dever de cuidado que deles legitimamente se esperava¹⁴². Confirmam-se os conceitos elaborados por JUDITH MARTINS COSTA e RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, respectivamente:

“O que se quer afirmar é que o “imprevisível” é o que não poderia ser legitimamente esperado pelos contratantes, de acordo com a sua justa expectativa, a ser objetivamente avaliada, no momento da conclusão do ajuste.”¹⁴³

“Se o contratante, atendendo ao cuidado que dele se poderia exigir, não teve condições de pensar o fato e seus elementos essenciais (a inflação e o grau da inflação; a crise política e a sua duração; a crise

¹⁴⁰ Ibid, p. 376.

¹⁴¹ ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil*. Revista Trimestral de Direito Civil, n° 25, jan-mar/2006, p. 106.

¹⁴² Destaque-se, ainda, o conceito fornecido por GUILLERMO BORDA: “La ley habla de acontecimiento imprevisibles. No se trata de imprevisibilidad absoluta, ya que como dice MASNATTA, cualquier ocurrencia, aunque sea inesperada, es susceptible de ser conocida y eventualmente pensada. Lo que se requiere es que el hecho escape a la habitual y prudente previsibilidad.” BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones*. V I. 4ª ed. Buenos Aires: Editorial Perrot, p. 142.

¹⁴³ COSTA, Judith Martins. Op. cit., p. 253.

política e os seus efeitos sobre o contrato; a alteração das regras de câmbio etc.), o fato é imprevisível.”¹⁴⁴

Note-se que mesmo os fatos *previsíveis* poderão dar margens ao pedido de resolução ou revisão contratual quando tenham produzido efeitos *imprevisíveis* sobre o equilíbrio das prestações contratuais. Pode ser tomado como exemplo dessa hipótese a ocorrência de uma guerra, que, embora previsível ? pois, possivelmente já se verificavam distúrbios na ordem política do país ? , pode trazer efeitos mais extensos e danosos do que aqueles inicialmente esperados. Outro exemplo possível são as consequências trazidas pela inflação. Ainda que os contratantes conheçam o ambiente inflacionário em que contratam, não há como exigir que eles saibam quais serão as variações dessa taxa¹⁴⁵.

Enfim, para que o evento seja considerado imprevisível é indispensável também que a sua superveniência seja alheia à vontade das partes¹⁴⁶. Não pode o contratante que alega a excessiva onerosidade de sua prestação haver contribuído para sua ocorrência, pois, neste caso, estar-se-ia violando o princípio de que ninguém se beneficia da própria torpeza¹⁴⁷.

Expostas as características do evento imprevisível, ressalta-se que, para verificar a possibilidade de revisão ou resolução do contrato, é indispensável a observância do princípio da boa-fé objetiva, com vistas a

¹⁴⁴ AGUIAR, Ruy Rosado de. Op. cit., p. 150.

¹⁴⁵ “Importante notar que fatos *genericamente previsíveis* podem ser imprevisíveis, *quando tomados em sua especificidade e concretude*. Em outras palavras, fatos genericamente previsíveis (como guerras ou mesmo a inflação) podem provocar efeitos concretos imprevisíveis” (GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 215). Em seguida, o autor refere-se ao enunciado n^o 175, aprovado na III Jornada de Direito Civil: “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.”

¹⁴⁶ “El acontecimiento debe consistir en un hecho *objetivo*. Acontecimiento, en el sentido del 1.467, *no es el hecho propio del obligado*, esto es, lo que él haya hecho para tornar con dolo, excesivamente onerosa la prestación; ni el incumplimiento voluntario del que luego invoca la excesiva onerosidad; ni la agravación de la prestación que fuese efecto del retardo por negligencia.” (MESSINEO, Francesco. Op. cit., p. 376)

¹⁴⁷ Ao explicar a necessidade de que o evento seja um dado objetivo, ARAKEN DE ASSIS exemplifica: “Por exemplo: o custo da matéria-prima utilizada por João aumentou consideravelmente, tornando inviável a entrega dos bens manufaturados a Pedro, porque João deixou de pagar o seu fornecedor, levando-o à bancarrota e diminuindo a oferta. Nesta contingência, mostrar-se-ia contrário à boa-fé a alegação da própria torpeza.” (ASSIS, Araken de et al.. Op. cit., p. 719)

proteger o contratante que tenha sofrido a agravação de sua responsabilidade contratual bem como as justas expectativas da outra parte da avença¹⁴⁸.

4.5 Excessiva onerosidade da prestação contratada

Considerando que o instituto do qual se ocupa o presente estudo foi desenvolvido como meio de garantir a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro originalmente querido pelos contratantes, as soluções judiciais por ele previstas serão aplicáveis desde que se vislumbre um manifesto desequilíbrio entre as prestações acordadas.

Com efeito, para ensejar o pedido de revisão ou resolução do contrato, ambos os artigos 317 e 478 do Código Civil brasileiro trazem a necessidade de que a desproporção entre as prestações seja superior às oscilações normais que a relação de equivalência entre elas pode sofrer.

Se a variação entre o proveito e o sacrifício de cada contratante é normal, ou seja, cabe dentro dos riscos próprios que eles tomam no momento da contratação, não há que se cogitar na intervenção judicial na economia do contrato, até porque a relação de equivalência entre a prestação e a contraprestação não tem caráter absoluto.

Conforme explica ENZO ROPPO, à liberdade de contratar está ligada, necessariamente, a responsabilidade pelo cumprimento dos pactos assumidos, “*è, portanto, a assunção do risco relativo à possibilidade de a operação, de que se esperavam lucros, causar, ao invés, prejuízos*”¹⁴⁹.

Contudo, se este agravamento supera as previsões tomadas pelas partes no momento da celebração do contrato, tornando seu cumprimento excessivamente oneroso para uma delas ? ou para ambas ? , em virtude de

¹⁴⁸ “Tal elemento deve ser analisado na casuística, para evitar que uma das partes, que não deseja suportar os ônus pactuados, aproveite-se da previsão legal para não cumprir o que foi previamente contratado. Sem dúvida, o papel do juiz terá extrema relevância para cumprir o cunho de justiça social que está embutido nessa norma, sem trazer insegurança para as relações contratuais.” (WALD, Arnaldo. Direito Civil: Direito das obrigações e teoria geral dos contratos, 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 311)

¹⁴⁹ ROPPO, Enzo. Op. cit., p. 259/260.

um acontecimento que elas não podiam razoavelmente prever, a lei outorga ao contratante atingido a possibilidade de desvencilhar-se do vínculo contratual.

Para verificar se o cumprimento da obrigação se tornou excessivamente oneroso faz-se mister uma análise objetiva¹⁵⁰. Segundo ORLANDO GOMES, *“a prestação não deve ser excessivamente onerosa apenas em relação ao devedor, mas a toda e qualquer pessoa que se encontrasse em sua situação”*¹⁵¹. De todo modo, tampouco é necessário que a onerosidade seja capaz de causar a ruína econômica do contratante para que se lhe outorgue a possibilidade de requerer a intervenção judicial¹⁵², o que demonstra a influência do princípio da boa-fé objetiva nos parâmetros adotados para aplicação do texto legal.

Importante, ademais, ressaltar que a onerosidade excessiva pode atingir também o credor, quando a contraprestação que lhe toca teve seu valor tão drasticamente reduzido em relação à prestação que ele adimplira, que se torna excessivamente oneroso recebê-la¹⁵³. Trata-se da onerosidade excessiva indireta, de acordo com a classificação de ARAKEN DE ASSIS, na qual também se verifica o rompimento do sinalagma contratual.

A exigência de que a desproporção causada pelo evento superveniente seja objetivamente apreciável e tenha caráter manifesto atendem, por certo, aos imperativos da segurança jurídica, eis que não se pode deixar ao alvedrio de um dos contratantes livrar-se do vínculo assumido quando apenas se frustraram suas expectativas de lucro ou sua

¹⁵⁰ Confira-se o exemplo dado por ARAKEN DE ASSIS: “Por exemplo: o valor do aluguel pago por João ao locador Paulo aumentou consoante os índices naturais e previstos, e harmoniza com o preço médio do mercado, mas João trocou de emprego e, recebendo salário menor, o aluguel tornou-se excessivamente oneroso. Não cabe, na hipótese aventada, a adaptação do contrato à renda de João, pois falta ao acontecimento generalidade e, na contrapartida, vantagens excessivas para o locador.” (ASSIS, Araken de et al.. Op. cit., p. 720)

¹⁵¹ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 214/215.

¹⁵² “No procede reconocer que el derecho de resolución sólo haya de otorgarse si de lo contrario amenaza una ruina inminente.” ENNECERUS, Ludwig. *Derecho de Obligaciones*, Tomo II, V. II. Barcelona: Librería Bosch, 1933, p. 211.

