HUGO TUBONE YAMASHITA

**A ALTERAÇÃO DAS
CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS NOS
CONTRATOS INTEREMPRESARIAIS**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

ORIENTADOR
PROFESSOR TITULAR FERNANDO CAMPOS SCAFF

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
SÃO PAULO, 2014

HUGO TUBONE YAMASHITA

**A ALTERAÇÃO DAS
CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS NOS
CONTRATOS INTEREMPRESARIAIS**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção de título de Mestre em Direito, na área de concentração em Direito Civil, sob a orientação do Professor Titular Fernando Campos Scaff.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
SÃO PAULO, 2014

À memória de meu querido avô
José, homem de grande cultura.

AGRADECIMENTOS

Este trabalho não é feito de uma pessoa só. É o resultado da empreitada de todos aqueles que, durante esses, paradoxalmente, longos e velozes três anos de pós-graduação, auxiliaram-nos com o empréstimo e a indicação de obras científicas, com discussões a respeito dos temas desenvolvidos, com a revisão final do trabalho ou ainda com simples conversas de conforto nos momentos de maior dificuldade.

Agradeço, assim, a meus pais, padrasto e irmãos, pilar imprescindível de minha formação pessoal e profissional.

Agradeço ao Professor Fernando Campos Scaff, pela valiosa orientação na produção deste trabalho.

Agradeço aos membros do Instituto Internacional para Unificação do Direito Privado (UNIDROIT), pela carinhosa acolhida durante a fase de pesquisa doutrinária para o desenvolvimento da dissertação.

Por fim, agradeço, especialmente, a meus nobres amigos GUSTAVO SANTOS KULESZA, FERNANDO MASETTO NETO, LUIS FERNANDO GUERRERO, MARCOS DOS SANTOS LINO, ANTONIO BENDER MAMMI, RENATO FERNANDES COUTINHO e HIGOR CAVALCANTE, pelo auxílio na árdua tarefa de revisão do presente trabalho.

A todos, vez mais, muito obrigado. Este trabalho também é de vocês.

São Paulo, dezembro de 2014.

RESUMO

Hugo Tubone Yamashita. A alteração das circunstâncias fáticas nos contratos interempresariais. 19.12.14. 258 páginas. Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 19 de dezembro de 2014.

A presente dissertação volta-se à análise da alteração superveniente das circunstâncias fáticas, especificamente, em contratos interempresariais. Tais contratos, compreendidos como aqueles em que, ao menos, uma das partes é ente empresarial e ambos os contratantes visam auferir lucro, têm características distintas de outros contratos de natureza civil (contratos existenciais), mormente no que se refere à assunção de riscos pelas partes envolvidas. Dado o caráter arriscado da atividade empresarial, a intervenção exógena nos contratos interempresariais visando à tutela dos contratantes deve ser reduzida, de forma a se privilegiar tanto quanto possível a força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*). Nessa medida, as nuances dos contratos interempresariais, em conjunto com a imprescindível atividade estatal de regulação do mercado (fenômeno poliédrico), demandam uma aplicação diferenciada do modelo da onerosidade excessiva previsto nos artigos 478 a 480 do Código Civil, sob pena de desvirtuamento da lógica empresarial e desestímulo ao tráfico mercantil. O primeiro capítulo deste trabalho é destinado à individualização dos principais vetores da atividade empresarial e os respectivos reflexos daqueles na formação dos contratos empresariais. Em seguida, no segundo capítulo da empreitada, são analisadas as teorias revisionistas de maior influência na construção do modelo de onerosidade excessiva brasileiro, bem como as especificidades do próprio modelo em si. Por fim, o terceiro e conclusivo capítulo visa à identificação do suporte fático da onerosidade excessiva em contratos empresariais, bem como à análise dos efeitos decorrentes da aplicação do modelo a referidas formas de contratação.

Palavras-chave: hipercomplexidade; contratos empresariais; revisão de contratos; alteração de circunstâncias; onerosidade excessiva; usos e costumes; boa-fé objetiva; diligência; ônus de se informar; jurisprudências brasileira.

ABSTRACT

Hugo Tubone Yamashita. Change of circumstances in entrepreneurial contracts. 12.19.2014. 258 pages. Master of Laws. Law School of University of Sao Paulo, Sao Paulo, December 19, 2014.

This dissertation is focused on the analysis of the change of circumstances, regarding specifically entrepreneurial contracts. These contracts, understood as those in which at least one of the parties involved is an entrepreneurial entity and both of the parties seek to obtain profits with the deal, can be defined by distinguished characteristics when compared to civil contracts in general (“contratos existenciais”), mainly when it comes to the risk assumption by the parties in the contract. Given the risk inherent to business activities, the exogenous intervention in entrepreneurial contracts aiming the protection of one of the parties should be reduced as much as possible, in such a way to respect the binding force of the contracts (*pacta sunt servanda*). Accordingly, the specificities of the entrepreneurial contracts, together with the indispensable public regulation of the market (polyhedral phenomenon), require a distinguished applicability of the rules provided by the Brazilian Civil Code under the articles 478 to 480, otherwise entrepreneurial rationality of commercial contracts may be ruined and, as a result, the commercial traffic discouraged. The first chapter of this study is dedicated to finding the main features of the business activity and their implications to the formation of entrepreneurial contracts. Subsequently, in the second chapter of the essay, the theories related to change of circumstances that most influenced the construction of a Brazilian theory are analyzed, as well as the peculiarities of the Brazilian theory itself. Finally, the third and concluding chapter seeks to identify the hypothesis provided by articles 478 to 480 for entrepreneurial contracts, as well to analyze the effects arising from the application of this set of rules to referred contracts.

Key-word: hypercomplex society; entrepreneurial contracts, revision of contracts, change of circumstances; excessive burden; trade usages; good faith; diligence; burden of being self-informed; Brazilian case law.

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	4
RESUMO.....	5
ABSTRACT.....	6
SUMÁRIO	7
1 OS CONTRATOS EMPRESARIAIS	22
1.1 Uma categoria autônoma?	22
1.2 As especificidades dos contratos firmados entre partes empresárias.	39
1.2.1 A busca pelo lucro e função econômica do contrato empresarial.....	40
1.2.2 A assunção de riscos pelo agente econômico	44
1.2.3 A profissionalidade do agente econômico	50
1.2.4 A necessidade de segurança no tráfico comercial	55
1.2.5 A relevância dos usos e costumes nos contratos empresariais	60
1.2.6 A flexibilidade e a agilidade nos contratos empresariais.....	67
1.2.7 A relevância da boa-fé nos contratos empresariais.....	71
2 DA REVISÃO CONTRATUAL	80
2.1 Dos Fundamentos Da Revisão Contratual	80
2.1.1 As origens da cláusula <i>rebus sic stantibus</i>	80
2.1.2 O ressurgimento da cláusula (século XIX-XX).....	86
2.1.2.1 Vertente Francesa: a teoria da imprevisão	87
2.1.2.2 Vertente Alemã: da pressuposição à base do negócio	91
2.1.2.3 Vertente Italiana: onerosidade excessiva e pressuposição.....	106
2.1.3 O modelo jurídico da revisão	115
2.2 A revisão contratual e a alteração de circunstâncias no Direito Brasileiro	118
2.2.1 Apontamentos prévios: histórico e requisitos legais.....	118
2.2.2 Dicotomia entre os artigos 317 e 478 do Código Civil?.....	133
2.2.3 Alguns aspectos processuais do modelo de revisão brasileiro	138
2.2.4 Do exercício da prerrogativa prevista no artigo 479 pelo credor	148
2.2.5 A aplicação do artigo 478 a contratos aleatórios	153
2.2.6 A revisão de contratos com prestação a cargo de apenas uma das partes (artigo 480 do Código Civil).....	155
3 A REVISÃO CONTRATUAL JURISDICIONAL DE CONTRATOS ENTRE PARTES EMPRESÁRIAS	160

3.1	A revisão dos contratos interempresariais.	160
3.2	Identificação do suporte fático do artigo 478 do Código Civil nos contratos empresariais	176
3.3	Aplicação do modelo da onerosidade excessiva aos contratos empresariais.....	202
3.4	Contratos entre partes empresárias Iguais e Desiguais.	214
3.5	O panorama jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça.....	224
3.6	O projeto do novo Código Comercial e o modelo da onerosidade excessiva....	233
4	CONCLUSÕES	235
	ANEXO 3.5	243
	BIBLIOGRAFIA	247
	LISTA DE CASOS.....	257

INTRODUÇÃO

O contexto atual que permeia as mais diversas áreas do conhecimento humano encontra-se em momento de profunda transformação. Seja qual for o setor de especialização – ciências humanas, exatas, biológicas –, é inegável que todas elas foram atingidas em cheio pela onda da *hipercomplexidade* iniciada no século XX e carregada por este ainda jovial século XXI, alterando-se ideais até então tidos como absolutos ou, ao menos, de difícil modificação.

Como não poderia deixar de ser, este hodierno fenômeno acarretou também profundos reflexos na ciência do direito. Os jurisfilósofos falam, deste modo, no surgimento de um “*paradigma Pós-moderno*”,¹ do “*paradigma da complexidade*”,² do “*modelo reliberalizante*”,³ do “*Estado Pós-social*”,⁴ entre outros. Aliás, esta própria pluralidade de denominações conferidas ao mesmo fenômeno pode até mesmo ser reflexo deste excesso de fontes informativas, resultante da hipercomplexidade das relações.

Nada obstante, seja qual for a denominação conferida ao fenômeno, fato é que os estudos que versam sobre a questão esteiam-se sobre premissa una: a fuga do paradigma do Estado-juiz. Este, fundado sob a égide do Estado do Bem Estar (modelo *welfarista* concebido no contexto social do final do século XIX),⁵ não estaria apto para resolver as

¹- JUNQUEIRA DE AZEVEDO vale-se de tal termo, esculpindo-o em oposição à denominação conferida ao paradigma precedente (o da modernidade). Observe-se: “[d]iante do novo paradigma, é claro que alguns permaneceram aferrados ao paradigma antigo, tal e qual, hoje, outros tantos, por seu turno, continuam presos a esse paradigma que ora estamos descrevendo e que podemos chamar de paradigma da modernidade (por oposição ao atual, da pós-modernidade)” (AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Direito Pós-moderno e a codificação*. In AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 58).

²- Expressão utilizada por TIMM (*O novo paradigma contratual brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2008).

³- Acepção trazida por COELHO em seu curso de direito comercial (*Curso de Direito Comercial*. vol. III. São Paulo: Saraiva, p. 8).

⁴- CAMPILONGO critica a expressão “*pós-moderno*”, por considerá-la, em suas palavras, “*pouco esclarecedora e controvertida*”, visto que “*em alguns discursos parece admitir o retorno ao Estado mínimo ou o fim dos Estados nacionais*”. Assim, prefere o termo “*Estado pós-social*”. “*Nesse Estado, obviamente sem eliminar os problemas interindividuais nem ignorar a relevância da conflituosidade de classes, os novos movimentos sociais se apresentam como sucedâneos funcionais de partidos e sindicatos*” (*Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico*. In FARIA, José Eduardo. *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 32).

⁵- Conforme informa FEITOSA, é, no entanto, a partir das cartas constitucionais do México de 1917 e da Alemanha de 1919 que, no campo do Direito, inaugura-se a regulação constitucional de ordem econômico-social voltado à limitação do poder econômico privado. A autora ainda esclarece que, dada a marcada distinção entre direito público e privado persistente na época, os Códigos Civis da Europa Continental mantiveram-se aferrados ao paradigma anterior do Estado Liberal. Tal situação somente viria a se alterar nas décadas de 50 e 60, por influência do direito estadunidense, quando a filosofia individualista “*deu provas evidentes de exaustão, resultado dos pesados revezes que sofreu durante o decurso do século, nomeadamente*

complexas questões que desafiam a sociedade atual.⁶ “*Se considero que la sociedad era demasiado compleja y muy difícil planificar: ¿cuánta información se necesita para poder conocer los diferentes valores que la población asigna a los bienes?, y ¿cuánto cuesta obtener esa información? Estas interrogantes demostraron los límites que tiene toda ordenación centralizada.*”⁷

TIMM, numa ferrenha crítica ao modelo *welfarista*, expõe os motivos pelos quais as técnicas desenvolvidas no programa do paradigma do juiz não mais atenderiam às necessidades de hoje:

*“O mais grave parece ser que, conceitualmente, o modelo solidarista peca pela renúncia que faz da racionalidade econômica (e mesmo do mercado, quando a realidade do mundo globalizado tem-no como eixo fundamental das relações de troca). Com efeito, a preocupação com os fracos, com a geração de direitos pela pobreza, enfim, com mecanismos de intervenção judicial nos contratos, conduz a que esse modelo não seja programado para receber informações do subsistema econômico, sendo, por vezes, manipulado pelo subsistema político – que conduz a leis passadas no parlamento que, nos mais das vezes, refletem a retórica eleitoral, o interesse de grupos de pressão no parlamento, interesses de sindicatos etc.”*⁸

No paradigma do juiz, sob o qual foram fundadas as bases do Código Civil vigente,⁹ buscava-se eliminar a inflexibilidade e a rigidez da visão positivista do paradigma

a partir das crises que redundaram na consolidação do Estado Social intervencionista e na formação da sociedade industrial” (FEITOSA, Maria Luiz Pereira de Alencar Mayer. *Paradigmas Inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 306-309). Para o quadro completo da evolução dos paradigmas contratuais desde o ideário liberal até o pós-moderno, consulte FEITOSA (*Paradigmas Inconclusos...*, pp. 297-327).

⁶ TIMM, Luciano Benetti. *O novo paradigma...*, p. 154.

⁷ LORENZENTTI, Ricardo Luis. *Tratado de Los Contratos*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2010, p. 29.

⁸ TIMM, Luciano Benetti. *O novo paradigma...*, p. 162.

⁹ A esse respeito, TIMM esclarece: “[d]e outro lado, como modelo solidarista pressupõe uma funcionalidade social do Direito, o contrato terá a sua também. Claro que aqui, como visto, o modelo ‘welfarista’ deixa de ser meramente descritivo, sociológico, para se tornar prescritivo. Não se trata de qualquer funcionalidade para o Direito, mas daquela que contribuir para a promoção dos ideais solidaristas (proteção dos fracos, distribuição social de poder e de benefícios, cooperação, justiça corretiva e distributiva). É nesse ideário que será inserido o tratamento do contrato no plano legislativo do Novo Código Civil” (*O novo paradigma...*, p. 130). E REALE, um dos idealizadores do atual Código, ao comentar a respeito da legislação, à época, de recente vigência, não deixa qualquer dúvida acerca do caráter solidarista visado pelo texto: “[e]ficácia e socialidade, eis aí os princípios que presidiram a feitura do novo Código Civil (LGL 2002\400), a começar pelo reconhecimento da necessária indenização de danos puramente morais, e pela exigência de probidade e boa-fé tanto na conclusão dos negócios jurídicos como na sua execução. Estabelecidos esses princípios, não foi mais considerada sem limites a fruição do próprio direito, reconhecendo-se que este deve ser exercido em benefício da pessoa, mas sempre respeitados os fins ético-sociais da comunidade a que o seu titular pertence. Não há, em suma, direitos individuais absolutos, uma vez que o direito de um acaba onde o de outrem começa. (...) Decorrencia lógica desse entendimento é a compreensão da ‘função social do contrato’, o qual representa uma justa composição de interesses individuais e coletivos, de tal forma que, se ele se rescinde devido ao inadimplemento de uma das partes,

da lei. Percebeu-se que nem sempre (aliás, em grande parte das vezes) seria possível que o texto normativo vislumbrado pelo legislador viesse a dar cabo à miríade de problemas encontrados na realidade. Assim, usou-se e abusou-se das cláusulas gerais e dos conceitos vagos e indeterminados.¹⁰ Objetivava-se deste modo “o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de standards, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfico jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas (...), viabilizando a sua sistematização e permanente ressistematização no ordenamento positivo.”¹¹

Na casuística, ficava (e fica) ao magistrado o dever (e outrossim o poder) de completar as lacunas deixadas pelo texto escrito, integrando-o com as outras normas do

também pode ser resolvido se acontecimentos imprevisíveis tornarem por demais onerosa a prestação de um dos contratantes” (Visão Geral do Novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, v. 808, fev, 2003, p. 11). A seu turno, JUNQUEIRA DE AZEVEDO, antes da promulgação do Código vigente, já reconhecia que este se baseou em ideias ultrapassadas. O autor bem constatou que “*ficamos com um Projeto de Código Civil feito antes de os atuais estudantes de Direito terem nascido! O mundo mudou muito; o Projeto se tornou impossível na situação que estamos*”. Ainda em sua rigorosa crítica, o autor, embora não diga, expressamente, chega quase a concluir pela improficuidade do então projeto de Código: “*todo código implica um certo desgaste social e um trabalho muito grande para os operadores do direito. Meu ponto de vista é que o Projeto de Código Civil é um pouco, só um pouco, mais adiantado do que o Código Civil vigente (o que é natural, porque um é de 1916 e o outro, 1970). O projeto não é porém mais adiantado do que a legislação civil que temos. Não concordo, pois – tendo em vista as mudanças do mundo de hoje -, com a adoção, para o ano 2000, de um Projeto de 1970, somente porque traz uma pequena melhora técnica em relação ao vigente Código Civil. O exemplo do art. 422 do Projeto o demonstra. Não vale, tudo posto na balança, o desgaste que isso representa e aquilo que vai resultar para nós. A questão não é só o Código Civil, e sim todo o direito civil; ora, o direito civil como está é mais atual que o Projeto. O direito civil como está é superior ao direito civil como ficará, se e quando for aprovado o Projeto*” (Insuficiências, Deficiências e Desatualização do Projeto de Código Civil (atualmente, código aprovado) na questão da boa-fé objetiva nos contratos. In *Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 157-158).

¹⁰- Acerca do denominado paradigma do juiz, JUNQUEIRA DE AZEVEDO, após tecer breves comentários sobre o ideário anterior (paradigma da lei), esclarece: “[a]pós a Primeira Guerra, a generosidade de alguns espíritos, preocupados com uma justiça mais efetiva, e também a ambição política de outros, menos altruístas, desejosos de ver o Estado agindo sem peias, levaram à visão de que a lei – rígida, inflexível, alheia à diversidade da vida -, antes útil instrumento da justiça, era um obstáculo a ultrapassar. O paradigma, pois, termina por mudar; os juristas deixaram de examinar as questões pelo ângulo da lei e passaram a tomar, nos seus modelos de solução, como centro, a figura do juiz (encarado como representante do Estado). Difundiram-se, assim, largamente, nos textos normativos, os conceitos jurídicos indeterminados, a serem concretizados pelo julgador no caso a decidir, e as cláusulas gerais, como a de boa-fé (falou-se até mesmo em fuga para as cláusulas gerais, ou seja, fuga da lei para o juiz). Noções vagas, como ordem pública, interesse público, função social, tornaram-se moedas corrente no mundo jurídico, servindo a torto e a direito para as autoridades de plantão. Multiplicaram-se, na doutrina, os trabalhos sobre o papel o juiz, sua função, sua independência, sobre o modo como interpretar, etc.” (Direito Pós-moderno..., p. 58).

¹¹- MARTINS-COSTA, Judith. O direito Privado como um ‘sistema em construção’ – As cláusulas gerais no projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 753, jul., 1998, , p. 26.

sistema ou em valores e padrões extra-sistemáticos.¹² Especificamente, no que se refere ao direito contratual, o modelo *welfarista* apresentava-se como “*limitações ao princípio da liberdade contratual*”.¹³ Não mais se aferrava aos clássicos princípios da obrigatoriedade dos pactos e da autonomia da vontade. A partir de então, tais dogmas passaram a ser substituídos (ou, ao menos, atenuados) pelas ideias de cooperativismo e solidariedade. A liberdade contratual “*somente será autêntica quando desempenhada e alicerçada no interesse da justiça social.*”¹⁴

Sinteticamente, o texto do diploma civil vigente representa um rompimento com o modelo anterior, de 1916. Enquanto este, fortemente influenciado pela tradição da escola francesa liberal-oitocentista, valorizava o indivíduo, a liberdade e a propriedade, o Código de 2002 buscava “*interesses estruturados na socialidade, em que, por exemplo, a força obrigatória dos contratos é relativizada para proteger o bem comum e a função social do contrato*”.¹⁵

Todavia, passada a fase inicial de euforia em que se festejavam as cláusulas gerais como panaceia de todos os problemas,¹⁶ chegou-se a um momento em que essa liberdade criativa do juiz passou a conflitar com os demais interesses sociais, em especial no que se refere à segurança jurídica das transações econômicas.¹⁷ Sem a existência de mecanismos eficientes para a resolução dos complexos problemas que são trazidos ao Judiciário, as decisões passaram a ficar aleatórias, desorientando os indivíduos sobre como devem proceder ou por quais condutas devem pautar-se. Para TIMM, “*essa situação torna-se quase*

¹²- MARTINS-COSTA, Judith. O direito Privado..., p. 26.

¹³- MACEDO, Ronaldo Porto. *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 58.

¹⁴- DUQUE, Bruna Lyre. *O direito contratual e a intervenção do estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 117.

¹⁵- DUQUE, Bruna Lyre. *O direito contratual...*, p. 105.

¹⁶- DIDIER JR. chega a asseverar até mesmo que “*as cláusulas gerais servem para a realização da justiça ao caso concreto; revelam-se, em feliz metáfora doutrinária, ‘como pontos de erupção da equidade’*” (DIDIER JR., Fredie. Cláusulas gerais processuais. *Revista dos Tribunais*, v. 187, Set., 2000, p. 73).

¹⁷- DIDIER JR. que, num primeiro momento defende sem hesitar as cláusulas gerais, alerta ao sério risco de insegurança jurídica que seu uso pode ocasionar. O processualista, com âncora em FRANZ WIEACKER, alerta: “[a] despeito do contexto político-social da época da decisão, as cláusulas gerais ‘possibilitam ao juiz fazer valer a parcialidade, as valorações pessoais, o arrebatamento jusnaturalista ou tendências moralizantes do mesmo gênero, contra a letra e contra o espírito da ordem jurídica. Por outro lado, o uso inadequado, hoje cada vez mais freqüente, das cláusulas gerais pelo legislador atribui ao juiz uma responsabilidade social que não é do seu ofício’. Esses problemas ainda podem ganhar maior vulto em tempos de efervescência social, guerras ou crise econômica. Há o perigo quase inevitável da fuga para as cláusulas gerais (Die Flucht in die Generalklausten), conforme célebre expressão de HEDEMANN” (Cláusulas gerais..., p. 77).

*dramática, se se pensá-la para o sistema jurídico nacional, cuja ordem recursal não dispõe de eficazes mecanismos de uniformização de jurisprudência (apesar da existência do recurso especial), como existe, por exemplo, nos países da família da common Law – doutrina do stare decisis”.*¹⁸

Tal necessidade de harmonização entre o modelo do Estado Social com os ideais do Estado Liberal faz-se sentir, especialmente, na esfera empresarial. Contratos híbridos, coligação de contratos, rede contratual, entre outros – todos esses novos modelos de negócios são consequência direta do desenvolvimento das operações econômicas realizadas no cotidiano empresarial e desafiam o jurista moderno na busca por uma construção argumentativa que se traduza como razoável àqueles que buscam a tutela jurisdicional.¹⁹

Com efeito, a razoabilidade na argumentação faz-se necessária ao meio empresarial, a fim de que se confira aos empreendedores a possibilidade de efetuar o cálculo do risco do negócio de maneira mais eficiente. Em outros termos, é importante que todos os participantes do mercado, ainda mais em um contexto de comércio global, conheçam de antemão “as regras do jogo”, evitando assim a instabilidade nas relações negociais.

De fato, o processo de globalização catalisou este movimento em direção à busca pela segurança nos tráficos negociais e de revalorização da autonomia da vontade, na medida em que nenhuma das partes quer submeter o pacto firmado à jurisdição de seu parceiro estrangeiro.²⁰ Há, deste modo, “o crescimento do princípio da autonomia da

¹⁸ - TIMM, Luciano Benetti. *O novo paradigma...*, p. 160.

¹⁹ - Nesse sentido, observe-se o comentário de NERY: “(...) a ampla intervenção estatal nos mercados ocasionou-lhes a perda do caráter de instituição privada, e a evolução dessa prática pública de política econômica sobre o mercado inspira hoje totalmente sua idéia institucional, dotando-a, em certa medida, de aspectos de coercibilidade própria da que se verifica presente durante o exercício da autoridade do Estado. O direito privado tem se esforçado para empreender tarefa técnica e científica capaz de compreender as necessidades de seu momento histórico, fazendo evoluir seus institutos tradicionais, porque as mudanças que a evolução cultural impõe à ordem jurídica e a necessidade de novas fórmulas jurídicas que atendam à realidade de seu tempo temperam e impulsionaram essa evolução” (*Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 223).

²⁰ - Acerca do processo de globalização e dos paradigmas contratuais, FEITOSA destaca que: “[a] globalização dos mercados, embora não tenha excluído a perspectiva civil-constitucional, certamente enfraqueceu a leitura do direito dos contratos à luz da Constituição. Não há como negar que o processo de globalização, consolidado em época posterior ao apogeu teórico do novo constitucionalismo (compatível com a idéia de uma ‘força normativa da constituição’, celebrizada por Konrad Hesse), ativa nichos importantes de mercado onde predomina uma espécie de regulação interna corporis, normas uniformes calcadas em certos ‘fatores

vontade – que, no âmbito do Direito Internacional Privado, significa a possibilidade de as partes elegerem, via cláusula contratual, o sistema jurídico que regulará o conflito de interesses.”²¹ Outrossim, tal efeito decorre do fato de que os ordenamentos nacionais, em geral, foram fundados sob o protótipo da transação isolada, enquanto que, hodiernamente, faz-se cada vez mais comum a contratação de longa-duração, com características relacionais.²²

E essa necessidade de limitação aos amplos poderes interpretativos do juiz já parece ter chegado à atenção do legislador. Tanto assim que o Projeto de Lei n. 8046-A de 2010, relativo à instituição do novo Código de Processo Civil, atualmente em trâmite no Senado Nacional, ao tratar dos requisitos e efeitos da sentença, impõe a necessidade de que

reais de poder’, destinadas a restaurar a autonomia privada e que se revelam arreadas ao enquadramento jurídico-constitucional fornecido pelos Estados nacionais” (Paradigmas Inconclusos..., p. 324).

²¹- TIMM, Luciano Benetti. *O novo paradigma...*, p. 153. Com relação ao assunto, o autor ainda prossegue: “(...) em uma economia globalizada, caracterizada pela internacionalização das relações econômicas empresariais e estatais, a categoria jurídica do contrato internacional tende a crescer em importância como viabilizador e mesmo regulador do comércio internacional (paralelamente à regulação governamental da Organização Mundial do Comércio). No âmbito do comércio internacional, os agentes econômicos criam regras espontaneamente através de usos e costumes (consolidados na Câmara Internacional do Comércio – International Chambers of Commerce (ICC) -, como é o caso dos INCOTERMS) sem qualquer controle estatal – nova lex mercatoria ou soft Law; na esfera dos contratos internacionais, os conflitos são resolvidos pelas próprias partes, através de mediadores, ou, no máximo, mediante arbitragem, que é uma forma de jurisdição privada (reconhecida pela Lei n. 9.307/96 e chancelada inclusive pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da SEC 5206 e pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do SEC 856)” (p. 153).

²²- Essa é a posição expressada por GOMES, ao comentar acerca dos contratos de relacionais de longa duração: “[a]s regras desenvolvidas no âmbito do direito dos contratos dos ordenamentos nacionais adequam-se mal a tais contratos já que o modelo ou protótipo é representado pela transação ‘isolada’, podendo afirmar-se que a explicitação de princípios jurídicos gerais neste domínio não acompanhou a evolução verificada. Pode, aliás, surpreender-se um determinado ‘círculo vicioso’, já que, por isso mesmo, e como forma de se esquivarem à rigidez dos ordenamentos nacionais, as partes de contratos internacionais procuram evitar a aplicação daqueles ordenamentos e afastar a competência das respectivas jurisdições” (Cláusulas de Hardship. In MONTEIRO, Antônio Pinto (coord.). *Contratos: Actualidades e Evolução*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997, p. 178). E, adiante em seu texto, comenta ainda que “uma das principais razões para a evolução verificada pode encontrar-se na mudança sensível ocorrida no comércio internacional o qual, longe de restringir-se a um simples intercâmbio de bens físicos (importação e exportação de mercadorias) envolve, em crescente medida, transferências de tecnologia, joint ventures e esforços colectivos nas áreas de pesquisa científica, produção e marketing. Essas operações, cuja duração, em regra, não se encontra previamente fixada, prolongam-se tipicamente por largos períodos e têm de ser flexíveis para se adaptarem à evolução das circunstâncias. A própria possibilidade de rescisão é, freqüentemente, ilusória: a procura de um novo parceiro pode revelar-se difícil e onerosa ou, inclusive (como quando p. ex. o mercado se acha dominado por um pequeno número oligopólios ou a oferta é escassa e os produtores já têm relações preferenciais ou exclusivas com outros compradores) condenada de antemão ao fracasso ou desaconselhável por razões políticas (p. ex. em virtude da solidariedade entre os países desenvolvidos) ou econômicas (p. ex. em razão do montante de investimento já realizado)” (p. 184).

decisões lastreadas em conceitos legais indeterminados sejam, analiticamente, fundamentadas.²³

Vê-se, assim, que o sentimento de minguagem de objetividade das decisões judiciais parece encontrar lugar comum nas críticas não só dos operadores do direito, como também de todos os demais indivíduos usuários do Judiciário. Tanto é que, nas palavras de JUNQUEIRA DE AZEVEDO, “*hoje, estamos fugindo do juiz.*”²⁴ Segundo o autor, não só a Lei de Arbitragem (Lei n.º 9307 de 23.9.1996), como também o desenvolvimento de procedimentos institucionais de resolução de conflitos (v.g., procedimento da Comissão de Valores Mobiliários ou do Conselho de Medicina) seriam evidências dessa nova realidade.²⁵ Nessa linha, pode-se citar também a evolução e proliferação dos denominados

²³ - Nesse sentido, confira-se o parágrafo 1º, inc. II, do Projeto de Lei n. 8046-A de 2010 (conforme redação final aprovada pela Câmara dos Deputados, em março de 2014):

“Art. 499. São elementos essenciais da sentença:

I – o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o órgão jurisdicional deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé”.

²⁴ - AZEVEDO, Antonio Junqueira. Direito Pós-moderno..., p. 56.

²⁵ - O jurista, registrando sua perplexidade diante desse novo panorama, escreveu: “[a] ponto, nesse sentido, não só a Lei da Arbitragem – o que é evidente – mas também os processos em instituições como a Bolsa de Mercadorias e Futuros, como a CVM (Comissão de Valores Mobiliários), a OAB, o Conselho de Medicina e várias outras instituições cujos problemas não deságuam no Judiciário. Fiquei perplexo quando tive de tratar de um assunto acadêmico – uma tese sobre a Bolsa de Mercadorias e Futuros – e verifiquei que todos os dias há milhões de reais que se transferem entre pessoas que negociam nessa Bolsa de Mercadorias e Futuros e que nenhum caso, nenhum caso da Bolsa de Mercadorias e Futuros, está no Judiciário! As

ADR's ("Alternative Dispute Resolution"). "Hoje, são vários os grupos sociais, justapostos uns aos outros, todos dentro da mesma sociedade mas sem valores compartilhados (shared values), e cada um querendo uma norma ou lei especial para si -, quer formais – com um sem-número de lei, decretos, resoluções, códigos deontológicos, avisos, etc. –quebram a permanente tendência à unidade do mundo do direito."²⁶ Assim, "[a] centralidade do caso – é este o eixo em torno do qual gira o paradigma jurídico pós-moderno".²⁷

Especificamente em relação aos contratos, FEITOSA complementa o supramencionado, esclarecendo que "não existem os 'contratos em geral'. Esta é uma expressão que cumpriu o seu papel jurídico-ideológico num determinado ambiente histórico de exaltação dos princípios da liberdade de contratar e da autonomia da vontade. Hoje, a prática negocial privada compõem-se de categorias contratuais diversas, restando descredenciadas as formas de análise que passam exclusivamente pela via da sistemática unitária".²⁸ Para ela, seriam caracteres do novo paradigma contratual "a relativização, a análise sistêmica, o pluralismo e o exame casuístico".²⁹

Não se deve, contudo, abandonar a técnica lastreada nesses versáteis conceitos vagos. Faz-se mister antes que a teoria jurídica e a jurisprudência desenvolvam "técnicas dogmáticamente adequadas de manejo dessas espécies normativas."³⁰ No novo paradigma, exigem-se "vetores materiais, diretrizes, e não fórmulas vazias, próprias de uma axiologia formal, cujo 'recheio' é posto arbitrariamente pela autoridade (juiz ou membro do Poder Executivo)".³¹ Assim, "nesse novo modelo (...) as cláusulas gerais vêm acompanhadas de prescrições de conteúdo que servem de parâmetros para sua interpretação" e "o preenchimento dos conceitos indeterminados recebe um balizamento, pois são associados a normas descritivas de valores."³²

peças estão fugindo da estrutura do Judiciário, própria do paradigma anterior. As escolhas, hoje, consistem em tipos mais expeditos de solução. O projeto de Código Civil infelizmente volta a insistir na presença do juiz para muita coisa inútil, como alguns casos de anulação e rescisão contratual. O projeto está no paradigma do Estado inchado" (AZEVEDO, Antonio Junqueira. Direito Pós-moderno..., p. 62).

²⁶ - AZEVEDO, Antonio Junqueira. Direito Pós-moderno..., p. 55-56.

²⁷ - AZEVEDO, Antonio Junqueira. Direito Pós-moderno..., p. 60.

²⁸ - FEITOSA, Maria Luiz Pereira de Alencar Mayer. Paradigmas Inconclusos..., p. 289.

²⁹ - FEITOSA, Maria Luiz Pereira de Alencar Mayer. Paradigmas Inconclusos..., p. 326.

³⁰ - DIDIER JR., Fredie. Cláusulas gerais..., p. 76.

³¹ - AZEVEDO, Antonio Junqueira. Direito Pós-moderno..., p. 61.

³² - MIGUEL, Paula Castello. Contratos entre empresas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 92.

Esse também parece ser o entendimento de PENTEADO, ao dispor que “[a] questão é que elas [as cláusulas gerais] passaram a propiciar um novo desafio ao jurista, que é o de dar conteúdo para os conceitos legais indeterminados que incorporam, bem como o de parametrizar os casos a serem aplicadas, fornecendo como que bitolas hermenêuticas que impeçam seu uso impensado e contra os escopos segundo os quais foram instituídas”. Nesse sentido, PENTEADO explica que as cláusulas gerais tendem a receber concretizações em padrões decisórios, exatamente da forma como se deu com o parcelamento da cláusula de boa-fé, nas figuras do *venire contra factum proprium*, *tu quoque*, *supressio* e *surrectio*. Todas, nas palavras do professor, “padrões autênticos e judicativos que ganharam contornos de pressupostos a merecer um qualificativo de quase-suporte-fático”.³³

Houve, deste modo, uma efetiva revalorização da segurança jurídica e de alguns dos ideais do Estado Liberal,³⁴ não se olvidando, porém, das lições trazidas pelo modelo do Estado Social.³⁵

³³ - PENTEADO, Luciano Camargo. *Integração de Contratos Incompletos*. Tese de Livre-Docência apresentada ao Departamento de Direito Privado e de Processo Civil da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo em 2013. E o professor ainda prossegue em outro trecho: “é preciso que se estabeleça um equilíbrio sofisticado, não de uma simples balança de pratos, mas de um pêndulo fixo apenas em um ponto do teto, evitando que o só casuísmo deixe inúmeras situações sem regime jurídico próprio e que o só legislar mediante cláusulas gerais aniquile a certeza e segurança jurídicas que, embora não únicos, são valores fundamentais de uma ordem jurídica estável e do desenvolvimento econômico. (...) A porosidade e vagueza semânticas são, em verdade, um mal necessário para o qual os sistemas jurídicos contemporâneos precisam estar preparados. As escolas de formação de magistrados, de membros do Ministério Público, de procuradores das diferentes esferas, entre outras, devem reforçar o exercício constante de um raciocínio problemático que saiba que o direito positivo dá parâmetros judicativos, não uma solução prévia e já estabelecida. É preciso estar prontos para um direito que conte com a possibilidade de construir uma solução e que se paute, deste modo, por uma racionalidade construtiva, muito mais que por uma racionalidade reprodutiva do que já está posto no corpus registrado” (pp. 85-86).

³⁴ - COELHO, ao comentar os efeitos da globalização na ordem econômica, pontua: “[c]om o desenvolvimento da globalização da economia, os empresários procuram localizar seus estabelecimentos industriais em países de direito-custo mais atraente. Em vista disso, os interessados em atrair investimentos, como é o caso do Brasil, terão maior ou menor sucessos na medida em que os respectivos direitos passem a representar vantagens competitivas. Quanto maior a liberdade reconhecida pela ordem jurídica para os próprios agentes econômicos definirem, por contrato, seus direitos e obrigações, maior será a atração de investimentos. A globalização, assim, revigora a autonomia da vontade” (Curso de Direito..., p. 16).