¹⁵³ “Quando a modificação das circunstâncias supervenientes reduzir de tal forma o valor da prestação, o desgaste já não está em prestá-la, mas sim em recebê-la, com a quebra da equivalência entre as prestações correspectivas, pelo ônus resultante do recebimento de uma prestação ou de uma contraprestação já insignificante ou inútil.” (AGUIAR, Ruy Rosado de. Op. cit., p. 150)

situação pessoal alterou-se de modo a tornar mais difícil o cumprimento do contrato¹⁵⁴.

4.6 “Com extrema vantagem para a outra”

Duramente criticada foi esta exigência inserida no art. 478 do Código Civil, pois sequer encontra guarida na lei italiana que inspirou a regulação da alteração das circunstâncias no direito brasileiro.

Conquanto demonstre a necessidade de que a desproporção entre as prestações seja profunda para ensejar a resolução do contrato atingido pelo evento imprevisível e extraordinário¹⁵⁵, tal disposição limita o âmbito de aplicação do dispositivo e ignora a possibilidade – mais provável – de que ambas as partes tenham sido oneradas pela superveniência do evento.

Por todas, confira-se a crítica de RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR:

“Entre os seus requisitos, além da extraordinariedade dos acontecimentos imprevisíveis e do ônus excessivo para uma das partes, figura o da extrema vantagem para a outra, o que limita ainda mais o âmbito de abrangência da cláusula. Os fatos modificativos extraordinários incidem, quase sempre, de modo igual sobre as duas partes, tornando inviável a prestação, sem que disso decorra vantagem à outra; assim a guerra, as revoluções, os planos de intervencionismo econômico, etc. Portanto, o último requisito é absolutamente inadequado para a caracterização da onerosidade, que existe sempre que o efeito do fato novo pesar demais sobre um, pouco importando que disso decorra ou não vantagem ao outro.”¹⁵⁶

Desse modo, conclui-se que o Código Civil brasileiro ? muito embora lhe assista o mérito de ter acolhido a disciplina da revisão e

¹⁵⁴ “A segurança jurídica impede que sobre todas as relações da vida pare a ameaça de apreciação judicial, por invocação da alteração das circunstâncias.” (ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil*. Revista Trimestral de Direito Civil, nº 25, jan-mar/2006, p. 108.

¹⁵⁵ “O requisito tem sido muito criticado, mas é compreensível na medida em que o fundamento da revisão e resolução por onerosidade excessiva é justamente o desequilíbrio entre as prestações, isto é, a perda de reciprocidade entre elas. E este desequilíbrio é sem dúvida mais evidente quando há, de um lado, onerosidade excessiva, e, de outro, vantagem extrema.” (GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 214/215).

¹⁵⁶ AGUIAR, Ruy Rosado de. Op. cit., p. 152.

resolução dos contratos em virtude da alteração das circunstâncias ? acabou por dar configuração muito limitada a este instituto.

Sendo assim, verificado o rompimento da equação econômica originalmente pactuada pelas partes sem o correspondente preenchimento de todos os requisitos aventados pela lei, cabe ao intérprete buscar nas cláusulas gerais contidas nesse diploma ? tais como a boa-fé, a função social do contrato e, inclusive, no princípio que veda o enriquecimento sem causa ? suporte para conceder ao contratante excessivamente onerado a possibilidade de restabelecer o equilíbrio do contrato ou resolvê-lo¹⁵⁷.

4.7 Intervenção judicial necessária

Configurada a onerosidade excessiva da prestação, o contratante atingido pelo fato modificador das circunstâncias deve pleitear em juízo a resolução do contrato. A própria dicção do art. 478 dá mostras de que a onerosidade excessiva opera seus efeitos apenas através da intervenção judicial. Com efeito, os termos “pedir”, “sentença”, e “citação” ajudam nesta conclusão.

Como se viu, a onerosidade excessiva não caracteriza impossibilidade da prestação tal qual a força maior, cuja superveniência opera seus efeitos liberatórios imediatamente sobre o devedor. Trata-se de uma hipótese de dificuldade no cumprimento da obrigação, motivo pelo qual cabe apenas ao juiz decidir se o encargo do devedor é tão desproporcional a ponto de desobrigá-lo. Essa exigência é justificada pela alegação de que não poderia ficar ao arbítrio do contratante interessado na

¹⁵⁷ “No entanto, considerando que a resolução por onerosidade excessiva está hoje inserida em um sistema normativo que consagra como princípios contratuais a boa-fé e a função social, é bem possível, e mesmo recomendável, que os pressupostos deduzidos de uma interpretação meramente literal do art. 478 sejam relidos à luz destes novos princípios, despregando-se, assim, daquele antigo modelo correspondente à teoria da imprevisão.” (TEPEDINO, Gustavo et al.. *Código Civil Interpretado: Conforme a Constituição da República*, Vol. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 131)

resolução do contrato a possibilidade de deixar de cumpri-lo sob o fundamento de que seu adimplemento tornou-se extremamente difícil.

Por isso, caso o contratante que alega a excessiva onerosidade simplesmente deixe de cumprir o contrato, ele pode incorrer nas penas próprias do inadimplemento contratual. Eis a lição de FRANCESCO MESSINEO sobre o tema:

“La parte sobre la que pesa la excesiva onerosidad no queda por eso solo exonerada del deber de cumplimiento; simplemente se le permite pedir al juez, aun bajo forma de excepción, la resolución del contrato (art. 1.467, primer inciso *in fine*). Si ella se abstiene sin más de cumplir, comete un acto arbitrario que la hace incurrir por de pronto en mora debendi y, en definitiva, la hace incumpliente con todas las consecuencias del caso (cumplimiento forzado o resolución del contrato, sin perjuicio del resarcimiento de los daños: arts. 1.218 y sigtes.); ya que su incumplimiento es injustificado por cuanto no puede equipararse a la dificultad, de la que aquí se trata, a la imposibilidad de cumplimiento.”¹⁵⁸

A resolução por onerosidade excessiva pode ser requerida por ambos os contratantes, tanto pelo credor como pelo devedor, bastando com que se verifiquem seus requisitos autorizadores¹⁵⁹. Lembre-se que mesmo o contratante que já tenha adimplido a sua prestação pode alegar a excessiva onerosidade, desde que o evento imprevisível que a causou tenha ocorrido antes da extinção do contrato.

Além disso, a parte pode alegar a onerosidade excessiva como defesa na ação de inadimplemento ou usá-la para reconvir na ação de adimplemento (requerendo seja decretada a resolução do contrato)¹⁶⁰. Por certo, o contratante contra o qual é requerida a resolução do contrato em virtude de onerosidade excessiva não pode, por sua vez, pedir seja resolvido o negócio em virtude do inadimplemento, pois apenas após julgado o

¹⁵⁸ MESSINEO, Francesco. Op. cit., p. 382.

¹⁵⁹ “A resolução por onerosidade excessiva tem a característica de poder ser utilizada por ambas as partes, seja pelo devedor, seja pelo credor, quando atingidos por circunstâncias supervenientes que tornam excessiva a onerosidade da continuação do laço contratual, dificultando a prestação pelo devedor ou evidenciando que o cumprimento da relação obrigacional, assim como previsto, é excessivamente onerosa ao credor em razão da perda que sofre pela falta de equivalência entre a prestação e a contraprestação.” (AGUIAR, Ruy Rosado de. Op. cit., p. 154)

¹⁶⁰ “O contratante pode arguir a onerosidade excessiva como defesa, ou em reconvenção, na ação de adimplemento, ou na de resolução.” (Ibid, p. 157)

pedido de resolução por onerosidade excessiva será possível verificar se o incumprimento foi ou não legítimo¹⁶¹.

Embora a mora configurada posteriormente ao advento do evento imprevisível não impeça o devedor de pleitear a resolução contratual em juízo, ele deve fazê-lo o mais rápido possível, em observância ao princípio da boa-fé. O comportamento do devedor será sempre apreciado à luz desse princípio, levando-se em consideração se ele podia ter tomado as providências possíveis para o cumprimento do contrato diante da iminência de fatos futuros capazes de agravar a onerosidade de sua prestação, e, se não o fazendo, agrediu qualquer dos deveres secundários de conduta¹⁶².

Com efeito, releva acentuar a observação feita por ARAKEN DE ASSIS, no sentido de que *“o recurso necessário à via judicial, sempre que a previsão dos figurantes nada estipulou no contrato revela-se solução dispendiosa e demorada”*. Assim, o autor sugere:

“A solução preferível residiria na possibilidade de o interessado resolver o contrato mediante declaração à contraparte, cabendo a esta, por seu turno, propor a adequação, não se conformando com a dissolução do negócio, e decidindo o órgão judiciário, por iniciativa de qualquer delas, na falta de acordo.”¹⁶³

A solução engendrada pelo autor corresponde, em última análise, à encontrada pelos agentes do comércio internacional, que ao sistematizarem os princípios do UNIDROIT, previram expressamente a possibilidade das partes acrescentarem aos seus contratos a cláusula *hardship*, que cria para eles a obrigação de renegociar os termos do contrato atingido pela alteração

¹⁶¹ “Ha de considerarse que la parte contra la que se haya pedido la resolución del contrato por excesiva onerosidad no puede a su vez pedir la resolución del contrato por incumplimiento sino en cuanto sea rechazada la demanda de resolución del contrato por excesiva onerosidad, porque sólo así queda constatada la ilegitimidad del incumplimiento del deudor de la prestación que se pretendía excesivamente onerosa.” (MESSINEO, Francesco. Op. cit., p. 384)

¹⁶² “Deverá sua alegação ser apreciada à luz da boa-fé, pois o comportamento do devedor que, p. ex., ainda no prazo para efetivar a prestação, deixa de tomar as medidas possíveis e recomendadas para o cumprimento do contrato, uma vez evidenciada a iminência de fatos futuros e extraordinários determinantes da onerosidade, demonstra comportamento contrário aos deveres secundários de conduta.” AGUIAR, Ruy Rosado de. Op. cit., p. 150.

¹⁶³ ASSIS, Araken de et al Op. cit., p. 723/724.

radical das circunstâncias em que fora celebrado. A cláusula *hardship* será o tema tratado no próximo capítulo.

4.8 Os efeitos da resolução por onerosidade excessiva

Diante dos fatores que autorizam a resolução por onerosidade excessiva, cabe ao juiz determiná-la, liberando a parte do cumprimento de um contrato cuja economia fora severamente atingida em virtude de um acontecimento imprevisível. Tal provimento judicial tem natureza constitutiva e seus efeitos aproximam-se aos produzidos pela resolução judicial em face de inadimplemento involuntário.

O art. 478 determina que os efeitos da sentença retroajam à data da citação. Na realidade, diante de um contrato de execução única e diferida, haverá restituição dos valores eventualmente já entregues, devidamente corrigidos, e as partes retornarão à situação anterior. Porém, tratando-se de contrato de execução continuada ou periódica, as prestações devidamente cumpridas antes da superveniência do fato imprevisível não serão atingidas pelos efeitos da resolução, pois a sua *solutio* espontânea já produziu efeitos¹⁶⁴. As prestações cumpridas na pendência da lide, por outro lado, poderão ser revistas quando executada a sentença judicial¹⁶⁵.

Sendo a onerosidade excessiva um fato objetivo, causado por motivo alheio à vontade do contratante onerado, não lhe pode ser atribuída a responsabilidade pelo pagamento de perdas e danos, tal como ocorre no caso de resolução por impossibilidade superveniente da prestação¹⁶⁶.

¹⁶⁴ “A sentença judicial que resolve um contrato por excessiva onerosidade produz, entre as partes, efeito retroativo. Em se tratando de contrato de execução única e diferida, extingue-se, voltando as partes à situação anterior, pelo que haverá restituição, tal como nos casos de resolução decorrentes de outras causas, mas se o contrato é de execução continuada ou periódica, as prestações satisfeitas não são atingidas, pois se consideram exauridas.” (GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 215)

¹⁶⁵ “Como, porém, não é possível ao contratante cessar pagamento ou recebimento, a pretexto de onerosidade excessiva, pois que a intervenção na economia do contrato é obra da Justiça, as prestações dadas ou recebidas na pendência da lide estarão sujeitas a modificação na execução da sentença que for proferida.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de Direito Civil: Contratos*, Vol. III, 12^a ed. Rio de Janeiro: Forense. 2006. p. 166)

¹⁶⁶ “Como en el caso de resolución por imposibilidad superveniente de la prestación y a la diferencia de la resolución por incumplimiento, la resolución por excesiva onerosidad no da a la

Demonstrados os efeitos produzidos pela resolução do contrato, conforme prevista pelo artigo que regula a onerosidade excessiva em nosso diploma civil, cumpre, ainda, analisar o fundamental papel desempenhado pelo princípio da conservação dos negócios jurídicos, relacionando-o às hipóteses de revisão contratual previstas pelo legislador.

4.9 Modificação ou resolução do contrato

Do que até agora se expôs, poder-se-ia concluir que ao devedor da prestação excessivamente onerosa cabe apenas a possibilidade de pleitear a resolução do contrato, nos termos do disposto pelo art. 478. Da mesma forma, pela análise do art. 479¹⁶⁷, o pedido de revisão do contrato estaria reservado ao credor com interesse em impedir o desfazimento do vínculo contratual.

Ocorre que tal interpretação hermética dos dispositivos em questão vai de encontro às funções desempenhadas pelas cláusulas gerais que informam o sistema jurídico atual e não se coaduna com o princípio da conservação dos negócios jurídicos, ao qual o novo Código conferiu extrema relevância¹⁶⁸.

Diante da preponderância deste princípio no ordenamento brasileiro e levando-se em consideração que o legislador, em outras hipóteses, conferiu ao devedor excessivamente onerado a possibilidade de requerer a revisão do contrato, a doutrina e a jurisprudência brasileiras vêm

contraparte que sufre la resolución el derecho a interponer demanda de resarcimiento del daño contra quien ha obtenido la sentencia que pronuncie dicha resolución.” (MESSINEO, Francesco. Op. cit., p. 390)

¹⁶⁷ Art. 479: A resolução poderá ser evitada oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

¹⁶⁸ “Há, porém, que contar com o princípio da conservação ou aproveitamento do negócio jurídico, que devemos considerar um princípio geral, embora só se manifeste na lei em casos singulares. É dele afloramento o art. 184, sobre a redução de negócios jurídicos inválidos; e mais incisivamente, o art. 170, inovação do código actual, que permite a conversão do negócio nulo noutro de que contenha os requisitos, quando o fim que as partes visavam permita supor que o tenham querido, em caso de nulidade.” (ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil*. Revista Trimestral de Direito Civil, n° 25, jan-mar/2006. p. 107)

considerando possível que o devedor atingido pela superveniência de acontecimentos imprevisíveis pleiteie sua modificação¹⁶⁹.

Segundo o autor JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO, a revisão contratual requerida pelo devedor onerado poderá ser deferida pelo juiz quando se trate de uma modificação quantitativa nos termos da avença. Caso seja necessária uma modificação qualitativa, o autor entende que o juiz não poderá decretá-la sem a anuência do credor, pois o conteúdo do pacto está necessariamente fundado no consenso dos contratantes, não cabendo ao juiz introduzir uma cláusula contratual que não foi livremente estipulada pelos contratantes¹⁷⁰.

Além disso, quando a revisão for pedida pelo devedor onerado, o credor pode legitimamente se opor a ela, requerendo a resolução do contrato quando considere impossível o restabelecimento de seu equilíbrio econômico original. Confira-se a lição do jurista português:

“Pode a parte, em vez de pedir a resolução, pedir a modificação? Já dissemos que sim, por força do princípio da conservação dos negócios jurídicos.

Pode a contraparte, uma vez pedida a modificação, reconvir com o pedido de resolução? Entendemos que sim, quando o equilíbrio contratual não puder ser sanado com a modificação quantitativa.”¹⁷¹

¹⁶⁹ “Ademais, o art. 317 (que expressamente admite a *correção* do valor da prestação devida) e os demais dispositivos do Código Civil de 2002 atinentes à contratos específicos (v.g., art. 620, sobre a empreitada; e art. 770, parte final, sobre o seguro), demonstram sem dificuldade que o sistema do Código permite que a parte cuja prestação tornou-se excessivamente onerosa pleiteie a revisão do contrato (para reduzir ou modificar a prestação), quer se trate de contratos sinalagmáticos ou de contratos unilaterais.” (GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 216). Conforme assinala o autor, tal entendimento foi acolhido pelo enunciado n^o 176, aprovado 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.”

¹⁷⁰ (ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil*. Revista Trimestral de Direito Civil, n^o 25, jan-mar/2006. p. 107). Um contrato de transporte marítimo pode ser tomado como exemplo para ilustrar esta hipótese: O transportador A obriga-se a transportar a mercadoria adquirida pelo comprador B pela via marítima, mas as condições climáticas da região em que ele atravessaria com a embarcação impedem que ele realize o caminho mais curto, tornando-se excessivamente oneroso para ele realizar o único trajeto possível para alcançar o porto do comprador, que é muito mais longo. Proposta a demanda resolutória com fundamento na onerosidade excessiva, o juiz pode modificar o contrato para adequar a contraprestação ao aumento dos custos em que o transportador A incorrerá, mas não poderá obrigar o comprador B a receber as mercadorias em outro porto, distinto do lugar que se havia contratado inicialmente.