³⁵ - A esse respeito, FEITOSA bem esclarece que o contrato passa a ser a realidade “onde o novo e o antigo se misturam, onde pontos de vista tradicionalmente tidos como contraditórios se aproximam e se incluem”. Como consequência, destaca: “as fronteiras são fluídas, as ordens são plúrimas e as soluções várias”, sendo que “[e]m âmbito contratual privado, a ilusão de segurança jurídica foi definitivamente alcançada pela dúvida e pela perplexidade” e “[o] único consenso parece ser a constatação de que há não há mais consenso” (Paradigmas Inconclusos..., p. 287). Assim, conclui que “[a]nte a complexidade das relações contratuais contemporâneas, nenhum princípio poderá mais gozar da pretensão de liquidez e certeza ou assumir posição privilegiada perante os outros pelo fato de ser mais consentâneo com a doutrina sócio econômica. Também não poderá haver interpretação unidirecional ou aplicação erga omnes de qualquer preceito-mentor. A época é de mudanças e perplexidades – não há um paradigma consolidado de uma proposição científica universalmente aceita”; “[n]ão há uma doutrina social, política ou econômica dominante na atualidade dos fatos, como ocorreu noutras épocas. Existe hoje uma imbricação de diversas

Diante desse cenário de profunda mutação de ideais, em que há a tendência a se buscar um balizamento dos aleatórios provimentos jurisdicionais, com vistas, essencialmente, a assegurar as transações mercantis, parece ser necessária a revisitação das teorias revisionistas, bem como a forma como vêm sendo aplicadas pelos julgadores pátrios. Com efeito, “há muita preocupação, na atual prática contratual brasileira, com o eventual excesso de intervenção do judiciário nos contratos”.³⁶

É de se observar que essa preocupação em uniformizar e sistematizar as técnicas revisionistas não é apenas da doutrina nacional. MEKKI, professor da *Université Paris-Nord (Paris XIII)*, destaca os esforços que vêm sendo feitos no âmbito da União Europeia para harmonizar as regras referentes à questão: “*this technique is one of the flagships of the harmonization movement jointly by the European Union Member States and the European institutions*”.³⁷

Essa necessidade de reanálise das ideias revisionistas faz-se ainda mais flagrante quando se reflete acerca do ressurgimento da cláusula *rebus sic stantibus* ao final do século XIX. Isso porque, como bem se sabe, o resgate do ideal revisionista é contemporâneo, justamente, ao florescimento do modelo *welfarista* de Estado.³⁸ SIDOU, por meio de metáfora, bem elucida a evolução histórica do princípio revisionista:

“O princípio rebus sic stantibus foi semente lançada pelos filósofos estóicos; colhida por poucos juriconsultos clássicos; semeada pelos salmistas e canonistas; brotada da jardinagem dos pós-glosadores; tornada arbusto em proveito do incipiente direito internacional; e, árvore quase morte pelo

correntes de pensamento que caracterizam o universo pluralista da atualidade global” (Paradigmas Inconclusos..., p. 323).

³⁶- AZEVEDO, Antonio Junqueira. Relatório Brasileiro sobre a revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. In AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 185.

³⁷- MEKKI, Mustapha. Hardship and Modification (or 'Revision') of the Contract, 2010. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1542511>.

³⁸- A esse respeito, MIGUEL disserta: “[a] intervenção do Estado na economia torna-se marcante com o início da Primeira Guerra Mundial. É, ainda, durante a guerra que surge essa necessidade. ‘A Guerra de 1914 já se realizou em condições que reclamavam um imenso esforço industrial. A economia, em conjunto, tinha de modificar sua orientação num sentido definido pelo Estado. A carência de mão-de-obra, o aumento dos salários, a valorização dos estoques, a alta generalizada de preços, a necessidade de recursos para o Estado, geraram a intervenção na produção, na distribuição e no consumo, fixando salários, tabelando preços, controlando créditos. Foi a primeira vez na história moderna que o Estado dominou a vida econômica. (...) O intervencionismo consolidou-se a partir de 1930, mas as suas origens vieram desde o final do século XIX. Três causas são apontadas como fundamentais para o surgimento dessas mudanças, a saber, os movimentos proletários, a crise de 1929 e a ameaça comunista” (*Contratos entre empresas...*, p. 32).

*egoísmo individualista, reverdeceu com o adubo do suor humano para dar sombra aos procuram abrigo no direito social”.*³⁹

O mesmo autor esclarece ainda que esse resgate do princípio é decorrência direta da percepção do homem do século XX das debilidades dos alicerces do sistema capitalista. Segundo o doutrinador, é neste momento que aquele compreende que “*o individualismo lhe resultava mais daninho que benéfico, e passou a preocupar-se com os ideais solidaristas, base do direito social e até então mera nostalgia dos filósofos e funesta maquinação dos anarquistas.*” E conclui seu raciocínio aduzindo que “*o erro essencial do Código de Napoleão foi o haver confundido igualdade jurídica com igualdade econômica*”.⁴⁰

E, em grande parte, essa alteração na forma de compreender a obrigatoriedade dos pactos no pós-liberalismo deve-se às grandes tragédias que marcaram a primeira metade do século passado. MEDEIROS DA FONSECA, em pleno horror de guerra – 1943 -, destaca que “*as alterações profundas, de ordem econômica e social, provocadas pelas duas grandes conflagrações que teem agitado o mundo na primeira metade dêste 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 r.s.s., sob nova denominação e com novos fundamentos.*”⁴¹⁻⁴²

Percebe-se, deste modo, que as bases das teorias revisionistas em voga, a despeito de sua ulterior evolução, descendem, fundamentalmente, de noções formuladas sob a égide do denominado paradigma do juiz. Não surpreende, assim, que o Código Civil vigente,

³⁹- SIDOU, J.M. Othon. *Revisão Judicial dos Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 26.

⁴⁰- SIDOU, J.M. Othon. *Revisão Judicial...*, 1984, p. 26.

⁴¹- DA FONSECA, Arnaldo Medeiros. *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943, p. 196.

⁴²- Nada obstante, não se deve depositar o fundamento dessa alteração de paradigma, integralmente, aos grandes conflitos armados do século XX. MAIA destaca que “*embora a vinculação contratual fique agravada quando dos conflitos armados, sentindo-se, nestas contingências, a presença mais a miúdo da cláusula rebus sic stantibus, não descende ela, em linha reta, de tais situações*”. Isso porque o princípio “*manifesta-se em todas as épocas, na paz como na guerra, desde que concorram acontecimentos extraordinários e imprevisíveis. A subversão das bases econômicas do contrato, que não pode ficar indiferente aos anseios da justiça comunitária, ocorre quando atuam fatores extraordinários. E estes fatores não são privativos das condições gerais de instabilidade que a guerra acarreta. Também nos períodos de concórdia dos povos, o surgimento de fatos imprevistos e invencíveis pode tornar impossível o cumprimento de cláusulas contratuais*” (*Da Cláusula Rebus Sic Stantibus*. São Paulo, Monografia para concurso à Cátedra de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1959, pp. 17-18).

moldado na esteira daquele farol, tenha adotado fórmula fundada na figura do julgador⁴³ e em conceitos legais indeterminados (v.g., “*excessivamente onerosa*”, “*extrema vantagem*”, “*acontecimentos extraordinários e imprevisíveis*”).

Contudo, como visto, a forma como esse modelo centrado na criatividade do juiz vem sendo aplicado não atende de maneira adequada às necessidades da sociedade hipercomplexa.⁴⁴ Parte-se para a centralidade do caso e, portanto, não mais subsiste a ideia de unidade, de um direito aplicado a todos.

Assim, com arrimo nestas ponderações, é que se percebe a necessidade de ir além da simples revisitação das teorias revisionistas. Deve-se antes abordá-las sob a perspectiva da hipercomplexidade. Em outras palavras, há que se considerar o ambiente em que os contratos, potencialmente, sujeitos às intempéries das alterações de circunstâncias se inserem, para, num passo posterior, buscar balizas específicas para a revisão seja ela judicial, arbitral ou por qualquer outro meio vislumbrado pelas partes. Tal delimitação faz-se necessária, na medida em que as regras contratuais aplicáveis a cada um dos grupos, a despeito de encontrarem um núcleo comum, agem de forma diferente sobre os diversos tipos de vínculos que podem ser firmados. Tome-se de exemplo a autonomia da vontade. É inegável que esta deve ser considerada de forma diversa nos contratos que envolvem relações trabalhistas, de consumo ou entre partes empresárias.⁴⁵

⁴³- O art. 317 do Código Civil é exemplo literal de tanto: “*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*”.

⁴⁴- Com efeito, esse amplo poder que se conferiu ao juiz resulta na aleatoriedade das decisões judiciais. Ora se decide com base na Teoria da Imprevisão, ora se olvida dela, permitindo-se a revisão contratual com base, unicamente, em critérios solidaristas. Ilustração dessa discricionariedade pode ser conferida em voto do proferido por Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: “[r]egistre-se, por oportuno, que ainda que assim não se entendesse, ou seja, ainda que não se reconhecesse como aplicável ao caso em análise as normas protetivas da legislação de consumo, ainda assim seria possível se rever a relação contratual vivenciada pelas partes. E assim é porque, em que pese a revisão contratual não ser a regra no sistema de direito comum, mas sim a resolução do negócio jurídico por conta de onerosidade excessiva, a melhor doutrina vem mitigando os rigores legais e entendendo possível dita revisão ainda que previsíveis os acontecimentos que causaram o desequilíbrio contratual - no caso, as dificuldades financeiras da segunda apelante. A justificativa para tal entendimento reside no fato de que a boa-fé objetiva, expressamente prevista no art. 422 do CC/2002 (LGL 2002/400), indica a necessidade do ajuste do pacto firmado com a nova realidade econômica, assim como a prefalada função social do contrato demanda o resgate do equilíbrio das obrigações como forma de preservação do instrumento contratual, com flagrante atenuação da teoria da imprevisão” (TJ-RJ, 2ª Câmara Cível, Apel. n. 2007.001.53556, Des. Rel. HELENO RIBEIRO PEREIRA NUNES, j. 24.7.2007).

⁴⁵- Nestes termos, COELHO explicita as diferenças mencionadas: “[e]m termos gerais, não há no contrato de trabalho margem para amplas negociações entre empregador e empregado, as quais se resumem, basicamente, ao valor do salário. No contrato de consumo, a margem é um pouco mais larga, podendo fornecedores e consumidores entabular algumas poucas tratativas na composição de seus interesses. Nos

Tudo considerado em adição à recente revitalização da economia nacional no cenário global deixa muito evidente a necessidade de que a Academia volte-se para o estudo da questão. É, por isso, que cremos ser relevante a análise da matéria, mormente com foco nos contratos celebrados entre partes empresárias.

contratos administrativos, negociações localizadas são, na maioria das vezes, inválidas, porque sua assinatura é precedida normalmente de licitação, e, por isso, submetem-se as partes à regra da vinculação aos termos do edital, condição para o tratamento isonômico dos licitantes. Por fim, embora nos contratos de direito civil e comercial (regime cível) as negociações de cláusulas sejam muito mais freqüentes, existem também vínculos nascidos da simples adesão de um dos contratantes a condições preestabelecidas pelo outro” (Curso de Direito Comercial, Volume III, São Paulo: Saraiva, p. 4). Especificamente com relação à aplicação dos artigos 478 a 480 do Código Civil, RIBEIRO e GALESKI JUNIOR sublinham que “o critério de interpretação do contrato empresarial não deve ser o mesmo utilizado para outros contratos para aplicação das hipóteses de imprevisão” (RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. Teoria Geral dos Contratos, Contratos Empresariais e análise econômica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 32).

1 OS CONTRATOS EMPRESARIAIS

O item que ora se inicia volta-se, essencialmente, à investigação dos contratos firmados entre partes empresárias no exercício da atividade comercial e de uma eventual teoria geral referente a tais negócios. De início, registra-se a dificuldade no tratamento da matéria, em razão da insipiência da discussão em território nacional, o que, naturalmente, desagua na reduzida produção científica sobre a questão. Efetivamente, são escassos os empreendimentos voltados à construção de uma teoria geral sobre os contratos empresariais.⁴⁶ Nos itens que se seguem, analisar-se-á os contratos empresariais os traços distintivos dos contratos empresariais.

1.1 Uma categoria autônoma?

Conforme esclarece FORGIONI, a doutrina tradicional não se ocupou do tratamento dos pactos celebrados por comerciantes como categoria autônoma, voltando-se principalmente a comentar cada um dos tipos contratuais previstos nos arts. 140 a 286 do Código Comercial.⁴⁷ Diz a autora que, no máximo, comentavam-se os traços mais evidentes desses negócios, ignorando, contudo, sua característica mais essencial: “*nos contratos empresariais, ambas (ou todas) as partes têm no lucro o escopo de sua atividade*”.⁴⁸ Por tal razão, esclarece a professora que a escolástica nacional ficou carente de uma construção acerca da matéria que identificasse os princípios peculiares dos contratos firmados entre entes empresários, cujo vetor primordial seria a lógica de funcionamento do mercado.⁴⁹

⁴⁶ - Nesse sentido é a observação de GONÇALVES NETO: “*cumprir observar que não se formou, ainda, uma doutrina consistente em matéria de contratos mercantis. Já existem algumas obras importantes, como as da professora Vera Helena de Mello Franco e da professora Paula Forgioni; há também os livros do professor Haroldo Verçosa, da professora Márcia Carla Ribeiro, e algumas outras monografias publicadas em revistas especializadas. Mas, até o momento, tenho para mim que não foi possível reunir toda a matéria para uma sistematização mais adequada*” (GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Os contratos mercantis e o Código Civil. In NOVAES E FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e (Coord.). *Temas de Direito Empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor Luiz Gastão Paes Barros Leães*. São Paulo: Malheiros, p. 119.

⁴⁷ - FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 37.

⁴⁸ - FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral...*, p. 37.

⁴⁹ - FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral...*, p. 37. Sobre a especialidade do direito comercial, desde suas origens, RIBEIRO e GALESKI JUNIOR comentam: “[o] ius mercatorum foi diretamente criado pela classe dos comerciantes, sem a mediação da sociedade política. Foi, então, criado por uma classe, mas imposto a todos. A peculiaridade salientada por Galgano ganha ainda maior importância quando se considera que a classe mercantil era a classe dirigente. Vale dizer, poderia, teoricamente, valer-se da situação de poder e estatizar o direito, impondo uma intermediação política. A opção pela não-intermediação possibilitou ao

No entanto, FORGIONI observa que a postura da clássica escola comercial nada teve de “*desidiosa*”. O pouco (ou reduzido) interesse na identificação de uma teoria própria dos contratos empresariais talvez tenha sido consequência do processo de unificação das obrigações civis e comerciais afluído no século passado, com a eliminação das jurisdições distintas e das diferenças entre os processos civis e comerciais,⁵⁰ e concretizado com a revogação de parte do Código Comercial com o novo Diploma Civil.

A bem da verdade, conforme opina FORGIONI, a doutrina clássica sempre encontrou dificuldades em distinguir os negócios civis dos comerciais. O tratamento diferenciado que se dava a tais contratos advinha mais da duplicidade de leis a tratar da matéria (Código Civil e Código Comercial), com a decorrente comparação entre obrigações civis e comerciais, do que da identificação de vetores materiais próprios de cada uma dessas áreas.⁵¹ Assim, com a unificação de tratamento, as discussões acerca dos princípios gerais dos contratos empresariais foram renegadas a segundo plano, voltando-se o foco da análise apenas aos tipos contratuais, individualmente, considerados.⁵²

Postura semelhante deu-se na Itália, com a edição do *Codice Civile* em 1942, o qual, igualmente, unificou as obrigações civis e comerciais. Naquele momento, parte da doutrina peninsular chegou, inclusive, a contestar a existência dos contratos comerciais.⁵³

Direito Comercial ultrapassar o limite territorial das comunas, como regras profissionais de uma classe mercantil, sem mediação da sociedade política, imposto a todos em nome de uma classe, e que se estendia por onde houvesse mercado. Assim como o surgimento se deu pela especialidade, a impossibilidade de unificação total do Direito Privado continua apoiada nesta mesma especialidade, tanto na disciplina da empresa como dos contratos. Pode-se unificar a codificação, mas não se consegue unificar a disciplina” (Teoria Geral..., pp. 10-11).

⁵⁰ - FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral...*, pp. 37-38.

⁵¹ - A esse respeito, RIBEIRO e GALESKI JÚNIOR esclarecem ainda que a dualidade de sistema se baseava mais na tradição histórica do direito comercial do que em um critério científico de diferenciação entre as obrigações civis e comerciais. Assim, comentam que diversas atividades de cunho empresarial, como, por exemplo, a prestação de serviços e a atividade de produção, não estavam submetidas às regras do Código Comercial (RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria...*, p. 4).

⁵² - FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral...*, pp. 38-40.

⁵³ - FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral...*, pp. 42-43. Nada obstante, é relevante destacar também que parte da doutrina comercialista italiana permaneceu avessa à unificação dos códigos civil e comercial. Nesse sentido, observe-se o comentário de BUONOCORE, em referência a ALFREDO GRAZIANI: “[è] a questo proposito, oltremodo significativo che un autore come Alessandro Graziani, on aduso a un tal genere di interventi e rifuggente, comunque, sul piano metodologico, dal costruzionismo di maniera e dal concettualismo fine a se stesso, proprio perché sempre attento alle implicazioni conseguenti alla formulazione delle proprie tesi, addirittura nella *Introduzione al Manual di diritto commerciale* – ci si riferisce alle sei edizioni apparse quand’egli era ancora in vita – abbia scritto così: «ma se l’autonomia legislativa del diritto commerciale è venuta meno, non per questo è venuta meno la sua autonomia giuridica. L’arbitrio del legislatore può, con un tratto de penna, mutare i nomi i diversamente raggruppare le norme; ma non riesce a sottrarre un complesso di rapporti sociali ad una particolare disciplina, se tal particolare

Para CAPO, essa postura de indiferença aos contratos comerciais decorreu do fato de que os negócios tipificados no *Codice* já teriam adotado a lógica de mercado, eis que muitos deles seriam voltados à atividade empresarial. Assim, teriam ficado pouco claras as distinções entre ambas as modalidades.⁵⁴

Recentemente, no entanto, renasceu o interesse da escolástica italiana sobre os pactos mercantis. Tal fato deve-se, essencialmente, a quatro aspectos: (i) à edição de diversas normas especiais referentes a contratos empresariais;⁵⁵ (ii) à legislação comunitária europeia e convenções internacionais sobre contratos comerciais;⁵⁶ (iii) à discussão acerca dos contratos consumeiristas;⁵⁷ e (iv) à capacidade criativa dos empresários de criarem novos instrumentos contratuais ou de modificarem, de maneira significativa, os esquemas já existentes.⁵⁸ De acordo com BUONOCORE, todos esses fatores são, simultaneamente, resultado da natural força expansiva do direito comercial e causas eficientes de já referido processo de “recomercialização”, ratificando o entendimento de

disciplina, propria di questi rapporti (...) risponda ad un'effettiva esigenza» (BUONOCORE, Vincenzo. *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*. Milano: Giuffrè, 2000, p. 49).

⁵⁴ - CAPO, Giovanni. *Attività d'impresa e formazione del contratto*. Milão: Giuffrè, 2001, p. 49.

⁵⁵ - Em relação a este ponto, BUONOCORE diz que a legislação especial sobre contratos comerciais promulgadas pós-*Codice* produziu, essencialmente, 4 resultados principais: (i) criação de novos tipos contratuais, (ii) criação de novos grupos de contratos, (iii) a modificação dos paradigmas normativos sobre contratos tipificados pelo *Codice* e (iv) criação de normas de caráter geral para obrigações envolvendo empresários. A título de exemplo das inovações e/ou alterações legislativas, o autor menciona o contrato de subfornecimento, os contratos bancários, o contrato de agência etc. Todas aquelas seriam destinadas, especificamente, a regular atividades de natureza empresarial (BUONOCORE, Vincenzo. *Contrattazione d'impresa...*, pp. 58-90).

⁵⁶ - Relativamente a essa questão, BUONOCORE destaca que grande parte das fontes de legislação internacional e comunitária está relacionada a matérias de natureza comercial, em decorrência natural da exigência de harmonização e de unificação das legislações nacionais na área dos negócios. Para ilustrar a hipótese, o autor menciona a Convenção de Viena sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (BUONOCORE, Vincenzo. *Contrattazione d'impresa...*, pp. 91-99).

⁵⁷ - Diversamente do Brasil, na Itália, não há um código específico destinado à tutela do consumidor. Assim, naquele país, os contratos de consumo são considerados, por muitos, como contratos empresariais, na medida em que se relacionam aos negócios firmados entre a empresa e o consumidor.

⁵⁸ - BUONOCORE menciona diversos contratos criados na praça empresarial, mas que não contêm previsão normativa, entre eles: *leasing*, *factoring*, *engineering*, *swap* etc. (BUONOCORE, Vincenzo. *Contrattazione d'impresa...*, p. 108). Pertinente, nesse sentido, as ponderações de BLAISE: “*les droit des affaires est expansioniste. Les institutions du droit des affaires qui ont fait la preuve de leurs efficacité sont volontier reprise, au bout d'un certain temps, par la législation civile. On peut dire que le droit des affaires sert de laboratoire pour l'expérimentation des certaine règles nouvelles, qui sont ensuite adoptées et généralisées par le droit civil*” (BLAISE, Jean-Bernard. *Droit des affaires, commerçants, concurrence, distribution*. 7^a ed. Paris: LGDJ, 2013, p. 42).

todos aqueles que foram contrários ao processo de unificação das obrigações civis e comerciais no passado.⁵⁹

Passou-se a falar, no âmbito da doutrina italiana, em uma “recomercialização” do direito comercial, cujos institutos haveriam se “civilizado” com o processo de unificação de regramentos. É, nessa toada, que MENGONI defende a necessidade de criação de novos esquemas, novos conceitos e a construção de uma nova disciplina para o direito dos contratos comerciais.⁶⁰

Movimento idêntico parece ter ocorrido no Brasil no último século, a despeito da tardia promulgação do Código Civil de 2002, que, no entendimento de JUNQUEIRA DE AZEVEDO, já nasceu velho.⁶¹ Aqui também os contratos firmados entre consumidores e fornecedores destacaram-se do regime contratual geral, chamando a atenção para o fato de que o *status* das partes contratantes poderia ensejar uma tutela diferenciada.⁶²

⁵⁹ - BUONOCORE, Vincenzo. *Contrattazione d'impresa...*, pp. 109-110. Nesse sentido: “[f]atte queste premesse, e tornando ad occuparci, sia pure brevemente dei punti singoli, non si può negare che il mutamento vero - senza, peraltro, arrivare a parlare di ricommercializzazione del codice civile - è andato di pari passo con la crescita del corpus della legislazione speciale, che ha dato plausibilità alla categoria dei contratti commerciali o, se si vuole, ne ha completato in modo qualitativamente significativo il quadro. Si può, anzi dire, che la riemersione come categoria a sé dei contratti d'impresa sembra aver dato ragione, a sessant'anni di distanza, a coloro che avevano decisamente avversato la riunificazione dei codici e, in particolare, a chi allora sosteneva che questa opzione non aveva dalla sua alcun argomento convincente, essendo stata motivata da motivi squisitamente politici che, probabilmente, nulla avevano a che fare nemmeno con l'ideologia imperante in quel tempo e che risiedevano solo nella esigenza di riallineare la categoria dei commercianti. (...) [s]enza alcuna iattanza, la causa efficiente di ciò deve essere, innanzi tutto, ricercata nella naturale forza espansiva della materia commercialista, troppo a lungo conseguente ripressa della vis creativa del ceto imprenditoriale, il quale, costretto dalla necessità, peraltro innegabile, di essere alla pari della realtà, ordinamentali e non, degli altri paesi, ha cominciato ad introdurre nella realtà italiana, recte nelle consuetudini del mondo imprenditoriale, nuovi modelli contrattuali mutuandoli soprattutto dai paesi di common law; il numero, la diffusione, l'importanza di questi nuovi modelli costituiscono la dimostrazione più eloquente delle affermazioni appena fatte”.

⁶⁰ - Nesse sentido, observe-se o comentário de BUONOCORE com referência a MENGONI: “[m]a anche chi è tornato sul tema in epoca più recente non ha potuto fare a meno di osservare che «dopo il tanto parlare che si è fatto in questi anni di ‘comercializzazione’ del diritto privato senza per lo più rendersi conto che questa finiva con il tradursi in una ‘civilizzazione’ del diritto commerciale», il complesso dei problemi dibattuti dovrebbe portare «ad una presa di coscienza della necessità di una ‘ricomercializzazione’ (se si preferisce di un recupero dell'autonomia) del diritto commerciale», inteso questo non come individuazione delle disciplina codicista, di una serie più o meno ricca di norme speciali destinate alla regolamentazione dell'attività commerciale, bensì come diritto dell'impresa, che - seguendo lo sviluppo dell'economia - consenta di andare oltre la stessa codificazione, con la creazione di nuovi schemi, nuovi concetti e con la costruzione di nuove discipline” (BUONOCORE, Vincenzo. *Contrattazione d'impresa...*, p. 50).

⁶¹ - AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Insuficiências, Deficiências e Desatualização...*

⁶² - FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral...*, p. 45. De acordo com FORGIONI, o direito dos contratos foi sendo, paulatinamente, “recortado”, com base nos *status* das partes envolvidas do negócio, desprendendo-se daquele, primeiramente, os contratos envolvendo trabalhadores, em seguida os contratos relativos a consumidores, e agora os atinentes a entes empresários. Nesse sentido ainda TEPEDINO: “[p]or conta da eclosão dos movimentos sociais, no Brasil e alhures, a intervenção nas atividades contratuais incidiu

Como aspecto fundamental desse processo de “recomercialização”, há que se destacar a crescente utilização, na praça negocial, de diversos contratos de natureza comercial - muitos com origem em ordenamentos da *common law* - sem qualquer previsão legal do Diploma Substancial: enquanto parte destes instrumentos foram regulados por legislação especial (ex.: contrato de franquia – Lei n. 8.955 de 15.12.1994), outros permanecem sem regramento (ex.: contratos de *engineering*). Houve (e está a haver) uma efetiva explosão de novos arranjos contratuais destinados a atender às necessidades empresariais, cujos vetores são, absolutamente, distintos daqueles que regem contratos de natureza existencial (consumeirista, trabalhista etc.).

De fato, é bem verdade que alguns comercialistas ainda enquadram os contratos de consumo no gênero “contrato comercial”,⁶³ o que, segundo FORGIONI, dificulta a construção de uma teoria autônoma dos contratos empresariais.⁶⁴⁻⁶⁵ Todavia, até mesmo

primeiramente nas relações laborais, tendo sido o direito do trabalho o precursor do que se convencionou chamar de dirigismo contratual, destinado a proteger a parte mais desfavorecida – técnica e economicamente – do contrato do trabalho. O desconforto do direito privado clássico com a intervenção heteronômica na deliberação das partes levou à autonomia do direito do trabalho, afastando-se do direito civil tudo o que se considerava destinado a reduzir o papel da vontade como fonte soberana de vínculos obrigacionais” (TEPEDINO, Gustavo. *Evolução da autonomia privada e o papel da vontade na atividade contratual*. In NOVAES E FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e (Coord.). *Temas de Direito Empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor Luiz Gastão Paes Barros Leães*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 322).

⁶³ - Nesse sentido, GONÇALVES NETO critica o posicionamento daqueles que visam a excluir os contratos de consumo do Direito Comercial. Segundo o autor, tais negócios permanecem no âmbito do Direito Comercial, dado que devem ser analisados como “*instrumentos para realização dos fins da empresa*”. Nas palavras do autor: “[n]oto, por exemplo, que há autores que procuraram separar e excluir do âmbito do direito comercial os contratos de consumo, para desenvolver sua teoria calcada nos contratos entre empresas. Particularmente, entendo que não é essa a solução, nem tem sido essa, aliás, a orientação majoritária. O Código de Defesa do Consumidor contém evidentemente, norma de direito comercial, de direito processual, de direito administrativo, de direito penal etc. Trata-se de microssistema que reúne disposições de diversas áreas do Direito. O fato de regular os contratos de consumo não significa que os tenha retirado do âmbito do direito comercial, do mesmo modo que as normas de processo nela previstas não perderam sua natureza processual, e assim, se dá com os demais ramos do Direito nele contidos. (...) Tem-se aqui algo semelhante ao que se passa com as relações de emprego, que, conquanto normatizadas pelo direito do trabalho, não deixam de estar inseridas no direito comercial sob seu viés funcional, que determina as medidas de vinculação, de representação e de responsabilidade do empresário pelos atos de seus prepostos, dentro e fora da estabelecimento que se utiliza para realizar os fins da empresa” (GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Os contratos mercantis...*, pp. 119-120).

⁶⁴ - FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral...*, pp. 42-43. Defende a autora que o resultado de tal concepção somente pode desaguar em uma das seguintes opções: ou se baralham as fronteiras entre institutos de natureza, absolutamente, diversos (contratos de consumo e contratos entre empresas), ou se recorre apenas à dogmática civilista, em específico à teoria geral dos negócios jurídicos, para resolver questões atinentes a contratos empresariais. Com essa postura, explica FORGIONI, perde-se a oportunidade de se desenvolver uma teoria geral que explique os contratos firmados entre entes empresários. GONÇALVES NETO, a seu turno, critica o posicionamento daqueles que visam a excluir os contratos de consumo do Direito Comercial. Segundo o autor, tais negócios permanecem no âmbito do Direito Comercial, dado que devem ser analisados como “*instrumentos para realização dos fins da empresa*”. Nas palavras do autor: “[n]oto, por exemplo, que há autores que procuraram separar e excluir do âmbito do direito comercial os contratos de consumo, para desenvolver sua teoria calcada nos contratos entre empresas. Particularmente, entendo que não é essa a

para estes parece estar clara a insuficiência das regras de direito comum para lidar com os contratos firmados entre empresários (contratos “B2B”).⁶⁶

A ilustrar o supramencionado, mencione-se que GONÇALVES NETO, defensor do caráter abrangente dos contratos empresariais, já comentou que, conquanto haja leis especiais e artigos do Código Civil voltados aos contratos interempresariais⁶⁷ (o que, por si

solução, nem tem sido essa, aliás, a orientação majoritária. O Código de Defesa do Consumidor contém evidentemente, norma de direito comercial, de direito processual, de direito administrativo, de direito penal etc. Trata-se de microssistema que reúne disposições de diversas áreas do Direito. O fato de regular os contratos de consumo não significa que os tenha retirado do âmbito do direito comercial, do mesmo modo que as normas de processo nela previstas não perderam sua natureza processual, e assim, se dá com os demais ramos do Direito nele contidos. (...) Tem-se aqui algo semelhante ao que se passa com as relações de emprego, que, conquanto normatizadas pelo direito do trabalho, não deixam de estar inseridas no direito comercial sob seu viés funcional, que determina as medidas de vinculação, de representação e de responsabilidade do empresário pelos atos de seus prepostos, dentro e fora da estabelecimento que se utiliza para realizar os fins da empresa” (GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Os contratos mercantis..., pp. 119-120).

⁶⁵- Posição idêntica se dá no direito italiano, o qual, diversamente do direito brasileiro, carece de um código próprio voltado à regulação das relações entre empresário e consumidor. Nesse sentido, observe-se comentário de ROPPO: “[s]i offusca l’unità del contratto in genere, e la figura conosce inedite frammentazioni interne. L’elemento che soprattutto le determina è di natura suggestiva, ovvero la qualifica socio-professionale dei soggetti contraenti: acquista sempre maggior rilievo la qualifica de operatore economico, sicché si profila con crescente nettezza la bipartizione fra contratti delle imprese e contratti «fra privati»; e con la crescenti istanze di protezione dei consumatori la prima categoria ulteriormente si scompone nelle sottocategorie dei contratti fra imprese, e fra impresa e consumatore” (ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. Milão: Giuffrè, 2001, pp. 84-85). No mesmo senso: BUONOCORE, Vincenzo. *Contrattazione d’impresa...*

Realmente, em grande parte da doutrina italiana por nós consultada, a discussão central, em torno dos contratos empresariais, parece voltar-se ao problema da vulnerabilidade seja do consumidor, seja de empresas de menor porte dependente, economicamente, de outra maior.

⁶⁶- Contratos “B2B” são entendidos, para fins deste trabalho, como contratos firmados entre partes empresárias ou “business to business”, no jargão comercial. Adiante, no texto do presente item, trataremos desta classificação.

⁶⁷- GONÇALVES NETO cita como exemplos de normas específicas aos contratos empresariais: a lei de concessão mercantil de veículos automotores (Lei n. 6729 de 28.11.1979), a lei de franquias (Lei n. 8955 de 15.12.1994) e a lei de representação comercial (Lei n. 4886 de 9.12.1965). Especificamente com relação ao Código Civil, o autor faz referência aos artigos 1.268, 473 e 710 a 721 (relacionados ao contrato de agência), os quais teriam aplicação voltada à esfera interempresarial (GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Os contratos mercantis...).

só, já seria um indicativo da especialidade deste ramo),⁶⁸ não existem normas gerais aplicáveis a esses enlaces.⁶⁹

A ilustrar sua hipótese, o professor alerta para o fato de que “*há nesse cenário uma variedade de contratos de integração ou colaboração entre empresários que estão a exigir uma classificação, porquanto não comportam tratamento unitário*”.⁷⁰

Com efeito, situados em eixo em cujas extremidades estão, de um lado, os contratos de *intercâmbio*, e, de outro, os contratos de *sociedade*, os *híbridos* ainda não foram, totalmente, absorvidos pela dogmática jurídica. O desconhecimento decorre, provavelmente, de sua recente disseminação na prática empresarial.⁷¹⁻⁷² Como exemplos destas formas de contratação, podem-se citar os contratos de produção integrada no agronegócio, contratos de distribuição, contratos de franquia, cooperativas, contratos de aliança, entre outros.⁷³

Se, nos contratos de intercâmbio, o principal traço que se extrai é a contraposição de interesses;⁷⁴ e, nos contratos de sociedade, é a reunião de esforços entre as partes,⁷⁵ nos contratos híbridos, “*os empresários, em sua prática diária, trazem à luz contratos que pressupõem esforços conjugados, mantêm áleas distintas, embora interdependentes*”.⁷⁶

⁶⁸ - VETTORI argumenta que a presença de artigos referentes à atividade comercial ou profissional no *Codice* indicaria a existência de uma categoria autônoma de contratos empresariais: “[i]l codice specializza la regola quando il rapporto inerisce ad un’attività professionale, come indica l’art. 1176 e l’asserita (e non dimostrata) esistenza di un criterio de «imputazione dell’inadempimento delle obbligazioni connesse a prestazioni di impresa». Da ciò si vuol trarre i primi spunti per la definizione della categoria” (VETTORI, Giuseppe. Il diritto dei contratti fra costituzione, codice civile e codici di settore. In ADDIS, Fabio et. al. (Coord.). *Studio in Onore di Giuseppe Benedetti*. Roma, Napoli: Scientifiche Italiane, 2008, p. 2152).

⁶⁹ - GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Os contratos mercantis..., p. 121. No mesmo artigo, o mercantilista afirma que os contratos interempresariais “*em regra, são de duração e visam à integração das atividades dos contratantes*” e que, “*ao longo de sua execução, geram situações diversas das que se verificam em relação tanto aos contratos de massa como aos contratos de execução instantânea*”.

⁷⁰ - GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Os contratos mercantis..., p. 121.

⁷¹ - FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral...*, p. 154.

⁷² - MÉNARD esclarece que, a despeito de se ter tangenciado a matéria em anos anteriores, a identificação das formas híbridas de contratação ocorre, efetivamente, em artigo publicado no ano de 1991 por WILLIAMSON. O autor ainda destaca a profusão de termos utilizados para tratar das formas de contratação híbrida (“*besides hybrids, one can read papers about clusters, networks, symbiotic arrangements...*”), criticando aqueles que defendem a regulamentação casuística desses modelos contratuais (MÉNARD, Claude. The economics of hybrid organization. In *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, v. 160, 2004, pp. 346-347).

⁷³ - MÉNARD, Claude. The economics..., pp. 348-350.

⁷⁴ - FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral...*, p. 156.

⁷⁵ - FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral...*, p. 158.

⁷⁶ - FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral...*, p. 173.

Assim fica claro que não está a se tratar “*nem [de] sociedade, nem [de] intercâmbio, mas [de] uma categoria que se situa entre esses dois pólos*”.⁷⁷

No jargão dos economistas, o modelo híbrido estaria situado entre a solução “*de mercado*” e a solução “*hierárquica*”. Enquanto a primeira relaciona-se aos contratos de *intercâmbio* e traz como principal vantagem a possibilidade de o agente econômico, rapidamente, alterar sua estratégia empresarial ante a modificação de contexto (basta a denúncia contratual e a substituição de fornecedor), a segunda tem relação com os contratos de sociedade e, a despeito de engessar as modificações de estratégia, beneficia o agente econômico na organização da atividade produtiva.⁷⁸⁻⁷⁹

De acordo com WILLIAMSON, essa distinção entre soluções de mercado e hierarquia reflete-se, diretamente, no regime legal aplicável aos contratos celebrados em referidos ambientes. O autor esclarece que, enquanto, nas relações concretizadas em mercado, quaisquer falhas seriam apenadas pelas rígidas regras da teoria geral dos contratos (“*classic contract law*”), nas relações de hierarquia, haveria maior flexibilidade e tolerância, dado que, em regra, não caberia a terceiros (Poder Judiciário) intervir em questões *interna corporis* das sociedades (“*forbearance contract law*”).⁸⁰⁻⁸¹ Assim, explica que, nos modelos híbridos de contratação, o regime jurídico aplicável situar-se-ia em no meio termo

⁷⁷ - FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral...*, p. 173.