¹⁷¹ ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil*. Revista Trimestral de Direito Civil, n^o 25, jan-mar/2006, p. 108.

Ao contrário dos Códigos Civis italiano e brasileiro, o Código Civil Português outorgou ao contratante onerado a possibilidade de pleitear a revisão ou a resolução do contrato. O art. 437/1º do referido diploma dispõe que, diante da alteração anormal das circunstâncias sobre as quais se fundou a decisão de contratar, “*tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade*”¹⁷². Tal previsão, como se vê, adequa-se melhor aos objetivos da sistematização dos efeitos gerados pela onerosidade excessiva, tendo em vista que é justamente a parte lesada quem pode melhor discernir se lhe resulta mais favorável a manutenção ou a extinção do contrato, cabendo, de todo modo, à contraparte a possibilidade de se opor ao pedido¹⁷³⁻¹⁷⁴.

Pelos termos do art. 479, verifica-se que o contrato atingido pelo evento imprevisível pode ser alterado de duas formas. Pela primeira, o credor limita-se a oferecer sejam modificadas (melhoradas) as condições do contrato e cabe ao juiz alterá-lo equitativamente¹⁷⁵. O credor pode, ainda, oferecer uma modificação determinada, que julgue suficiente, cabendo ao juiz analisar se as condições de modificação propostas são equitativas. Se o juiz entender que são suficientes para restabelecer o equilíbrio econômico do contrato, ele efetuará o reajuste sobre tais bases, mas, caso ele entenda

¹⁷² Segundo ALMEIDA COSTA, “a lei optou, assim, por um sistema misto de resolubilidade ou revisibilidade, com o que melhor se torna possível encontrar a solução mais justa para o caso concreto.” (COSTA, Mário Júlio de Almeida. Op. cit., p. 308).

¹⁷³ O §2º do art. 437 do Código português dispõe: Requerida a resolução, a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato nos termos do número anterior.

¹⁷⁴ Segundo RUY ROSADO DE AGUIAR, ainda que o devedor tenha requerido a resolução do contrato e o credor não tenha se oferecido a modificar suas condições equitativamente, “o juiz pode deferir menos do que o desfazimento do vínculo, limitando-se à revisão do contrato.” Justificando seu posicionamento, o autor assevera: “Ainda que inexista manifestação do réu, o juiz poderá usar das cláusulas antes referidas para manter o contrato e apenas revisar as cláusulas. Isso porque, uma vez aceita no sistema a resolução por modificação superveniente, impõe-se o consectário da possibilidade de o juiz fazer alteração parcial do contrato, dando assim prevalência à conservação do negócio, em vez de extingui-lo. Antes de ser uma solução contrária à vontade das partes, é a que mais a preserva, com os ajustes determinados pelos fatos posteriores à celebração. Do ponto de vista econômico, o interesse maior está na realização das prestações combinadas, de forma que possam ser cumpridas sem a violação à princípios jurídicos que informam a atividade negocial.” (AGUIAR, Ruy Rosado de. Op. cit., p. 145).

¹⁷⁵ ARAKEN DE ASSIS, em seus comentários ao art. 479 assevera que cabe ao réu estabelecer quais as novas condições do acordo no momento da oferta: “Não basta o réu atribuir ao juiz o poder de fixar livremente as novas condições do contrato. Do órgão judiciário se espera, ao invés, que analise a idoneidade de as condições apresentadas pelo figurante reconduzirem à equivalência das prestações no contexto da álea normal do contrato.” (ASSIS, Araken de et al.. Op. cit., p. 732).

que as condições oferecidas são insuficientes, ele declarará o contrato resolvido¹⁷⁶, acolhendo o pedido do devedor excessivamente onerado.

Importante assinalar que a oposição do credor à resolução do negócio através da oferta da mudança equitativa de seu conteúdo deve ocorrer tão logo lhe caiba falar nos autos, eis que, entendendo o devedor onerado que o credor já não possui interesse na conservação do negócio ele pode interromper ? legitimamente ? os seus esforços para que o contrato seja cumprido, sendo certo que retomá-los posteriormente lhe demandaria ainda mais sacrifícios.

Como se demonstrou, a modificação do contrato pode ocorrer através do requerimento do devedor onerado ou quando for acolhida a oferta do credor para que as condições do contrato sejam equitativamente modificadas. Portanto, sobreleva a importância do princípio da equidade, decisivo no domínio da imprevisão, a ser observado também no momento de formação da nova equação econômica do contrato.

¹⁷⁶ Nos dizeres de GUILLERMO BORDA: “Cuál es el mecanismo mediante el que se pone en movimiento este derecho? Caben dos soluciones: o bien la parte se limita a decir que ofrece mejorar equitativamente las condiciones del contrato dejando librado al juez la fijación de ellas; o bien ofrece una determinada mejora, que estima suficiente, en cuyo caso al juez le cabe esta alternativa: o bien declara que las condiciones ofrecidas son equitativas y ordena cumplir el contrato una vez efectuado el reajuste; o bien considera que no lo son, en cuyo caso declarará resuelto el contrato.” (BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones*, Vol. I, 4ª ed. Buenos Aires: Editorial Perrot, p. 139.)

Capítulo V - A CLÁUSULA HARDSHIP

5.1 O problema da alteração das circunstâncias nos contratos internacionais; 5.2 A Cláusula de Hardship; 5.3 O dever de renegociação

5.1 O problema da alteração das circunstâncias nos contratos internacionais

Nos últimos capítulos se buscou delinear os efeitos da superveniência de eventos imprevisíveis causadores de um desequilíbrio na economia contratual. Este problema, que diz respeito às relações entre o contrato e o tempo, é ainda mais agudo no campo dos contratos internacionais, geralmente expostos a uma margem maior de oscilações relativas a atos governamentais, fluxos cambiários, disposições tributárias e, inclusive, atos da natureza.

Por outro lado, os contratos internacionais, via de regra, regulam relações de longo prazo, que envolvem grande transferência de tecnologia, bem como esforços conjuntos na área de infra-estrutura e produção, com aporte de capital expressivo pelas partes envolvidas na operação econômica. Além disso, o desfazimento do vínculo contratual revela-se pouco útil para os contratantes, pois a busca por novos parceiros internacionais é, muitas vezes, dificultada em virtude do desconhecimento dos mercados estrangeiros ou por sua estrutura pouco concorrencial. Ademais, o ressarcimento de todos os valores despendidos durante a vigência do contrato se afigura pouco provável.

Com efeito, viu-se também que diversas teorias buscaram fundamentar a atribuição de efeitos à alteração das circunstâncias, bem como definir as suas condições de aplicabilidade no seio dos contratos atingidos por eventos supervenientes, sendo que os países envolvidos no comércio internacional acabaram por adotar soluções diversas em seus ordenamentos jurídicos. Portugal, por exemplo, adotou a solução oferecida pela Teoria da Base do Negócio, enquanto a Inglaterra acolheu o instituto

da *frustration of purpose* e a França limitou o acolhimento da teoria da imprevisão aos contratos administrativos.

A disparidade das respostas alcançadas pelos ordenamentos jurídicos se opõe às necessidades das relações comerciais internacionais, incrementadas graças à globalização e aos avanços dos meios de transporte e de comunicação, que necessitam de soluções jurídicas céleres e que proporcionem segurança aos contratantes.

Nesse sentido, ganham ainda mais importância as soluções oferecidas pela *lex mercatoria*, criada no âmbito do comércio internacional. Trata-se de um conjunto de diversas regras de direito substantivo, desenvolvido pelos próprios agentes econômicos, cujo objetivo é reger as relações internacionais do comércio, independizando-os do direito positivo dos Estados aos quais estão ligados.

No seio da *lex mercatoria* foi desenvolvida a figura do *hardship*, cuja tradução corresponde a uma adversidade, um infortúnio, com os quais as partes podem se deparar na execução do contrato. Nos dizeres de LUCIANO BENNETTI, verifica-se a situação de *hardship* quando ocorre um desequilíbrio econômico na “*relação contratual que exigiria uma adaptação do contrato para evitar sua extinção ou mesmo a quebra de uma das partes, analogamente à conhecida figura rebus sic stantibus ou da onerosidade excessiva*”¹⁷⁷.

Desse modo, os contratantes internacionais criaram o costume de apor ao contrato celebrado uma *cláusula de hardship*, a qual estabelece um dever de renegociação, quando ocorre uma alteração significativa das circunstâncias capaz de comprometer o seu equilíbrio. É um modo de permitir a flexibilização e a adequação do conteúdo do contrato à nova realidade, através de uma renegociação levada a cabo pelas partes que o celebraram. Tendo em vista a possibilidade de que não haja consenso entre

¹⁷⁷ TIMM. Luciano Benetti. *A manutenção da relação contratual empresarial de longa duração: o caso da hardship*. Revista Trimestral de Direito Civil, n° 27, jul-set/2006, p. 238.

eles, a cláusula normalmente dispõe sobre os mecanismos para a solução de controvérsias, sendo o recurso à arbitragem o mais comum entre eles.