⁷⁸ - FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral...*, pp. 182-183.

⁷⁹ - WILLIAMSON aborda a questão referindo-se à autonomia atinente à solução de mercado e à cooperação existente na organização hierárquica como capacidade de adaptação (“*adaptability*”). Na sua visão, em ambas as soluções, a questão resume-se, essencialmente, na capacidade de o agente econômico adaptar-se às alterações de contexto (Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structure Alternatives. In *Administrative Science Quarterly*, v. 36, 1991, p. 278).

⁸⁰ - WILLIAMSON, Oliver E. *Comparative Economic...*, p. 274.

⁸¹ - Destaque-se que a jurisprudência nacional, a despeito de algumas vacilações, também tem posicionamento semelhante a esse respeito: “[s]ociedade privadas. O Poder Judiciário deve evitar, quanto possível, interferir na administração a deliberações dessas pessoas jurídicas, salvo em casos excepcionais” (TJ-SP, 1ª Câmara. Dir. Privado, AI n. 203386-4/5, Rel. Des. GILDO DOS SANTOS, j. 18.9.2001); “ANULAÇÃO DE ASSEMBLÉIA GERAL EXTRAORDINÁRIA - Sociedade anônima - Pretendida anulação da deliberação de alienação da totalidade das ações que compõem o capital social da subsidiária, por ser contrária ao interesse da apelada, da qual são acionistas minoritários - Presentes as condições da ação - Julgamento imediato da lide (CPC, 515, § 3º) - Questão política, situada no âmbito de discricionariedade da sociedade - Não pode o Judiciário adentrar tal questão - Pedido julgado improcedente, mantido o ônus da sucumbência fixado na sentença - Recurso improvido, alterado o dispositivo da sentença” (TJ-SP, 7ª Câmara. Dir. Privado, Apel. n. 1654944/2-00, Rel. Des. PAULO EDUARDO RAZUK, j. 30.1.2006).

entre as disciplinas aplicáveis às soluções de mercado e às de hierarquia,⁸² deixando evidente a necessidade de criação de um regime próprio para os contratos de colaboração.

Essas novas formas de contratação híbrida deixam claro que as categorias e institutos, tradicionalmente, postos à disposição dos operadores do Direito não se encaixam mais de forma tão harmônica à realidade. A partir da análise de referidos arranjos, fica evidenciada a impossibilidade de considerar esses novos modelos contratuais de forma estanque e hermética, fazendo-se necessário que ora se valha de institutos de determinada categoria, ora de outra, em relação de complementação, a fim de que melhor se compreenda a operação econômica efetuada. Faz-se mister, pois, que se dê atenção diferenciada a tais contratos, até mesmo porque, *“ao analisar contratos interempresariais, a aplicação literal das normas positivadas, descasadas da importância da eficiência na produção de utilidades, tende a gerar perdas ou custos sociais”*.⁸³

Para além da questão dos contratos de colaboração celebrados por empresários, GONÇALVES NETO chama ainda a atenção para a ausência de regulamentação suficiente para os complexos negócios firmados em operações de aquisição de ativos, fusões, cisões, incorporações, trespasse de estabelecimento etc. Na opinião do autor, estes negócios celebrados entre empresários também se encontram carentes de regulação, especialmente no que toca à fase pré-negocial e às hipóteses de dependência econômica entre os contratantes (usual no mercado de fornecimento)⁸⁴.

Assim, em razão das especificidades acima referidas dos contratos celebrados no mundo empresarial, GONÇALVES NETO conclui pela necessidade de que se crie um arcabouço próprio de regras aplicáveis aos contratos interempresariais.⁸⁵

⁸²- WILLIAMSON, Oliver E. Comparative Economic..., p. 280.

⁸³- SZTAJN, Rachel. Direito e Economia dos Contratos. Os conceitos fundamentais. In VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Curso de Direito Comercial. vol. IV. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 90.

⁸⁴- GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Os contratos mercantis..., pp. 120-122. Como exemplo que questão envolvendo dependência econômica, o autor menciona, exemplificativamente, os casos de fornecimento de autopeças, em que qualquer alteração na linha de montagem do fabricante pode gerar graves consequências à empresa fornecedora de partes.

⁸⁵- Nesse sentido: “[e]ssas lacunas legislativas não foram preenchidas pelo Código Civil, que, aliás, mesmo no ambiente dos contratos atípicos (assaz frequentes no trato do empresário) não tratou, como deveria, dos contratos-meios, dos negócios indiretos, e assim por diante. São esses os atuais desafios que se nos deparam no atual ambiente da contratação mercantil, e que estão a reclamar por soluções. A inércia do legislador e o cipoal de desencontros que se observa nas decisões dos tribunais brasileiros são uma verdadeira

Seguindo em mesma toada, RIBEIRO e GALESKI JUNIOR, valendo-se de nomenclatura própria, falam da existência das categorias dos contratos de subordinação e dos contratos empresariais. Aqueles, sob seu pensamento, poderiam ou não contar com a participação de ente empresarial, mas se prestariam à “*instrumentalização de uma relação jurídica de subordinação provocada pela condição das partes*”. Enquadrar-se-iam nessa categoria os pactos de consumo e de trabalho. Já os contratos empresariais seriam aqueles utilizados “*pelos agentes econômicos no exercício de sua atividade profissional, de forma essencial à consecução do objeto da empresa*”.⁸⁶

De fato, a par de alguns dispositivos do Código Civil e das leis especiais, uma miríade de outros negócios fica sujeita às regras gerais do negócio jurídico, das obrigações e dos contratos (artigos 104 a 480). Este regramento, embora funcional e aplicável aos contratos empresariais, precisam ser repensados, à luz das especificidades do mundo empresarial, a fim de que sua aplicação não se quede em desarmonia à lógica mercantil.⁸⁷⁻
88

Não se está, nesse tocante, a adentrar na discussão acerca da necessidade ou não de um novo Código Comercial. A conclusão que se alcança, por meio dessa análise, é apenas a de que os contratos firmados entre entes empresários têm caracteres distintos daqueles de natureza consumeirista e outros de escopo existencial. É essa especialidade dos contratos

provocação à doutrina pátria para que debata com a necessária profundidade esse tema, com o propósito de determinar um regime jurídico adequado para as obrigações e os contratos próprios do comércio destinados todos, em suas variadas matizes, a proporcionar ou a dar suporte ao exercício da empresa” (GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Os contratos mercantis..., p. 123).

⁸⁶ - RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria Geral...*, p. 225.

⁸⁷ - Sentimento semelhante se passa em território italiano: “[I]e parole e il tono evocano un programma e una rivendicazione precisi. L’impresa e l’imprenditore emergono del codice, senza alcuna commistione com l’ordine corporativo. «La parte generale del codice civile vigente può apparire per la sua astrattezza non più adatta ai bisogni di una società complessa come l’attuale»” (VETTORI, Giuseppe. *Il diritto...*, p. 2152).

⁸⁸ - De fato, os institutos da teoria geral dos contratos, em regra, mantêm-se aplicáveis, mas com algumas nuances pertinentes ao mundo empresarial. Parece ser, nesse sentido, o destaque de CAPO de que não há como se estabelecer uma contraposição entre as relações privadas de direito civil e de direito comercial. Permanece uma certa “*comunicabilidade*” entre os dois modelos (CAPO, Giovanni. *Attività...*, pp. 41). De modo semelhante, FEITOSA destaca que “*ainda que não existam diferenças absolutamente intransponíveis, seguramente se encontram institutos considerados como específicos de direito comercial ou de direito civil, donde se conclui, com amparo em Oppo, pela plausibilidade da ‘unificação do unificável’, ou melhor, nem a civilização do direito comercial, nem a comercialização do direito civil. Desse modo, não é relevante suprimir a dicotomia de tratamento teórico entre os contratos civis e comerciais. Ao contrário, importa respeitá-la, de modo a não simplificar o processo no interior de fórmulas únicas, projetando uma estruturação teórica plural, que não dissimule, mas enfrente a complexidade temática*” (*Paradigmas Inconclusos...*, p. 30). BLAISE, a seu turno, sublinha que o direito comercial deve mesmo ser autônomo, mas destaca que é um ramo que não se satisfaz por si só e sempre precisará se valores de outras disciplinas, em especial do direito civil (BLAISE, Jean-Bernard. *Droit des affaires...*, p. 41).

empresariais que lhes demanda a construção de uma teoria geral, tal qual já se fez com os contratos de consumo e com os contratos de trabalho.

E, como adiantado parágrafos acima, essa discussão não está cingida à esfera nacional. O direito estrangeiro também já se apercebeu das características dos contratos empresariais e da fragmentação do direito privado dos contratos. Além da doutrina italiana, outras escolásticas estrangeiras também tratam dos contratos comerciais de maneira independente.

Diversamente dos direitos brasileiro e italiano, o francês resistiu à unificação do direito das obrigações, mantendo códigos distintos para a esfera civil e comercial - o que, certamente, facilitou a percepção da autonomia dos contratos empresariais. Em território francês, o direito dos contratos encontra-se tripartido em contratos comerciais (firmados entre comerciantes no exercício da atividade comercial), mistos (celebrados entre uma parte comerciante e outra não comerciante) e civis (pactuados entre dois não comerciantes).⁸⁹

DUTILLEUL e HUGOU destacam que, em geral, todos os modelos contratuais podem vir a se enquadrar em alguma das categorias acima. Segundo eles, os critérios para definição da categoria aplicável estariam, essencialmente, na qualidade das partes contratantes (comerciante ou não comerciante) e nos objetivos por elas perseguidos (exercício de atividade profissional, aquisição de bens para consumo etc.). Apenas alguns contratos fugiriam a esses critérios, eis que, por suas características ou por imposição legal, somente poderiam se enquadrar em uma determinada categoria. Assim, por exemplo, contratos de família e contratos gratuitos somente poderiam ser contratos civis, enquanto que contratos de compra e venda de fundo de comércio apenas poderiam se enquadrar como contratos comerciais.⁹⁰

Ao comentar a respeito do direito inglês, GOODE explica que, àquele ordenamento, não há uma distinção formal entre contratos civis e comerciais, até mesmo em razão de sua natureza “descodificada”. Apesar de tanto, assevera que “*while all contracts are governed by general principles of contract law, the commercial character of a transaction frequently leads to the application of particular principles or rules which would not*

⁸⁹ - DUTILLEUL C., François et al. *Contrats civil et commerciaux*. Paris: Dalloz, 2011, pp. 23-24.

⁹⁰ - DUTILLEUL C., François et al. *Contrats civil...*, pp. 23-24.

otherwise apply”,⁹¹ deixando claro, portanto, sua posição em favor da autonomia dos contratos empresariais.

FEITOSA, doutrinadora portuguesa, esclarece que “[n]o que tange aos contratos, embora existam tipos comuns, de feição civil e comercial, algumas figuras no direito comercial não apresentam elemento correlativo no direito civil. São os contratos específicos do comércio. Diferenças são encontradas em ambos os casos, uma vez que os contratos comerciais são sempre onerosos; versam em geral sobre bens móveis e apresentam natureza progressiva, objetiva e informal. É possível identificar um tratamento legislativo diverso, que autoriza o reconhecimento de diferenças entre as obrigações civis e as obrigações mercantis. A unificação em sede codicista não tem sido suficiente para engendrar uma unidade doutrinária conceitual e metodológica, entre os dois tipos de obrigações. Ainda que fosse tentada uma fundamentação verdadeiramente unitária, haveria, em alguns casos, a necessidade pontual de se conhecer a natureza (civil ou comercial) da relação”.⁹²

A destacar a especialidade dos contratos empresariais, DE MELLO FRANCO salienta ainda as diversas iniciativas em curso perante a União Europeia que já conferem tratamento diferenciado aos contratos empresariais (lá denominados “comerciais”).⁹³ Nesse sentido, menciona a *Common Frame of Reference*,⁹⁴ os Princípios Europeus de Direito Contratual (Princípios Lando),⁹⁵ os Princípios UNIDROIT⁹⁶ e a proposta de um Código

⁹¹ - GOODE, Roy. *Commercial Law*. Londres: Lexis Nexis UK, 2004, pp. 141-142.

⁹² - FEITOSA, Maria Luiz Pereira de Alencar Mayer. *Paradigmas Inconclusos...*, p. 462.

⁹³ - DE MELLO FRANCO, Vera Helena. *Teoria Geral do Contrato, confronto com o direito europeu futuro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 58-59.

⁹⁴ - DE MELLO FRANCO, Vera Helena. *Teoria Geral do Contrato...*, pp. 58-59. Conforme se depreende do site da Comissão Europeia, “the Common Frame of Reference (CFR) is a long-term project which aims at providing the European Legislators (Commission, Council and European Parliament) with a ‘toolbox’ or a handbook to be used for the revision of existing and the preparation of new legislation in the area of contract law. This toolbox could contain fundamental principles of contract law, definitions of key concepts and model provisions” (extraído de http://ec.europa.eu/consumers/archive/rights/contract_law_en.htm em 1.9.2014).

⁹⁵ - DE MELLO FRANCO, Vera Helena. *Teoria Geral...*, pp. 58-59.

⁹⁶ - DE MELLO FRANCO, Vera Helena. *Teoria Geral...*, p. 58. Bem se sabe que a UNIDROIT é instituto de natureza privada, sem qualquer relação com órgão governamentais (conforme se extrai do site da instituição, “[t]he International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) is an independent intergovernmental Organisation with its seat in the Villa Aldobrandini in Rome. Its purpose is to study needs and methods for modernising, harmonising and co-ordinating private and in particular commercial law as between States and groups of States and to formulate uniform law instruments, principles and rules to achieve those objectives” – extraído de <http://www.unidroit.org/about-unidroit/overview> em 1.9.2014). Nada obstante, é inegável que, até mesmo por conta de sua localização geográfica (o instituto tem sede em Roma,

Comercial Global.⁹⁷ Segundo a autora, por meio de tais projetos, “*retornamos ao antigo sonho medieval de uma Lex Mercatoria, propondo uma regulação única uniforme, adequada ao cosmopolitismo do Direito Comercial (Direito Empresarial no Brasil) e à sua tendência para a uniformização*”.⁹⁸

Especificamente com relação à *Common Frame of Reference*, é válido destacar que estão previstos, neste, quatro categorias de contratos: (i) contratos de consumo, (ii) contratos de trabalho, (iii) contratos civis ou ordinários e, por fim, (iv) contratos empresariais. Estes últimos, sublinhe-se, seriam aqueles “*que se situam fora do alcance das leis consumeiristas e que somente em determinados campos (v.g. transferência de tecnologia, franquia, mora nos pagamentos decorrentes de transações comerciais) estão submetidos à legislação da União Européia*”, bem como os que “*na maior parte são autorregulados, escolhendo-se o foro e a legislação aplicável ou remetendo-se as divergências para a solução de árbitros*”.⁹⁹

Itália), sua influência é muito maior sobre as jurisdições situadas no continente europeu. Nesse tocante, vale lembrar ainda que o Brasil é um dos 63 estados-membros da instituição, havendo, na jurisprudência nacional, julgados que já se valeram de instrumentos lançados pela UNIDROIT para a resolução de litígios. Nesse sentido: “[u]m caso análogo ao dos autos, aliás, foi mencionado como hipótese na mesma obra antes citada, a fim de evidenciar a complexidade acaretada pelo descumprimento do contrato de arrendamento mercantil, máxime para a recondução das partes ao estado anterior, preocupação constante da Convenção Internacional de ‘Leasing Financeiro (Unidroit Convention on International Financial Leasing), da qual o Brasil é signatário” (TJ-SP, 28ª Câ. Dir. Privado, Apel. n. 062.01.2012.002917-1, Rel. Des. JÚLIO VIDAL, j. 29.4.2014).

⁹⁷- DE MELLO FRANCO, Vera Helena. *Teoria Geral...*, pp. 58-59. Segundo a autora, o projeto seria “*sugestão de Gerold Hermar, secretário da Uncitral (United Commission on International Trade Law)*”.

⁹⁸- DE MELLO FRANCO, Vera Helena. *Teoria Geral...*, pp. 58-59. Em razão da forte tendência à uniformização do direito comercial em âmbito global, BUONOCORE chega a afirmar que o direito comercial é mais internacional que o próprio direito internacional, na medida em que o direito comercial se dedica ao estudo da realidade vivente entre os membros da comunidade internacional (BUONOCORE, Vincenzo. *Contrattazione d'impresa...*, p. 51). CAMPOBASSO, a seu turno, aponta a tendência à uniformização internacional das regras de direito comercial como um caráter fundamental do próprio direito comercial (CAMPOBASSO, Gian Franco. *Diritto Dell'Impresa*. Turim: UTET, 2013, p. 3). Sobre esta questão, FEITOSA explica que “[e]m geral, os institutos e as regras de direito comercial surgem de fonte internacional. Suas relações contratuais tendem a se estabelecer nos espaços transfronteiriços do mercado mundial, pondo-se em relevo, no contexto mercantil, a teoria da empresa, com seus atos de contratação em massa (em substituição à vestuta teoria dos atos do comércio), encarada como atividade econômica organizada. Quer-nos parecer que uma proposta de unificação da teoria geral das obrigações (e dos contratos) civis e comerciais, inclusive aquelas interempresariais, em virtude da diversidade de situações que abrange, se apresenta como uma meta irreal. O regime jurídico desses contratos não pode ser unitário, tendo-se em vista que a disciplina dos atos em massa determina o surgimento de regras especiais inaplicáveis aos que deles se servem somente esporadicamente” (FEITOSA, Maria Luiz Pereira de Alencar Mayer. *Paradigmas Inconclusos...*, pp. 464-465).

⁹⁹- DE MELLO FRANCO, Vera Helena. *Teoria Geral...*, p. 57. A esse respeito, confira-se passagem extraída da obra: “[n]este ponto vale mencionar que se visualizam na *Common Frame of Reference* quatro vertentes: a) aquela dos contratos de consumo, onde se tem o abrandamento acentuado do princípio do consensualismo; b) a dos contratos de trabalho, sob a égide dos acordos coletivos; c) a dos contratos empresariais que se situam fora do alcance das leis consumeiristas e que somente em determinados campos (v.g. transferência de

Embora referidos instrumentos tenham natureza de *softlaw*,¹⁰⁰ a crescente preocupação em regular, de modo diferenciado, os contratos comerciais/empresariais, no âmbito internacional, também corrobora seu caráter diferenciado e a necessidade de que lhes seja conferido um tratamento específico.

Assim, conquanto não haja ainda na doutrina brasileira (ou internacional) posição unânime acerca da forma como o direito dos contratos privados encontra-se fragmentado,¹⁰¹ parece não haver dúvidas quanto à especialidade dos contratos firmados entre entes empresariais e partes que não envolvam consumidores e/ou trabalhadores.¹⁰²

Como evolução decorrente dos cismas por que passou o direito dos contratos,¹⁰³ é natural que o perfil subjetivo dos contratantes (*status* de empresário)¹⁰⁴ seja o aspecto que

teconologia, franquia, mora nos pagamentos decorrentes de transações comerciais) estão submetidos à legislação da União Européia. Estes na maior parte são autorregulados, escolhendo-se o foro e a legislação aplicável ou remetendo-se as divergências para a solução de árbitros; d) os contratos civis ou ordinários, os quais, juntamente com os de consumo, são o objeto da maioria dos debates na construção de um direito europeu dos contratos. Mal não faz mencionar também que, na origem, a Comissão Europeia dos direitos dos contratos tinha em mente criar normas gerais sobre os contratos comerciais de maneira próxima a de um código de comércio ou aos princípios Unidroit. Na evolução, todavia, abandonou-se a ideia de regular somente as relações entre 'sujeitos profissionais iguais', evoluindo para abranger, igualmente uma disciplina diferenciada'.

¹⁰⁰ - "Soft law is understood as referring in general instruments of normative nature with no legality binding force and which are applied only through voluntary acceptance" (BONELL, Michael J. Soft law and party autonomy: the case of the UNIDROIT's Principles. In *Loyola Law Review*, n. 51, 2005, p. 229).

¹⁰¹ - Para FORGIONI, na esfera do direito privado, o atual direito dos contratos fica tripartido em (i) contratos civis, (ii) contratos com consumidores e (iii) contratos empresariais (firmados entre entes empresários) (*Teoria Geral...*, p. 45). Já para JUNQUEIRA DE AZEVEDO, os contratos privados estariam divididos em (i) contratos existenciais e (ii) contratos empresariais (AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Relatório Brasileiro...*, p. 185).

¹⁰² - Nesse sentido: GONÇALVES NETO (Os contratos mercantis...), FORGIONI (*Teoria Geral...*); JUNQUEIRA DE AZEVEDO (*Relatório Brasileiro...*); MARQUES (A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato?. In MARQUES, Cláudia Lima (coord.). *A nova crise do contrato, Estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007); VERÇOSA (VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Contratos Mercantis e a Teoria Geral dos Contratos. O Código Civil de 2002 e a Crise do Contrato*. São Paulo: Quartier Latin, 2010), DE MELLO FRANCO (*Teoria Geral...*); VETTORI (Il diritto...), DUTILLEUL e HUGOU (*Contrats civil...*); GOODE (*Commercial Law...*); ROPPO (*Il Contratto...*), CAPO (*Attività d'impresa...*); SIRENA (SIRENA, Pietro. La categoria dei contratti d'impresa e il principio della buona fede. In AMATO, Cristina et. al. (coord.). *Global Law v. Local Law*. Turim: G. Giappichelli, 2005); FEITOSA (*Paradigmas Inconclusos...*).

¹⁰³ - "Todos esses cismas e rearranjos são realizados (pelo direito) em torno do status das partes. Os contratos mercantis despregam-se do direito comum porque deles participa um comerciante; os trabalhistas, porque envolvem empregados e os consumeristas porque na relação há consumidor" (FORGIONI, Paula A. *Teoria Geral...*, p. 54). De modo semelhante: "[c]ontrairement à la volonté, la qualité des parties n'aucune valer «qualifiante». En revanche, elle pourrait fournir un critère de classification. En effet, l'évolution du droit positif conduit à opposer les contrats de consommation, conclus entre professionnels et consommateurs, et le contrats d'affaires, passe entre professionnels" (DUTILLEUL C., François et al. *Contrats civil...*, pp. 30-31). CAPO destaca que os contratos de consumo são apenas a "ponta do iceberg", sendo que, no mercado intermediário, há um espaço muito maior ocupado pela contratação entre indivíduos e entre empresas (CAPO, Giovanni. *Attività d'impresa...*, p. 47).

se destaque, à primeira vista, como elemento de distinção dos contratos empresariais. No entanto, o perfil objetivo, por muitos negligenciado,¹⁰⁵ também é fundamental para que se identifique o caráter empresarial do negócio firmado.

Essencialmente, o perfil objetivo poderia ser compreendido como a utilização do contrato como instrumento para o exercício das atividades da empresa, qual seja, a circulação de bens e serviços e, em última análise, a busca pelo lucro.¹⁰⁶ Para VETTORI, é fundamental que os interesses da parte empresarial estejam inseridos dentro da causa do negócio jurídico celebrado.¹⁰⁷

Assim, além do *status* das partes (perfil subjetivo), seria traço relevante para os contratos empresariais que o escopo primordial do negócio estivesse fundado na busca por lucros (perfil objetivo).¹⁰⁸ Embora não tenha declarado nestes exatos termos, essa parece

¹⁰⁴- Sob essa ótica, MARQUES diz que é “a definição do papel que o sujeito exerce no mercado, naquele preciso momento e naquele contexto relacional, é que definirá o campo de aplicação das leis e a maneira como elas dialogam ou se aplicam, ao mesmo tempo, àquela mesma situação jurídica: prioritariamente ou subsidiariamente” (A chamada nova..., p. 85).

¹⁰⁵- É nesse sentido o comentário de BUONOCORE: “[s]e, infatti, há costituito sempre argomento di dibattito quello relativo agli status soggettivi delle parti, anche, e forse soprattutto, in relazione ai contratti d’impresa, meno occasioni la dottrina ha avuto di occuparsi delle differenziazioni concernenti i profili per così dire oggettivi, per tali potendosi intendere le statuizioni – va sans dire non riguardanti solo le parti del contratto -, relative a contratti singoli o gruppi di contratti, dettate in virtù della particolare funzione assegnata dalla legge a tali rapporti e deroganti alla disciplina ordinaria: in una parola, le prescrizioni normative aventi ad oggetto, struttura e contenuti oggettivi del rapporto contrattuale in quanto tale ovvero l’introduzione di principi alla stregua di clausole generali” (BUONOCORE, Vincenzo. *Contrattazione d’impresa...*, p. 136).

¹⁰⁶- “(...) a função econômica do negócio, indispensável para sua correta compreensão, liga-se à ‘circulação dos bens e serviços’(perspectiva objetiva) e não ao subjetivismo das partes. Se os contratos empresariais visam sempre ao lucro, é impossível concebê-los distanciando da necessidade econômica que buscam objetivamente satisfazer, ou seja à sua função econômica” (FORGIONI, Paula Andra. *Teoria Geral...*, p. 60). Acerca dos perfis subjetivo e objetivo, BUONOCORE explica: “(...) una prima, definibile soggettiva, che individua il comune denominatore nella partecipazione dell’imprenditore al contratto, il quale sarebbe, in conseguenza di ciò, assoggettato ad una particolare disciplina; ed una seconda, definibile oggettiva, per la quale l’omogeneizzazione avverrebbe non tanto e non solo in funzione della parte del contratto, quanto, e soprattutto, per la circostanza che attraverso tali contratti si esplica e realizza l’attività d’impresa” (BUONOCORE, Vincenzo. *I contratti d’impresa*. In BUONOCORE, Vincenzo et. al. (coord.). *Contratti d’impresa*. Milão: Giuffrè, 1993, p. 16).

¹⁰⁷- Sobre o ponto, veja o que diz VETTORI: “[s]i sottolinea ancora che per creare una categoria del contratto di impresa non è sufficiente il riferimento alla qualità imprenditoriale di uno o entrambi i contraenti ma occorre qualcosa di diverso. È necessario spiegare e dimostrare come l’interesse della parte imprenditrice si traduca in un componente della causa del contratto di impresa, così come sarebbe necessario, per configurare una categoria dei contratti dei consumatori, verificare come l’interesse di questi soggetti valga a integrare una specifica componente della causa della relativa fattispecie negoziale»” (VETTORI, Giuseppe. *Il diritto...*, p. 2155).

¹⁰⁸- “Quale che sia stata, tecnica o politica, la natura della scelta di unificare le due codificazioni, torna, si diceva, ad affacciarsi l’idea che «ad onta delle pulsioni unificatrici e di interpretazioni meccanicamente abrasive» «la partecipazione di un imprenditore ad un contratto e la circostanza che il contratto serva all’esercizio dell’attività d’impresa non possono essere senza conseguenze sulla disciplina del contratto». (VETTORI, Giuseppe. *Il diritto...*, p. 2152).

ter sido, exatamente, a orientação por que se pautou o saudoso mestre JUNQUEIRA DE AZEVEDO na formatação da famigerada dicotomia entre contratos empresariais e existenciais:

*“[p]or contrato empresarial há que de se entender o contrato entre empresários, pessoas físicas ou jurídicas, ou, ainda, o contrato entre um empresário e um não-empresário que, porém, naquele contrato, visa obter lucro. O contrato existencial, por sua vez, é aquele entre pessoas não-empresárias, ou, como é freqüente, em que somente uma parte é não-empresária, desde que esta naturalmente não pretenda transferir, com intuito de lucro, os efeitos do contrato para terceiros. O critério da distinção é exclusivamente subjetivo, se possível, ou, se não, subjetivo-objetivo. São existenciais, por exemplo, todos os contratos de consumo (consumidor é o destinatário final das vantagens contratuais ou não visa obter lucro), o contrato de trabalho, o de aquisição da casa própria, o de locação da casa própria, o de conta corrente bancária e assim por diante”.*¹⁰⁹

Desse modo, dentro do quadro sistemático dos contratos firmados pela empresa, pode-se valer da classificação proposta por VETTORI para delinear os possíveis negócios celebrados pelo ente empresário: (i) contratos firmados entre empresário e consumidores (B2C), (ii) contratos firmados entre dois entes empresários ou profissionais, de igual poder (B2B) ou em níveis diferentes (B2b), e (iii) contratos firmados entre civis (c2c).¹¹⁰⁻¹¹¹

De fato, essa classificação parece estar mais consentânea com a realidade empresarial do que o tratamento igualitário que, tradicionalmente, conferia-se aos contratos empresariais e aos contratos civis. Mas, como bem observado por VETTORI, para além da criação de uma nova categoria contratual, o mais relevante é que se percebam as características únicas dos contratos empresariais e, naquilo que não houver regulação específica, busque-se a adequação das normas gerais a respeito do contrato.¹¹² Trata-se, efetivamente, da harmonização do direito dos contratos à realidade social e econômica.¹¹³

¹⁰⁹ - AZEVEDO, Antonio Junqueira. Relatório Brasileiro..., p. 185.

¹¹⁰ - VETTORI, Giuseppe. Il diritto..., p. 2158.

¹¹¹ - Não obstante concordarmos com a classificação para fins de mapeamento dos contratos celebrados pelos entes empresários, fica o registro de que, no presente trabalho, trataremos os contratos empresariais como aqueles firmados com a participação de, ao menos, um ente empresarial, com o intuito bilateral de obtenção de lucro.

¹¹² - Confirmam-se as palavras do autor a esse respeito: “[o]corre «riscoprire» (chi li aveva dimenticati?) i contratti di impresa, distinguendone l’ambito, individuando le deroghe rispetto alla disciplina generale del contratto nel codice e nella legislazione speciale. Si dovrebbe sottolineare i principi che emergono da alcune discipline di settore e redimensionare il ruolo attuale dell’art. 1323. Il tutto per tener ferma la distinzione fra contratti del consumatore e contratti di impresa. (...) Il vero problema non è la creazione o meno di una categoria. Come si è accennato occorre ben altro. Si tratta di esaminare se e dove la parte generale del contratto può ancora essere un «serbatoio dal quale alimentare il diritto secondo in tutto ciò che non è specificamente oggetto di disciplina ad opera della legge». In particolare dove il diritto speciale, come il

Conforme lição de JUNQUEIRA DE AZEVEDO, essa nova luz que se projeta no direito dos contratos fez-se necessária justamente para se “*conciliar o funcionamento estável da economia e um desenvolvimento econômico cego ao valor da pessoa humana*”. É, nesse contexto, que “[o]s três níveis do contrato, o econômico, o jurídico e o social devem ser conciliados”.¹¹⁴

A tentativa de readequação da norma ao caso concreto também é perceptível no âmbito da jurisprudência nacional, a qual, em mais de uma oportunidade, já reconheceu a existência do contrato empresarial no caso concreto e, em razão de tal qualidade, conferiu tratamento diferenciado ao que teria dado em hipóteses outras. Ilustrativamente, pode-se citar o Recurso Especial n. 417.921, em que a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu ser, perfeitamente, aplicável cláusula de foro de eleição a contrato firmado entre partes empresárias, especialmente *porque “pactados entre empresas de porte, financeiramente capazes de demandar no foro de eleição contratual”*.¹¹⁵

Em conclusão, constata-se que todos os aspectos acima considerados indicam a necessidade de que os contratos interempresariais sejam analisados dentro de ótica própria, se não como uma categoria específica, ao menos como um grupo distinto de contratos, com traços diversos dos contratos civis e consumeiristas.

diritto comunitario, è privo di un contesto generale. Occorre indagare «ciò che il diritto generale è ancora in grado di dire al diritto secondo e ciò che quest'ultimo è capace di suggerire al primo per farlo procedere nella contemporaneità». Si deve precisare se il diritto speciale si può configurare come sistema o sotto sistema ai fini dell'applicazione analogica di regole «sia all'interno dei singoli diritti scondi sia tra l'uno e l'altro di essi». Ma la risposta a tale quesiti deve procedere distinguendo le varie ipotesi. Iniziamo appunto dai contratti di impresa.» (VETTORI, Giuseppe. Il diritto... p. 2152).

¹¹³- *“Dall'altro il ruolo dei principi e delle regole, mutate nel passaggio da un sistema imperniato sull'unità del contraente e del contratto ad un sistema imperniato sull'unità del contraente e del contratto ad un sistema che si propone di adeguare quel sistema di regole ad un modello sociale europeo. (...) [s]i deve premettere anzitutto che il rapporto fra parte generale e disciplina di settore ha oggi una valenza molto diversa dal passato. Non si tratta di costruire categorie rigide e distanti dai rapporti reali con un metodo (caro al giurista dei primi decenni del secolo XIX), che riconosce giuridicità solo alla norma statale. Formalismo, legalismo, astrazione non sono più tratti dello studioso di oggi, conscio che «la congiunzione fra giusnaturalismo e giuspositivismo», tipica della scienza giuridica del primo '900, non si adatta a comprendere la realtà attuale” (VETTORI, Giuseppe. Il diritto..., p. 2147-2148).*

¹¹⁴- AZEVEDO, Antonio Junqueira. Relatório Brasileiro..., p. 185.

¹¹⁵- STJ, 3ª T., REsp. n. 471.921-BA, Rel.ª Min.ª NANCY ANDRIGHI, j. 3.6.2013.

1.2 As especificidades dos contratos firmados entre partes empresárias.

Como adiantado no item 1.1, a ainda escassa produção científica na temática dos contratos empresariais, especialmente no que se refere à sua teoria geral, acarreta grandes dificuldades no delineamento da matéria. Nos subitens a seguir, buscou-se identificar na atividade empresarial e no próprio Direito Comercial suas características específicas, aplicando-os à teoria geral dos contratos, de modo a tentar identificar tanto quanto possível os principais traços de tais negócios.

Perceba-se que, pelas limitações próprias do presente trabalho (e até mesmo a nossa limitação), as características dos contratos empresariais serão a seguir expostas de maneira, extremamente, sucintas.

1.2.1 A busca pelo lucro e função econômica do contrato empresarial

O escopo de lucro é traço fundamental na atividade empresarial, sem o qual, não haverá ato comercial. Essa conclusão pode ser extraída da redação do artigo 966 do Código Civil, o qual vincula a qualidade de empresário àquele que “*exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços*”. Partindo da etimologia e significado do adjetivo “econômica”, ROMANO conclui que “*quando o Código Civil declara que atividade deve ser econômica ele quer dizer que o empresário opera necessariamente no âmbito das atividades que proporcionam alguma vantagem material ou econômica; melhor dizendo, que a atividade empresarial admite, tão-somente, finalidade lucrativa*”.¹¹⁶⁻¹¹⁷

A finalidade lucrativa considerada para fins da atividade empresarial é aquela de sentido objetivo, i.e, pouco importa a intenção subjetiva dos sócios na obtenção de lucros (que, posteriormente, por exemplo, poderão doar para instituições de caridade todo os dividendos, eventualmente, recebidos), ou ainda se a empresa, efetivamente, tem aptidão para gerar lucros. O que se exige para que fique caracterizada a atividade empresarial é que esta seja, abstratamente, lucrativa.¹¹⁸

¹¹⁶- CRISTIANO, Romano. *Empresa é risco (como interpretar a nova definição)*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 125. A seguir, confira-se a explicação dada pelo autor a respeito do termo “econômico”: “[a] existência necessária de capital não constitui, para a empresa, característica única. Com efeito, conforme já foi verificado, o novo Código Civil, em seu art. 966, faz saber entre outras coisas que a atividade exercida pelo empresário deve ser econômica. Que significa tal palavra no plano técnico? O adjetivo ‘econômico’ indica algo que diz respeito à economia. Quanto à ‘economia’, é curioso que a primeira parte da palavra (‘eco’) significa ‘casa’, em grego antigo; de forma que, no plano etimológico, a palavra inteira é utilizada para indicar o conjunto de normas que regulam a direção de uma casa e a administração do orçamento familiar. Em sentido mais amplo, porém, a mesma palavra costuma ser usada com referência à ciência que tem por objeto a satisfação das necessidades humanas, com uso racional dos meios e o menor desperdício possível (conforme DIR, já citado). Evidentemente, dizer ‘com uso racional dos meios e o menor desperdício possível’ é o mesmo que dizer, com maior clareza, ‘de forma a obter a vantagem máxima com despesa mínima’: por outro lado, o lucro pode ser também definido como vantagem material ou econômica”. Ao tratar da essencialidade do lucro para a atividade comercial, ROMANO partilha de episódio de sua experiência pessoal no exercício do cargo de Procurador da Junta Comercial do Estado de São Paulo, em que opinou pelo indeferimento do registro de sociedade que não tinha em seus objetivos a obtenção de lucro: “[t]empos depois, na própria Junta Comercial, foram parar em minhas mãos, para exame e parecer, os atos constitutivos de sociedade anônima, cujas normas estatutárias haviam suscitado dúvidas nas mentes de alguns vogais. Haviam de fato, no estatuto, diversas irregularidades; mas, quando notei a existência de artigo segundo o qual a sociedade não tinha finalidade de lucro, concluí que o pedido deveria ser indeferido de plano, uma vez que tal fato inviabilizava por completo o registro. Mais tarde os fundadores foram discutir o assunto comigo, revelando claramente sua índole de idealistas; o que me induziu a sugerir-lhes a criação de uma normal associação ou, mesmo, de uma fundação”.