Com efeito, a *hardship* foi expressamente prevista no corpo dos Princípios do UNIDROIT¹⁷⁸, que representam uma das manifestações da *lex mercatoria*. Estes Princípios correspondem a uma tentativa de codificação das normas relativas aos contratos internacionais, podendo ser usado como guia para a elaboração de cláusulas pelas partes contratantes e também pelos juízes e árbitros na solução de conflitos pertinentes aos negócios celebrados sob sua influência¹⁷⁹.

A partir da codificação dos Princípios do UNIDROIT e de sua inclusão entre eles, a *cláusula hardship* ganhou ainda mais espaço no direito internacional privado, conforme explica LAURO GAMA:

“A disciplina do *hardship* nos Princípios do UNIDROIT deu novo impulso ao reconhecimento e aplicação do instituto nos contratos de comércio internacional. Antes do seu advento, a jurisprudência arbitral apenas reconhecia a existência do *hardship* como parte integrante da *lex mercatoria*, sob a denominação de *rebus sic stantibus*, mas exprimia a regra com conteúdo genérico e impreciso. Desde 1994, multiplicaram-se as decisões arbitrais que, invocando os artigos 6.2.1 a 6.2.3 dos Princípios, deram contornos mais bem definidos ao *hardship*, ora tratando-o como parte integrante da *lex mercatoria*, ora como uso do comércio internacional.”¹⁸⁰

¹⁷⁸ “O UNIDROIT é uma organização intergovernamental independente com sede em Roma – foi criado em 1926 por iniciativa da Liga das Nações, como um órgão auxiliar desta. O UNIDROIT foi constituído com o objetivo de estudar as necessidades e métodos para modernização, harmonização e coordenação do direito privado e comercial dos Estados.” (MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. *O Princípio contratual da boa-fé. O direito brasileiro e os princípios do UNIDROIT relativos aos contratos internacionais*. Revista Trimestral de Direito Civil, nº 25, jan-mar/2006. p. 70)

¹⁷⁹ “São uma compilação dos conceitos encontrados em diversos sistemas jurídicos. Seu principal objetivo é prover os agentes do comércio internacional com um conjunto de regras uniformes que disciplinam os vários aspectos da relação contratual, como a formação, validade, interpretação, execução e inexecução dos contratos, *hardship* e força maior, dentre outras.” (ARAÚJO, Nádía. Contratos internacionais e a cláusula de *hardship*: a transposição de sua conceituação, segundo a *lex mercatoria*, para o plano interno nos contratos de longa duração in RIBEIRO, Maria Rosaldo de Sá (org.). *Estudos e Pareceres: Direito do Petróleo e Gás*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 422/423)

¹⁸⁰ GAMA JR. Lauro. *Contratos Interacionais à luz dos Princípios do Unidroit 2004: Soft Law, Arbitragem e Jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 365/366.

As suas características de renegociação pelos próprios contratantes privilegiam a autonomia da vontade, pois, sem sombra de dúvidas, os mais aptos a dispor sobre os seus próprios interesses são aqueles diretamente envolvidos na negociação contratual. Além disso, considerando que normalmente os contratos internacionais regulam situações complexas, muitas vezes os julgadores não dominam as questões técnicas envolvidas no litígio, fator que também contribui para que uma solução autônoma se afigure mais vantajosa.

Verifica-se, portanto, que, diante de um dos problemas que mais gravemente afeta as relações contratuais nos dias de hoje ? a manutenção do equilíbrio econômico do contrato atingido pela variação das circunstâncias ? os operadores do comércio internacional forjaram uma solução capaz de equilibrar a exigência de cumprimento das obrigações livremente assumidas com a necessidade de preservar a equação econômico-financeira do contrato tal como originariamente querida.

5.2 A cláusula de *hardship*

A cláusula de *hardship* foi disciplinada nos Princípios do UNIDROIT no capítulo relativo à execução do contrato, tendo em vista o seu escopo primordial de preservação do negócio. Além disso, diferentemente da força maior, a onerosidade excessiva regulada na *hardship* não cria a impossibilidade de cumprimento da avença, mas sim o agravamento da responsabilidade do contratante atingido.

Confira-se a redação dos artigos que regulam as hipóteses de incidência da cláusula bem como os seus efeitos:

SECCIÓN 2: EXCESIVA ONEROSIDAD (*HARDSHIP*)

ARTÍCULO 6.2.1

(Obligatoriedad del contrato)

Cuando el cumplimiento de un contrato llega a ser más oneroso para una de las partes, esa parte permanece obligada, no obstante, a cumplir sus obligaciones salvo lo previsto en las siguientes disposiciones sobre “excesiva onerosidad” (*hardship*).

ARTÍCULO 6.2.2

(Definición de la “excesiva onerosidad” (hardship))

Hay “excesiva onerosidad” (*hardship*) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y: (a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato; (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato; (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja.

ARTÍCULO 6.2.3

(Efectos de la “excesiva onerosidad” (hardship))

- (1) **En caso de “excesiva onerosidad” (*hardship*), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato.** Tal reclamo deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa.
- (2) El reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento.
- (3) En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal.
- (4) Si el tribunal determina que se presenta una situación de “excesiva onerosidad” (*hardship*), y siempre que lo considere razonable, podrá: (a) resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas; o (b) adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio.

Antes mesmo de analisar seus requisitos e efeitos, cumpre indicar quando os contratantes podem invocar a cláusula de *hardship*. Em primeiro lugar, obviamente, através da incorporação da cláusula no contrato, conforme enfatizado acima. De todo modo, quando as partes não a prevêm expressamente, a *hardship* poderá ser invocada nas seguintes situações: (a) quando convencionam a submissão do contrato aos Princípios do UNIDROIT, à *lex mercatoria* ou aos princípios gerais de direito; (b) quando a lei aplicável ao contrato reconhece a onerosidade excessiva como hipótese de revisão ou resolução; e (c) quando a lei aplicável ao contrato é a lei de um país que adotou os Princípios do UNIDROIT.

Tendo em vista que no Brasil a escolha da lei aplicável ao contrato é controversa, em virtude dos critérios rígidos estabelecidos pelo art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil, melhor alternativa para os contratantes

brasileiros é incluir a disciplina da cláusula *hardship* no conteúdo do contrato ou valer-se da arbitragem, que permite o amplo exercício da autonomia da vontade no direito material aplicável ao contrato¹⁸¹.

Como se disse, a cláusula *hardship* estabelece um processo de renegociação entre as partes contratantes, cujo gatilho pode ser acionado quando uma delas se depara com dificuldades em adimplir suas obrigações contratuais. O artigo que a disciplina está dividido em três itens: O primeiro deles estabelece uma exceção ao princípio da *pacta sunt servanda*, quando configurada a situação de onerosidade excessiva para um dos contratantes; no segundo, se encontra definido o que é excessiva onerosidade e quais são as condições para que os contratantes possam invocá-la; o terceiro e último item determina quais os efeitos da situação de *hardship*.

Os requisitos para sua configuração são semelhantes aos exigidos pela lei brasileira para autorizar o contratante a requerer a resolução do contrato alegando onerosidade excessiva. LAURO GAMA os enumera da seguinte forma:

“O *hardship*, tal como definido no artigo 6.2.2, é caracterizado:

- por uma *condição geral*: a superveniência de eventos que alterem fundamentalmente o equilíbrio das prestações; e
- por quatro *condições suplementares*:
 - a) que tais eventos tenham ocorrido ou chegado ao conhecimento da parte lesada após a celebração do contrato;
 - b) que a parte lesada não tenha podido, à época da celebração do contrato, razoavelmente levar em consideração tais eventos;
 - c) que tais eventos escapem ao controle da parte lesada; e
 - d) que o risco da ocorrência de tais eventos não tenha sido assumido pela parte lesada.”¹⁸²

¹⁸¹ “Por conta da permissão do art. 2º da Lei de Arbitragem, que permite o amplo exercício da autonomia da vontade na eleição do direito aplicável, podem ser inseridos nos contratos internacionais ou mesmo internos. Também permite, expressamente, que as partes escolham princípios gerais de direito, usos e costumes ou regras internacionais de comércio para governarem a arbitragem. Desse modo, sem embargo da virtual impossibilidade de aplicação dos Princípios por um juiz brasileiro, face à rigidez do art. 9º da LICC, o ordenamento brasileiro autoriza sua aplicação nas arbitragens, sem maiores problemas.” (ARAÚJO, Nádia. Contratos internacionais e a cláusula de *hardship*: a transposição de sua conceituação, segundo a *lex mercatoria*, para o plano interno nos contratos de longa duração in RIBEIRO, Maria Rosaldo de Sá (org.). Estudos e Pareceres: Direito do Petróleo e Gás. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 424)

¹⁸² GAMA JR. Lauro. *Contratos Interacionais à luz dos Princípios do Unidroit 2004: Soft Law, Arbitragem e Jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 365.