¹¹⁷- Também considera o escopo de lucro traço essencial da atividade empresarial: CAMPOBASSO (*Diritto Dell’Impresa...*).

¹¹⁸ CAMPOBASSO, Gian Franco. *Diritto Dell’Impresa...*, p. 34.

E, evidentemente, esse traço mandatório da atividade empresarial desborda, igualmente, para a esfera dos contratos firmados pela empresa. É na busca pelo lucro bilateral que reside um dos traços mais marcantes dos contratos empresariais, imprimindo-lhes dinâmica assaz diversa das demais negociações. Nesse sentido, embora evidente, não é demais lembrar que os contratos empresariais serão sempre onerosos.¹¹⁹

Perceba-se que, enquanto nos contratos empresariais, ambas as partes envolvidas buscam, claramente, beneficiar-se com os lucros que podem advir do pacto celebrado, nos contratos consumeristas, a lucratividade tem caráter unilateral (objetivo do fornecedor) e, nos contratos civis, os lucros podem inexistir (ex.: doação) ou, se existirem, não terão caráter tão marcante quanto nos contratos comerciais. Realmente, é incomparável à atividade empresarial àquela do proprietário de imóvel que o aluga a terceiro. Enquanto o empresário tem sua existência fundada na auferição de lucros por meio da atividade exercida, afirmação idêntica não pode ser feita com relação ao proprietário do imóvel, ainda este obtenha certa vantagem econômica com o negócio realizado.¹²⁰

Essa constatação acarreta ainda uma segunda ilação: “nenhum empresário contrata sem escopo, mas apenas porque pretende obter determinado resultado que acredita ser-lhe benéfico”.¹²¹ Assim, tendo em vista o objetivo central da geração de lucros, todo contrato empresarial terá, necessariamente, sua função econômica relacionada, objetivamente, à “circulação de bens e serviços”.¹²²

Conforme, superficialmente, referido no item 1.1 *supra*, a busca pelo lucro, nos contratos empresariais, perfaz, realmente, ponto fulcral e indissociável dos negócios de tal natureza. Pensamos que, para os negócios jurídicos comerciais, a busca pelo lucro

¹¹⁹ - “Os contratos comerciais são sempre onerosos, pois, tendo invariavelmente o comerciante intuito de lucro nas operações que pratica, não se admite possam existir contratos comerciais a título gratuito” (MARTINS, Frans. *Contratos e obrigações comerciais*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 77). No mesmo sentido: FEITOSA (*Paradigmas Inconclusos...*, p. 462).

¹²⁰ - FORGIONI, Paula A. *Teoria Geral...*, p. 47. Valendo-se de exemplo idêntico ao de FORGIONI, CAMPOBASSO esclarece que a locação residencial é mero ato de fruição (“*mero godimento*”), razão pela qual não pode ser considerado atividade empresarial. Explica ainda que diversa seria situação se o proprietário alugasse o imóvel como se pensão fosse, oferecendo aos hóspedes outros serviços, como, por exemplo, troca de roupa de cama, garantia de segurança etc. Nesses casos, poder-se-ia falar, então, em atividade empresarial (*Diritto Dell’Impresa...*, p. 24).

¹²¹ - FORGIONI, Paula Andrea *Teoria Geral...*, p. 59.

¹²² - FORGIONI, Paula Andrea *Teoria Geral...*, p. 60.

qualifique-se, dentro da teoria de JUNQUEIRA DE AZEVEDO,¹²³ como elemento objetivo inderrogável dessa modalidade de contrato.

A esse respeito, JUNQUEIRA DE AZEVEDO explica que, além dos elementos gerais – indispensáveis à existência de todo e qualquer negócio jurídico –, ¹²⁴ há ainda, descendo, “*na escala da abstração*”, elementos específicos a certas categorias de negócios, conforme disposto em lei e/ou construído por doutrina e jurisprudência (matéria de ordem pública), que lhes conferem sua natureza jurídica e, por conseguinte, o regime aplicável.¹²⁵ A faltar esse elemento no negócio, este não existirá como de certo tipo ou categoria, mas poderá ser convertido em um outro (conversão substancial).¹²⁶

Exemplificativamente, JUNQUEIRA DE AZEVEDO menciona que seriam elementos desse tipo “*o consenso sobre a coisa e preço, na compra e venda; a manifestação do animus donandi e o acordo sobre a transmissão de bens ou vantagens, na doação; o consenso sobre a entrega e a guarda de objeto móvel, no depósito; o acordo sobre a entrega e o uso gratuito de coisa infungível, no comodato; a declaração de comunidade de vida entre um homem e uma mulher com a celebração pela autoridade, no casamento; a disposição de bens para depois da morte, no testamento etc*”. O autor explica ainda que

¹²³- Conforme disposto na obra AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Negócio Jurídico, Existência, Validade e Eficácia*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

¹²⁴- “*Os elementos gerais são aqueles indispensáveis à existência de todo e qualquer negócio. Quais são exatamente? A rigor, tomada a palavra elemento, em seu significado já definido, somente aquilo que efetivamente constitui o negócio é que poderia ser considerado elemento, ou seja: a forma, que a declaração toma, isto é, o tipo de manifestação que veste a declaração (escrita, oral, mímica, através do silêncio etc.) e, finalmente, as circunstâncias negociais, ou seja, o que fica da declaração de vontade, despida da forma e do objeto, isto é, aquele quid, irreduzível à expressão e ao conteúdo, que faz com que uma manifestação de vontade seja vista socialmente como destinada à produção de efeitos jurídicos. Todavia, embora esses três elementos sejam os elementos gerais intrínsecos, ou constitutivos, de todo e qualquer negócio jurídico, a verdade é que pelo menos mais três elementos existem, que, não fazendo parte integrante do negócio, são, porém, indispensáveis à sua existência; trata-se dos elementos comuns às categorias colocadas acima do negócio jurídico e que este, por nelas estar enquadrado, também possui. Assim, se o negócio jurídico é uma espécie de ato jurídico, torna-se óbvio que não há negócio sem um agente (do verbo agere, cujo participípio passado é actum); e se o ato jurídico, por sua vez, é espécie de fato jurídico considerando que não há fato que não ocorra em determinado ponto de espaço e em determinado momento, todo negócio jurídico tem também, indispensavelmente, lugar e tempo. Os elementos gerais extrínsecos, portanto, são três: tempo, lugar e agente, dos quais os dois primeiros são comuns a todo fato jurídico e o último, ato jurídico em sentido amplo. Esses elementos são não apenas extrínsecos, mas também elementos pressupostos, no sentido preciso de que existem antes de o negócio ser feito*” (AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Negócio Jurídico...*, pp. 32-33).

¹²⁵- AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Negócio Jurídico...*, pp. 35-36.

¹²⁶- AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Negócio Jurídico...*, pp. 40.

mesmo as categorias mais altas na escala da abstração teriam elementos objetivos inderrogáveis, tal qual o acordo sobre o sinalagma funcional nos contratos bilaterais.¹²⁷

Nessa ordem de ideias, quer nos parecer que a busca pelo lucro é elemento da essência dos negócios jurídicos empresariais, de modo que este intento não poderia ser derogado, caso se desejasse enquadrar determinado empreitada na categoria de contratos empresariais. Sem essa intenção de auferir lucros com o negócio, o contrato ainda existira, mas deixaria de ser regido pelos princípios de direito comercial.¹²⁸

Note-se, apenas, que o que se está a defender não é o lucro, efetivamente, como elemento essencial do negócio interempresarial; mas sim a busca pelo lucro. As duas ideias não são coincidentes e tem diferenças fundamentais. Aceitasse-se o lucro como elemento

¹²⁷ - AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Negócio Jurídico...*, pp. 35-36.

¹²⁸ - Em um primeiro momento, chegou a se pensar que a busca pelo lucro integraria a causa do negócio jurídico empresarial. Mas, compreendida esta como função econômica-social que atua no plano da validade ou da eficácia (AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Negócio Jurídico...*, pp. 152-161), parece-nos que se está diante de um elemento objetivo inderrogável. A sempre elucidativa explicação de JUNQUEIRA DE AZEVEDO auxiliou-nos a alcançar essa conclusão: “[a] causa é um fator externo ao negócio, mas que o justifica do ponto de vista social e jurídico, enquanto o elemento categorial objetivo é justamente a referência, que se faz a esse fato, no próprio conteúdo do negócio. Por outras palavras, o elemento inderrogável objetivo faz parte, isto é, é integrante da estrutura do negócio, e a causa, não. O elemento categorial objetivo consiste numa referência à causa, a qual está, porém, fora do negócio (ela está, logicamente, ou antes ou depois, mas não no negócio; ela é extrínseca à sua constituição). Da distinção entre elemento categorial inderrogável do tipo objetivo e causa, segue-se a seguinte importantíssima consequência: é o elemento categorial, e não a causa, que fixa o regime jurídico a que o negócio obedece. Se tomarmos como objeto de reflexão a compra e se acertarmos que ela se caracteriza pelo consenso em trocar uma coisa por preço certo, verificaremos que, em princípio, isto é, nas hipóteses normais, não há necessidade da distinção que fizemos, entre elemento categorial, a integrar o objeto, e causa, definida, conforme geralmente se faz, como função prático-social do negócio, ou como função econômico-social; pois haverá total correspondência entre ambos. Todavia, nada impede que se use a compra e venda, já não mais com a finalidade de circulação de bens, mas com função diversa, por exemplo, com escopo de garantia, como acontece na compra e venda com pacto de retrovenda. Aí muda a função, e se realmente fosse esta que determinasse diretamente o tipo do negócio e respectivo regime jurídico, estes também mudariam. Tal, porém, não ocorre, nem nesse caso (o negócio, ainda que a função seja outra, continua a ser compra e venda), nem em todas as outras hipóteses de negócio indireto, justamente porque é o elemento categorial inderrogável, e não a função, que fixa o tipo e o regime jurídico de cada negócio. É verdade que, às vezes, mudando a função, a própria ordem jurídica resolve ‘tipizar’ o novo negócio. Foi o que ocorreu por exemplo, com a alienação fiduciária em garantia (Lei n. 4.728, de 1965, art. 66), a qual, de outra forma, seguiria as regras da alienação comum. Isto, porém, somente tem o significado de que a função pode alterar as regras legais – há adaptação legislativa – mas não o de que ela influa diretamente sobre qual o regime de cada negócio in concreto. Aliás, o exemplo, em vez de desmentir, confirma nossa afirmação anterior, ou seja, porque é o elemento categorial inderrogável, intrínseco ao negócio, e não a função, a ele extrínseca, que lhe determina o regime jurídico, é que, quando muda a função originária, uma vez que continua a mesma estrutura (e, portanto, o mesmo regime jurídico), sente-se a necessidade de ‘tipizar’ normativamente o novo negócio, isto é, de reformar a lei, para que o novo negócio possa, assim, libertar-se das antigas vestes e ter regime compatível com as novas finalidades. A função, portanto, influi enormemente como ratio juris da norma, mas não diretamente sobre o negócio” (AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Negócio Jurídico, Existência, Validade e Eficácia*, São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 149-151).

objetivo inderrogável, eventual prejuízo auferido por uma das partes seria suficiente para afastar a aplicação de princípios do direito comercial. Por óbvio que consequência tal jamais poderia ser admitida, inclusive por contrariar toda a lógica de mercado e a dinâmica dos contratos empresariais: apenas o melhor jogador é premiado com o lucro (vide item 1.2.2 adiante).

1.2.2 A assunção de riscos pelo agente econômico

Igualmente ao intento de lucro, não se pode dissociar o elemento risco da atividade empresarial. O risco, em grau relevante, assim compreendido como “a ‘eventualidade de sofrer dano, conexa com circunstâncias mais ou menos previsíveis”¹²⁹ é, fundamentalmente, inerente a toda e qualquer empresa.¹³⁰ Assim, “onde há empresa há risco; ou, caso se prefira: havendo empresa, ela só é tal porque nela há risco; risco de dano notável ou de perda de algo importante”.¹³¹

O risco suportado pelo empresário encontra-se relacionado à eventualidade de, com o fracasso do empreendimento, vir a se perder, parcial ou totalmente, o capital separado para o exercício das atividades comerciais a que a empresa se propõe. Referido capital - que não se confunde com o patrimônio da sociedade -¹³² são os bens (dinheiro, coisas móveis e imóveis, direitos etc.) imprescindíveis para o exercício profissional e lucrativo de atividade voltada à circulação de bens e serviços (atividade empresarial), que se destacam do patrimônio dos sócios e passam à titularidade da sociedade. Assim pode-se afirmar que

¹²⁹ - CRISTIANO, Romano. *Empresa é risco...*, p. 94.

¹³⁰ - Como bem faz questão de destacar ROMANO, o risco é qualidade inerente não apenas às empresas econômicas, mas efetivamente a toda espécie de empresa. Nesse sentido, confira-se: “[f]oi visto que a empresa, como gênero, não indica todas as atividades humanas: indica apenas aquelas atividades cujo exercício não pode prescindir da existência de boa dose de risco, não importa a natureza deste. Aliás, justamente por ser gênero, a empresa se divide em espécies, cada qual com seu próprio risco. Exemplificando de forma bem sucinta, apenas para dar breve noção de quanto estou sustentando, empresa militar pode gerar a mutilação ou a morte, sendo que outrora podia gerar também a perda dos bens pessoais, até mesmo a escravidão; a realização de empresas exploratórias (semelhantes às de Colombo, de Magalhães, de Marco Polo, dos Bandeirantes etc.), ao menos no passado, os respectivos membros, não poucas vezes, se perderam para sempre (nunca mais se ouviu falar deles); empresas esportivas ou recreativas (parecidas com maratonas ou com escaladas de altas montanhas) podem fazer surgir sérios problemas de saúde; e assim por diante” (CRISTIANO, Romano. *Empresa é risco...*, p. 108).

¹³¹ - CRISTIANO, Romano. *Empresa é risco...*, p. 94. No mesmo sentido: GRAU (*O Estado, a Empresa e o Contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005).

¹³² - “Fundamental portanto é o ato de separação de capital: com o que, de certa forma e curiosamente, a empresa se torna passível de ser classificada com um ‘capital separado’, o qual não pode, de modo algum, ser confundido com o chamado ‘patrimônio separado’. Este, com efeito, é um conjunto de elementos ativos e passivos; ao passo que aquele é um conjunto de simples elementos ativos” (CRISTIANO, Romano. *Empresa é risco...*, p. 110).

“o capital chega a ser, para a empresa, uma verdadeira alma ou, sob certos aspectos, autêntico alimento básico, tal como o combustível para um motor à explosão”.¹³³⁻¹³⁴

Sem capital – e, logo, sem risco - não há, efetivamente, como surgir atividade empresarial. Nesse sentido, ROMANO dá o exemplo de jovem veterinário recém-formado que se vale de quantidade pequena de instrumentos de trabalho e, utilizando transporte público, examina seus “pacientes”, diretamente, nas fazendas onde estão situados. Segundo o autor, a atividade desse jovem veterinário não teria o condão de dar origem à atividade empresarial, haja vista a ausência de capital separado destinado ao exercício de referida atividade intelectual.¹³⁵

¹³³ - CRISTIANO, Romano. *Empresa é risco...*, p. 94.

¹³⁴ - Ainda acerca do risco empresarial, CAMPOBASSO expõe: “[e]d apunto in termini di funzioni tipicamente svolte gli economisti descrivono la figura dell'imprenditore, identificata nel soggetto che nel processo economico svolge funzione intermediaria fra chi dispone dei necessari fattori produttivi e chi domanda prodotti e servizi. Nello svolgimento di tale funzione, l'imprenditore coordina organizza e dirige, secondo proprie scelte tecniche ed economiche, il processo produttivo (funzione organizzativa) assumendo su di sé il rischio relativo; il rischio cioè che i costi sopportati non siano coperti dai ricavi conseguiti (rischio di impresa) per la mancanza di domanda o per la situazione di mercato” (*Diritto Dell'Impresa...*, p. 24).

¹³⁵ - CRISTIANO, Romano. *Empresa é risco...*, p. 108. Nesse aspecto, a atividade do jovem veterinário poderia ser classificada como atividade intelectual, na forma do parágrafo único do artigo 966 do Código Civil. A respeito das distinções entre a atividade empresarial e a atividade intelectual, observe-se o que explica ROMANO: “[a] atividade econômica não-empresarial é caracterizada basicamente pela ausência de risco. Tal ausência de risco deve ser entendida como inexistência de quanto tenha condições de ser perdido pelo respectivo agente. Este, de fato, não pode perder o capital empregado no exercício profissional, em razão da ausência, ou da escassa presença, de semelhante figura; também não pode perder os conhecimentos, os critérios e os princípios de cuja aplicação ele se utiliza para tentar resolver os problemas de seus clientes, uma vez que os mesmo se situam bem no âmago de sua própria mente, a qual acaba funcionando como verdadeira fonte inesgotável de algo parecido com energia renovável, insuscetível de ser roubada, furtada, sequestrada, desapropriada, confiscada, penhorada, extraviada e assim por diante. Em consequência, o agente, no caso ora em exame, muito embora promova a produção dos serviços de forma idêntica, semelhante ou análoga à adotada por empresário (quando este produz serviços), o faz porém em condições bem diferentes, pois seus serviços, ainda que incorporados a algum bem material, nunca passam de produtos imateriais de sua própria capacidade de trabalho, da qual nenhuma outra pessoa conseguiria apropriar-se; trata-se, melhor dizendo, de serviços que surgem no âmbito de atividade para cujo exercício é irrelevante ou, quando muito, não é determinante, a utilização de capital (...). Cabe esclarecer que, quando afirmar não ser possível que o agente econômico não-empresarial tenha perdas, eu pretendi aludir às causas da atividade, não ao seu resultado. Em verdade, há, a rigor, certas coisas que o agente pode perder: o dinheiro, por exemplo, referente a determinadas contas que alguns clientes tenham deixado de pagar; ou o dinheiro referente a determinadas indenizações que ele próprio tenha sido obrigado a pagar, a clientes ou herdeiros, em virtude de serviços realizados com imprudência, negligência ou imperícia; ou o valor financeiro do excessivo tempo consumido para descobrir a verdadeira natureza do problema técnico de determinado cliente. Perdas desse tipo, no entanto, serão sempre irrelevantes ou pequenas, ao menos relativamente pequenas, de qualquer forma não substanciais, incapazes por isso de causar a completa ruína econômica do agente; ruína que sem dúvida derivaria da eventual perda do que é tido como básico para o exercício da atividade” (CRISTIANO, Romano. *Empresa é risco...*, p. 140). Destaque-se, no entanto, como bem reconhece ROMANO (*Empresa é risco...*, p. 173), que a distinção acima nem sempre é de fácil percepção na prática. A esse respeito, pense-se nos grandes escritórios de advocacia (“big law firms”, no jargão do setor) que são proprietários de grandes imóveis e internalizam uma série de atividades que não, necessariamente, encontram-se diretamente relacionadas à prática da advocacia (ex.: setores de tradução de textos para outros idiomas). Assim ROMANO propõe o seguinte critério de distinção entre as atividades: “[d]iante de tal

Obviamente, esse caráter acentuado do risco na atividade empresarial reflete-se, diretamente, nos contratos celebrados pelo empresário,¹³⁶ mormente se considerando a função central que os contratos assumiram no direito empresarial nas últimas décadas.¹³⁷

Ora, bem se sabe que todo o contrato envolve determinado risco (álea normal dos negócios). O contrato (especialmente aqueles de execução protraída no tempo) nada mais é, em realidade, do que a recíproca atribuição de riscos e obrigações,¹³⁸ que permite às partes “congelarem” seus interesses presentes e calcularem os desdobramentos futuros das obrigações assumidas.¹³⁹ A própria lei, em diversos dispositivos, reconhece a existência do risco nos contratos e, em determinados casos, já os partilha *ex ante* entre as partes. Exemplo dessa repartição normativa de riscos encontra-se no artigo 492 do Código Civil, que estabelece a tradição como marco de transferência dos riscos da coisa do vendedor para o comprador (*res perit domino*).¹⁴⁰

complexo e delicado quadro, e para consecução de fácil e cômoda distinção entre atividade empresarial e atividade não-empresarial, pode ser utilizado o critério da preponderância, nos seguintes termos: a) se a análise da atividade econômica desenvolvida revelar, em seu exercício, a presença de capital operacional preponderante, ainda que haja, como emanção direta deste último, apenas e tão-somente serviços de natureza pessoal, será ele de natureza empresarial; b) se, ao contrário, a análise da atividade econômica desenvolvida revelar, em seu exercício, a presença necessária e preponderante de serviços pessoais de tipo operacional, não emanados de capital será ela de natureza não-empresarial” (Empresa é risco..., p. 213). RIBEIRO e GALESKI JUNIOR também criticam a disposição contida no parágrafo único do artigo 966 do Código Civil, alegando que seu texto pode gerar situação de incerteza, na medida em que, ao criar uma “exceção à exceção”, com a possibilidade de que os profissionais de atividade intelectual adotem a forma empresarial, “se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”, ficaria a critério do profissional invocar ou não o caráter empresarial da sociedade com base no nível de organização do empreendimento, a despeito de, caso adotada a forma de sociedade empresarial, figurar, perante terceiros, como submetido à legislação comercial (Teoria Geral..., p. 6).

¹³⁶ - “Em princípio, seus contratantes, por serem empresários, apresentam condições similares de acesso à informação e análise dos riscos que permeiam toda negociação empresarial. O risco é seu elemento essencial, ainda que eventualmente não seja simples distinguir a frustração que pode advir de uma situação de risco e a existência de fatores excepcionais capazes de afastar a força vinculante do contrato” (RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria Geral...*, p. 17).

¹³⁷ - GOODE, Roy. *Commercial Law in the Next Millenium*. Londres: Sweet and Maxwell, 1998, p. 33. Sobre a questão, RIBEIRO e GALESKI JUNIOR destacam: “[n]o campo da função, os contratos empresariais instrumentalizam a circulação de riquezas indispensável à prática empresarial, ou seja, possibilitam-na. Atividade empresarial que precisará ser assegurada, otimizada e viabilizada pelo contrato e, consequentemente, pelo sistema jurídico aplicável aos contratos. Logo, a função direta dos contratos empresariais está associada aos negócios ali disciplinados, ao acertamento dos interesses envolvidos nos contratos, de modo a colaborar para que a atividade empresarial se desenvolva eficazmente” (*Teoria Geral...*, p. 17).

¹³⁸ - MARQUEZINI, Fernando. *Contribuição ao estudo dos riscos contratuais e de sua distribuição, no direito privado*. Tese de mestrado apresentada ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2003, p. 64.

¹³⁹ - GRAU, Eros Roberto. *O Estado...*, pp. 112-113.

¹⁴⁰ - “Art. 492. Até o momento da tradição, os riscos da coisa correm por conta do vendedor, e os do preço por conta do comprador. § 1º Todavia, os casos fortuitos, ocorrentes no ato de contar, marcar ou assinalar coisas,

Nessa medida, considerando que “*todo negócio implica risco; cada contrato tem o seu ‘risco típico’; o risco é inerente (= caracteriza) à atividade empresarial*”,¹⁴¹ é inegável que a qualificação de empresarial a determinado contrato confere-lhe uma caráter ainda mais “arriscado” do que nos demais pactos que não envolvem a atividade comercial. Em outros termos, o que se pretende dizer é que, nos contratos empresariais, o grau da tutela da parte que teve determinado risco concretizado em dano deve ser muito menor do que nos contratos civis e consumeiristas.

Com efeito, como já dito, as especificidades dos contratos firmados entre partes empresárias parecem, realmente, destacá-los dos contratos de natureza civil ou consumeirista. Traços específicos, como a assunção de riscos e a relevância da informação adquirida pelo agente econômico, conferem tonalidade diversa a esses contratos, sugerindo que a tutela jurisdicional da empresa no âmbito contratual seja exercida em caráter menos intervencionista.¹⁴²

Nesse sentido, JUNQUEIRA DE AZEVEDO esclarece que “*os contratos empresariais teriam um regime de menor interferência judicial*”, sendo que, nestes, não “*caberia revisão judicial por questões de onerosidade excessiva subjetiva, — possível, porém, sob a idéia de função social, quando se trata de pessoa humana e contrato existencial*”. Sua conclusão a esse respeito é a de que: “*uma entidade jurídica empresarial ineficiente pode — ou até mesmo deve — ser expulsa do mercado, ao contrário da pessoa humana que merece proteção, por não ser ‘descartável’*”¹⁴³

LORENZETTI fala na existência de dois pares de modelos de interpretação contratual: *formalista-realista* e *individualista-paternalista*.¹⁴⁴ Apesar das especificidades de cada um dos mencionados modelos, estes em linhas gerais pendulam entre dois extremos: de um lado, valorizam-se ideais de cunho liberal (“*la autonomia de la voluntad, la seguridad, los*

que comumente se recebem, contando, pesando, medindo ou assinalando, e que já tiverem sido postas à disposição do comprador, correrão por conta deste. § 2º Correrão também por conta do comprador os riscos das referidas coisas, se estiver em mora de as receber, quando postas à sua disposição no tempo, lugar e pelo modo ajustados”.

¹⁴¹ - GRAU, Eros Roberto. *O Estado...*, pp. 112-113.

¹⁴² - Tal percepção existe também no direito inglês. Nesse sentido, GOODE já constatou que “[t]he courts are much less willing to restrict freedom of contract in commercial transactions than in contracts between a business concern and a consumer, and most consumer-protection legislation is confined to consumer transactions” (*Commercial Law...*, pp. 141-142).

¹⁴³ - AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Relatório Brasileiro...*, p. 185.

¹⁴⁴ - LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado...*, p. 166.

efectos relativos”)¹⁴⁵ e, de outro, princípios forjados à luz do Estado social (“*no le preocupa ser ‘elegante’ sino ‘justo’*”).¹⁴⁶

Segundo ele, estes modelos interpretativos não podem ser aplicados, indistintamente, a todos os tipos de relações contratuais. Assim, “*un modelo formalista es bueno para entender una relación contractual entre dos empresas, donde se necesita asegurar a libertad y la seguridad, pero es incapaz de entender una relación de consumo*”,¹⁴⁷ enquanto que “*un modelo intervencionista es bueno para proteger las partes débiles, pero no es posible aplicarlo a una relación entre iguales.*”¹⁴⁸ A errônea aplicação de um modelo protecionista a uma relação interempresarial pode acarretar graves prejuízos aos contratantes e à economia em geral.¹⁴⁹

Enquanto muito já se tenha discutido acerca da possibilidade de intervenção em contratos de escopo *existencial*, os contratos firmados entre entes empresários é que, de fato, têm suscitado maiores dúvidas quanto à forma como deve se dar a intervenção exógena. A esse respeito, parece-nos ser fundamental que sempre se tenha em mente que a atividade empresarial é, em si, arriscada, de maneira que qualquer intervenção em contratos firmados neste âmbito não deverá ignorar esse relevante traço dos negócios empresariais.

Seguindo por essa toada, fica claro que o empresário, agente econômico que sempre elabora suas jogadas com vistas à maximização de seus lucros, deve sofrer as consequências negativas de eventual decisão mal calculada.¹⁵⁰⁻¹⁵¹ Afinal, “*é a diferença*

¹⁴⁵ - LORENZENTTI, Ricardo Luis. *Tratado...*, p. 167.

¹⁴⁶ - LORENZENTTI, Ricardo Luis. *Tratado...*, p. 167.

¹⁴⁷ - LORENZENTTI, Ricardo Luis. *Tratado...*, p. 168.

¹⁴⁸ - LORENZENTTI, Ricardo Luis. *Tratado...*, p. 168.

¹⁴⁹ - LORENZENTTI dá como exemplo de efeito negativo do intervencionismo indevido a retração de crédito decorrente da interferência judicial nos contratos de hipoteca celebrados na Argentina, por meio da modificação de cláusulas, das taxas de juros e o repartimento de riscos (*Tratado...*, p. 168).

¹⁵⁰ - *Ao contratar, as partes são obrigadas a considerar esse risco sob pena de serem impelidas ao prejuízo. Essa projeção, esse cálculo sobre o futuro, baseia-se em um estado mais ou menos normal das coisas; a parte que desconsidera o risco normal do negócio é sancionada no próprio jogo do mercado. O agente econômico que despreza o risco, ‘errando’ a sua jogada ou previsão, sofre perdas econômicas. Igualmente, a parte pode frustrar-se porque o cenário futuro que concebeu no momento da contratação não se verificou. Tudo isso faz parte de dinâmica de mercado*” (GRAU, Eros Roberto. *O Estado...*, pp. 112-113).

¹⁵¹ - Há julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo que aponta para este sentido: “[o] empreendedor que aporta capital em novo projeto deve, antes de se comprometer contratualmente, realizar a reflexão necessária quanto aos riscos assumidos. Pode, destarte, constatando algum ponto de desequilíbrio no negócio, transigir e não obtendo êxito, simplesmente abandonar seu projeto, aguardando melhores

entre as estratégias adotadas pelos agentes econômicos e entre os resultados obtidos (uns melhores, outros piores) que dá vida a um ambiente de competição (porque todos buscam o prêmio do maior sucesso, da adoção da estratégia mais eficiente)”.¹⁵²⁻¹⁵³

Ignorar o fator erro (concretização do risco em dano) do ambiente negocial, acarretaria em consequências nefastas para o ambiente comercial, pois, além de se cometer gravíssimo equívoco metodológico com o descarte do elemento risco, haveria um indesejável desestímulo às contratações.¹⁵⁴ Afinal, é justamente a diferenciação da forma de contratar (i. e., de assumir riscos) que torna um produto mais atraente que outro, o que, inquestionavelmente, reflete-se na lucratividade do empresário. Retirar-se este elemento do mercado seria dar cabo à atividade empresarial, haja vista a relevância da lucratividade para o setor mercantil.

Muito embora haja alguma divergência doutrinária acerca da imprescindibilidade do lucro para a atividade empresarial, não há como se negar que, ainda para os autores contrários à posição acima destacada, a assunção de riscos (“*técnicos e econômicos*”) é

oportunidades. Se, ao reverso, age impulsivamente, cedendo a deslumbre que ofusca os riscos inerentes ao negócio, não pode, fracassada sua incursão, atribuir culpa a ninguém mais, senão a si próprio” (TJ-SP, 35ª Câ. de Dir. do 8º Grupo, Apel. n. 9150744-44.2006.8.26.0000, Des. Rel. ARTUR MARQUES, j. 28.8.2006).

¹⁵²- FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral...*, p. 91. Desenvolvendo o raciocínio, a autora argumenta ainda que: “podemos dizer que o erro é possível dentro do sistema porque não é o ‘infalível’ mercado que determina as jogadas, mas sim a lógica do empresário. Para cada sujeito, uma jogada, uma conclusão, mesmo que tomando as mesmas variáveis. Dado o ‘estímulo’ pelo meio, cada qual reagirá de uma maneira, embora possamos conceber todos como economicamente racionais. Essa verificação tem efeitos práticos relevantes para o direito. Se não considerarmos que uma empresa pode ter adotado uma estratégia equivocada, jamais entenderemos um prejuízo suportado por uma das partes na execução do negócio decorrente de sua ‘álea normal’ (e que, portanto, não seja derivado de alterações contextuais imprevisíveis)”. Em sentido semelhante, RIBEIRO e GALESKI JUNIOR complementam a lição esclarecendo que: “[é] da essência da atividade desenvolvida pelo empresário o fator risco. O risco econômico nasce da obrigação do empresário em relação aos investidores e aos trabalhadores, de remunerá-los de forma a retribuir pela atividade prestada quanto aos últimos, e a garantir novos investimentos, quanto aos primeiros. Há sempre o risco dos lucros obtidos não cobrirem as despesas. É este risco que é remunerado pelo lucro e que justifica o poder de direção do empresário como chefe da empresa que define a sua política econômica. O empresário é o detentor do poder econômico, o poder de dizer como e o que será produzido, e lhe atribui o controle da empresa. Como parte do exercício do poder de condução da empresa, o empresário lança mão de contratos, e estes poderão conduzir aos melhores resultados ou frustrá-los” (*Teoria Geral...*, p. 164).

¹⁵³- De acordo com CAMPOBASSO, “l’esposizione al rischio di impresa giustifica poi il potere dell’imprenditore di dirigere il processo produttivo e legittima l’acquisizione da parte dello stesso dell’eventuale eccedenza dei ricavi rispetto ai costi (profitto)” (*Diritto Dell’Impresa...*, p. 24).

¹⁵⁴- FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral...*, p. 93. Destaca a autora que o “ordenamento que – em nome da proteção do agente econômico mais fraco – neutralizasse demasiadamente os efeitos nefastos do erro para o empresário poderia acabar distorcendo o mercado e enfraquecendo a tutela do crédito”.

elemento fundamental da atividade empresarial e decorre da *profissionalidade* do empresário.¹⁵⁵

A despeito de tudo quanto salientado, é de se destacar, desde logo, a tormentosa questão dos riscos imponderáveis e extraordinários, tema da presente dissertação. Conquanto o risco seja inerente à atividade empresarial, há riscos que escapam aos agentes econômicos, por extrapolarem aquilo que, razoavelmente, seria esperado de empresários ativos e probos. Esses riscos excepcionais, como se verá com detalhes adiante (itens 3.1 e 3.2), merecem tutela específica da lei, a qual, de todo modo, sempre deverá ser aplicada com o viés ora apresentado.

1.2.3 A profissionalidade do agente econômico

A terceira característica inerente à atividade empresarial – também expresso no artigo 966 do Código Civil - é o exercício profissional da atividade econômica de circulação de bens e serviços. Em outras palavras, por esse traço, quer se dizer que o empresário deve exercer a atividade comercial de forma contínua e, assim, com determinada expertise em sua área de atuação. Com esteio na etimologia do termo, ROMANO conclui que *“quando o novo código declara que a atividade deve ser profissional ele quer dizer que o empresário opera necessariamente no âmbito de condições que geram a prática de atos seguidos ou em continuação, portanto com absoluta e total habitualidade”*.¹⁵⁶

¹⁵⁵ - Nesse sentido, observe-se o que salienta SCAFF: “[d]e toda sorte, a *profissionalidade* surge, efetivamente, como requisito essencial do empresário, em gênero, e do empresário agrário, em particular. (...) a estes nos parece que se acresce outro, talvez seu elemento mais abrangente, qual seja a genérica imputabilidade dos riscos ou, mais apropriadamente, ‘dos resultados da empresa.’” (SCAFF, Fernando Campos. *Aspectos Fundamentais da Empresa Agrária*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 103).

¹⁵⁶ - CRISTIANO, Romano. *Empresa é risco...*, p. 130. Observe-se a análise etimológica realizada por ROMANO: “[o] adjetivo ‘profissional’ indica algo relativo ao exercício de determinada atividade como profissão. O substantivo ‘profissão’, por sua vez, vem do latim *professio*, *professionis*, que ulteriormente vem do latim *professus*. Esta última palavra latina indica a pessoa que declarou alguma coisa publicamente; portanto, no plano etimológico, *profissão* é a atividade de trabalho publicamente declarada (conforme DIR, já citado). Tal definição traz evidentes consequências, pois é óbvio que, quando alguém declara publicamente o exercício de determinada atividade (através de um registro ou mediante posicionamentos práticos), está também declarando de forma implícita que, com relação à mesma atividade, pretende praticar não apenas um ou poucos atos, nem pretende praticar atos só de vez em quando; ao contrário, pretende praticar longa série de atos consecutivos, de modo geral em sem interrupções. Tanto assim que o *Vocabolario della Lingua Italiana*, de Aldo Duro (já citado), define a *profissão* como atividade intelectual ou manual exercida de forma continuada e com o fito de lucro”.

Disso decorre a presunção de que o empresário, praticante habitual de determinados atos,¹⁵⁷ age sempre de maneira perspicaz e astuta, em contrapartida à vulnerabilidade do consumidor.¹⁵⁸ Sua conduta deve se pautar pelo comportamento dos demais atores do mercado em que atua, dentro do padrão do agente econômico “ativo e probo”.¹⁵⁹ Isso faz pressupor que o empresário conhece as nuances do mercado em que negocia, não podendo ser, facilmente, vítima de equívoco ou de engodo.

No tocante ao direito dos contratos, exige-se, nessa medida, que o empresário tenha as informações relevantes e suficientes acerca das obrigações que assume junto a seus parceiros comerciais. Presume-se que os empresários “*detêm – ou deveriam ter negligenciado para deter – as informações relevantes à contratação passíveis de serem obtidas a um custo razoável*”.¹⁶⁰

Nesse sentido, BLAISE destaca que, às atividades empresariais, agrega-se uma exigência de tecnicidade, o que significa dizer que, ao participar de negócios de alguma

¹⁵⁷ - “*Professionalità significa perciò esercizio abituale e non occasionale di una data attività produttiva. Non è perciò imprenditore chi compie un’isolata operazione di acquisto e di successiva rivendita di merci, dato che in tal caso non si può neppure parlare di «attività» in senso proprio. Ma imprenditore non è neppure chi compie una pluralità di atti economici coordinati (attività) quando circostanze oggettive palesano in modo inequivoco il carattere non abituale ed occasionale dell’attività. Ad esempio, non è imprenditore chi organizza un singolo servizio di trasporto o un singolo spettacolo sportivo. La professionalità non implica però che l’attività imprenditoriale debba essere necessariamente svolta in modo continuato e senza interruzioni. Per le attività cicliche o stagionali (alberghi in località di villeggiatura, stabilimenti balneari, rifugi alpini) è sufficiente il costante ripetersi di atti di impresa secondo le cadenze proprie di quel dato tipo di attività*” (CAMPOBASSO, Gian Franco. *Diritto Dell’Impresa...*, p. 32).

¹⁵⁸ - Sobre o dever de informar na esfera comercial, MARTINS-COSTA comenta: “[a] informação pode não ser devida pelo vendedor, seja por irrelevante, seja porque é acessível para um comprador diligente para com os próprios interesses, já que a inércia não é desculpa, muito menos para aqueles que têm o dever legal ou contratual de autoinformação. Assim ocorre, por exemplo, com os administradores de sociedades, aos quais é imputado o dever fiduciário de se informar e, igualmente, o ônus jurídico de se informar, sendo inadmissível que mantenham a atitude dos companheiros de Giton, o personagem de *La Bruyere*, culpados de ‘escutar sem retorquir, crer sem verificar e seguir sem protestar’. Como bem alerta Flávia Parente, na implementação dos deveres autoinformativos não é admissível, no âmbito societário, uma conduta passiva, limitada a receber informações alheias: os administradores ‘precisam apreciar criticamente’ as informações recebidas, analisando ‘os possíveis impactos do que lhes foi relatado sobre os negócios sociais’ devendo, igualmente, buscar a informação que entendem relevante para a avaliação da oportunidade de negociar e das características do bem a ser eventualmente adquirido. Fatos notórios também não carecem ser informados, sendo um limite inerente ao dever de informar o conhecimento da informação: quem já conhece um fato não pode ser enganado, nem por ação, nem por omissão. Não há, por igual, um direito subjetivo absoluto à informação: esta é um bem jurídico marcadamente relacional na sua existência e na sua qualidade” (MARTINS-COSTA, Judith. Os regimes do dolo civil no Direito Brasileiro: Dolo antecedente, vício informativo por omissão e por comissão, dolo acidental e dever de indenizar. *Revista dos Tribunais*, v. 923, set., 2012, p. 119).

¹⁵⁹ - FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral ...*, pp. 119-122.

¹⁶⁰ - FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral...*, pp. 139-140.

complexidade, o empreendedor deve se fazer acompanhar de profissionais especializados, quando não dominar determinado assunto em pauta de negociação.¹⁶¹

Como resultado do corolário acima, “a empresa que detiver grau de informação inferior àquele que dela seria esperado deverá suportar os eventuais prejuízos decorrentes dessa falta”.¹⁶² Isso porque, em grande parte das vezes, o agente econômico tem pleno conhecimento de que detém informações aquém das necessárias, mas, mesmo assim, prossegue com a celebração do negócio, assumindo, pois, os riscos de que não venha a obter os ganhos esperados com a transação.¹⁶³

Como há algum tempo já se sabe, a informação não é obtida gratuitamente; há um custo envolvido no ato de informar-se e isso tem influência, diretamente, no preço firmado para determinada transação.¹⁶⁴ “Na ‘sociedade da informação’ esta – a informação – sofre um processo progressivo de reificação, passando a ser dotada, para várias eficácias jurídicas, do valor de coisa (res)”.¹⁶⁵ RIBEIRO e GALESKI JUNIOR, nesse tocante, destacam que a assimetria informacional é causa suficiente para que se gere, inclusive, o nascimento de relações contratuais, tais como os contratos de transferência de tecnologia e de *franchising*, ambos baseados no conceito de *know-how*.¹⁶⁶

Nesse aspecto, caso o empreendedor tenha deixado de obter as informações necessárias para o negócio celebrado, a título de redução de custos, tê-lo-á feito à sua conta

¹⁶¹ - BLAISE, Jean-Bernard. *Droit des affaires...*, p. 41.

¹⁶² - FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral...*, p. 140.

¹⁶³ - FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral...*, p. 140.

¹⁶⁴ - A correlação entre a busca por informações sobre determinado produto e o preço pago por este já foi analisada por STIGLER (STIGLER, George. The economics of information. *Journal of Political Economy*, 1961, pp. 213-225) e ARKELLOF (ARKELOFF, George. The market for lemons: qualitative uncertainty and the Market mechanism. *Quarterly Journal of Economics*, 1970, pp. 488-500). Nesse sentido: “[a] positive correlation of successive asking prices justifies the widely held view that experienced buyers (tourists) pay higher prices in a market than do experienced buyers. The former have no accumulated knowledge of asking prices, and even with an optimum amount of search they will pay higher prices on average. Since the variance of the expected minimum price decreases with additional search, the prices paid by inexperienced buyers will also have a larger variance” (The economics of information...). Em território nacional, VILLELA já se pronunciou nos seguintes termos: “[m]as não é por acaso que conhecimento é poder. E poder porque constitui um bem escasso. Quem dele dispõe agrega à sua posição um suplemento de barganha nos negócios. O que significa que alguém estará pagando por ele. Esta condição de paramercadoria do conhecimento faz dele, em linguagem econômica, um insumo muito próximo dos insumos materiais. Inclusive na possibilidade de ser elevado à condição de objeto principal ou acessório de contrato” (*Equilíbrio do contrato: os números e a vontade*. RT 900/85, p. 19).

¹⁶⁵ - MARTINS-COSTA, Judith. Os regimes do dolo ..., p. 118.

¹⁶⁶ - RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria Geral...*, p. 209.

e risco, razão pela qual deverá arcar com eventual prejuízo decorrente da falta de dados pertinentes.¹⁶⁷ *“Em outras palavras, o contratante que detém efetivo conhecimento, em operação na qual ele é necessário, estará mais coberto de surpresas do que aquele que o assume, mas não o detém. No primeiro caso goza dos confortos da comutatividade. No segundo, sofre os riscos da álea”*.¹⁶⁸

Assim, exemplificativamente, pode-se mencionar o caso de determinada empresa “A” que quer tercerizar seus serviços de limpeza, mas que, por considerar este contrato de menor relevância, deixa de fazer qualquer análise de mercado (e, portanto, não despende recursos com a contratação) e contrata os serviços de “B”. A empresa “A”, nesse aspecto, assumiu os riscos de que a parceria com “B” venha a ser mal sucedida, dada a falta de informações que detém sobre ela (“B” pode ser má prestadora de serviços, pode cobrar preços muito superiores aos praticados em mercado etc.).¹⁶⁹

Parece-nos, desse modo, que persiste aos agentes econômicos verdadeiro ônus jurídico de obter,¹⁷⁰ diligentemente, as informações relevantes a respeito dos contratos empresariais que negociam. Fala-se em ônus jurídico, dado que o ente econômico não está obrigado a cumpri-lo, não havendo ainda qualquer direito subjetivo de terceiro tutelado para que possa se falar na existência de um dever.¹⁷¹ Como se viu, o agente econômico poderá obter menor grau de informação do que o exigido para, diligentemente, celebrar o negócio e, nesse caso, terá assumido o risco do insucesso.

A esse respeito, MARTINS-COSTA faz referência a um “*ônus jurídico de autoinformação*”, “*no resguardo dos próprios interesses*”, durante a fase negocial que

¹⁶⁷ - FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral...*, p. 140.

¹⁶⁸ - VILLELA, João Baptista. *Equilíbrio do contrato...*, RT 900/85, p. 19.

¹⁶⁹ - FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral...*, p. 141.

¹⁷⁰ - “A diferença entre dever e ônus está em que (a) o dever é em relação a alguém, ainda que seja a sociedade; há relação entre dois sujeitos, um dos quais é o que deve: a satisfação é do interesse do sujeito ativo; ao passo que (b) o ônus é em relação a si-mesmo; não há relação entre sujeitos: satisfazer é do interesse do próprio onerado. Não há sujeição do onerado: ele escolhe entre satisfazer, ou não ter a tutela do próprio interesse” (PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Negócios Jurídicos, representação, conteúdo, forma, prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 530).

¹⁷¹ - “O dever jurídico é o correlato do direito: ao plus, que é o direito, corresponde o minus do dever. Há de haver relação jurídica básica, ou relação jurídica interna à eficácia (relação intrajurídica), para que haja direito e, pois, dever. Quem está no lado ativo da relação jurídica é o sujeito do direito; quem está no lado passivo, é o que deve, o devedor (em sentido amplo). A atividade (= qualidade de ser ativo) de um é o direito; a passividade é o dever” (PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Eficácia jurídica, determinações inexas e anexas, direitos, pretensões, ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 501-502).

antecede à celebração de um contrato. Segundo ela, “*é incontroverso o reconhecimento de um padrão comportamental fundado no princípio da boa-fé a que estão adstritos todos os negociadores na fase formativa de um contrato, impondo deveres informativos sobre o que disser respeito à hígida formação do consentimento contratual*”. Seria, portanto, com base neste dever de agir conforme a boa-fé, que seriam dimensionadas as tênues fronteiras entre os dever de informar, o dever de se informar e o ônus jurídico de se informar.¹⁷²

Ilustrativamente, MARTINS-COSTA menciona que um comprador cumpre com ônus jurídico de se informar, na medida em que não se mantém inerte e “*toma as medidas usualmente seguidas para averiguar a seriedade das informações*”.¹⁷³ De se destacar, nesse tocante, que a autora, claramente, reenvia a verificação do cumprimento de referido ônus às práticas de mercado (usos e costumes). Assim, estará cumprido o ônus de se auto-informar, na medida em que o agente econômico busque informações no nível, usualmente, buscado pelos outros participantes de mercado, para negócios semelhantes (padrão de homem ativo e probo).

Dessarte, como consequência de tanto, eventuais alegações de ausência de informações (ex.: vício de consentimento, imprevisibilidade de determinado evento etc.) deverão ser analisadas com maior rigor em hipótese de litígio entre partes empresárias.

¹⁷²- MARTINS-COSTA, Judith. Os regimes do dolo..., pp. 122-123. PONTES DE MIRANDA também faz referência a um dever de se informar: “[a]lgumas vêzes, há o dever de conhecer. O que se tem de conhecer, para certos efeitos, é tido como se conhecesse se o seu desconhecimento provém de culpa sua, ainda se devida à falta de diligência para investigar e se informar” (Introdução: pessoas físicas e jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 220). No mesmo senso, RIBEIRO e GALESKI JUNIOR: “[c]onsiderando a profissionalidade dos agentes, não seria demais posicionar-se no sentido do que é inerente ao contrato a obrigação de que cada empresário diligencie no sentido de obter toda a informação possível. Se assim não agiu, deverá arcar com o prejuízo daí decorrente, pois faz parte do próprio risco do negócio” (Teoria Geral..., p. 213).

¹⁷³- MARTINS-COSTA, Judith. Os regimes do dolo..., pp. 122-123. RIBEIRO e GALESKI JUNIOR dão ainda o exemplo do lojista que busca transferir prejuízos do negócio ao empreendedor do shopping center: “*não seria lícito a um empresário estabelecido em shopping center buscar a revisão de valor locatício, caso tenha o empreendedor agido com toda a diligência na busca de lojas-âncoras, na elaboração e desenvolvimento de uma política de marketing e no respeito ao tenant mix, mas mesmo assim tenha havido frustração no sucesso do empreendimento. Acredita-se que não seria da natureza do contrato transferir a responsabilidade para o empreendedor de forma objetiva, como seria numa relação de consumo. Assim, não socorreria o lojista o argumento de que não era obrigação sua conhecer o mercado, sendo essa obrigação do empreendedor, pois sua atividade lhe concederia ou o obrigaria a ter um maior grau de informação*” (Teoria Geral..., p. 213).

1.2.4 A necessidade de segurança no tráfico comercial

A segurança jurídica também exsurge como um dos pilares centrais do direito comercial.¹⁷⁴ Transações comerciais exigem todo um planejamento anterior por parte dos agentes econômicos. Estes, visando à determinada operação econômica, firmam contratos com outros entes, esperando sempre que os compromissos assumidos serão cumpridos.¹⁷⁵ Até mesmo porque é com base nos compromissos que terceiros assumiram perante o comerciante que este firmará seus respectivos compromissos com os demais participantes do mercado. Desse modo, é necessário que o agente econômico tenha confiança de que seu parceiro comercial cumprirá com o acordado, para que possa efetuar o necessário cálculo sobre o futuro e, assim, organizar os meios de produção.

De fato, não é apenas a simples relação bilateral (entre dois empresários) que exige a segurança de que as obrigações assumidas serão cumpridas. Na maior parte dos casos, especialmente frente a cada vez mais complexa teia de relações contratuais estabelecidas em mercado, todo um setor econômico depende do efetivo adimplemento de cada um dos contratos firmados ao longo da cadeia de produção. *“Ce n’est pas seulement l’intérêt du créancier qui est en jeu, mais le dynamisme d’un secteur économique. D’où l’importance des règles d’exécution”*.¹⁷⁶⁻¹⁷⁷

Nesse sentido, é de se notar que essa observância ao cumprimento exato de obrigações comerciais assume especial relevância nos tempos atuais, em que os próprios contratos são negociados em mercado (pense-se no mercado de futuros, mercado de energia etc.). Por óbvio, um contrato negociado no mercado de futuros, referente à entrega

¹⁷⁴ - A confiança no sistema jurídico é importante para todos os setores, mas se realça em caráter acentuado no direito comercial. Nesse sentido: “[i]n order for this to be the case, commercial law must exhibit several characteristics: the law must be clear. If a statute is drafted poorly or if the reasoning behind legal judgment is vague, ambiguous, or misguided, the business persons will be unable to rely on it. This is even more important where a transaction is standard and is entered into many times, or where subject matter of a transactions is of high value or unique; The law must be applied consistently and set aside sparingly. (...) Whilst the law must be free to develop to deal with evolving situations, businesses must be free to transact on the basis that settled law will not be changed without due reason (BASKIND, Eric et al. *Commercial Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 5).

¹⁷⁵ - BASKIND, Eric et al. *Commercial Law*..., p. 5.

¹⁷⁶ - BLAISE, Jean-Bernard. *Droit des affaires*..., p. 41.

¹⁷⁷ - Segundo GOODE, essa preocupação com o mercado já é preocupação das cortes inglesas: “[m]arkets and clearing systems bring together a large numbers of players, and the amounts committed or invested in a single day’s trading are potentially enormous. Is it therefore scarcely surprising that our courts, versed as they are in commercial dealings, make every effort to uphold reasonable market practice and measures taken to preserve and protect the integrity of the market. Courts are reluctant to reach conclusions which will put at risk large volume of transactions or undermine market regulation” (*Commercial Law*..., p. 39).

de determinadas mercadorias em abril é diferente de outro com prazo de vencimento em maio, sendo que o descumprimento do prazo estabelecido poderá gerar grandes perdas aos envolvidos, especialmente em mercados de alta volatilidade.¹⁷⁸

Com isso, percebe-se que, sem a necessária segurança, apta a gerar confiança entre os membros do mercado, poderia haver até mesmo o colapso do mercado, pois os entes econômicos tenderiam a não mais negociar entre si.¹⁷⁹

Nesse sentido, BASKIND diz que a previsibilidade somente existe quando se assegura que o conteúdo contratual será levado a cabo, nos exatos termos estipulados pelas partes e sempre em atenção aos usos e costumes comerciais.¹⁸⁰ Em termos jurídicos, especificamente em matéria de direito dos contratos, essa necessidade de segurança e previsibilidade dos agentes econômicos materializa-se no respeito à força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*),¹⁸¹ o que, por conseguinte, redundará no prestígio da tutela do crédito.¹⁸²

Note-se que a imposição da obrigatoriedade dos contratos celebrados tem especial destaque, quando se atenta ao fato de que o comerciante, em regra (caso os mecanismos provenientes dos usos e costumes não sejam fortes o suficiente), tenderá a agir sempre baseado no próprio interesse (oportunismo).¹⁸³ Isso fica evidente em exemplo bastante simples: no início da safra, um fazendeiro, por meio de contrato assinado, compromete-se a entregar toda sua produção de laranjas a determinado empreendedor voltado ao ramo de produção de sucos de frutas, por determinado preço “A”. No entanto, no decorrer da safra, há um aumento de 15% no valor médio da laranja no mercado com relação ao preço “A”.

¹⁷⁸ - GOODE, Roy. *Commercial Law in the...*, p. 14. No mesmo sentido: BASKIND, Eric et al. *Commercial Law...*, p. 5.

¹⁷⁹ - FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral...*, p. 80.

¹⁸⁰ - BASKIND, Eric et al. *Commercial Law...*, p. 5.

¹⁸¹ - GOODE, Roy. *Commercial Law...*, p. 14. Nesse sentido, o autor escreve acerca da relevância da força obrigatória dos contratos e da liberdade de contratar para o direito inglês: “[a]t the heart of commercial is the law of contract, with its central doctrines of freedom of contract and *pacta sunt servanda*: contracts are to be observed. It is impossible to overestimate the importance of freedom of contract in the development of English commercial law. It has facilitated the creation of financial and commodities markets which are among the most flexible in the world; it has also enabled English law to provide a regime for creation and enforcement of security interests which is unrivalled for its informality and its willingness to allow the parties to define their own rights and remedies and to organise their relationships in whatever way they consider the best suited for their needs. Further, it has instilled in traders from this country and abroad a sense of stability and predictability that is vital to commerce” (GOODE, Roy. *Commercial Law...*, p. 33).

¹⁸² - FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral...*, p. 90.

¹⁸³ - FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral...*, p. 66.

Se não houvesse qualquer imposição de obrigatoriedade de cumprimento do contrato, o fazendeiro, certamente, tenderia a descumprir o contrato e buscaria no mercado um novo comprador, que pagasse o preço equivalente a 115% de “A”. Nesse contexto, o produtor de sucos, fatalmente, seria prejudicado, pois teria que encontrar novo fornecedor de laranjas, a um novo preço, quando já havia programado toda sua atividade e, certamente, contratado com terceiros, tendo como base o contrato rompido.

Desse modo, percebe-se que a imposição da obrigatoriedade de cumprimento dos contratos tem grande relevância para o bom funcionamento do mercado, ao gerar a pressuposição a todos cumprirão o que foi, previamente, acordado.

Nesse contexto, o Poder Judiciário assume grande destaque, como garantidor da segurança no tráfico comercial. Ao se garantir o cumprimento dos termos, contratualmente, estabelecidos, facilitam-se as trocas no mercado e, por conseguinte, estimula-se todo o tráfico comercial.¹⁸⁴

A judicialização da relação contratual (entenda-se: iniciar um litígio) representa um custo indesejável aos comerciantes, razão pela qual o conhecimento prévio do entendimento das cortes auxilia os agentes econômicos a melhor planejarem sua atividade.¹⁸⁵ De fato, faz-se necessário ao cálculo empresarial que a jurisprudência mantenha alguma coerência em seu entendimento, de modo a permitir aos agentes econômicos um grau mínimo de previsibilidade. Tal necessidade faz-se ainda mais salutar na era da standardização dos contratos, quando determinada posição adotada pela jurisprudência poderá ter efeitos em larga quantidade de contratos celebrados pelos agentes econômicos. É nessa medida o alerta de GOODE: “*the outcome of disputes should be reasonably predictable in the typical case*”.¹⁸⁶

Nada obstante, observe-se que a necessidade de segurança e previsibilidade não quer significar, de modo algum, uma imutabilidade do entendimento das cortes. A alteração de entendimento jurisprudencial deve acompanhar as mudanças de comportamento aferíveis no mercado e na sociedade como um todo,¹⁸⁷ até porque, nesse

¹⁸⁴ - BASKIND, Eric et al. *Commercial Law*..., p. 6.

¹⁸⁵ - BASKIND, Eric et al. *Commercial Law*..., p. 5.

¹⁸⁶ - GOODE, Roy. *Commercial Law*..., p. 14.

¹⁸⁷ - GOODE, Roy. *Commercial Law*..., pp. 15-16.

senso, refletiriam (em tese) as práticas adotadas pelos próprios comerciantes (usos e costumes) e, como tal, não haveria nada de surpreendente. O que, realmente, preocupa os participantes do mercado são alterações de entendimentos jurisprudenciais repentinas e/ou feitas com muita frequência.¹⁸⁸

É válido destacar que, tendo notado a relevância da previsibilidade ao ambiente negocial, as cortes inglesas há muito têm preferido que a lei seja certa à justa.¹⁸⁹ Especificamente quanto a esse aspecto, BASKIND, OSBORNE e ROACH comentam que referida postura dos julgadores ingleses é o que, provavelmente, tem levado os agentes econômicos a preferirem a aplicação das leis materiais e da jurisdição inglesas para a resolução de disputas decorrentes de transações comerciais.¹⁹⁰

Em ilustração dessa característica dos tribunais ingleses, GOODE menciona o caso de transportador marítimo que resiliu, unilateralmente, contrato de transporte pelo inadimplemento de pagamento pela contraparte. Esta, um comerciante domiciliado em Londres, havia determinado a seu correspondente em Nova Iorque o pagamento de um montante devido pelo contrato de transporte celebrado. No entanto, a ordem de pagamento havia sido enviada às 10:53 da manhã, no horário de Londres, correspondente às 4:53 da manhã, no horário de Nova Iorque, quando, obviamente, todos os funcionários da unidade americana estavam dormindo e, logo, a transferência não pôde ser efetuada no prazo

¹⁸⁸ - GOODE, Roy. *Commercial Law...*, p. 16.

¹⁸⁹ - GOODE, Roy. *Commercial Law...*, p. 14.

¹⁹⁰ - BASKIND, Eric et al. *Commercial Law...*, p. 5. Os autores comentam ainda sobre a bem sucedida experiência das cortes inglesas especializadas em matéria comercial: “[a] sound system of commercial law should aim to minimize the number of cases that need to go to court, and UK commercial law’s availability of self-help remedies (suchs as the exercise of liens, or the ability to rescind contracts) can help achieve this. There will, however, always be instances when recourse to the court is unavoidable and, in such cases, it is important that the parties have access to a system of dispute resuolution that is quick and inexpensive. The law’s answer is to provide a specialist court, namely Comemrcial Court. (...) It consists of around fifteen nominated judges, all of whom are experts in commercial law matters and will hear cases relating to both national and international disputes. In line with the earlier discussions, the procedures of the Commercial Court tend to be more flexible than those of the High Court generally (for example, many of the rules relating to case management in the High Court do not apply to the Commercial Court)” (*Commercial Law...*, p. 7). Não poderíamos deixar de mencionar, nesse sentido, as Câmaras Reservadas de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que, de nossa (ainda, relativamente, pequena) experiência prática, parece ter elevado o nível dos julgamentos em matéria de direito comercial, a revelar, igualmente, não só o sucesso da especialização, como também a especificidade do ramo empresarial destacada no item 1.1.

determinado. As cortes inglesas consideraram válida a denúncia contratual. Nas palavras de GOODE, “*a hard but necessary decision*”.¹⁹¹

Sem adentrar no mérito da decisão acima, parece-nos, realmente, que a garantia de previsibilidade ao mercado perpassa, efetivamente, pela valorização do programa contratual estabelecido pelas partes, em especial após a crise no direito contratual, em que alguns, inclusive, chegaram a decretar a morte dos contratos.¹⁹² Como já referido, os contratos têm assumido papel central na organização empresarial (item 1.1), mas não podem refletir, integralmente, as regras de mercado. Alguma limitação estatal, realmente, faz-se necessária - sempre no intuito de garantir o pleno funcionamento do mercado – e este é, precisamente, um desafio a ser enfrentado pelos atuais operadores do direito.¹⁹³

Especificamente no que toca aos contratos empresariais, o exato dimensionamento da força obrigatória dos contratos parece se resolver na ideia de que o que se deve garantir ao agente econômico não é o resultado em si (a concretização do lucro), mas sim o processo (a possibilidade abstrata do lucro). O que o direito garante ao participante do mercado é a previsibilidade de efetuar o cálculo do resultado, inclusive levando em consideração o comportamento dos demais agentes econômicos.¹⁹⁴

Em linha a tudo quanto acima exposto, parece bastante oportuna a declaração de alto membro do Poder Judiciário inglês registrada por BASKIND e demais, segundo a qual “*our only desire is to give sensible commercial effect to the transaction. We are to help*

¹⁹¹ - GOODE, Roy. *Commercial Law in the....*, p. 15.

¹⁹² - Sobre a questão, ver, dentre outros, GILMORE, Grant. *The Death of Contract*, Columbus: Ohio State University Press, 1974. Sobre este ponto, GOODE disserta que “[n]owadays it has become fashionable to downgrade contract even to speak of its decline and fall. I have to say that this is not a world I recognise. It is true that the domain of contract law shrinks with the expansion of state trading and nationalisation, and that leads to a consequent reduction of private law in favour of public law, as observed Professor Patrick Atiyah in this magisterial work *The Rise and Fall of Freedom of Contract*; but if the wheel had then come full circle it is now on the move again, with privatisation and a restoration of the boundaries of contract law, a world-wide phenomenon” (GOODE, Roy. *Commercial Law...*, p. 32).

¹⁹³ - “Contract is flourishing, and with remarkably few constraints outside the fields of competition, financial services and consumer protection. The essence of a market economy is competition and party autonomy. In such an economy the market is king. But, as we shall see, the freedom of the market is not readily reconcilable with the integrity of the market. The effecting of such reconciliation is, perhaps, the greatest challenge confronting modern commercial law” (GOODE, Roy. *Commercial...*, p. 32).

¹⁹⁴ - FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria geral...*, p. 79. Nesse sentido, a autora explica, pontualmente, que: “[a] calculabilidade jurídica assume, assim, uma dimensão toda própria: apanágio da racionalidade jurídica, significa a possibilidade de o cálculo do resultado. O direito é racional porque garante o processo e não o resultado a ser obtido, mesmo porque a ‘álea normal’ é inerente aos negócios. Ou seja, o direito é estruturado como o propósito de possibilitar o cálculo do resultado (Weber), viabilizando, inclusive, a previsão do comportamento do outro, segundo os parâmetros por ele colocados (Irti)”.

*businessmen, not to hinder them: we are there to give effect to their transactions, no to frustrate them: we made there to oil the wheels of commerce, not to put a spanner in the works, or even to grit in the oil*¹⁹⁵

Assim, essa necessidade de segurança jurídica torna-se também traço distintivo dos contratos empresariais, os quais “*somente podem existir em um ambiente que privilegie a segurança e a previsibilidade*”.¹⁹⁶

1.2.5 A relevância dos usos e costumes nos contratos empresariais

Os usos e costumes são, inegavelmente, fonte do direito, como um todo (artigo 4º, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro),¹⁹⁷ mas com especial relevo para o direito comercial. Como bem se sabe, diversos institutos tradicionais do direito mercantil (ex.: títulos de crédito) surgiram da prática mercantil, para, posteriormente, serem regulados pelo direito positivo.

GOLDSHMIDT explica que o direito positivo é o desenvolvimento posterior e o reconhecimento de normas jurídicas *naturali immaneti* nas relações da vida (elementos de fato) de cada tempo. Assim, também no direito comercial, as regras sobre as trocas de bens surgiram, primeiramente, na forma de uso, e só depois passaram a fazer partes de estatutos (lei).¹⁹⁸

Na origem, as regras de direito comercial estavam, principalmente, consolidadas nas formas de usos comerciais e aplicavam-se, indistintamente, a pequenos e grandes comerciantes, inclusive de diferentes nacionalidades. Àquela época, à ausência de regras codificadas, as necessidades comerciais relativas a pesos e medidas, às moedas utilizadas nas relações de trocas, à definição de rotas terrestres e marítimas etc., fizeram surgir práticas estáveis entre os comerciantes, que, paulatinamente, tornaram-se regras jurídicas

¹⁹⁵- BASKIND, Eric et al. *Commercial Law...*, p. 6. Em sentido semelhante, GOODE: “[t]his, then, in the essence of commercial law – the accommodation of rules, usages and documents fashioned by the world of business; the facilitation, rather than the obstruction, of legitimate commercial development. This is achieved not through ad hoc responses to particular problems but through the development of principles within a sound conceptual framework. Commercial law is rooted in principles of good faith, the sanctity of agreement, the recognition of trade usage as a source of contractual rights, and the maintenance of a fair balance between vested rights and the interests of third parties” (GOODE, Roy. *Commercial Law...*, p. 1202).

¹⁹⁶- FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral...*, p. 75.

¹⁹⁷- “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”.

¹⁹⁸- GOLDSHMIDT, Levin. *Storia universale del diritto commerciale*. Turim: Unione Tipografico, 1913, p. 30.

consuetudinárias. É, nessa medida, que GOLDSCHMIDT acaba por concluir que, quanto menor a presença estatal na regulação da atividade comercial, maior é o desenvolvimento das regras da práxis comercial.¹⁹⁹

Nesse sentido, pode-se concluir que os usos e costumes são, efetivamente, regras não escritas do direito comercial, de caráter geral e obrigatório, que nascem da reiterada prática mercantil.²⁰⁰ De acordo com FORGIONI, tais práticas, que surgem, espontaneamente, no mercado, passam por um processo de “seleção natural”, de modo que, com o decorrer do tempo, aquelas práticas que melhor se adaptaram ao funcionamento do comércio aderem ao padrão de conduta dos comerciantes. *“Forma-se, assim, um repertório de experiências bem sucedidas que, ao permitir maior grau de previsibilidade do comportamento, transforma o mercado em repositório de memórias de jogadas”* (ou memória de experiência).²⁰¹

Essa memória de experiência, vez ou outra, passa ainda pelo crivo jurisprudencial, dado que, em alguns (na verdade, diversos) casos, as práticas comerciais podem ser benéficas apenas a seus criadores (os comerciantes), em detrimento de terceiros.²⁰² Nesses termos, conclui-se que *“os usos e costumes refletem complexa interação entre texto normativo, atos dos comerciantes e jurisprudência”*.²⁰³ A consequência dessa dinâmica aos contratos empresariais é que, ao cabo, diversos negócios que surgem da autonomia privada dos comerciantes (grande parte deles)²⁰⁴ acabam, socialmente, tipificados, a despeito da

¹⁹⁹ - GOLDSCHMIDT, Levin. *Storia universale del...*, pp. 30-31.

²⁰⁰ - BLAISE, Jean-Bernard. *Droit des affaires...*, pp. 33-34. Nesse sentido também: CAPO (*Attività d'impresa...*, p. 14).

²⁰¹ - FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral...*, p. 146.

²⁰² - *“D’altro canto, proprio il rilievo che gli usi assunto nella disciplina delle relazioni contrattuali spiega il sensibile ridimensionamento dell’efficacia degli stessi in quei settori economici in cui è particolarmente avvertita l’esigenza di equilibrare i rapporti fra le parti, che le norme usuarie tendenzialmente improntano agli interessi dei mercatores”* (CAPO, Giovanni. *Attività d’impresa...*, p. 12).

²⁰³ - FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral...*, p. 117. Ainda sobre essa relação entre práticas comerciais e a jurisprudências: *“[a]s Lord Lloyd has stated ‘in the field of commercial law...the custom of merchant has always been a fruitful source of law’. Indeed, as has been discussed, the lex mercatoria was based largely on the customs of merchants. However, with the expansion of commercial law legislation (both transnational and domestic), does the custom and usage still play an important role in commerce? The answer is undoubtedly yes. The courts are responsible to the needs of commercial parties and can take into account any relevant customs or usages when interpreting commercial contracts and determining disputes. The most common way to give effect to a custom or usage is via the implication of a term into the contract, but in order for this to occur, the court will need to be satisfied that the relevant custom or usages is certain and reasonable”* (BASKIND, Eric et al. *Commercial Law...*, p. 13).

²⁰⁴ - *“Os contratos empresariais nascem da prática dos comerciantes e raramente de tipos normativos preconcebidos por autoridades exógenas ao mercado”* (FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral...*, p. 65).

ausência de lei escrita, elevando o grau de previsibilidade no mercado e, por conseguinte, reduzindo custos de transação.²⁰⁵⁻²⁰⁶

Com efeito, o mercado, dentre suas diversas acepções (fenômeno poliédrico),²⁰⁷ é o local onde o tráfico comercial acontece e os entes econômicos se aproximam uns dos outros (dimensão econômica).²⁰⁸ Neste ambiente organizado - não mais, necessariamente,

²⁰⁵ - FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral...*, pp. 117-118. A esse respeito, explica CAPO: “[i]l tale quadro di riferimento, l’esperienza degli affari conferma e pone in risalto il ruolo svolto dagli usi, sia in termini di integrazione della disciplina delle figure contrattuali tipiche, sia in sede di determinazione della disciplina dei modelli atipici e di impulso verso la tipizzazione sociale e normativa degli stessi. (...) com riferimento alla «categoria» dei contratti nuovi, la stessa giurisprudenza si spinge a valutazioni di meritevolezza per lo più fondate sul presupposto della loro diffusa applicazione nella prassi del commercio internazionale, talvolta avallando il passaggio dei modelli in discorso dalla dimensione di tipicità sociale a quella normativa. In tale mutato contesto, il riferimento al leasing e del factoring, che ancora torna acconcio, va integrato con quello ai *Garantivertraege* o ai *performance bonds*. In contratti autonomi di garanzia, la cui applicazione è assai diffusa nell’ambito delle relazioni commerciali internazionali, inizialmente identificati come una particolare fenomenologia dello schema *fideiussorio*, hanno infatti assunto nella valutazione giurisprudenziale una propria identità funzionale e strutturale rispetto alle «garanzie» tipiche disciplinate dal codice” (CAPO, Giovanni. *Attività d’impresa...*, pp. 12 e 23).

²⁰⁶ - “*Custo de transação é expressão que, também esta, vem da ciência econômica e cuja relevância, na tomada de decisões pelos agentes econômicos, demonstra-se crescente. Transação no jargão dos economistas, é qualquer operação econômica, operação de circulação de riqueza entre agentes econômicos. Custos de transação são aqueles custos em que se incorre, que de alguma forma oneram a operação, mesmo quando não representados por dispêndios financeiros feitos pelos agentes, mas que decorrem do conjunto de medidas tomadas para realizar uma transação*” (SZTAJN, Rachel. *Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no novo Código Civil. Revista de Direito Privado*, v. 22, 2005, p. 252).

²⁰⁷ - Pelas próprias limitações do presente trabalho, não se analisará o complexo fenômeno do mercado. Para se afirmar que o mercado é fenômeno poliédrico, toma-se como premissa o seguinte trecho de FORGIONI, em referência a ASQUINI: “[e]m meio à confusão terminológica, a pretensão de situar o mercado como eixo do direito comercial força-nos a encarar-lo com maior precisão. Em situação semelhante à dos operadores do direito da década de 40, imersos na ‘descoberta jurídica’ da empresa, somos agora levados a identificar não apenas o que é juridicamente o mercado, mas qual sua função sistêmica. A resposta a essas duas questões coloca-se como pressuposto para a composição do pano de fundo contra o qual se projeta o novo direito comercial. Recorrendo novamente a Asquini, e valendo-nos de uma figura de linguagem, podemos encarar o mercado como um ‘fenômeno poliédrico’. Uno em sua existência, não pode ser compreendido senão quando encarado por uma de suas faces, todas interdependentes entre si; é impossível que uma delas falte ao mercado, tal como não é possível que um cubo tenha, apenas, cinco faces. Seguindo sempre nessa figura, podemos explicar o mercado a partir de seus perfis ou dimensões, quais sejam: [i] econômico; [ii] político; [iii] social e [iv] jurídico” (FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do Direito Comercial Brasileiro. Da mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 155-156). Sobre a pluralidade de acepções do mercado, PERLINGIERI estatui: “[l]e stesse accezioni del mercato sono diverse: esse è inteso ora come istituzione produttrice di proprie regole finalizzate alla determinazione dei prezzi e dei comportamenti, ora, in senso ideologico, come area di libertà ideonea a strutturare conseguentemente le azioni degli individui; e, in quanto autoregolato, finisce con il contenere nel suo interno le stesse relazioni sociali contribuendo a trasformarle, a influenzarle consistentemente. Così il mercato tende ad essere una realtà pervasiva dell’intera società e di tutte le società «autonomia degli individui partecipanti allo scambio nella loro lotta di prezzo e di concorrenza»” (PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*. Naples: Scientifiche Italiane, 2003, p. 241).

²⁰⁸ - “A origem da dimensão econômica do mercado liga-se ao locus onde se davam as trocas” (FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do Direito...*, p. 156). Nesse sentido ainda: “[l]a descripción del mercado abarca las acepciones de lugar, reunión tráfico que, partiendo de su origen etimológico, señale en mi trabajo, para concluir que mercado es escenario (lugar,) em que unos actores (oferentes y demandantes) realizan sus negocios (tráfico). (RUIZ, Manuel Olivencia. *El concepto de mercado em el pensamiento jurídico del professor Aníbal Sánchez Andrés*. In DE ALBIZU, Juan Carlos Sáenz García et. al. *Estudios de Derecho*

físico²⁰⁹ -, surgem as práticas comerciais: as partes celebram seus contratos, observando o comportamento dos outros participantes do mercado, o que faz surgir pautas de conduta a serem observadas por todos (as regras de usos e costumes).²¹⁰ É nessa exata medida que o mercado, em outra de suas acepções, pode ser compreendido como uma ordem: ordem de regularidade e de previsibilidade de agir (dimensão jurídica).²¹¹

Graças à regularidade de determinadas práticas no ambiente de mercado, aquele participante que ingressa em determinado mercado disposto a participar do tráfico mercantil sabe que encontrará lá regras específicas de funcionamento (ou, ao menos, pelo requisito da profissionalidade, deveria saber), as quais deverão ser respeitadas. A partir daí, podem calcular o futuro (previsibilidade)²¹² e organizar os meios da produção da maneira que melhor lhe aprouver.²¹³ Como visto inclusive, a função do direito é garantir o processo, a possibilidade abstrata de obtenção de lucros (item 1.2.2).