Diante da ampla liberdade contratual conferida no âmbito do comércio internacional, os contratantes podem restringir ou flexibilizar estas condições, inclusive a referente à onerosidade excessiva, prevendo, por exemplo, qual a margem suportável de variação dos preços envolvidos na operação econômica. De todo modo, é indispensável que o equilíbrio econômico do contrato tenha sido fundamentalmente alterado em virtude da superveniência do evento.

Normalmente, a cláusula de *hardship* é redigida de forma bastante elaborada, com a previsão dos eventos específicos que podem ensejar uma situação de dificuldade, tais como variações bruscas das taxas de câmbio, ações governamentais discriminatórias ou a modificação das tarifas aduaneiras¹⁸³. A definição dessas situações é útil para evitar a discricionariedade do contratante que a invoca bem como a recusa da parte que não foi atingida pela alteração das circunstâncias a renegociar os termos do contrato¹⁸⁴.

Quanto à segunda parte da cláusula, relativa às conseqüências da verificação de uma situação de *hardship*, geralmente ficam determinadas as bases para a renegociação do contrato e as conseqüências de seu descumprimento, ou de seu insucesso. É comum que seja determinado um prazo para que a parte cuja prestação se tornou excessivamente onerosa notifique o outro contratante acerca das dificuldades encontradas para adimplir as obrigações que lhe cabem. Cabe também a imposição do dever

¹⁸³ “La variedad de cláusulas de *hardship* es muy amplia: a) pueden enunciar una fórmula general (por ejemplo, tomar en cuenta una situación grave, de carácter financiero, económico o político); b) acudir a un enunciado puntual (por ejemplo, dar relevância a nuevos costos fiscales, restricciones derivadas de políticas ambientales, variaciones en la tasa de cambio, etcétera); c) establecer que, dadas las circunstancias previstas, las partes deberán renegociar el contrato en cierto plazo, o someterse al arbitraje; d) permitir, en fin, que la parte perjudicada se desligue del contrato, etcétera.” (ALTERINI, A. Aníbal. Teoría de la Imprevisión y cláusula de *hardship*. Rivista de Diritto Dell’Integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina. p. 64)

¹⁸⁴ ANA MARIA NUSDEO demonstra outra vantagem do detalhamento da cláusula: “Enfim, quanto mais elaborada e completa for a redação da cláusula, menor será a necessidade do intérprete de se socorrer dos conceitos doutrinários da lei aplicável ao contrato, e também menor será o perigo de o juiz ou do árbitro interpretar um conceito de força maior, imprevisão, impossibilidade, *frustration* ou outro, conforme as características que o seu direito nacional atribua a este.” (NUSDEO, Ana Maria; FONTOURA, José Augusto. *As cláusulas de força maior e de “hardship” nos contratos internacionais*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, n° 97, jan-mar/1995, p. 87)

de minorar os prejuízos do outro contratante àquele que invoca a *hardship* – *best effort clauses*, bem como a imposição de multas em caso do descumprimento desses deveres.

Importante destacar que, conforme dispõe o sub-item 2 do art. 6.2.3, “*el reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento*”, tal como ocorre no direito nacional brasileiro, no qual apenas a sentença livra o contratante que alega a excessiva onerosidade da obrigatoriedade do cumprimento das obrigações contratadas. No entanto, havendo disposição expressa na cláusula a respeito da possibilidade de suspensão do contrato em caso de *hardship*, a parte atingida fica autorizada a não cumprir a sua parte da avença¹⁸⁵.

Questão de maior importância diz respeito a precisar os alcances do dever de renegociação dos contratos atingidos pela *harship* e as consequências de seu insucesso pelos contratantes.

5.3 O dever de renegociação

Configurada a situação de *hardship*, a parte que sofreu a majoração de seu encargo contratual deve informar a outra o mais rápido possível acerca das dificuldades encontradas para o cumprimento de sua prestação¹⁸⁶, nos termos do disposto no item 1 do art. 6.2.3, e requerer a renegociação do contrato.

O alcance desse dever de renegociar o contrato corresponde a um dos pontos mais delicados da disciplina da cláusula. O autor português ANTONIO PINTO MONTEIRO pondera esta situação, em seu artigo

¹⁸⁵ “Um aspecto relevante deve ser considerado: qual o destino do contrato durante a renegociação? Parece haver duas soluções possíveis, que são a suspensão e a continuidade dos efeitos contratuais originais, que podem ser parciais: suspende-se a entrega, mas não o pagamento, ou suspende-se parte da entrega e do pagamento.” (NUSDEO, Ana Maria; FONTOURA, José Augusto. *As cláusulas de força maior e de “hardship” nos contratos internacionais*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, n° 97, jan-mar/1995, p. 87)

¹⁸⁶ “A party does not lose its rights to renegotiate because it fails to act without undue delay (Art. 6.2.3, comment n° 2)” (RODNER, James Otis. *Hardship under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* in ASKEN, Gerald. et al.. *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution*. International Chamber of Commerce, p. 690)

sobre “a ‘cláusula *hardship*’ e o problema da alteração das circunstâncias”:

“Se esse dever representa o aspecto mais característico e inovador da cláusula de *hardship*, ao permitir configurar o contrato como uma realidade *em permanente construção*, como um sistema, importa ter presente que o mesmo se esgota em uma simples obrigação de meios – para usar uma terminologia familiar sobretudo aos autores franceses – e não corresponde a uma genuína obrigação de resultados.”¹⁸⁷

Dessa forma, o simples fracasso das tratativas de renegociação não gera responsabilidade para qualquer dos contratantes, salvo quando prevista no contrato uma cláusula penal específica para essa hipótese ou se comprovada o comportamento culposos da parte em vantagem¹⁸⁸. Com efeito, revela-se difícil analisar o comportamento das partes durante a renegociação, devendo ser consideradas a razoabilidade da proposta apresentada, bem como de sua rejeição e da eventual contraproposta¹⁸⁹. Para valorar esse comportamento, o julgador deve estar atento ao acordo inicial feito pelas partes e os riscos livremente tomados por cada uma delas.

Obviamente, lograr êxito na renegociação deve ser sempre o objetivo principal dos contratantes que lidam com o desequilíbrio contratual causado pela *hardship*. Primeiramente, porque existe sempre o risco de que o contrato termine por ser resolvido, o que não corresponde aos interesses dos operadores do comércio internacional, tal como visto acima. Além disso, caso o tribunal entenda ser o caso de uma readaptação, é improvável que ela

¹⁸⁷ MONTEIRO, António Pinto; GOMES, Júlio. *A Hardship clause e o problema da alteração das circunstâncias*. Jures et de Jure – Nos 20 anos da Faculdade de Direito da UCP. Porto, p. 24.

¹⁸⁸ “Failure to reach an agreement can result because the renegotiation did not achieve a positive outcome or because the non-disadvantaged party ‘completely ignored the request for renegotiations’ (Art. 6.2.3, comment n° 6. The ICC Hardship clause 2003 requires that negotiations must occur ‘within a reasonable time of the invocation of this Clause’. The UNIDROIT Principles do not set a time limit for starting the negotiations. It is clear that if the non-disadvantaged party does not engage in renegotiations, then the disadvantaged party can always resort to a court.” (RODNER, James Otis. *Hardship under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* in ASKEN, Gerald. et al.. *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution*. International Chamber of Commerce. p. 690)

¹⁸⁹ “Uma sugestão apresentada por alguns autores consiste em aplicar aqui os princípios desenvolvidos em sede de responsabilidade pré-contratual, não faltando sequer quem considere que tal aplicação se justifica, neste domínio, por maioria de razão e com maior intensidade.” (MONTEIRO, António Pinto; GOMES, Júlio. Op. cit., p. 24)

atenda seus interesses nos mesmos moldes de uma eventual contraproposta.

Frustradas as tentativas de renegociação do contrato¹⁹⁰, às partes é garantida a possibilidade de recorrer a um Tribunal.

Consoante dispõe o item 4 do art. 6.2.3, se o Tribunal entende estar configurada uma situação de excessiva onerosidade e, desde que considere razoável, ele pode determinar (a) a resolução do contrato, fixando uma data e as condições para que opere seus efeitos; ou (b) a adaptação do contrato, visando restabelecer seu equilíbrio.

Segundo o autor JAMES RODNER, a resolução do contrato parece uma alternativa relativamente simples, pois *“it concerns the future; thus any performance that has been completed should be paid for”*. Por outro lado, quando a solução vislumbrada é a adaptação, o autor questiona: *“How does the court or tribunal go about reformulating the promises of the parties in an agreement?”*¹⁹¹.

Com efeito, este é o questionamento que tem inquietado os juristas encarregados de solucionar os problemas relativos à manutenção do equilíbrio econômico dos contratos atingidos pela alteração imprevista das circunstâncias. Lembrem-se os fundamentos lançados por ENZO ROPPO, para justificar a impossibilidade de que os Tribunais procedam a uma revisão do contrato, sem o consentimento da parte que não sofreu as consequências do evento imprevisível:

“Na presença de todos os requisitos que se indicaram, a parte onerada pode pedir a resolução do contrato. Não pode, porém, pretender, sem mais, da parte contrária, um suplemento de prestação que sirva para restabelecer o equilíbrio perturbado, mantendo-se o contrato: a parte contrária poderia, por sua vez, ter dificuldades em fornecer este suplemento e não seria justo impor-lho, autoritariamente.”¹⁹²

¹⁹⁰ O item 3 do art. 6.2.3 faz referência a um “tiempo prudencial”, conferido às partes para que elas alcancem um acordo. Com efeito, este lapso temporal também pode ser definido através do detalhamento da cláusula, para que sejam evitadas posturas protelatórias na busca da solução para a onerosidade excessiva.

¹⁹¹ Tradução livre: “Isso diz respeito ao futuro, assim, qualquer prestação que tenha sido completamente executada deve ser paga.” e “Como pode a Corte ou o Tribunal reformular as promessas feitas pelas partes na celebração do acordo?” (RODNER, James Otis. *Hardship under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* in ASKEN, Gerald. et al.. *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution*. International Chamber of Commerce. p. 690)

¹⁹² ROPPO, Enzo. Op. cit., p. 263.

Sem embargo, há quem sustente ser possível que o tribunal adapte o contrato, através de uma interpretação integradora, levando em consideração as “*intenções e desejos das partes – acarretando uma espécie de “desenvolvimento hipotético” (“hypothetische Weiterdenken”) do acordo de fato alcançado para o caso fonte de perturbação*”¹⁹³.

Atualmente, faz-se necessário que se desenvolva um padrão, no âmbito do UNIDROIT, para a readaptação dos contratos regulados pela cláusula *hardship*¹⁹⁴. Isto é indispensável, tendo em vista o seu escopo primordial de garantir aos operadores do comércio internacional a segurança de que, sobrevivendo um evento capaz de causar-lhes excessiva onerosidade, o contrato por eles celebrado dispõe de meios para reestabelecer o seu equilíbrio rompido.

Por fim, é importante destacar que, em relação ao dever das partes de renegociar o contrato antes de lançarem mão do recurso a um tribunal, existe um movimento no sentido de se entender que ele está implícito nos contratos de longa duração, em decorrência da incidência da boa-fé nas relações contratuais¹⁹⁵.

Portanto, o direito internacional ? com muito mais razão, tendo em vista todos os argumentos expostos ? aquiesce quanto à conjugação dos princípios contidos no brocardo *pacta sunt servanda* e na cláusula medieval *rebus sic stantibus*.

Verificadas as condições de aplicabilidade da cláusula *hardship*, bem

¹⁹³ MONTEIRO, Antonio Pinto; GOMES, Júlio. *A Hardship clause e o problema da alteração das circunstâncias*. Jures et de Jure – Nos 20 anos da Faculdade de Direito da UCP. Porto, p. 39

¹⁹⁴ “There are many open issues regarding claims for hardship under the UNIDROIT Principles. One of the most difficult issues is the need to develop a standard for adapting the contracts. Hardship is a recurrent problem in international commercial contracts and, although it should be applied only as an exception to the binding nature of contractual obligations, it cannot be ignored.” (RODNER, James Otis. *Hardship under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* in ASKEN, Gerald. et al.. *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution*. International Chamber of Commerce, p. 691)

¹⁹⁵ “Actualmente se considera que, en los contratos de duración, los contratantes tienen un deber implícito de renegociarlos cuando las circunstancias varían (...). Por lo cual es dable concluir que la cláusula de *hardship* suele ser explícita, pero en todo caso está implícita en los contratos de duración por exigencias de la regla de buena fe.” (ALTERINI, A. Aníbal. *Teoría de la Imprevisión y cláusula de hardship*. Rivista de Diritto Dell’Integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina, p. 64)

como os seus efeitos e a possibilidade dos contratantes livremente especificarem tais circunstâncias, conclui-se que ela corresponde a um moderno instrumento internacional, desenvolvido de acordo com a concepção do contrato como “*uma realidade em permanente construção*”¹⁹⁶, apto a minorar as consequências do decurso do tempo sobre as relações jurídicas.

¹⁹⁶ MONTEIRO, Antonio Pinto; GOMES, Júlio. Op. cit., p. 24.

CONCLUSÃO

O objetivo desse trabalho monográfico foi demonstrar a evolução do tratamento jurídico dispensado à alteração das circunstâncias capaz de ensejar o rompimento da relação de equivalência econômica entre as prestações acordadas pelas partes.

Verificou-se que a primeira tentativa de assegurar que o cumprimento da avença se daria sob as mesmas circunstâncias vigentes no momento da celebração do pacto correspondeu à cláusula *rebus sic stantibus*, desenvolvida no período medieval, graças à influência do direito canônico.

Com efeito, a grande influência da moral religiosa no âmbito jurídico fazia com que se aceitasse a idéia de que o direito é um modo de realizar a justiça. Assim, para que o contrato fosse válido, era necessário que a relação jurídica por ele criada fosse justa. Por isso, os juristas medievais admitiam que em todo contrato cujo cumprimento dependesse do decurso do tempo estava implícita a cláusula *rebus sic stantibus*, de modo que, caso a alteração das circunstâncias que presidiram a celebração do acordo fosse tão profunda a ponto ferir a justiça contratual, as partes não estariam mais obrigadas a cumpri-lo. O jurista JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO esclarece essa idéia:

“Essa maneira de ver estava ligada a uma preocupação substancialista, que levava o direito a preocupar-se com a substância dos contratos. Os contratos valiam não só por terem sido consentidos, mas porque fundavam uma relação justa.”¹⁹⁷

Contudo, as teses voluntaristas ? que atendiam os interesses da burguesia ascendente ? foram ganhando cada vez mais força, atribuindo ao consentimento das partes o fundamento de validade dos contratos. A

¹⁹⁷ ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Teoria Geral*. V. III, Coimbra: Editora Coimbra, 2002, p. 188.

vontade livremente manifestada pelos indivíduos em igualdade de condições era suficiente para obrigá-los, e o *pacta sunt servanda* passa a valer como justificativa universal.

Conforme se viu, a primeira codificação moderna, levada a cabo pelo *Code Napoléon* incorporou os princípios jusracionalistas e, naquele momento histórico, a intangibilidade do conteúdo dos pactos era um dogma inabalável. Tais princípios influenciaram grandemente as codificações que o seguiram, de modo que a possibilidade de intervenção judicial no conteúdo dos contratos atingidos pela superveniência de um evento causador de desequilíbrio entre as prestações acordadas foi rechaçada com veemência ao longo do século XIX e durante o início do século XX.

Cumprir ressaltar que a exigência do cumprimento estrito dos termos da avença, assim como a negativa de que os juízes se imiscuissem nos contratos celebrados entre os indivíduos, atendia às exigências do sistema capitalista, para o qual era indispensável que as trocas e operações econômicas se realizassem conforme as previsões e cálculos dos operadores econômicos.

Além das graves distorções jurídicas geradas pelo sistema presidido pelo Código Napoleônico, tendo em vista que a evolução do capitalismo fez com que a liberdade e a igualdade subsistissem apenas no plano jurídico, o advento das duas Grandes Guerras Mundiais na primeira metade do século XX determinou uma radical mudança nos valores que informavam a teoria dos contratos.

As consequências produzidas pelas Guerras impunham o abrandamento do rigoroso respeito ao *mutuus consensus* e, para livrar os devedores da ruína econômica, invocou-se a antiga cláusula *rebus sic stantibus*, que recebeu nova roupagem sob o nome de teoria da imprevisão.

Ademais, passou a vigorar na sociedade uma concepção mais solidarista dos problemas enfrentados. Nesse sentido, já não se aceita a idéia de que a igualdade formal dos contratantes dá origem à relações necessariamente justas e, por isso, intangíveis. Por isso, diversos foram os

países do Ocidente que promulgaram Constituições nas quais se incorporou a promoção da justiça social e a regulação da atividade econômica.