Os usos e costumes, portanto, compreendidos como normas endógenas do mercado²¹⁴ ou instituições (no sentido conferido pela denominada Nova Economia

Mercantil en Memoria del professor Aníbal Sánchez Andrés. Pamplona: Civita-Thomson Reuters, 2010, p. 59).

²⁰⁹ - “Modern markets are altogether more specialised and sophisticated. They are no longer confined to physical objects or to open to outcry; they can be organised around any mode of networked communication and virtually any kind of asset, tangible or intangible. But the key characteristics remain the same: an organisational structure to match sellers to buyers and lenders to borrowers; the establishment of systems for currency exchange and for the clearing and settlement of transactions” (GOODE, Roy. *Commercial Law...*, p. 39).

²¹⁰ - GOODE, Roy. *Commercial Law in...*, p. 38.

²¹¹ - FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral...*, p. 76.

²¹² - É a regularidade das práticas mercantis no mercado que possibilita a previsibilidade. Nesse sentido: “[a] regularidade leva à possibilidade de previsão do comportamento do outro agente e, com isso, a uma ordem. Os agentes econômicos confiam que sua atuação (e a atuação dos outros será baseada em regras, de forma que o risco estará no sucesso ou insucesso das jogadas, e nunca nas regras do jogo). A ordem jurídica do mercado assume, assim, as seguintes características: (i) a normalidade: porque os comportamentos se dão conforme regras, conforme normas (daí serem ‘normais’); (ii) uniformidade: os comportamentos são adequados a um esquema, formatado pela norma, que tende a produzir ‘notas de anônima repetitividade’; e (iii) regularidade: o ato é conduzido a um tipo normativo, perdendo o caráter de fortuito e arbitrário (sendo, pois previsível). Essas características do mercado prestam-se não apenas à compreensão dos pilares do sistema do direito comercial, mas explicam a razão de institutos que protegem o comportamento planejado na certeza de que o outro atuará conforme a regra (v.g., ‘proteção da legítima expectativa’, ‘boa-fé’, ‘confiança’). Ou seja, porque o mercado é uma ordem (jurídica), é possível prever o comportamento de seus agentes e, com isso, obter o incremento da segurança jurídica e a diminuição dos custos de transação” (FORGIONI, Paula. Andrea. *A evolução do direito...*, p. 187).

²¹³ - FORGIONI, Paula Andra. *Teoria Geral...*, p. 76.

²¹⁴ - FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do Direito...*, p. 190.

Institucional),²¹⁵ são de extrema relevância ao direito comercial e, por conseguinte, ao direito dos contratos empresariais, por gerarem “*legítimas expectativas de atuação, probabilidades de comportamento*”, o que, como dito, confere segurança aos participantes do mercado, reduzindo os custos de transação e estimulando o comércio.

Nesse sentido, ALPA explica que, nas organizações em que há o reconhecimento e o respeito a determinadas regras sociais de conduta profissional, não é necessário que norma jurídica regre a pauta de conduta dos indivíduos, uma vez que o comportamento visado já é, espontaneamente, observado na praça social. Segundo ele, exemplos de organizações que funcionam deste modo, seriam os mercados bancários e de valores mobiliários ingleses, bem como o mercado publicitário italiano.²¹⁶

Acerca do assunto, PENTEADO explica que a distinção entre os usos e os costumes situa-se no espectro da abrangência das práticas. Assim, enquanto os usos referem-se a determinados setores, tipos de negócios ou mercados, os costumes estendem-se a toda a sociedade civil. Ilustrativamente, o autor mencionada que determinadas práticas adotadas apenas no mercado de franquia seriam usos, enquanto que a emissão de cheques antedatados poderia ser qualificada como um costume, porque praticada por toda a coletividade brasileira.²¹⁷

Em matéria de práticas comerciais, é ainda relevante destacar a importância do ambiente institucional para a exata compreensão do programa contratual. Isso porque os usos e costumes podem variar de local para local, como também de grupo para grupo, além de se alterarem com o tempo, em uma realidade bastante dinâmica.²¹⁸ Os usos e costumes,

²¹⁵ - “Embora não haja consenso sobre seu significado, aceita-se que a ideia de instituição corresponde a certo complexo de regras de comportamento, com elevado grau de adesão social; isto é, um conjunto de regras (*set of rules*) disciplinadoras da conduta dos agentes econômicos” (FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do Direito...*, p. 187).

²¹⁶ - ALPA, Guido. *Manuale di Diritto Privato*. Padova: Cedam, 2005, p. 58.

²¹⁷ - PENTEADO, Luciano Camargo. *Integração de...*, p. 229.

²¹⁸ - “Encore faut-il qu’il presente certains caractères qui le distinguent de la simple pratique professionnelle et là est toute la difficulté. À quel moment une pratique accède-t-elle à la dignité de la règle de droit? Les usages jouent un rôle important en droit des affaires, essentiellement dans le domaine des contrat d’affaires. On les rencontre dans le ventes de marchandises, les contrats de transport, les opérations de crédit, l’affacturage, la franchise. Ils peuvent être particuliers à un secteur professionnel, par exemple le commerce des grains ou le monde de la banque. (...) Ce qui fait la difficulté, c’est que les usages ne forment pas une catégorie homogène. D’abord, ils ont une portée variable. Ils peuvent concerner l’ensemble des professionnels ou au contraire une profession déterminée. Ils peuvent s’appliquer sur l’ensemble du territoire ou au contraire dans un lieu précis, comme une ville ou un port. Et surtout, l’usage est une réalité dynamique: il évolue entre le contrat e la règle objective” (BLAISE, Jean-Bernard. *Droit des affaires...*, p. 33). Na esfera nacional, JUNQUEIRA DE AZEVEDO já explicou que “[n]aturalmente, há várias determinações

portanto, devem ser considerados de acordo com o segmento de mercado específico em que o contrato foi celebrado, valendo ressaltar que uma mesma empresa pode atuar em segmentos distintos do mercado e, assim, exercer papéis, igualmente, diferentes.²¹⁹ Desse modo, por exemplo, a FIAT, montadora de veículos, exerce sua principal atividade no segmento do mercado de veículos automotores, mas, também como sociedade de capital aberto, listada em bolsa de valores, atua ainda no segmento do mercado financeiro, cujas peculiaridades são, inquestionavelmente, distintas do mercado automotor.²²⁰

Nessa medida, parece ser bastante evidente que “*não é possível desgarrar o negócio da realidade em que está inserto (...), tornando-o peça estéril de atribuições e obrigações*”.²²¹ Para a exata compreensão da relevância do contexto social em que determinado negócio encontra-se inserido, observe-se o seguinte exemplo: quando Tício pede um café na cafeteria, está implícito, pelo padrão de comportamento local, que ele pretende trocar a bebida por determinado montante de dinheiro. No entanto, quando Tício visita um amigo e pede por um café, não se gera qualquer expectativa de pagamento ou mesmo de que a bebida terá a mesma qualidade daquela servida na cafeteria.²²²

GOODE cita caso em que as cortes inglesas deram procedência à ação de cobrança ajuizada por instituição que, embora não, legalmente, reconhecida como banco – pois não atendia aos requisitos do *Moneylender Act* -, havia emprestado milhões de libras a diversos indivíduos e era reconhecida pelo mercado, efetivamente, como uma instituição financeira. No julgamento, a corte assim se pronunciou: “[r]eputation may exclude a person from being a banker, so also it may make him one. Our commercial law has been founded on the opinion of merchants...When merchants have established a course of business which is running smoothly and well with no inconvenience or injustice, it is not for the judges to put a spoke in the wheel and bring it to a halt. Even if someone is able to point to a flaw, the

possíveis, segundo o tipo de área de atividade ou de negócios que as partes estão fazendo. Já nas Ordenações do Reino se prescrevia que quem compra cavalo no mercado de Évora não tem direito aos vícios redibitórios. Os standards variam. Se um sujeito vai negociar no mercado de objetos usados, em feira de troca, a boa-fé exigida do vendedor não pode ser igual à de uma loja muito fina, de muito nome, ou à de outro negócio, em que há um pressuposto de cuidado” (Insuficiências, deficiências e..., pp. 149-150).

²¹⁹ - BUONOCORE, Vincenzo. *L'impresa*..., p. 163.

²²⁰ - BUONOCORE, Vincenzo. *L'impresa*..., p. 163.

²²¹ - FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral*..., p. 74.

²²² - FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral*..., p. 75.

*courts should not seize on in so as to invalidate past transactions or produce confusions”.*²²³

Assim, conclui-se que os usos e costumes, a despeito de menor grau de institucionalização do que as normas positivadas, ainda assim são regras objetivas que decorrem do mercado e não de qualquer subjetivismo das partes.²²⁴ Ainda que, em razão de não constarem de texto escrito, possa haver alguma dificuldade em sua apreensão do mercado (o que geraria certa insegurança), é técnica que, quando, corretamente, aplicada é de grande relevância ao direito dos contratos empresariais, pois permite a constante adaptação da ordem jurídica do mercado.²²⁵

A respeito do tema, há que se mencionar ainda o caráter cosmopolita do direito comercial, que, com o fenômeno da globalização, tornou-se ainda mais acentuado. Há, assim, como já referido, tendência à unificação e generalização das práticas comerciais no contexto internacional, com a “importação”, no âmbito nacional, de diversas práticas consagradas no estrangeiro.²²⁶

Especificamente, nesse tocante, FORGIONI, em remissão a ASCARELLI, chama atenção para o fato de que a adoção de fórmulas advindas do direito estrangeiro não pode ignorar as “premissas implícitas” do ordenamento de origem, “*sob pena de dar lugar a açodado transplante, incompatível com nossa realidade*”,²²⁷ o que, obviamente, geraria ineficiência e elevação de custos de transação.

Nesse sentido, GOODE destaca as diferenças entre as filosofias que regem as transações comerciais em ordenamentos pertencentes ao sistema da *Common Law* (que, em regra, privilegia o *laissez-faire* e a autonomia da vontade) e àqueles pertencentes à *Civil Law* (em geral, de caráter mais paternalista e tendentes à proteção do devedor). Ele explica

²²³ - GOODE, Roy. *Commercial Law in the....*, p. 40.

²²⁴ - FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral...*, p. 127.

²²⁵ - FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral...*, p. 130. Nesse sentido, a súmula da autora: “*considerando que a maioria dos contratos interempresariais é naturalmente incompleta, como se verá adiante, é cada vez mais difícil admitir seu desenvolvimento sem o recurso a cláusulas gerais. Elas permitem que as normas endógenas integrem o direito exógeno, que as abraça e sorve. Aterrar essa estrada em nome de inútil formalismo seria condenar a ordem jurídica à perene desadaptação e, portanto, comprometer irremediavelmente o fluxo das relações econômicas*”.

²²⁶ - FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral...*, pp. 131-134.

²²⁷ - FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral...*, p. 133.

que, em razão das distinções entre os sistemas, empresas multinacionais enfrentam grandes dificuldades na realização de negócios em diferentes ordenamentos jurídicos.²²⁸

Diz ainda que, por esse motivo, muitos participantes do mercado global estão fugindo das legislações domésticas e buscando tutela no “*transnational commercial law, the corpus of law resulting from the harmonisation or convergence of national law, whether by international convention, conscious or unconscious judicial parallelis, uniform rules for specified types of contract and, more recently, international restatements of principles of contract law such as those promulgated by UNIDROIT (the International Institute for the Unification of Private Law, the intergovernmental body set up in 1926 to work for the progressive harmonisation of private law) and the Commission on European Contract Law*”.²²⁹

Ao abordar a questão, CAPO acresce que está a se formar um verdadeiro corpo jurídico composto por uma determinada quantidade de cláusulas *standards*, de regras e práticas, de condições gerais e de contratos-tipos utilizados pelos agentes econômicos. Alerta, contudo, que deve haver certa reserva à receptividade de tal corpo, dado que, em diversos casos, essas práticas têm matriz unilateral, refletindo os interesses de apenas determinada empresa ou associação de caráter dominante em certo segmento. Cabe, segundo ele, ao legislador doméstico ou aos organismos internacionais neutros e, tecnicamente, acreditados regular referido corpo jurídico.²³⁰

BLAISE ainda destaca que todo aquele que alega a existência de determinado costume convencional deverá fazer prova de sua existência, enquanto, a contraparte, a título de exceção à aplicação de referido costume, deverá provar que desconhecia determinada prática comercial.²³¹

1.2.6 A flexibilidade e a agilidade nos contratos empresariais

O dinâmico jogo comercial exige que os comerciantes tomem decisões de maneira ágil. Assim que identificam uma determinada oportunidade negocial, eles devem iniciar o processo de negociação com o outro participante do mercado e daí optar pela contratação

²²⁸ - GOODE, Roy. *Commercial Law*..., pp. 88-94.

²²⁹ - GOODE, Roy. *Commercial Law*..., pp. 88-94.

²³⁰ - CAPO, Giovanni. *Attività d'impresa*..., pp. 15-16.

²³¹ - BLAISE, Jean-Bernard. *Droit des affaires*..., pp. 33-34.

ou não (ex.: a oferta de determinadas mercadorias a preços abaixo dos praticados em mercado). Na prática, em razão da dinamicidade do mercado, muitas formalidades, que, em tese seriam necessárias para conferir segurança ao negócio, são deixadas de lado. Assim, ao invés de formalizarem extenso e específico instrumento particular, contratos são celebrados por troca de cartas e/ou *e-mails* ou mesmo por simples ligação telefônica, transferências de propriedade de valores mobiliários são realizadas por procedimentos eletrônicos bastante singelos etc.²³² Daí por que se pode se pode concluir que a agilidade e a flexibilidade (ou simplicidade) são outrossim importantes características da atividade comercial.²³³

Nessa medida, note-se que, se de um lado é tão caro aos comerciantes a segurança de que as “regras do jogo” estejam, claramente, estabelecidas (conforme item 1.2.4), de outro é necessário conferir flexibilidade aos comerciantes, para que possam alterar, com agilidade, os termos de suas estratégias negociais, em resposta a eventuais alterações nas condições de mercado. Assim, flexibilidade e agilidade caminham lado a lado no que é atinente à matéria de contratos empresariais.

Embora se deseje a previsibilidade, o que muitas vezes se dá por meio da regra positivada e de determinados ritos formais, certo é que estes não podem se estender a ponto de obstar o tráfico negocial. Nesse tocante, FORGIONI relembra que “*o direito comercial surge também para liberar os mercadores das solenidades romanísticas, que embaraçavam seus negócios*”.²³⁴ Há, portanto, uma constante tensão entre formalidade e segurança, de um lado, e flexibilidade e agilidade, de outro.²³⁵

GOODE bem resume a tensão a que nos referimos acima do seguinte modo:

“Obviously, businessmen look to the law to produce results that in the typical case commend themselves as reasonable and as responsive to legitimate commercial needs and practices. What they also expect of the law is predictability required, the greater the detail in which the principles and rules have to be expressed; yet businessmen also attach great importance to flexibility, to a legal environment which enables them to develop new commercial instruments, new business practices, confident in the knowledge

²³² - BLAISE, Jean-Bernard. *Droit des affaires...*, pp. 40-41.

²³³ - BLAISE, Jean-Bernard. *Droit des affaires...*, pp. 40-41.

²³⁴ - FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria geral...*, p. 135.

²³⁵ - BASKIND, Eric et al. *Commercial Law...*, p. 5.

*that they will be upheld by the courts as producing their desired legal effects, and this militates in favor of broad principle and discretions and against a high degree of detail and the predictability that comes with it. So the legislator and the courts have to maintain a balancing act, providing sufficient predictability of the rules to generate the confidence on which business transactions so heavily depend while at the same time ensuring that the law is at once responsive to legitimate commercial needs, allowing leeway for the evolution of new markets and instruments without countenancing injustice and unfair dealing”.*²³⁶

É, nessa medida, que os usos e costumes (analisados no item 1.2.5) exercem uma de suas funções mais relevantes, conferindo a flexibilidade necessária, por meio da imposição das normas não positivadas, sem se alvitar da segurança necessária para o bom fluxo de trocas nos mercados.²³⁷ Como visto, os usos e costumes decorrem de reiterada prática selecionada pelo próprio mercado (portanto, alheia à intenção subjetiva das partes) e que estão em constante adaptação à realidade negocial (o que, igualmente, afasta o engessamento das regras contratuais). É este caro instrumento ao direito comercial que permite que negócios sejam concluídos sem atenção a determinadas formalidades, mas sempre dentro de um padrão de segurança.

GOODE, inclusive, destaca que uma das maiores forças do *common law* reside, justamente, em conferir flexibilidade aos agentes econômicos, valendo-se, para tanto, dentre outros instrumentos, dos usos e costumes.²³⁸

De se notar que essas pautas de simplicidades e agilidade desaguardam na “estandardização” de contratos. Em prol da rápida e simples circulação de bens, os contratos são padronizados e negociados, em mercado, como se fossem mercadorias.²³⁹ Exemplos evidentes desse fenômeno são os derivativos, amplamente, negociados em mercados de bolsa, nos dias atuais.

A esse respeito, GOODE comenta que dois aspectos relacionados à padronização dos contratos foram fundamentais para o bom desenvolvimento dos mercados modernos: a securitização de créditos e a possibilidade de realização de negócios abstratos (derivativos). Segundo ele, na primeira operação, haveria os benefícios de se trocar o

²³⁶ - GOOD, Roy. *Commercial Law...*, pp. 1204-1205.

²³⁷ - BASKIND, Eric et al. *Commercial Law...*, p. 5.

²³⁸ - GOODE, Roy. *Commercial Law...*, p. 1202.

²³⁹ - FEITOSA, Maria Luiz Pereira de Alencar Mayer. *Paradigmas Inconclusos...*, pp. 267-268. No mesmo sentido: VERÇOSA, Haroldo M. D. *Curso de Direito...*, p. 27.

financiamento bancário pelo mercado financeiro, e, na segunda, as vantagens adviriam da possibilidade de se realizar operações financeiras e de *hedge*, completamente, independentes dos negócios subjacentes, a permitir, inclusive, a atividade especulativa.²⁴⁰

Há, de acordo com FEITOSA, uma “*instrumentalização do direito a serviço do mercado*”. Os instrumentos jurídicos que se adaptam melhor às necessidades dos operadores de mercado são selecionados e isolados de qualquer referência dogmática ou ideológica: sua única função é atender às necessidades do mercado, tal como qualquer outro produto de consumo. Os agentes buscam ainda os sistemas normativos menos rigorosos para as operações econômicas que pretendem realizar. Fala-se, assim, de um novo modo de imperialismo (“*colonialismo jurídico*”) emanado a partir dos países de tradição anglo-saxã, dada a tendência à uniformização dos instrumentos jurídicos com base no direito estadunidense.²⁴¹

Mas não é só. FEITOSA explica ainda que esse processo de instrumentalização do direito contribui para o florescimento da *softlaw* em oposição à *hardlaw* (direito dos Estados Nacionais). Muitos operadores econômicos optam por essas normas facultativas elaboradas por organizações jurídicas internacionais (UNIDROIT, OCDE²⁴² etc.), em razão de suas propostas de harmonização do direito do comércio internacional, facilitando, principalmente, a atividade de empresas de natureza multinacional.²⁴³

Na opinião de FEITOSA, esse fenômeno de valorização das estruturas jurídicas criadas, no âmbito da *softlaw*, acarretará na invasão de referidas estruturas ao território dos Estados nacionais. Não, necessariamente, porque são de melhor qualidade, mas por conta das exigências do mercado global. Nada obstante, alerta para o fato de que os Estados nacionais devem se manter no controle de áreas onde prevalece o interesse público, tais

²⁴⁰ - GOODE, Roy. *Commercial Law*..., p. 39.

²⁴¹ - FEITOSA, Maria Luiz Pereira de Alencar Mayer. *Paradigmas Inconclusos*..., pp. 267-268.

²⁴² - Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. A OCDE é organização não-governamental fundada em 1961, cuja missão é promover políticas que melhorem o bem-estar econômico e social no mundo inteiro. Originalmente, a OCDE descende da Organisation for European Economic Cooperation (OEEC), fundada 1948, com a missão de reconstruir o continente Europeu, então devastado pela 2ª Guerra Mundial (extraído de <http://www.oecd.org/about/>, consultado em 13.11.2014).

²⁴³ - FEITOSA, Maria Luiz Pereira de Alencar Mayer. *Paradigmas Inconclusos*..., p. 268.

quais, a proteção do consumidor, a tutela da concorrência, a redução de riscos sistêmicos, a manutenção da estabilidade dos mercados relevantes etc.²⁴⁴

De fato, conforme acima explicitado, muito embora a flexibilidade e a agilidade sobressaíam como elementos relevantes dos contratos empresariais, é mesmo necessário que o Estado regule, adequadamente, os novos instrumentos oriundos da autonomia privadas dos agentes econômicos, harmonizando a liberdade deste com a também necessária segurança jurídica dos mercados.

1.2.7 A relevância da boa-fé nos contratos empresariais

A cláusula da boa-fé objetiva implícita a todos os contratos encontra-se positivada no ordenamento jurídico brasileiro por meio do artigo 422 do Código Civil, segundo o qual “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. O artigo 113 do Diploma Substancial determina ainda que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

Vale dizer que a regra não é nova e a exigência de boa-fé já constava do Código Comercial de 1850, que determinava como regra de interpretação a “*inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras*” (artigo 131). Já então o comportamento do comerciante deveria ser medido conforme o conceito da boa-fé objetiva, com pauta no padrão estabelecido pelo mercado.²⁴⁵⁻²⁴⁶

²⁴⁴ - FEITOSA, Maria Luiz Pereira de Alencar Mayer. *Paradigmas Inconclusos...*, p. 474.

²⁴⁵ - Nesse sentido, em referência à supracitada regra do Código Comercial, LEÃES leciona: “[e]ssa regra (objetiva) de boa-fé, consagrada como critério exegético das convenções mercantis, faz pressupor obviamente que, no comércio, domina a regra da lealdade recíproca, destinada a lhes imprimir segurança jurídica. Como se infere ainda do contrato reproduzido, não é necessário apurar se um dos contratantes se encontra de boa-fé ao contratar ou ao executar o contrato: o intérprete deve entender as disposições contratuais como o exige a boa-fé, ditada pelo «uso e prática geralmente observada no comércio, nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deve ter execução», como completa a alínea IV do citado dispositivo. Enfim, como um modelo externo” (LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Notas sobre boa-fé e lealdade negocial. In BONELL, Michael Joachim et. al. (coord.). «*Principi per i contratti commerciali internazionali*» e il sistema giuridico latinoamericano». Padova: CEDAM, 1996, p. 72).

²⁴⁶ - Em artigo de 2002, MARTINS-COSTA, com apoio em estudo de MOREIRA ALVES, destaca que, apesar da previsão no Código Comercial, a boa-fé objetiva como *standard* de conduta somente passou a ser, efetivamente, exigida pelos tribunais brasileiros na década de 1980 (MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé como modelo (notas para a compreensão da boa-fé obrigacional como modelo doutrinário e jurisprudencial no direito brasileiro. In CARDILLI, Ricardo (coord.). *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di*

Assim, especificamente no ramo mercantil, a boa-fé objetiva exige que o empresário porte-se de acordo com as “regras do jogo” do ambiente institucional em que está inserido. Note-se que vez mais se recorre ao conceito de homem ativo e probo, para que se possa aferir se a conduta do empresário é ou não cordata e se atende o padrão de conduta dele esperado.²⁴⁷

De acordo com FORGIONI, a construção do padrão de conduta se dá no mercado, por meio de reiteradas jogadas anteriores dos diversos agentes econômicos, formando o que se denomina “memória de experiência”. Essa “memória de experiência” (atributo do mercado e não do indivíduo) deve ser conhecida de antemão pelo agente econômico, de maneira que seu descumprimento acarretará a sanção jurídica correspondente.²⁴⁸ Fica, deste modo, ampliado o grau de objetivação/impressoalidade do mercado: o que é relevante é a ética do mercado (as “regras do jogo”) e não as características individuais do empreendedor.²⁴⁹

Com efeito, a cláusula geral de boa-fé objetiva, conforme esclarece MARTINS-COSTA com base em REALE, pode ser compreendida como modelo jurídico ou, mais especificamente, como uma estrutura normativa que ordena determinados fatos (transações comerciais), de acordo com valores (usos e práticas do mercado), conferindo certa tipologia a comportamentos futuros (memória de experiência), os quais, a seu turno, geram certas consequências.²⁵⁰ Em outros termos, a boa-fé objetiva, “cláusula geral por

Diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina. Roma: Mucchi, 2002, p. 72).

²⁴⁷ - FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral...*, pp. 101-102.

²⁴⁸ - “A partir do momento em que a boa-fé (ou o respeito à boa-fé) é uma dessas variáveis, é tomada pelo agente como um dos fatores que pautará seu comportamento dentro de uma racionalidade condicionada pelas ‘regras do jogo’. Portanto, para o desenvolvimento da confiança não é necessário que aquele agente tenha participado de jogadas anteriores em que tenha ‘aprendido’ o comportamento conforme a boa-fé. Ao atuar em um mercado (juridicamente organizado), sabe-se de antemão quais as consequências do descumprimento da norma, sem a ter que infringir. Ou seja, no mercado aprende-se com a experiência dos outros, ao contrário do que muitas vezes acontece em nossas vidas privadas. A ‘memória de experiência’, que é importante para a existência da confiança, não é, portanto, atributo do indivíduo, mas está relacionada ao processo de positivação da norma jurídica. É a norma jurídica – e não o indivíduo – que contém a ‘memória de experiência’” (FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral...*, p. 102).

²⁴⁹ - FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral...*, p. 104.

²⁵⁰ - Nesse sentido, observe-se a explicação de MARTINS-COSTA: “[a]o debruçar-se sobre o fenômeno da normatividade, percebeu Miguel Reale que as normas jurídicas, provindas das quatro fontes às quais são reconhecidos os atributos da autoridade e da prescricividade – a saber, a fonte legislativa, a jurisprudencial, a consuetudinária e a negocial – podem apresentar-se como modelos, vale dizer, como «estruturas normativas que ordenam fatos segundo valores, numa qualificação tipológica de comportamentos futuros, a que se ligam determinadas consequências». Correspondentes, no plano jurídico, às estruturas sociais, os modelos são constantemente construídos pela experiência jurídica, distinguindo-se entre modelos jurídicos – assim os provenientes de quatro fontes de produção jurídica, dotados que são de força prescritiva – e os

excelência”, apresenta-se como uma norma-ponte entre o contrato e os valores fundamentais do sistema, em especial com os princípios constitucionais. Por essa razão, eventual intervenção contratual, com base na correta aplicação do modelo jurídico da boa-fé objetiva (transposição dos valores sociais específicos do caso concreto ao contrato), não será considerada arbitrária.²⁵¹

Retome-se ainda que referida impessoalidade do ambiente de mercado, absorvida pelo magistrado ou intérprete por meio da boa-fé objetiva, não deve, de modo algum, ser confundida com um juízo de equidade²⁵² - permitido apenas em casos específicos, conforme regra legal (artigo 127 do Código de Processo Civil).²⁵³ Enquanto na boa-fé objetiva, há, meramente, a avaliação da conduta do contratante a partir do *standard* de comportamento reconhecido como norma social de determinado meio, na equidade, confere-se ao juiz poderes amplos de alteração do conteúdo contratual, adaptando-o para que seja aplicada a noção de justiça ao caso concreto.²⁵⁴

Nesse sentido, fica claro que, enquanto a equidade abre as portas à discricionariedade judicial (e, portanto, gera insegurança e imprevisibilidade), a aplicação da cláusula de boa-fé objetiva nada mais implica do que o reconhecimento judicial de norma já consagrada socialmente. Assim, BUSNELLI destaca que “[l]a buena fe no se

modelos dogmáticos, ou hermenêuticos, cuja elaboração é doutrinária e cuja força é indicativa, argumentativa ou persuasiva” (A boa-fé como modelo..., p. 74).

²⁵¹ - “En su cualidad de «cláusula general por excelencia», esa se coloca como norma-puente del enlace com los principios que expresan los valores fundamentales del sistema, y, en particular con los principios constitucionales. Respecto al fondo, se erige «la exigencia de solidaridad». Consiguientemente, el juicio conforme a la buena fe es «significativo de una intervención también incisiva sobre el contrato, intervención qu’aún conducida por un poder ajeno a las partes, sin embargo, no es autoritario porque si limita a filtrar valores sociales dentro de la forma jurídica». Bajo este perfil, parece evidenciarse la ya considerada función correctiva del *strictum ius*: si el originario alcance de fuente normativa autónoma de la bona fides se ha perdido, «sin embargo, la exigencia de un correctivo inspirado en el principio de buena fe, en la aplicación de las reglas legales o contratuales no há sido olvidado» (BUSNELLI, Francesco Donato. Notas en tema de buena fe y equidad. In CARDILLI, Ricardo (coord.). *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di Diritto dell’integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*. Roma: Mucchi, 2002, pp. 118-119).

²⁵² - Nesse sentido: “[n]o processo de interpretação dos contratos mercantis, a boa-fé não pode ser confundida com equidade ou com ‘consumerismo’, erro em que incidem vários autores não habituados à dinâmica de mercado” (FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral...*, p. 104). BUSNELLI também destaca a relevância de se distinguir a boa-fé objetiva do juízo de equidade: “[e]s necesario, por otra parte, reponer el «reglamento de los límites entre buena fe y equidad... porque es necesario evitar que bajo el nombre de buena fe se introduzca un juicio de equidad modificador del reglamento legal»” (BUSNELLI, Francesco Donato. Notas en tema..., p. 119).

²⁵³ - “Art. 127. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”.

²⁵⁴ - ALPA, Guido. La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell’equità. In ALPA GUIDO et al. (coord.). *La riforma dei codici in Europa e il Progetto di Codici Civile Europeo*. Milão: Giuffrè, p. 144.

coloca ní más allá de la ley, ní – mucho menos – contra la ley. Es, pues, expresión del derecho positivo, aún siend dirigida a la superación del positivismo”.²⁵⁵

Sob esse aspecto, a boa-fé objetiva assume verdadeira função otimizadora dos contratos, pois, ao trazer ao contrato deveres instrumentais de conduta já reconhecidos no específico ambiente social em que o negócio foi celebrado, impõe deveres de cooperação e proteção dos recíprocos interesses (atenuados na contratação empresarial, como se verá), servindo tanto como guia para que os contratantes pautem sua conduta, como também maneira de interpretação e integração de eventuais lacunas contratuais.²⁵⁶

Nesse contexto, pode-se dizer que a boa-fé objetiva impõe limites à autonomia contratual dos agentes econômicos, submetendo-os à lógica do mercado em que se encontram inseridos.²⁵⁷ Tal limitação se dá por meio das seguintes funções exercidas pela boa-fé objetiva no ambiente empresarial:²⁵⁸ (i) pauta de comportamento aos agentes

²⁵⁵ - BUSNELLI, Francesco Donato. Notas en tema..., p. 119.

²⁵⁶ - Nesse sentido: “[a] função otimizadora do comportamento contratual é obtida por dois modos diversos: de um lado, pela imposição de deveres de cooperação e de proteção dos recíprocos interesses, deveres instrumentais de conduta, pois visam o exato processamento da relação obrigacional, a satisfação dos interesses globais envolvidos, auxiliando na realização positiva do fim contratual e na proteção à pessoa e aos bens da contraparte. De outro, pela utilização do princípio da boa-fé como canône de interpretação e integração do contrato consoante à função econômico-social que concretamente é chamado a realizar” (MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé como modelo..., p. 80). A autora ainda complementa: “[a] função otimizadora do conteúdo contratual também opera por via da interpretação e integração de lacunas do contrato. Por evidente, a invocação da boa-fé deve ser congruente aos fatos considerados e às demais normas do sistema, tendo-se em conta, notadamente, o programa contratual considerado concretamente, pois, se assim não ocorrer, corre-se o risco, não descordável, de a boa-fé servir de anteparo ao partis-pris do julgador” (A boa-fé como modelo..., p. 806).

²⁵⁷ - “La connotazione solidaristica della buona fede contrattuale, per quanto possa essere condivisibile in sé, rischia di essere fuorviante, in quanto si caratterizza per la (consapevole) implicazione di valori non patrimoniali, estranei o addirittura incompatibili con la ‘logica del mercato’, è quest’ultima, invece, che individua l’essenza della buona fede, in quanto limite specifico dell’autonomia contrattuale dell’imprenditore” (SIRENA, Pietro. La categoria dei contratti..., pp. 71-72). E ainda: “[l]a regla de buena fede tiene la importante virtualidad de modular a la autonomía de la voluntad, como «fuente heterónoma que integra y corrige la voluntad de las partes em relación al efecto vinculante del acuerdo, y en la determinación de la prestación debida». Mediante su aplicación «se pueden corregir los excessos del pacta sunt servanda»” (ALTERINI, Atilio Aníbal. Teoría de la imprevisión y cláusula de hardship. In CARDILLI, Ricardo (coord.). Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di Diritto dell’integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina. Roma: Mucchi, 2002, p. 57)

²⁵⁸ - FORGIONI, Paula Andrea. Teoria Geral..., p. 109. Destaque-se, nesse aspecto, que, enquanto FORGIONI remete a aplicação da boa-fé objetiva ao padrão de conduta de mercado, SIRENA parece dele se desviar, afirmando que a concretização da boa-fé objetiva encontra-se na justa negociação (“fair dealing”): “[l]a ‘logica del mercado’ cui la buona fede contrattuale rinvia non si identifica tuttavia in un dato della realtà socio-economica, bensì in un dato della realtà normativa. In altri termini, la buona fede non è costituita né dalla deotologia professionale, né dalla prassi sociale, né, ancora, dalla valutazione etica dei comportamenti imprenditoriali che si rinviene nella coscienza sociale: essa à constituia invece daí principi generali inredogabili dell’ordinamento giuridico in materia di attività economiche e di buon funzionamento del mercato. Nella disciplina dei contratti d’impresa dunque, siano essi stipulati tra soli imprenditori ovvero com un consumatore, la buona fede delimita le ‘mosse ammesse’ nel gioco competitivo. Se si vuole, si tratta

econômicos, cuja conduta deve ser analisada de acordo com o padrão do homem probo e ativo;²⁵⁹ (ii) pauta de interpretação dos contratos empresariais, que deve levar em consideração o uso e costume de determinada praça,²⁶⁰ (iii) pauta de integração dos negócios mercantis, completando os contratos.

Com efeito, essa otimização contratual geradora de confiança entre os participantes do mercado estimula o tráfico mercantil. Afinal, a recíproca confiança entre os contratantes aumenta a previsibilidade e o grau de segurança no mercado, reduzindo os custos de transação²⁶¹ das negociações.²⁶²⁻²⁶³

Com base em tais ponderações, pode-se concluir que a boa-fé objetiva, quando bem utilizada, protege o mercado, sendo indispensável para “*prevenire i fallimenti di quest’ultimo, o por porví rimedio*”.²⁶⁴ A razão de tanto reside no fato de que “*negócios que são possíveis em um ambiente institucional com fortes garantias de cumprimento das*

senz’altro del divieto di abusare del mercato, che si concretizza in regole di fair dealing” (SIRENA, Pietro. La categoria dei contratti..., p. 73). Contudo, não concordamos com o posicionamento de SIRENA e consideramos mais adequados os apontamentos de FORGIONI, LEÃES e BUSNELLI. Isso porque eventual critério de justa negociação pode abrir porta para a discricionariedade do juiz, com fundamento na equidade, o que parece ir de encontro à almejada previsibilidade e segurança jurídica no tráfico mercantil.

²⁵⁹ - A eficiência do modelo jurídico e dogmático induzido pela boa-fé objetiva fica perceptível nas hipóteses em que, antes mesmo de tomar qualquer posição a respeito de impasses contratuais, as empresas buscam a opinião legal de escritórios de advocacias especializados para entender o posicionamento jurisprudencial e doutrinário a respeito de determinada temática. Nesses casos, parece-nos que o que o consulente está a buscar é, justamente, a forma como a norma social foi reconhecida pelo meio jurídico. Em tendo sido reconhecida norma contrária aos seus interesses, certamente, o consulente evitará iniciar um litígio e buscará uma solução consensuada ao impasse, o que, obviamente, é favorável ao ambiente negocial. BLAISE também defende a existência de uma boa-fé objetiva diferenciada aos contratos empresariais. Segundo ele, a boa-fé, nesse caso, estaria relacionada à confiança existente entre os comerciantes e que decorre das práticas que governam determinado segmento de mercado (*Droit des affaires*..., p. 41).

²⁶⁰ - FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral*..., p. 238.

²⁶¹ - Vide nota de rodapé 206.

²⁶² - FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral*..., pp. 95-99. A autora dá o seguinte exemplo de como a confiança pode gerar a redução dos custos de transação: “(...) A *fabrica tecidos finos, fornecendo para clientes grandes e tradicionais B, por sua vez, acabou de ser fundada e tem por sócias duas jovens estilistas recém-formadas. B pretende adquirir de A grande quantidade de tecidos para sua primeira coleção e pleiteia o pagamento de metade do preço em sessenta dias. A, antes da concessão do crédito, deverá informar-se sobre a higidez econômica de B, negociar a outorga de garantia pessoal de suas sócias, analisar seu passado etc. A situação seria diversa se A e B fossem parceiras comerciais há décadas. Provavelmente, A confiaria em B (isto é, poderia prever com certo grau de segurança seu comportamento adimplente) e não cogitaria perder tempo e dinheiro buscando maiores informações sobre ela. Nesta segunda situação, a contratação entre A e B geraria menores custos, porque haveria confiança entre as partes*”.