Conforme demonstrado, o princípio da igualdade substancial, consagrado no art. 3º, III, da Constituição Federal brasileira, impede que “*sob a capa de um equilíbrio meramente formal, as prestações em favor de um contratante lhe acarretem um lucro exagerado em detrimento do outro contratante*”¹⁹⁸.

Com efeito, ao princípio da boa-fé objetiva foi reservado o importante papel de refletir nas relações obrigacionais privadas os novos valores informados pelos textos constitucionais. Assim, os contratantes devem pautar sua conduta “*pela ética da igualdade e da solidariedade*”¹⁹⁹, motivo pelo qual lhes é vedado que se aproveitem de circunstâncias exteriores para recolher benefícios às custas do sacrifício alheio.

Esses princípios ? consagrados no sistema jurídico atual ? garantem aos contratantes atingidos pela superveniência de um evento que cause desequilíbrio entre as prestações acordadas a possibilidade de requerer a revisão ou a resolução do vínculo contratual. Nos dizeres de PAULO LUIZ NETTO LÔBO, “*o conteúdo conceptual e material e a função do contrato mudaram, inclusive para adequá-lo às exigências de realização da justiça social, que não é só dele mas de todo o direito*”²⁰⁰.

Nesse sentido, constatou-se também que, graças à influência dos princípios enunciados, além de outros consagrados no Código Civil de 2002 ? tais como a função social dos contratos, o equilíbrio econômico e a vedação ao enriquecimento sem causa ? , os requisitos ali previstos para que se conceda a revisão ou a resolução do contrato ao contratante excessivamente onerado foram significativamente abrandados, em

¹⁹⁸ NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos Contratos: Novos Paradigmas*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 158.

¹⁹⁹ TEPEDINO, Gustavo et al.. *Código Civil Interpretado: Conforme a Constituição da República*. V. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 17.

²⁰⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Transformações gerais do contrato*. Revista Trimestral de Direito Civil, n° 16, out-dez/2003, p. 113.

consonância com o espírito contido no novo diploma civil que acentua o caráter valorativo da continuidade das relações jurídicas.

Atualmente, admite-se até mesmo que nos contratos de longa duração existe um dever implícito de renegociação dos seus termos, decorrente da incidência do princípio da boa-fé, que determina a cooperação e a solidariedade entre os contratantes.

Desse modo, após o estudo da evolução do instituto da imprevisão, não há como negar o retorno ? em grande estilo ? da noção contida na cláusula *rebus sic stantibus*, que passa a ser conjugada com o princípio da *pacta sunt servanda*, justamente para atender os novos objetivos do instrumento contratual.

No último capítulo, demonstrou-se que os agentes do comércio internacional, diante da necessidade de regular os efeitos da alteração das circunstâncias nos contratos internacionais de maneira uniforme, desenvolveram a cláusula *hardship* no seio da *lex mercatoria*. Entre as suas características mais relevantes, figuram o dever que cria para as partes de renegociação do conteúdo da avença e a possibilidade de que elas definam de antemão quais são os eventos caracterizadores e os efeitos da onerosidade excessiva.

Tendo em vista que as relações internacionais estão sujeitas a um amplo espectro de mudanças, conclui-se que o desenvolvimento desta cláusula corresponde a uma expressão atual do princípio da segurança jurídica, pois confere aos contratantes a possibilidade de renegociar, rever ou, até mesmo, resolver a avença, nos termos por eles próprios delineados. Nesse sentido, verifica-se uma flexibilização do conteúdo das relações contratuais internacionais, que vai ao encontro das necessidades do comércio internacional.

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2ª ed. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004. 328p.

ALTERINI, A. Aníbal. *Teoría de la Imprevisión y cláusula de hardship*. Rivista de Diritto Dell'Integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina. p. 53 – 69.

ARAÚJO, Nádia. Contratos internacionais e a cláusula de *hardship*: a transposição de sua conceituação, segundo a *lex mercatoria*, para o plano interno nos contratos de longa duração in RIBEIRO, Maria Rosaldo de Sá (org.). Estudos e Pareceres: Direito do Petróleo e Gás. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 409 – 435.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil*. Revista Trimestral de Direito Civil, nº 25, p. 93 -118, jan-mar/2006.

_____. *Direito Civil: Teoria Geral*. V. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. 345p.

ASSIS, Araken de et al.. *Comentários ao Código Civil Brasileiro: Do Direito das obrigações*. Coordenadores: ALVIM, Arruda e ALVIM, Theresa Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 627p.

AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado*. Revista dos Tribunais, nº 750, p. 113 – 120, abr/1998.

BORDA, Guillermo A.. *Manual de Contratos*, 4ª ed., Buenos Aires: Editorial Perrot, 1969. 962p.

_____. *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones*. Vol. I, 4ª ed., Buenos Aires: Editorial Perrot, 1846. 716p.

BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão do direito civil e no processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2002. 806p.

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. 3ª ed., Coimbra: Almedina, 2007, 1.299p.

COSTA, Judith Martins. *Comentários ao Novo Código Civil: Do Direito das Obrigações. Do adimplemento e da Extinção das Obrigações*, Vol. 5, Tomo I. Forense: Rio de Janeiro, 2003.

COSTA, Mário Júlio Brito de Almeida. *Direito das Obrigações*, 8ª ed., Coimbra: Almedina, 2000, 1.060 p.

DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil: Os Contratos*, Rio de Janeiro: Editora Rio.

ENNECERUS, Ludwig. *Derecho de Obligaciones*, Tomo II, Vol. II, Barcelona: Librería Bosch, 1933.

ESPÍNOLA, Eduardo. *A cláusula rebus sic stantibus no direito contemporâneo*. Revista Forense, nº 137, p. 281 – 292, set/1951.

FONSECA, Arnaldo. *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. 348p.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Contratos*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006. 305p.

GAMA JR. Lauro. *Contratos Interacionais à luz dos Princípios do Unidroit 2004: Soft Law, Arbitragem e Jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 575p.

GOMES, Orlando. *As transformações gerais do direito das obrigações*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. 202p.

_____. *Contratos*, 23ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001. 523p.

_____. *Contratos*, 26ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007. 627p.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Transformações gerais do contrato*. Revista Trimestral de Direito Civil, nº 16, p. 103 – 113, out-dez/2003.

MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. *O Princípio contratual da boa-fé. O direito brasileiro e os princípios do UNIDROIT relativos aos contratos internacionais*. Revista Trimestral de Direito Civil, nº 25, p. 53 – 91, jan-mar/2006.

MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*. V. II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1986. 469p.

MONTEIRO, António Pinto; GOMES, Júlio. *A Hardship clause e o problema da alteração das circunstâncias*. Jures et de Jure – Nos 20 anos da Faculdade de Direito da UCP. Porto. p. 17 – 40.

NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do Princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. 305p.

_____. *Teoria do Contrato: Novos Paradigmas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 544p.

NONATO, Orozimbo. *Aspectos do modernismo jurídico e o elemento moral na culpa objetiva*. Revista Forense, nº 56, p. 5 – 25, jan-jun/1931.

NUSDEO, Ana Maria; FONTOURA, José Augusto. *As cláusulas de força maior e de “hardship” nos contratos internacionais*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, nº 97, p. 76 - 103, jan-mar/1995.

PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. *Cláusula Rebus sic Stantibus*. Revista Forense, nº 92, p. 797 – 800, out-1942.

_____. *Instituições de Direito Civil: Contratos*. V. III. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 568p.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao direito civil constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 369p.

RODNER, James Otis. *Hardship under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* in ASKEN, Gerald. et al.. *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution*. International Chamber of Commerce. p. 677 – 691.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Livraria Almedina, 1988. 365p.

SIDOU, J. M. Othon. *A revisão judicial dos contratos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. 316p.

TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos Contratos*. 3ª ed. Lisboa: Editora Coimbra, 1965. 429p.

TEPEDINO, Gustavo et al.. *Código Civil Interpretado: Conforme a Constituição da República*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 918p.

_____. *Código Civil Interpretado: Conforme a Constituição da República*. Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 790p.

_____. *Temas de Direito Civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 519p.

_____.; SCHREIBER, Anderson. *Código Civil Comentado: Direito das Obrigações*. Vol. IV. Coordenador AZEVEDO, Álvaro Villaça. São Paulo: Atlas, 2008. 421p.

TIMM, Luciano Benetti. *A manutenção da relação contratual empresarial de longa duração: o caso da hardship*. Revista Trimestral de Direito Civil, nº 27, p. 235 - 245, jul-set/2006.

VARELA, Antunes. *Das Obrigações em geral*. Vol. I. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2000. 943p.

WALD, Arnaldo. *A aplicação da teoria da imprevisão pelos árbitros nos litígios decorrentes de contratos de construção*. Revista de Arbitragem e Mediação, nº 17, p. 12 – 47, abr-jun/2008.

_____. *Direito Civil: Direito das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*, 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009. 360p.