²⁶³ - Segundo MUGASHA, a ampla aceitação da boa-fé objetiva em ordenamentos jurídicos de países com grande tradição comercial, como Estados Unidos da América, França e Alemanha, é sinal de que a boa-fé objetiva é favorável ao desenvolvimento dos mercados (MUGASHA, Agasha. Good Faith obligations in commercial contracts. *International Business Lawyer*, v. 27, n. 1-11, 1999, p. 356).

²⁶⁴ - SIRENA, Pietro. La categoria dei contratti..., p. 75.

obrigações podem não ser viáveis em ambientes institucionais fracos – porque não seria conveniente para as partes negociar nessa última situação”.²⁶⁵

SIRENA explica que, no contexto de globalização e diversidade contratual, especialmente no âmbito empresarial, a boa-fé objetiva, como princípio geral assume grande relevância, pois, como já visto, é o que garante o bom funcionamento dos mercados. Sua importância é maior do que eventuais regras especiais sobre os tipos contratuais, as quais servem apenas para auxiliarem as partes no exercício da autonomia negocial.²⁶⁶

Nesse tocante, é importante observar que não se espera qualquer espécie de altruísmo por parte do agente econômico, mas tão somente retidão, no padrão de conduta de homem ativo e probo.²⁶⁷ “*O agente econômico é naturalmente egoísta*”, razão pela qual tende a colocar seu interesse na frente do de seu parceiro contratual. E isso é tolerado pelo ordenamento jurídico, mas somente “*na medida em que incrementar o tráfico*” mercantil.²⁶⁸ Porque, do contrário, conforme bem destaca ARAÚJO, o egoísmo extremado (oportunismo) se traduz em “*atitude de má fé e de desprezo pela autonomia privada e pela*

²⁶⁵ - FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral...*, p. 103.

²⁶⁶ - SIRENA, Pietro. *La categoria dei contratti...*, p. 76-77.

²⁶⁷ - FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral...*, p. 101. No mesmo sentido, observe o comentário de JUNQUEIRA DE AZEVEDO: “[é] importante frisar que a incidência da boa-fé não significa que se deve exigir uma conduta altruísta e desinteressada por parte dos contratantes. Isto seria ‘jusromantismo’. Cada contratante atua em vista de seus interesses pessoais, visando a maximizar seus ganhos, mas sem quebra das normas legais, da boa-fé e da função social do contrato. Há tensão entre uma lógica de mercado baseada exclusivamente na atuação egoísta dos indivíduos e uma lógica da sociabilidade humana. O princípio da boa-fé, evidentemente, ajuda na composição dessa tensão – o que acaba resultando no bom funcionamento do próprio mercado. A boa-fé não requer que um contratante esteja comprometido com os objetivos do outro contratante; no entanto, ao perseguir seus interesses pessoais, o contratante deverá fazê-lo de forma leal, abstendo-se da prática de atos que impeçam o co-contratante de alcançar vantagens que o programa contratual, naturalmente estabelecido, lhe confere. Agir com lealdade na relação contratual significa, essencialmente – do ponto de vista positivo – colaborar para que o co-contratante tenha a satisfação que o adimplemento do contrato traz” (AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Considerações sobre a boa-fé objetiva em acordo de acionistas com cláusula de preferência: excertos teóricos de dois pareceres*. In AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Novos estudos e pareceres de direito privado*, São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 130-131).

²⁶⁸ - FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral...*, p. 112. Como benefício trazido pelo egoísmo do agente econômico, FORGIONI menciona a concorrência entre empresas. Segundo ela, a competição somente é possível, porque uma empresa deseja superar a outra, na busca pelo lucro. “*Não fosse esse empuxo, o apanágio da busca pelo lucro, não haveria competição, mas situação de marasmo em que todos estariam satisfeitos, não buscariam posições melhores e, portanto, inexisteriam mobilidade e progresso*” (*Teoria Geral...*, pp. 112-113).

intenção jurígena das partes num contrato” e acaba por encerrar ineficiência no mercado, razão pela qual deverá ser coibido.²⁶⁹

E mesmo, nesse caso, a boa-fé objetiva ainda é fator de proteção do mercado, pois, *“em termos de eficiência dinâmica, dir-se-á mesmo que uma atitude repressiva pode proteger o oportunista de si mesmo, evitando preventivamente que ele se veja ostracizado no mercado ou no setor de actividade porque, mesmo que só uma vez, lesou expectativas razoáveis e legítimas, defraudou o crédito que lhe foi concedido, a confiança que nele foi depositada”*.²⁷⁰

De fato, nem ao céu, nem à terra. O padrão de homem ativo e probo no comércio, desde os tempos de Roma, afasta-se tanto *“dell’egoismo brutalle”*, quanto *“dall’ultraterrena rinunzia a ogni mira personale”*.²⁷¹ A boa-fé objetiva continua aplicável aos contratos empresariais²⁷² e o agente econômico encontra seu dever de colaboração fundado na garantia da segurança e previsibilidade (tutela do mercado).²⁷³

²⁶⁹ - Nesse sentido: *“(…) o oportunismo, e mais ainda o oportunismo impune, é lesivo da eficiência das trocas contratuais, traduzindo uma atitude de má fé e de desprezo pela autonomia privada e pela intenção jurígena das partes num contrato, justificando-se por isso mesmo como medida promotora de eficiência, susceptível de promover a expansão das trocas e dos investimentos de confiança no seio desses vínculos contratuais”* (ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, pp. 637-638).

²⁷⁰ - ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica...*, p. 638.

²⁷¹ - GOLDSCHMIDT, Levin. *Storia universale del...* Diz o autor que *“[i]l genio etico-giuridico dei popoli dell’antichità clássica, in ispecie dei Romani, há creacto il tipo, valevole per ogni tempo, dell’uomo d’affari onesto (bonus vir), ugualmente lontano così dall’egoismo brutale, come dall’ultraterrena rinunzia a ogni mira personale. Con questa grande creazione intellectuale è piantato nel mondo delle lotte d’interesse un ideale, arduo bensì, ma raggiungibile, e vi è piantato come criterio applicabile immediatamente”*.

²⁷² - *“As alterações ocorridas nos contratos apresenta níveis e graus diferenciados, a depender do contexto. Por exemplo, as garantias trazidas plea fase de constitucionalização revelam-se mais ativas e imediatas no âmbito interno dos Estados (especialmente matérias que envolvem a categoria do consumidor e a proteção ao contratante vulnerável) e menos eficazes na esfera internacional, enquanto que as pretensões de flexibilidade e de inserção em perspectiva relacional demonstram-se mais eficientes no nível interempresarial do que no âmbito interpessoal. Em compensação, o controle de comportamento dos contratantes pelo acionamento da cláusula geral da boa-fé, pode ser realizado em qualquer caso”* (FEITOSA, Maria Luiz Pereira de Alencar Mayer. *Paradigmas Inconclusos...*, p. 267-268).

²⁷³ - A respeito da limitação da autonomia privada pelo mercado, FORGIONI já escreveu: *“[m]as a regularidade – a mesma regularidade que constitui a ordem – implica certa superação da individualidade. As partes sabem que, estabelecido o vínculo do acordo, as vontades devem orientar-se segundo um princípio geral, mais forte e mais constante do que os mutáveis interesses individuais. Nesse esquema, a liberdade (autonomia privada) é sacrificada em prol da segurança, da previsibilidade (ou, literalmente, da ‘proteção externa’). Há uma gama de negócios em que o sistema jurídico considera o intento individual do agente, mas após ser rebatido no caráter impessoal e mecânico do mercado”* (FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria geral...*, p. 76). Nesse sentido ainda: *“[i]sso não significa, em absoluto, que, atualmente, a liberdade de contratar seja irrestrita; mesmo no campo do direito comercial, ela se põe como limitada (lembre-se, por exemplo, da necessidade de controle das externalidades negativas e de incentivo das positivas). Porém, é inegável que, de todas as áreas do direito, aquela empresarial mostra-se a arena na qual a liberdade econômica assume quadrantes mais largos. Ademais, a liberdade de contratar e a autonomia privada no direito mercantil, até*

O corolário acima fixado (o auto-interesse do agente econômico) confere tons diferenciados à cláusula de boa-fé objetiva no âmbito empresarial. Já se viu que a boa-fé impõe deveres laterais de cooperação e tutela dos interesses recíprocos, com base na solidariedade social. Conforme explica MARTINS-COSTA, referida solidariedade social é diretriz constitucional, “(que) exprime a necessidade de um espírito de colaboração recíproco entre os contraentes e em condições de paridade, em função da realização da pessoa humana e de seu pleno e igual desenvolvimento”.²⁷⁴ No entanto, como também já visto no tópico 1.2.1, nos contratos empresariais, diversamente dos existenciais, não há essa preocupação com a existência da pessoa humana, havendo como ponto fulcral, ao inverso, a busca pelo lucro.

Concretamente, essa distinção de aplicação do modelo da boa-fé objetiva para contratos empresariais e não-empresariais é, facilmente, percebida no que se refere ao dever de prestar informações à contraparte. Diversamente do direito do consumidor, onde se espera do fornecedor que apresente todas as informações sobre o produto posto em mercado ao consumidor, reduzindo a assimetria informacional,²⁷⁵ nos contratos empresariais, referido dever está limitado à quantidade e à qualidade de informações, usualmente, prestada em negócios semelhantes.²⁷⁶⁻²⁷⁷

por força do art. 131 do Código Comercial, sempre foram objetivadas pelo mercado, e não baseadas na vontade individual, desconectada da realidade. Passado o vendaval – e solidificada a superação do excessivo individualismo contratual do século XX -, verificamos que os contratos mercantis seguem com sua lógica peculiar, viabilizando o fluxo de relações econômicas e a interação entre as empresas” (FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do Direito...*, p. 177).

²⁷⁴ - MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé como modelo...*, p. 93.

²⁷⁵ - SIRENA explica que, no direito do consumidor, deve-se coibir o abuso da assimetria de informações, concluindo, expressamente, que, entre empresas, a questão é mitigada: “[n]ei sistemi capitalistici avanzati, infatti, in cui l’economia è orientata al lato della domanda, è essenziale che si impedisca agli imprenditori di abusarsi delle strutturali asimmetrie informative di cui godono nei confronti dei fruitori finali di beni e di servizi, laddove questo problema è assai meno grave, sebbene non inesistente, nei rapporti tra imprenditori concorrenti” (La categoria dei contratti..., p. 71).

²⁷⁶ - FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral...*, p. 141.

²⁷⁷ - Em mesmo senso, MARQUES esclarece: “[a]ssim, se há o paradigma da boa-fé nas relações entre iguais (dois empresários) e há o dever de informar, é claro que a informação entre experts deve ser mais branda, mesmo que leal, pois são dois profissionais e especialistas. Já a informação do expert em relação ao consumidor é um dever qualificado, há que se pressupor que ele é um leigo, há o dever de esclarecer, aconselhar, explicar os dados que seriam banais e pressupostos em ter dois empresários, mas não entre um profissional e um leigo” (A chamada nova..., p. 85). TEPEDINO manifesta-se outrossim de forma semelhante: “[c]om efeito, a boa-fé objetiva não pode ser aplicada da mesma forma às relações de consumo e às relações mercantis ou societárias, pela simples razão de que os standards de comportamento são distintos” (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Os efeitos da Constituição em relação à cláusula geral da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. In *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro: EMERJ, v. 6, n. 23, 2003, p. 151). Ainda no mesmo sentido, MARTINS-COSTA: “[s]e se tratar de uma relação entre

Note-se, portanto, que, enquanto o consumidor tem a legítima expectativa de que receberá todas as informações sobre o produto que está a adquirir, o ente econômico, de modo, diametralmente, oposto, espera que sua contraparte, no negócio, tenha adotado as cautelas necessárias para adquirir todas as informações que, razoavelmente (i. e., no padrão de conduta de seu mercado) poderia ter adquirido, para tomar a decisão de celebrar o negócio.

Assim, ilustrativamente, enquanto na venda de veículo usado, espera-se que a loja de carros, em cumprimento ao dever de transparência,²⁷⁸ preste informações detalhadas sobre o veículo posto à venda, não se deve esperar que o mesmo grau de informações seja fornecido por sócio que está vendendo o controle de sociedade para terceiro. Realmente, neste segundo caso, espera-se apenas que eventuais contingências estejam, devidamente, contabilizadas e as notas explicativas das demonstrações financeiras correspondem à realidade.²⁷⁹ Em geral, nessas hipóteses, o empresário-adquirente cumpre o ônus de se informar, por meio da realização diligência legal nos documentos internos da empresa “target”.

Desse modo, percebe-se a relevância da cláusula de boa-fé objetiva aos contratos empresariais, não como decorrência de qualquer solidariedade entre os comerciantes, mas sim como elemento de coesão do mercado e de catálise do fluxo de transações econômicas.

empresas e não houver situação de monopólio de fato, mas de relativa igualdade de negociação, o dever de informar, gerado pela boa-fé, terá muito menor intensidade do que na hipótese de a relação estar fundada na assimetria entre as partes, em estruturas faticamente verticais que desmentem o mito de uma horizontalidade ‘insita’ às relações interprivadas e, portanto, nelas sempre presentes” (A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações. In *Jurisprudência brasileira: cível e comércio*. n. 200. Curitiba: Juruá, 2003, p. 22).

²⁷⁸ - “Informar é ‘dar’ forma, é colocar (in) em uma ‘forma’ (in-forma-r), aquilo que um sabe ou deveria saber (o expert) e que o outro (leigo) ainda não sabe (consumidor). A informação é, pois, uma conduta de boa-fé do fornecedor e como direito do consumidor (Art. 6, III) conduz a um dever (anexo de boa-fé) de informar o fornecedor de produtos e serviços). Daí que o dever de informar é um dever de conduta ou de comportamento positivo (caveat venditor superando o caveat emptor), onde o silêncio é violação do dever ou enganiosidade. (...). O direito à informação é corolário do princípio da confiança, pois o produto e serviço que informe seus riscos normais e esperados é um produto que desperta uma expectativa de um determinado grau esperado de ‘segurança’. A utilidade do direito à informação inicia na efetividade do direito de escolha do consumidor (Art. 6, I), como causa inicial do contratar, e acompanha todo o processo obrigacional, na segurança esperada por este equilíbrio informado dos riscos e qualidades, até seu fim, que é satisfação das expectativas legítimas do consumir um produto ou serviço sem falhas de segurança (causa final)” (MARQUES, Claudia Lima et. al. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 283-284)

²⁷⁹ - FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral...*, p. 143.

2 DA REVISÃO CONTRATUAL

A questão da alteração de circunstâncias contratuais remonta a textos jurídicos de longa data, tendo sido objeto de estudo por cientistas do mais diversos ordenamentos. Nos tópicos a seguir, buscar-se-á, de forma tão sintética quanto possível, analisar os caminhos que conduziram à inserção dos artigos a respeito da onerosidade excessiva no Código Civil Brasileiro. Feita a indispensável retomada do quanto já estudado em torno da matéria (item 2.1), passar-se-á ao escrutínio do modelo vigente no ordenamento jurídico nacional (item 2.2).

2.1 Dos Fundamentos Da Revisão Contratual

2.1.1 AS origens da cláusula *rebus sic stantibus*

A despeito de muito (e, certamente, com maior propriedade) já se ter escrito sobre o tema, consideramos essencial, especialmente, em favor da coesão e coerência do presente trabalho, retomar, ainda que brevemente, os fundamentos históricos da cláusula *rebus sic stantibus* e das teorias revisionistas.

Com efeito, a questão da superveniência do fato inesperado e suas consequências a ajuste cujos efeitos foram protraídos no tempo há muito desafia o homem. “*Mais de um milênio antes de Roma ser Roma*”,²⁸⁰ os babilônicos já haviam se deparado com a problemática, fazendo constar de seu código o seguinte mandamento:

“*Se alguém tem um débito a juros, e uma tempestade devasta o campo ou destrói a colheita, ou por falta d’água não cresce o trigo no campo, ele não deverá nesse ano dar trigo ao credor, deverá modificar sua tábua de contrato e não pagar juros por esse ano*”.²⁸¹⁻²⁸²

Em Roma, a complexa questão, ainda que sem o devido refinamento,²⁸³ desafiava a filósofos e a juristas. Dos primeiros, há que se citar POLYBIOS, CÍCERO e SÊNECA, os quais,

²⁸⁰ - SIDOU, J. M. Othon. *A revisão judicial...*, 1984, p. 3.

²⁸¹ - Art. 48 do Código de Hammurabi. Texto retirado de: SIDOU, J. M. Othon. *A revisão judicial...*, p. 3.

²⁸² - BORGES esclarece que, em realidade, o art. 48 do Código de Hamurabi prevê hipótese de flexibilização do contratado em razão de caso fortuito e força maior, vez que não há, no suporte fático delineado, o requisito da imprevisibilidade (BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 86).

²⁸³ - Nesse sentido: “[d]o exposto, o mais com que se pode concordar é quanto não ter obtido formulação nas fontes a regra jurídica da imprevisão contratual; o mais que se pode dizer é, acompanhando o raciocínio de Pfaff, citado por Giuseppe Osti, que ‘il diritto romano non si sia mai posto la questione, che ora ci occupa, nel modo quale oggi è formulata’” (SIDOU, J. M. Othon. *A revisão judicial...*, p. 8).

por meio de suas lições morais, já, no século I a.C., cogitavam de hipóteses em que não seria contrário à justiça o descumprimento da promessa firmada.²⁸⁴ Dos segundos, tem-se, ilustrativamente, os textos de AFRICANO,²⁸⁵ NERATIO²⁸⁶⁻²⁸⁷ e ANTONINO PIO.²⁸⁸

Já no período clássico de Roma, havia um arcabouço de regras “*precisas e preciosas*” voltadas a lidar com as mais diversas situações de alterações de circunstâncias (*De condictione ob causam datorum* – título 6, livro IV dos *Codicis*), para as quais se previa a *condictio*²⁸⁹ como remédio.²⁹⁰⁻²⁹¹ Segundo SIDOU, a cláusula *rebus sic stantibus*

²⁸⁴ - Exemplificavam casos tais com as seguintes hipóteses: “*um advogado que prometeu seu patrocínio em uma causa não é um descumpridor da promessa se, no intertempo, lhe adoecer um filho; um homem em estado lúcido depositou em tuas mãos sua espada, e se, tornando-se louco, te pedir a restituição, não serás um depositário infiel se a negares, como ao contrário serias culpado se a restituíesses; és depositário de uma quantia, porém se o depositante toma arma contra a pátria, não creio que a devolvesse, sabendo que ele iria servir-se do dinheiro para agir contra a república*” (SIDOU, J. M. Othon. *A revisão judicial...*, pp. 4-5). MENEZES CORDEIRO transcreve a propósito texto de POLYBIOS (150 a. C.): “*(...) se a situação agora ainda fosse a mesma do que antes, na altura em que vós concluíste a aliança com os Aetólios, então deveriam decidir-se a manter firme o vosso convênio pos a isso vos teríeis obrigado; caso ela esteja, contudo, totalmente modificada, então ser-vos-á justificado retomar, sem quaisquer dúvidas, a questão*” (*Da Boa fé...*, p. 938).

²⁸⁵ - “*Africano ensina a propósito de estipulação feita por alguém, de ser paga determinada quantia ao estipulante ou a Tício, prevenindo que a Tício só se pode pagar, em convalidação do desate obrigacional, se permanecer no mesmo estado que tinha quando se estipulou. ‘Tacitamente, parece que se compreendeu na estipulação se ela permanecesse no mesmo estado’, é o que se lê das palavras textuais, tacite enim inesse haec conventio stipulatione videtur, si in eadem causa manet*” (SIDOU, J. M. Othon. *A revisão judicial...*, p. 6).

²⁸⁶ - “*Neratio, muito mais citado que entendido em sua contribuição, refere-se ao dote, objeto dos esponsais e passível de restituição no caso de desate (divortium) dessa promessa de casamento (sponsalia) antes que um dos futuros consortes atinja a idade para as núpcias. Consumado o casamento, isto é, celebradas as iustae nuptiae (ato jurídico que nada tem a ver com a conjunção carnal), não mais haveria para a restituição do dote. O ensinamento do jurisconsulto prende-se portanto à doação sub modo, cuja mudança do estado em que foi feito o pacto, autoriza o retorno à situação prístina*” SIDOU, J. M. Othon. *A revisão judicial...*, p. 6).

²⁸⁷ - A NERATIO, inclusive, é atribuída a conhecida frase, grafada no Digesto, que deu origem à expressão *rebus sic stantibus*: “[c]ontractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur” (BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão...*, p. 88). Nesse sentido: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, Declaração unilateral de vontade e Responsabilidade civil*. vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 138.

²⁸⁸ - “*O princípio contido no fragmento citado no Codex e constante do ordenamento de Antonino Pio (anos 138-161), ainda vige no moderno direito e diz com o contrato de arrendamento, o qual não pode ser rompido – ni proprius usibus dominus eam necessarium esse probaverit, aut tu male in re locata versata est – a menos que o dono prove que a necessita para seu próprio uso ou que o locador não usava bem da coisa locada*” (SIDOU, J. M. Othon. *A revisão judicial...*, p. 6).

²⁸⁹ - “*A condictio, na hipótese, era uma ação aplicável quando se fazia uma prestação visando a uma contraprestação futura, a qual não se realizava*” (SIDOU, J. M. Othon. *A revisão judicial...*, p. 6).

²⁹⁰ - SIDOU, J. M. Othon. *A revisão judicial...*, p. 7.

²⁹¹ - De fato, MORAES explica que o instituto da *condictio ob causam datorum* eram muito utilizado “*para que o contratante se defendesse da onerosidade excessiva, arrependendo-se do contrato*”. Isso porque, por tal instituto, “*assegurava[-se] às partes de um contrato inominado que elas poderiam retirar sua prestação, caso fizessem antes que o outro contratante cumprisse a prestação que lhe cabia. Era-lhes permitido, portanto, arrepender-se do negócio cujas prestações já tivessem cumprido, desde que o fizessem antes de a*

seria um desdobramento desse instituto, destacando o fato de que ambos representavam uma quebra ao princípio do *pacta sunt servanda*.²⁹²

No entanto, e a despeito de diversas regras voltadas à flexibilização do contrato, não se pode dizer que os romanos já haviam, verdadeiramente, contemplado a cláusula geral do *rebus sic stantibus* como um princípio geral.²⁹³ Isso porque, dada a ausência de sistematização das normas romanas, a aplicação dos institutos romanos – inclusive o contrato – era feita sempre de maneira a amoldar-se ao caso concreto, prescindindo-se, pois, de uma regra generalista com o fito de flexibilizar o vínculo contratual.²⁹⁴

A possibilidade de se atenuar o *pacta sunt servanda* pela alteração de circunstâncias propagou-se para além do período de hegemonia romana. O cristianismo também acolheu as ideias morais de CÍCERO e SÊNECA,²⁹⁵ tal qual se pode observar dos trabalhos escritos de SANTO AGOSTINHO²⁹⁶ e SÃO TOMAS DE AQUINO,²⁹⁷ os quais afastavam o pecado da mentira

outra parte adimplir” (MORAES, Renato José de. *Cláusula Rebus Sic Stantibus*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 45).

²⁹² - SIDOU, J. M. Othon. *A revisão judicial...*, p. 8.

²⁹³ - MORAES, Renato José de. *Cláusula Rebus...*, p. 46. Nesse mesmo sentido: BORGES (*A teoria da imprevisão...*, pp. 88-89).

²⁹⁴ - MORAES, Renato José de. *Cláusula Rebus...*, pp. 46-47. Sobre este ponto específico: “[a] não sistematização do direito romano, ao contrário do que é feito nos códigos de hoje, constitui uma amostra da visão aberta e flexível do povo do Lácio. As soluções jurídicas deviam ser procuradas em cada caso concreto, sendo, com frequência, dificilmente encontráveis a priori. Sendo rígidas as formas e os tipos contratuais, eles eram aplicados com grande flexibilidade, a fim de satisfazer as mais diversas necessidades. Assim, o contrato não era flexibilizado, mas sim flexível por natureza”. O autor ainda defende que o modelo romano jurídico trazia “a grande vantagem de estar mais próxima da vida e da realidade, facilitando a busca da justiça no caso concreto, sem por isso cair em uma espécie de direito livre ou subjetivista”. Especificamente no tocante ao contrato, o autor ainda esclarece que o direito romano não o concebia de modo tão rígido como o consensualismo moderno, razão pela qual, realmente, não se fazia necessário a imposição da cláusula *rebus sic stantibus* como um princípio geral. Em mesmo sentido, MENEZES CORDEIRO: “[n]a falta de um modo de pensar sistemático, não cabe, sem violência, falar em princípios gerais. Os romanos não conheciam, pois, a nível filosófico-literário como a jurídico, a relevância, nas situações humanas, das modificações fáticas. Esse vector, a aplicar, como tudo, em situações típicas pré-determinadas, não era um princípio porque o pensamento romano não era sistemático” (*Da Boa fé...*, p. 941). BORGES parece discordar desse posicionamento. Para ele, o fato de os romanos não terem vislumbrado uma cláusula genérica sobre a alteração das circunstâncias negociais estaria no fato de que “embora o princípio *rebus sic stantibus* tenha sido aplicado no universo romano de forma assistemática (até com base no simples temor de lesão), na verdade ali foi o império absoluto da regra *pacta sunt servanda*. A rigidez implícita neste 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 obrigação, deveria ser cumprida, mesmo com prejuízos para o adimplente, em obediência ao apotegema: o contrato faz lei entre as partes” (*A teoria da imprevisão...*, p. 90).

²⁹⁵ - SIDOU, J. M. Othon. *A revisão judicial...*, pp. 10-11.

²⁹⁶ - Nesse sentido, segundo SIDOU, dizia o filósofo que “[s]e ocorre alguma coisa de maior importância que impeça a execução fiel de minha promessa – sustentava no século IV o santo Bispo de Hipona – eu não quis mentir, porque apenas não pude cumprir o que prometi. E logo a seguir: ‘não mente aquele que promete alguma coisa e não a faz, se, para isto não executar, algo sucedeu que impediu o cumprimento da promessa

do descumprimento de pactos cujas condições originais haviam se alterado. Inclusive, na opinião de SIDOU, foi o direito canônico que transformou em jurídica regra que até então era, meramente, moral.²⁹⁸

A noção de que a obrigatoriedade dos pactos permaneceria enquanto remanescessem as circunstâncias, após hiato em período que coincide com a Alta Idade Média e parte da Baixa Idade Média,²⁹⁹ prossegue em desenvolvimento, por meio das obras dos glosadores, canonistas e pós-glosadores.³⁰⁰ Segundo MORAES, a ideia *rebus sic stantibus* é incorporada, definitivamente, ao direito medieval, com os comentários de BÁRTOLO DE SAXOFERRATO (1314-1357) e de BALDO (1327-1400) a textos de escolásticas anteriores, mormente à glosa de ACÚRSIO.³⁰¹

A partir de então, a cláusula passa a ter sua aplicação ampliada, sempre no intuito de alcançar uma interpretação justa dos atos jurídicos. Sua utilização dá-se de forma assistemática e sem qualquer preocupação com o método de aplicação. No entanto, de acordo com MORAES, antes de representar uma irresponsabilidade dos juristas da época,

– si ut non faciat, aliud occurrerit, quod eius impediatur promissionem” (SIDOU, J. M. Othon. *A revisão judicial...*, p. 11).

²⁹⁷ - A esse respeito: “Santo Tomás de Aquino, deslindando a questão célebre sobre a equivalência da mentira ao pecado, escrevia que não mente quem promete alguma coisa com a intenção de cumprir a promessa, e assim porque não fala contra o que tem na consciência. Violentando, ao contrário, a consciência, mudando de intenção, aí é-lhe infiel. Mas, mesmo neste caso – ensina – pode ser escusado por duas razões. Primo, se prometeu o que é manifestamente ilícito. Secundo, se mudaram as condições das pessoas e dos atos. Porque (...) para estarmos obrigados a fazer o que prometemos, é necessário que todas as circunstâncias permaneçam as mesmas. Não mentimos quando prometemos o que tínhamos em mente, subintellectis debitis conditionibus, ou subentendidas as condições devidas” (SIDOU, J. M. *A revisão judicial...*, p. 11).

²⁹⁸ - Sobre a questão, o autor esclarece que “o entendimento da promessa projetada no futuro e na dependência do status quo era até então regra moral”, mas “[c]edo converter-se-ia em regra jurídica, desde quando Graciano, monge e professor de direito de Escola de Bolonha, vulgarizou sua coleção de lei, as *Decretais*, ou *Decretus Gratiani* (1141 a 1155), uma das principais fontes do *Corpus canonici* e nas quais à cláusula foi reservada a devida atenção” (SIDOU, J. M. Othon. *A revisão judicial...*, p. 12).

²⁹⁹ - BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão...*, p. 92. De acordo com o autor, não há qualquer registro de que a fórmula *rebus sic stantibus* tenha sido utilizada do início da Era Cristã até o final do século XII.

³⁰⁰ - MORAES, Renato José de. *Cláusula Rebus...*, pp. 50-54.

³⁰¹ - MORAES, Renato José de. *Cláusula Rebus...*, p. 49. Acúrsio, por sua vez, faz suas investidas relativas à ideia *rebus sic stantibus* em referência a comentários de Neratio ao Digesto: “[e]ssa passagem do Digesto afirma que o dote, entregue em virtude de sponsais, não pode ser restituído antes de as partes se divorciarem, pois o casamento delas ainda pode (postet) ocorrer, por permanecer entre elas uma afinidade. A glosa de Acúrsio, ao examinar a expressão *potest*, utilizada por Neratio, considera que ela não deve ser entendida ao período de tempo correspondente à vida de um dos nubentes, porque então o repúdio não possibilitaria a repetição, pois sempre haveria a possibilidade de as partes virem algum dia a se casar. Daí convém que esse *potest* seja entendido segundo o presente, de acordo como se têm as coisas – *rebus sic stantibus* -, isto é, enquanto um dos nubentes não tenha contraído outras núpcias” (pp. 48-49).

essa forma de manusear a cláusula decorria da busca por soluções justas aos casos concretos que lhes eram apresentados. Ademais disso, a ausência, à época, de uma teoria geral dos contratos e de uma figura abstrata de negócio jurídico também foram fatores determinantes, para que se deixasse de construir uma teoria genérica acerca da alteração das circunstâncias.³⁰²

No despontar do século XV, com a jurisprudência elegante do humanismo jurídico, a cláusula passa a ter seu conteúdo, paulatinamente, esvaziado, para ser aplicada a um restrito grupo de casos. A vontade manifestada passa a ser colocada em primeiro plano, em detrimento da busca por soluções justas ao caso concreto.³⁰³ Com o decorrer dos séculos seguintes, a cláusula passa a ser mais e mais esquecida, inclusive nos países que seguiram a tradição do direito europeu ligada às glosas e aos comentários,³⁰⁴ por ser considerada pouco precisa e segura pelos juristas da época.³⁰⁵ Como causa ao desprestígio, some-se ainda a inconveniente ausência de textos clássicos sobre questão.³⁰⁶

³⁰² - MORAES, Renato José de. *Cláusula Rebus...*, pp. 52-53. Sobre essa questão, há interessante comentário do autor: “[o]bserva-se que os glosadores e pós-glosadores não falavam de uma cláusula rebus sic stantibus que tivesse seu fundamento na vontade das partes. Antes, ela seria uma condição prévia às próprias manifestações de vontade, à luz da qual estas deviam ser interpretadas e sopesadas. A noção rebus sic stantibus servia para atingir o fim prático de ajustar o declarado pelos sujeitos a uma nova situação de fato, quando isto devesse ser feito, e não configurava um instituto de definição absolutamente rigorosa, mas de pouca utilidade prática” (p. 54).

³⁰³ - MORAES, Renato José de. *Cláusula Rebus...*, pp. 56-57. ALCIATO (1482-1550), expoente da jurisprudência elegante, entendia que a cláusula poderia ser aplicada aos casos em que houvesse apenas uma manifestação de vontade, desde que houvesse verossimilhança no fato de que aquela teria sido diversa, caso seu emitente houvesse considerado as circunstâncias alteradas. Nos atos bilaterais, por sua vez, a cláusula seria aplicada apenas “se a vontade de uma das partes tivesse procedido de erro; se a possibilidade de modificação da vontade constasse da própria natureza do contrato; quando a lei considerasse a cláusula inserta na vontade dos contraentes; surgindo alguma coisa superveniente inconsiderada, a respeito da qual as partes não tinham se precavido” (p. 57). MENEZES CORDEIRO salienta que HUGO GROTIUS e SAMUEL PUFENDORF, diversamente do que usualmente se crê, admitiam a aplicação da cláusula e reconheciam os efeitos das alterações de circunstâncias para determinados casos (*Da Boa fé...*, p. 946).

³⁰⁴ - Contrariamente aos integrantes da Escola Culta, alguns doutrinadores continuaram fiéis aos ensinamentos dos glosadores e pós-glosadores, dando prosseguimento aos trabalhos realizados por Bártolo, Baldo etc. Essa corrente foi a predominante na Itália, ao menos até o início do século XIX. A partir de então, a Escola enfraqueceu e perdeu sua influência até mesmo na península itálica. Prova disso é que o *Codice Civile* de 1865, esteado no *Code* de Napoleão, não trouxe qualquer disposição fundada na cláusula *rebus* (MORAES, Renato José de. *Cláusula Rebus...*, p. 59).

³⁰⁵ - MORAES, Renato José de. *Cláusula Rebus...*, pp. 58-59.

³⁰⁶ - Nesse sentido, MENEZES CORDEIRO acrescenta: “[p]erante uma escassez relativa de fontes clássicas na matéria, acrescida, para mais, pelo incontido desprezo nutrido pelos humanistas face aos glosadores e comentadores, a consagração da *clausula assumiria*, nos esquemas sistemáticos de CUIACIU CONELLUS, uma feição incômoda, susceptível de perturbar a elegância do conjunto. O problema foi resolvido com um silêncio púdico” (*Da Boa fé...*, p. 947).

O jusracionalismo, a despeito de algumas oscilações,³⁰⁷ prossegue nos passos da jurisprudência elegante, relegando a aplicação da teoria *rebus sic stantibus* a casos restritos³⁰⁸ e, praticamente, esvaziando a discussão em torno da matéria. O eixo dos principais sistemas contratuais passa a voltar-se, essencialmente, ao consentimento, desfavorecendo a aplicação da cláusula *rebus*.

Assim, o *Code* de Napoleão (1804), obra monumental e de acentuada influência em grande parte dos Códigos ocidentais da época, faz adormecer a discussão em torno da alteração de circunstâncias nos países de orientação romano-germânica, principalmente em razão da redação de seu artigo 1134,³⁰⁹ segundo o qual a convenção faz lei entre as partes.³¹⁰

³⁰⁷ - MENEZES CORDEIRO identifica a existência de duas tradições a respeito da cláusula *rebus*: uma de feição humanista – ligada, essencialmente, à doutrina francesa (DOMAT e POTHIER) – que ignora o problema; e outra, de base jusnaturalista, ligada ao direito europeu da glosa e do comentário – com base na doutrina alemã (KOPP e J.H. EBERHARD). Especificamente no tocante a essa segunda tradição, o autor chama a atenção para o fato de que, apesar de, comumente, relacionar-se a valorização do contrato ao desprestígio da cláusula, as doutrinas de KOPP e J.H. EBERHARD tinham o contrato como fundamento para permitir a adaptação à alteração de circunstâncias. Dentro ainda dessa sistemática, o mestre português destaca que o contrato também foi fundamento para uma reação a referidas teorias, de modo a negar a aplicação da cláusula (VON TEVENAR e A.D. WEBER) (*Da Boa fé...*, 1997, p. 952). Alguns textos legislativos, como o *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* de 1756, o *Allgemeines Landrecht Preussianum* cuja redação final é de 1794 e o *Allgemeines Bürgerliches für deutschen Erblande (ABGB)* austríaco, continham disposições específicas a respeito da cláusula *rebus sic stantibus*. No entanto, também entre os germânicos, a cláusula é, paulatinamente, deixada de lado. De acordo com MORAES, a razão para tanto reside na crescente exigência por sistematização, fruto das teorias de KANT, SAVIGNY e dos primeiros pandectistas: “a cláusula *rebus sic stantibus* não se encaixaria bem em um sistema fechado, que teria no conceito de negócio jurídico o instrumento ideal para o voluntarismo jurídico e a valorização da fidelidade à palavra dada” (MORAES, Renato José de. *Cláusula Rebus...*, p. 65).

³⁰⁸ - HUGO GROTIIUS (1583-1645), um dos principais estudiosos jusnaturalistas, fundou seu sistema contratual na fidelidade da declaração de vontade manifestada, afastando a ideia de que tal fidelidade estivesse condicionada à manutenção das circunstâncias. Apesar disso, admitia, em trecho de sua obra *De jure belli et pacis*, a flexibilização de negócios que se tornaram, excessivamente, onerosos e gravosos (MORAES, Renato José de. *Cláusula Rebus...*, pp. 61-62).

³⁰⁹ - “Art. 1.134.

Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi”.

³¹⁰ - MORAES, Renato José de. *Cláusula Rebus...*, pp. 60-68. A esse respeito: “[o] código Napoleão culminou esta evolução, ignorando totalmente a *clausula rebus sic stantibus* ou qualquer outro instituto que, em geral, prosseguisse a sua finalidade. Às vacilações do jusracionalismo somou-se, desta feita, todo o peso da tradição elegante francesa, expressa nos silêncios eloquentes de CUIACIUS, DONELLUS, DOMAT e POTHIER. Numa demonstração de vitalidade assumida, por vezes pela continuidade cultural, este peso manter-se-ia, em França, até aos nossos dias atuais” (CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha Menezes. *Da Boa fé...*, p. 954).

MARTINS-COSTA atribui, fundamentalmente, a ausência de dispositivos legais referentes à revisão contratual nos Códigos oitocentistas a dois aspectos: (i) à prevalência do ideário do liberalismo econômico à época; e (ii) à relativa estabilidade monetária da Europa do século XIX.³¹¹ O pensamento dominante, então, era aquele segundo o qual o Estado somente poderia intervir nos pactos celebrados em situações extremas, em que os indivíduos não se sentissem “*assaz fortes contra a prepotência e a cobiça*” e quando houvesse “*verdadeiro contraste*” entre as classes sociais.³¹²

A percepção nesse tocante altera-se, com maior relevo, somente após os grandes conflitos armados de 1914 e 1939, quando doutrina e jurisprudência são chamadas a resolver questões relacionadas, sobretudo, à excessiva desvalorização monetária e à escassez de mercadorias e provisões. Nesse instante, a revisão é reintroduzida no Direito contemporâneo, sob diversos modelos e proposições.³¹³

2.1.2 O ressurgimento da cláusula (século XIX-XX)

Como bem se sabe, a redescoberta da utilidade e eficácia da cláusula *rebus* vem no âmbito das dificuldades de guerra oriundas dos embates que assolaram o continente europeu nos séculos XIX e XX, principalmente as duas grandes guerras. Conquanto a questão tenha sido tratada por diversos ordenamentos e muitos modelos tenham se delineado em torno do problema da alteração de circunstâncias, analisar-se-ão adiante as vertentes alemã, francesa e italiana, dada sua acentuada influência em relação ao ordenamento brasileiro.

³¹¹ - MARTINS-COSTA, Judith. A revisão dos contratos no código civil brasileiro. *Rivista di Diritto Dell'Integrazione e Unificazione del diritto in Europa e in América Latina*, n. 16, 2003, p. 138.

³¹² - MARTINS-COSTA, Judith. A revisão dos contratos..., p. 138. Nesse trecho, MARTINS-COSTA faz referência a texto de CLÓVIS BEVILÁQUA em que o autor afirma que a intromissão estatal justificar-se-ia apenas e tão somente “*nas épocas em que o Estado necessita exercer uma tutela mais direta e contínua sobre a vida privada dos indivíduos, porque esses não se sentem assaz fortes contra a prepotência e a cobiça, e porque entre as grandes classes sociais há um verdadeiro contraste*” (excerto constante do *Projeto de Código Civil Brasileiro. Trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados*, VI, 51). Acerca da passagem, a autora diz-se espantada pelo argumento utilizado, dado que, no Brasil do século XX, a maior parcela da população encontrava-se, justamente, na situação descrita por BEVILÁQUA. Segundo ela, isso demonstra a completa abstração do discurso liberal à realidade vivenciada, algo que lhe parece ter sido retomado nos dias atuais pelo discurso neoliberal. AGUIAR JÚNIOR, em sentido semelhante, comenta: “*(...) o Direito Comum formulou a teoria da cláusula rebus sic stantibus, segundo a qual, num contrato de execução diferida ou duradoura, a vinculação só permanece enquanto as circunstâncias não sofrerem modificação substancial. Mas a jurisprudência se afastou desse princípio, que resultou praticamente esquecido depois do movimento revolucionário do século XVIII, quando se acreditou que o homem, livre e igual, não só podia estabelecer, com sua razão e vontade, leis ordenadoras da sociedade, mas também obrigar-se em pactos individuais, ambos com a mesma força vinculativa e obrigatória*” (*Extinção dos Contratos por incumprimento do devedor*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2003, p. 144).

³¹³ - MARTINS-COSTA, Judith. A revisão dos contratos..., p. 138.

2.1.2.1 Vertente Francesa: a teoria da imprevisão

Nos anos que se seguiram à edição do *Code*, a jurisprudência francesa manteve-se fiel às palavras de seu art. 1134, a despeito de ligeira tendência de flexibilização no início do século XIX.³¹⁴ Conforme indica MENEZES CORDEIRO, houve uma escalada das decisões de cortes francesas em direção ao formalismo e ao radicalismo, as quais não se aquiesceram, como seria de se esperar, diante dos efeitos das guerras enfrentadas pela França.³¹⁵

Como exemplo do formalismo francês, MENEZES CORDEIRO cita decisão da Corte Comercial de Seine de 7.12.1870, que manteve intacto contrato de fornecedor de açúcar que estava com dificuldades de entregar seu produto, em razão dos óbices de acesso a Paris, durante a guerra Franco-Prussiana. O autor menciona ainda decisão da Corte de Cassação Francesa de 4.8.1915, a qual considerou injustificada a dispensa de costureira, em razão do fechamento de estabelecimento comercial provocado pela 1ª Grande Guerra. Por fim, faz referência à decisão da Corte de Cassação Francesa de 20.3.1941, que não permitiu a rescisão de contrato de prestação de serviços de pessoa que atuava no ramo de seguros de vidas, a despeito da alegação de que esse ramo não seria mais praticado durante o tempo da guerra.³¹⁶

No entanto, situações extremas de alteração das circunstâncias não foram, completamente, ignoradas. Por ocasião da 1ª Grande Guerra, o legislador atuou na criação

³¹⁴ - RIPERT registra que algumas decisões do início do século XIX fizeram menção à cláusula *rebus*: “ainda que o Código Civil não vise esta cláusula, parece que a jurisprudência no princípio do século teve tendência para acolher. No acórdão de 11 de abril de 1821, a Corte de Cassação declara que essa cláusula não pode aplicar num contrato que não comporta prestações sucessivas, mas num acórdão de 20 de agosto de 1838, rejeita o recurso contra a sentença do Tribunal de Paris, de 7 de agosto de 1837 que tinha declarado a quebra dum contrato que continha a obrigação de entregas sucessivas, porque a situação não era a mesma em virtude do falecimento de uma das partes. Podem-se citar algumas decisões que fazem alusão à cláusula” (RIPERT, George. *A regra moral nas obrigações civis*. Campinas: Bookseller, 2000, p. 154).

³¹⁵ - CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha Menezes. *Da Boa fé...*, pp. 956-957. Nesse aspecto, o autor tenta desfazer argumento utilizado por alguns doutrinadores de que a diferença de tratamento à alteração de circunstâncias por doutrina e jurisprudência francesas e alemãs decorre das dificuldades sofridas pela Alemanha nos últimos dois séculos. Para tanto, o professor da Faculdade de Direito de Lisboa cita exemplos de decisões de cortes franceses que, mesmo diante de dificuldades de guerra, mantiveram a intangibilidade dos contratos judicializados. No mesmo sentido: RIPERT, George. *A regra moral...*, p. 155).

³¹⁶ - CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha Menezes. *Da Boa fé...*, p. 959.

de leis voltadas a remediar questões específicas³¹⁷ e sobreveio, na jurisprudência dos tribunais administrativos, a Teoria da Imprevisão.

O caso que consagrou a Teoria da Imprevisão no direito francês é o conhecido precedente analisado pelo Conselho de Estado, em 30.3.1916, envolvendo a *Compagnie Générale d'Éclairage* e a municipalidade de Bordeaux.³¹⁸ No precedente, a *Compagnie Générale d'Éclairage* reclamava a elevação do preço fixado no contrato de concessão de fornecimento de gás firmado com a cidade Bordeaux, em razão da excessiva elevação dos preços de mercado do carvão (principal matéria utilizada para a produção do gás). Ao julgar a demanda, a Corte francesa, atenta à excepcionalidade e à imprevisibilidade do aumento do preço do carvão,³¹⁹ determinou que o *Conseil de Préfecture* estipulasse uma indenização a ser paga à concessionária pelo fornecimento de gás, enquanto a situação de guerra persistisse.³²⁰

A despeito da aplicação da Teoria da Imprevisão estar restrita à esfera dos contratos administrativos, seu principal mérito foi o de vislumbrar a possibilidade de relativizar a

³¹⁷ - Além da conhecida Lei Failliot de 21.1.1918, RIPERT faz menção a outros diplomas editados no pós-guerra para lidar com o desequilíbrio das prestações: “[o]s decretos saídos durante a guerra em virtude da Lei de 5 de agosto de 1914 e que admitiram a moratória das letras comerciais, das rendas, dos juros de dívida hipotecárias, a Lei de 22 de novembro de 1918 que suspendeu o contrato de trabalho dos mobilizados, a Lei de 16 de julho de 1919 que prorrogou as sociedades que tinham a sua sede social em país invadido, constituem medidas da mesma natureza, sem falar das disposições, dos tratados de paz sobre a vigência dos contratos de antes da guerra” (A regra moral..., p. 147).

³¹⁸ - MARTINS-COSTA, Judith. A revisão dos contratos..., p. 145.

³¹⁹ - O cerne da decisão encontra-se redigido do seguinte modo: “[m]ais considérant que, par suite de l'occupation par l'ennemi de la plus grande partie des régions productrices de charbon dans l'Europe continentale, de la difficulté de plus en plus considérable des transports par mer à raison tant de la réquisition des navires que du caractère et de la durée de la guerre maritime, la hausse survenue au cours de la guerre actuelle, dans le prix du charbon qui est la matière première de la fabrication du gaz, s'est trouvée atteindre une proportion telle que non seulement elle a un caractère exceptionnel dans le sens habituellement donné à ce terme, mais qu'elle entraîne dans le coût de la fabrication du gaz une augmentation qui, dans une mesure déjouant tous les calculs, dépasse certainement les limites extrêmes des majorations ayant pu être envisagées par les parties lors de la passation du contrat de concession; que, par suite du concours des circonstances ci-dessus indiquées, l'économie du contrat se trouve absolument bouleversée. Que la compagnie est donc fondée à soutenir qu'elle ne peut être tenue d'assurer aux seules conditions prévues à l'origine, le fonctionnement du service tant que durera la situation anormale ci-dessus rappelée” (Conseil d'Etat, du 30 mars 1916, 59928, publié au recueil Lebon, extraído de <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000007629465&fastReqId=1243578234&fastPos=2>, em 4.1.2013).

³²⁰ - “(...) qu'il y a lieu, en conséquence, en annulant l'arrêté attaqué, de renvoyer les parties devant le conseil de préfecture auquel il appartiendra, si elles ne parviennent pas à se mettre d'accord sur les conditions spéciales dans lesquelles la compagnie pourra continuer le service, de déterminer, en tenant compte de tous les faits de la cause, le montant de l'indemnité à laquelle la compagnie a droit à raison des circonstances extracontractuelles dans lesquelles elle aura à assurer le service pendant la période envisagée” (Conseil d'Etat, du 30 mars 1916...).

força obrigatória dos contratos ante a superveniência de circunstâncias extraordinárias e imprevisíveis.

Alguns autores atribuem a critérios políticos a postura da jurisprudência francesa em dar tratamento diferenciado a contratos civis e administrativos. Conforme explicação de MENEZES CORDEIRO, o direito francês tinha recursos para justificar, cientificamente, a alteração em contratos civis. Apesar disso, havia o receio de que particulares aproveitassem-se, maliciosamente, da generalização de um princípio revisionista, em prejuízo da economia nacional, mormente em períodos de guerra.³²¹ Nesse aspecto, RIPERT acresce ainda que os juízes franceses “*tiveram medo do poder que iam outorgar-se*”.³²²⁻³²³

Sistematicamente, MENEZES CORDEIRO preleciona que a teoria da imprevisão esteia-se em um esquema extracontratual, não se fundando, tal e qual outras teorias clássicas (pressuposição, base do negócio etc.), na vontade das partes. Tanto assim que poucas são as alusões que os autores franceses fazem à cláusula *rebus sic stantibus*. Defendem, deste modo, que manutenção de contratos cujas prestações desequilibraram-se com a superveniência inesperada seria contrário à moral, eis que acarretaria hipótese de enriquecimento sem causa ou, em alguns casos, seria decorrente de casos fortuitos.³²⁴⁻³²⁵

³²¹- CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha Menezes. *Da Boa fé...*, p. 962. O autor menciona, nesse aspecto, o receio dos tribunais de que fornecedores que ainda possuísem reservas de mercadorias dos tempos de paz tentassem lucrar com pedidos de revisão fundados nos efeitos da guerra.

³²²- RIPERT, George. *A regra moral...*, p. 155.

³²³- MEDEIROS DA FONSECA informa que RIPERT, por ocasião da Semana Internacional de Direito de 1937, indicou “*que a doutrina revisionista oferecia dois inconvenientes: em primeiro lugar o risco de atribuir-se ao juiz uma faculdade quase ilimitada, sem guia e sem direção; e, em segundo lugar, a possibilidade de despertar-se nos ânimos dos contratantes, cuja boa-fé se queria proteger, a inclinação para a má-fé, com a esperança de não ficarem vinculados pelos compromissos assumidos*” (Caso Fortuito..., p. 201).

³²⁴- CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha Menezes. *Da Boa fé...*, p. 963.

³²⁵- Ao tratar da questão, RIPERT funda a possibilidade de revisão contratual no caráter abusivo da prerrogativa de o credor exigir o cumprimento contratual: “[p]ara formular e impor esta regra, é preciso começar por lhe restituir o seu verdadeiro caráter. Ela não sai do contrato, ergue-se contra ele. Não se liga à técnica jurídica do direito das obrigações, mas colide com a lógica desta técnica. Repousa com efeito, sobre a idéia moral de que o credor comete uma suprema injustiça usando do seu direito o maior rigor. Ergue contra a pretensão do credor a regra protetora do devedor injustamente lesado pela sorte. Não nega que a lesão tenha sido voluntária, recusa aceitar essa vontade imoral. (...) Também não de estranhar que se tenha pensado em falar aqui do abuso do direito. O credor que tenta tirar do seu contrato todas as vantagens que ele comporta pode-se tornar culpado de uma verdadeira injustiça para com seu devedor. Abusa do seu direito se haure no exercício do crédito um enriquecimento que é injusto, visto que esse enriquecimento é para ele fruto do acaso e para o devedor uma fonte de ruína” (RIPERT, George. *A regra moral...*, p. 163).

Esse posicionamento adotado pela vertente francesa encontra fundamento na base jusfilosófica humanística que permeou toda a construção do *Code*, conforme, anteriormente, salientado. Seria, de algum modo, contrário à lógica sistemática francesa, cujo representante mais expressivo é o artigo 1134 do *Code*, tratar a alteração de circunstâncias com arrimo na cláusula *rebus* tacitamente acordada ou em arranjos semelhantes.³²⁶

De acordo com FRANTZ, a compreensão de referida posição perpassa pelo entendimento da relevância do conceito de autonomia da vontade na sociedade francesa. Segundo a autora, após a Revolução de 1789, a autonomia da vontade passou a ser encarada como “*fator de legitimidade de atuação do poder político e como fundamento da própria liberdade*”, sendo encarada, pois, como a “*manifestação da liberdade individual no campo do direito*”.³²⁷ Daí porque a resistência dos juristas franceses em aceitar a flexibilização do texto convencionado.³²⁸

A evidenciar as constatações acima, RIPERT diz que a cláusula *rebus* não pode ser considerada subentendida porque é contrária à natureza econômica dos contratos. O autor explica que, se não se esperasse que as circunstâncias viessem a se alterar, não haveria razões para que se fizessem contratos de trato sucessivo. O credor sabe que as coisas alterar-se-ão e, justamente por conta disso, celebra o contrato com o objetivo de garantir-se dos inconvenientes dessa modificação. Assim, “*quando se quer aplicar a lei do contrato é se fatalmente levado a não admitir a cláusula rebus sic stantibus*”.³²⁹

Dessa maneira, ao longo dos anos, firmou-se na jurisprudência francesa a ideia de que “*o contrato pode ser resolvido ou revisado apenas se eventos imprevisíveis, ainda que não tornem impossível o adimplemento, impedirem a realização de seus escopos ou perturbarem o equilíbrio entre as prestações*”.³³⁰ À imprevisibilidade, que deve ser aferida de acordo com as características pessoais do indivíduo afetado, acresceu-se ainda a

³²⁶ - CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha Menezes. *Da Boa fé...*, p. 964.

³²⁷ - FRANTZ, Laura C. *Revisão dos Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 27.

³²⁸ - FRANTZ, Laura C. *Revisão...* São Paulo: Saraiva, 2007, p. 27.

³²⁹ - RIPERT, George. *A regra moral...*, p. 156.

³³⁰ - FRANTZ, Laura C. *Revisão...*, p. 23-24.

necessidade de que o evento causador do desequilíbrio entre as prestações seja excepcional, de modo a exceder a álea normal do contrato.³³¹

Por fim, é de se destacar que, atualmente, no direito francês, é cada vez maior, em doutrina e jurisprudência, manifestações favoráveis à intervenção judicial no reequilíbrio contratual.³³² Fundados, principalmente, em uma visão de solidarismo contratual (*affectios contractus*)³³³ e no princípio da boa-fé objetiva, à míngua de dispositivo legal específico, juristas e cortes francesas têm defendido a imposição às partes de um dever de renegociação em casos de desequilíbrio contratual.³³⁴

2.1.2.2 Vertente Alemã: da pressuposição à base do negócio

Inicialmente, os autores que antecederam a WINDSCHEID rejeitaram a aplicação da cláusula *rebus*, conforme histórico já informado.³³⁵⁻³³⁶ A razão para tanto, segundo MENEZES CORDEIRO, residia na dificuldade de apreensão da cláusula a partir dos textos romanos, bem como pela rejeitada atitude da tradição jusracionalista precedente. Fatores determinantes para que a cláusula voltasse ao centro das discussões científicas foram as

³³¹ - FRANTZ, Laura C. *Revisão...*, p. 24. A autora, em referência a MOSTAPHA MOHAMED EL-GAMMAL, destaca que, atualmente, a jurisprudência francesa opera com o conceito de “*pessoa concreta*”, de modo que a imprevisibilidade de determinado evento é verificada, casuisticamente, considerada a situação socioeconômica do prejudicado e suas características pessoais.

³³² - MARTINS-COSTA, Judith. *A revisão dos contratos...*, p. 145.

³³³ - Nesse sentido, é interessante notar até mesmo, conforme menciona FRANTZ, a utilização do termo *affectios contractus* pela doutrina francesa, a indicar, verdadeiramente, um dever de colaboração entre as partes, afastando a arcaica visão de interesses contrapostos na relação contratual. A esse respeito: “[e]ssa nova abordagem do contrato opera não mais em termos de interesses antagônicos de ‘vontades livres’ que se digladiam, mas de colaboração, de existência de uma ‘*affectios contractus*’, objetivando relações contratuais equilibradas, ‘permeadas por fraternidade e justiça’, que permitem a compreensão do contrato não simplesmente como ‘vontade de contratar’, mas, igualmente, como ‘vontade de manter o vínculo contratual’, de executá-lo de acordo com os ditames da boa-fé e da fraternidade contratual em uma convergência mínima de interesses das partes dirigidas a uma criação comum” (*Revisão...*, p. 31). Ainda, segundo a mesma autora, a expressão “*affectio contractus*” foi cunhada pelo autor francês JACQUES MESTRE.

³³⁴ - FRANTZ, Laura C. *Revisão...*, pp. 35-36.

³³⁵ - Acerca dessa questão, MENEZES CORDEIRO ilustra o pensamento de alguns autores: “*GLÜCK* que, nesse campo, pode ser considerado como A. de transição, escreve: «É porém seguro que o promitente, tanto pela lei positiva como pela lei natural, está adstrito a cumprir exactamente a sua promessa; há contudo casos em que essa vinculação desaparece...»; isso acontece por força e «...prescrições especiais das leis civis, apenas como exceções à regra e não são de considerar como exigências de uma pretensa cláusula: *rebus sic stantibus*». Outros AA. Assumiriam posições igualmente negativistas, acontecendo ainda que a cláusula fosse passada em silêncio ou mencionada como mera notícia informativa, sem conteúdo dogmático” (*Da Boa fé...*, p. 967).

³³⁶ - LARENZ destaca que a cláusula sequer é tratada no *System des römischen Rechts* de SAVIGNY ou no trabalho dos demais autores da Escola Pandectista do século XIX (RODRIGUEZ, Carlos Fernandes (trad.). LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956, p. 29).

referências à revisão contratual contidas no *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* de 1756 e no *Allgemeines Landrecht Preussisches* de 1794,³³⁷ bem como a profunda análise realizada do *Corpus Iuris Civilis* por alguns autores de então. Resultado disso foi o trabalho de WINDSCHEID sobre a teoria da pressuposição.³³⁸

WINDSCHEID, por meio de sua teoria da pressuposição, renovou o interesse científico sobre a questão da alteração de circunstâncias. Sinteticamente, defendia que a pressuposição seria uma condição não desenvolvida da declaração de vontade, a qual, para manter-se, dependeria da manutenção de um certo estado de coisas. Caso este estado (cognoscível por ambas as partes) se alterasse, a declaração de vontade perderia eficácia e o indivíduo que, por meio dela, tivesse se obrigado poderia excetuar-se ao cumprimento com base na alteração dos eventos pressupostos.³³⁹

O primeiro projeto do BGB abraçou a Teoria da pressuposição,³⁴⁰⁻³⁴¹ mas, em razão de severas críticas, muitas das quais relacionadas à insegurança ao tráfico negocial, a segunda leitura do projeto acabou por retirá-la. GALLO anota que talvez não houvesse maturidade suficiente para que a cláusula *rebus* fosse reexaminada à época.³⁴²

O mais ferrenho crítico da teoria foi OTTO LENEL, o qual censurava tanto a forma como o projeto havia lhe abordado, como também os fundamentos sobre a qual se

³³⁷ - Estes foram, segundo GALLO, os primeiros códigos europeus que codificaram *rebus* (GALLO, Paolo. *Sopravvenienza Contrattuale e problemi di gestione del contratto*. Milão: Giuffrè, 1992, p. 94).

³³⁸ - CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha Menezes. *Da Boa fé...*, p. 968.

³³⁹ - Nas palavras de WINDSCHEID, traduzidas ao português por MENEZES CORDEIRO: “[a] pressuposição pertence às auto-limitações da vontade. A doutrina habitual enumera como factos através dos quais uma vontade expressa se pode limitar a si própria, a condição, o termo e o modus. Penso que esta enumeração não é exaustiva e, designadamente, que no lugar do modus deve ser colocada a pressuposição. Pode-se considerar a pressuposição uma condição não desenvolvida. Com isso quer dizer-se que a relação jurídica originada através da declaração de vontade é feita depender de um certo estado de coisas. (...) Assim, se o estado de coisas pressuposto não existir, ou não se concretizar ou deixar de existir, a relação jurídica constituída através da declaração de vontade não se mantém a não ser, ou melhor, contra a vontade do declarante. (...) Resulta daí que ele pode repelir aquele, perante o qual esteja obrigado, com uma exceptio (doli), caso este a queira fazer valer ou, sem que este a faça valer, exigir-lhe a restituição que dela tenha” (WINDSCHEID, Bernard *apud* CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha Menezes. *Da Boa fé...*, p. 970).

³⁴⁰ - Dispunha o § 742 do projeto: “[a]quele que realizar uma prestação sob a pressuposição, expressa ou tacitamente declarada, da verificação ou não verificação de um acontecimento futuro ou de um efeito de direito, pode exigir a restituição ao destinatário, caso a pressuposição não se realize”.

³⁴¹ - MENEZES CORDEIRO preleciona que a jurisprudência do RGZ (Reichsgerichts in Zivilsachen) vacilou com relação à aplicação da teoria. Para ele, a Corte conhecia a teoria e chegou, efetivamente, a aplicá-la, ainda que com terminologia inadequada, mas evitou tomar posição de fundo antes da promulgação do BGB (*Da Boa fé...*, p. 973).

³⁴² - GALLO, Paolo. *Sopravvenienza Contrattuale...*, p. 94.

esteava. No tocante ao primeiro aspecto, condenava a vinculação da pressuposição apenas a eventos futuros, ignorando eventos passados e presentes que as partes houvessem considerado para a emissão de vontade. Argumentava que a teoria ou estava certa por inteiro, ou errada por completo, de modo que ou era, totalmente, recepcionada ou, integralmente, rechaçada pelo projeto, destacando que, na dúvida, o melhor era abandoná-la. Com relação aos fundamentos, LENEL dizia que não era possível estabelecer um meio termo entre motivos e condição, vez que isso introduziria insegurança no meio jurídico. Para ele, ou a contraparte desconhecia por completo a pressuposição (logo, sua eficácia não poderia ser aceita) ou, conhecendo-a, não quis aceitá-la como elemento do negócio.³⁴³ Diz ainda que WINDSCHEID fez uma leitura equivocada da *causa romana* e, por isso, propõe que melhor seria aprofundar o estudo das *condictiones*.³⁴⁴⁻³⁴⁵

MENEZES CORDEIRO, a seu turno, entende inadequada a crítica de LENEL. De um lado, porque, posteriormente, o próprio BGB veio a consagrar dispositivos muito mais ousados (ex.: a boa-fé) do que o proposto por WINDSCHEID, de maneira que eventual questão relativa à insegurança poderia ser resolvida com adequado esquema probatório. De outro, porque a pressuposição, sendo um fator que poderia vir a ser conhecido (cognoscível) - e não, efetivamente, conhecido - por ambas as partes, tem relevância jurídica, diversamente do simples motivo. Assim, a falta da pressuposição, por estar fundada na vontade, deixaria sem causa o direito recebido por meio de declaração de vontade. Essa lógica coadunar-se-ia com o pensamento *savignyano* de que, na vontade, reside a razão de ser de todas as posições jussubjetivas.³⁴⁶

³⁴³ - LENEL exemplificava a hipótese com a compra e venda de enxoval para filha cujo noivado se desfez. Ambos os contratantes tinham em conta o objetivo do negócio, mas o pacto permanece intacto, dado que o vendedor jamais quis estabelecer qualquer relação de dependência entre a venda e a efetivação do casamento (CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha Menezes. *Da Boa fé...*, p. 974).

³⁴⁴ - CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha Menezes. *Da Boa fé...*, p. 974.

³⁴⁵ - CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha Menezes. *Da Boa fé...*, pp. 977-979.

³⁴⁶ - CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha Menezes. *Da Boa fé...*, p. 977-979. Para o autor lusitano, a real crítica à teoria da pressuposição jaz, verdadeiramente, na compreensão da declaração de vontade como elemento central do sistema e na delimitação dos fatores que poderão ser considerados cognoscíveis por ambas as partes. No tocante ao primeiro argumento, ele diz que “na evolução, subsequente a WINDSCHEID, da Ciência do Direito, as posições jussubjetivas, permissivas ou injuntivas, não se justificam mais na vontade dos interessados. Ainda quando a meta do jusprivatismo seja a pessoa singular, o Direito deve ser reconhecido e denunciado como algo recebido – pela imposição ou pela aprendizagem – do exterior. O dogma da vontade é antropológicamente questionável; por isso, depara, a cada passo, com dificuldades que, na falta de uma revisão global, se tornam intransponíveis: basta recordar os direitos sem vontade, a natureza da personalidade colectiva ou as posições jussubjetivas que não se integrem em relação jurídica. Não lhe deve, pois, ser reconduzido o tema posto pela alteração das circunstâncias”. Com relação ao

Com o esquecimento da cláusula *rebus* pelos jusracionalistas e o afastamento da teoria da pressuposição do projeto do BGB, os espaço jurídico alemão ficou sem resposta imediata para a patologia da alteração das circunstâncias, no período que procedeu à promulgação do diploma civil germânico.³⁴⁷ A literatura a respeito da cláusula *rebus* ressurgiu um pouco antes da 1ª Grande Guerra,³⁴⁸ acentuando-se, a partir de então, o interesse doutrinário e jurisprudencial sobre a temática.³⁴⁹

Buscaram-se, assim, respostas no rejuvenescimento da cláusula *rebus sic stantibus* e em critérios de interpretação contratual. Embora a cláusula *rebus* não fosse considerada princípio geral (entendia-se que a cláusula era destinada apenas a situações específicas),³⁵⁰ sua aplicação passou a ser, paulatinamente, ampliada, com fulcro em critérios hermenêuticos fundados principalmente na boa-fé (§ 157, BGB³⁵¹).³⁵² Alguns, chegaram a defender que a pressuposição aplicar-se-ia aos casos antevistos pelas partes, enquanto a cláusula *rebus* para as hipóteses em que as partes não previram a possível alteração de circunstâncias.³⁵³

As ideias, em torno da matéria, avançaram, consideravelmente, na Alemanha com ERICH KAUFMANN.³⁵⁴ Com base em elementos de Direito Internacional Público,³⁵⁵⁻³⁵⁶

segundo ponto, MENEZES CORDEIROS esclarece que poderiam haver diversas situações fáticas jamais passíveis de serem vislumbradas pelas partes, o que, de certo modo, retiraria a utilidade da teoria.

³⁴⁷ - CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha Menezes. *Da Boa fé...*, p. 988.

³⁴⁸ - LARENZ, Karl. *Base del negocio...*, p. 29.

³⁴⁹ - GALLO, Paolo. *Sopravvenienza Contrattuale...*, p. 95.

³⁵¹ - “Section 157. Interpretation of contracts.

Contracts are to be interpreted as required by good faith, taking customary practice into consideration”.

³⁵² - CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha Menezes. *Da Boa fé...*, p. 988.

³⁵³ - CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha Menezes. *Da Boa fé...*, p. 988. Faz referência, nesse sentido, ao pensamento de STAHL: “[e]studando as relações entre a cláusula e a pressuposição, S. afirma que, apesar de certas semelhanças exteriores, as duas noções são diferentes: a pressuposição teria algo tido em conta, pelas partes, no momento da conclusão; pelo contrário, na cláusula, haveria algo que, na celebração, de modo desculpável não teria sido nada pensado. Na pressuposição haveria, afinal, ainda declaração de vontade, enquanto a cláusula, tal como a boa fé, se imporia pela sua própria força”.

³⁵⁴ - CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha Menezes. *Da Boa fé...*, p. 990.

³⁵⁵ - LARENZ, Karl. *Base del negocio...*, p. 29. No mesmo sentido: CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha Menezes. *Da Boa fé...*, p. 990-992.

³⁵⁶ - Segundo LARENZ, não se deu atenção devida à teoria de KAUFMANN, justamente porque ela mencionava terminologia de Direito Internacional Público, algo pouco usual à doutrina do Direito Civil (*Base del negocio...*, p. 29).

KAUFMANN, afastando-se do elemento psicológico de WINDSCHEID,³⁵⁷ defendia que o legislador, por meio de cláusulas gerais, atribuiu ao juiz um espaço de discricionariedade, dentro do qual ele poderia manobrar para garantir a liberdade de atuação. Para tanto, o julgador deveria investigar o “*escopo essencial*” do contrato, o qual seria indicado pelo tipo negocial e pelo conteúdo do instrumento,³⁵⁸ e nele buscar os limites objetivos do vínculo contratual.³⁵⁹ Segundo o autor, para além da “*vontade empírica*”, haveria a “*vontade eficaz*” que abrangeria o escopo ou a finalidade essencial do contrato, de modo que o juiz estaria autorizado a intervir quando as circunstâncias se alterassem.³⁶⁰

Nesse aspecto, o grande avanço da teoria de KAUFMANN estaria na objetivação do problema da alteração de circunstâncias, sem reconduzi-lo à vontade psicológica. MENEZES CORDEIRO, no entanto, critica a teoria, pois, a despeito desse caráter de objetivação, entende que ela não apresenta elementos para a solução de casos concretos, o que, em última análise, leva a discussão de KAUFMANN à esfera, meramente, formal.³⁶¹

Seguindo em linha com o pensamento de KAUFMANN,³⁶² KRÜCKMANN, em oposição à ideia de pressuposição, identifica a raiz da cláusula *rebus* na própria lei, justificando a assertiva em diversos dispositivos do BGB que tratavam da alteração de circunstâncias em hipóteses variada.³⁶³ Sob sua ótica, a cláusula estaria presente, como uma “*reserva virtual*” em todos os contratos, exceto se um dos contratantes se opusesse, expressamente, contra ela. Assim, o contrato poderia ser resolvido na ocorrência de uma

³⁵⁷ - LARENZ, Karl. *Base del negocio...*, p. 29.

³⁵⁸ - BESSONE, Mario. *Adempimento e rischio contrattuale*. Milão: Giuffré, 1975, p. 140 *apud* COGO, Rodrigo Barreto. *A frustração do fim do contrato. O impacto dos fatos superveniente sobre o programa contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

³⁵⁹ - CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha Menezes. *Da Boa fé...*, p. 99.

³⁶⁰ - LARENZ, Karl. *Base del negocio...*, p. 29.

³⁶¹ - CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha Menezes. *Da Boa fé...*, p. 992-993. Nesse sentido, observem-se as anotações do autor: “[m]as também o outro aspecto da reformulação kaufmanniana – a aplicação do geral-concreto, por oposição ao geral-abstracto stammleriano – não deu frutos, ficando a meio caminho. O neo-hegelianismo, apesar de dotado de um poder concretizador elevado, o que faz dele uma orientação privilegiada no manejo das cláusulas gerais e, em especial, da boa-fé, é apenas mais um modo de pensar. O seu funcionamento, sem a mediação da Ciência do Direito, isto é, sem preocupações efectivas de, tendo em conta uma realidade exterior legitimadora, solucionar casos concretos, conduz apenas a novo formalismo de sinal contrário. A distorção praticada no entendimento do Direito privado e a manutenção, sob um manto metodológico, diferente, de um certo formalismo são, pois, as críticas que, a E. KAUFMANN, importa reter”.

³⁶² - CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha Menezes. *Da Boa fé...*, p. 993. O autor menciona que essa linha evolutiva ter-se-ia iniciado em STAMMLER, passando por STAHL e KAUFMANN e atingindo o ponto alto em KRÜCKMANN.

³⁶³ - CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha Menezes. *Da Boa fé...*, p. 994.

variação imprevista de circunstâncias que acarretasse na ausência de sentido, fim ou objeto do contrato.³⁶⁴

Ao analisar as teorias que surgiram no espaço jurídico alemão até KRÜCKMANN, MENEZES CORDEIRO destaca que tais teorias desenvolveram-se em um nível primário de solução formal, sem encontrar uma solução efetiva aos casos de alteração de circunstância. De acordo com o autor, a multiplicidade de designações que se conferiu à cláusula *rebus* voltava-se, essencialmente, a preocupações de forma – prova disso seriam os diversos termos criados para explicá-la -, esvaziando-a em seu conteúdo. Essa diversidade de teorias gerou um esquema prolixo, do qual, em reação, tentou-se escapar. O resultado, segundo o professor lusitano, foi a fuga para o “*campo fácil da inovação linguística*”, o que não teria produzido os melhores resultados científicos em torno da matéria.³⁶⁵

Nessa medida, buscaram-se soluções, principalmente, relacionadas ao alargamento do conceito de impossibilidade da prestação em razão de evento superveniente, bem como na aplicação direta da boa-fé positivada nos arts. 157 e 242 do BGB.³⁶⁶

Foi PAUL OERTMANN quem, voltando-se à análise da teoria da pressuposição, reconduziu a questão para a linha de pensamento anterior. Com esteio na correção dos supostos equívocos de WINDSCHEID,³⁶⁷⁻³⁶⁸ OERTMANN desenvolveu a teoria da base do negócio em sentido subjetivo.

Segundo OERTMANN, todos os contratos formar-se-iam sobre certos fundamentos conhecidos por ambas as partes e que formariam a base do negócio. A base não coincidiria com os motivos,³⁶⁹ pois estes, em geral, não são partilhados pelos

³⁶⁴ - LARENZ, Karl. *Base del negocio...*, p. 30.

³⁶⁵ - CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha Menezes. *Da Boa fé...*, pp. 996-998.

³⁶⁶ - GALLO, Paolo. *Sopravvenienza Contrattuale...*, p. 96. Para maiores informações sobre este período, verifique CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha Menezes. *Da Boa fé...*, pp. 999-1031.

³⁶⁷ - COGO, Rodrigo Barreto. *A frustração do fim...*, p. 82.

³⁶⁸ - Nesse ponto, MENEZES CORDEIRO cita profecia de WINDSCHEID no final de sua vida: “[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” (CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha Menezes. *Da Boa fé...*, p. 1033). LARENZ ainda acresce que as circunstâncias econômicas decorrentes da 1ª Grande Guerra e da hiperinflação prepararam o terreno para o retorno das ideias de WINDSCHEID (*Base del negocio...*, p. 22).

³⁶⁹ - LARENZ esclarece que, como as principais críticas feitas às ideias de WINDSCHEID estavam relacionadas principalmente à difícil diferenciação entre a pressuposição e os motivos, OERTMANN esforçou-se para demonstrar as distinções entre os motivos e a base (*Base del negocio...*, p. 22).

contratantes, bem como pelo de fato que, enquanto o motivo é fundamental para a decisão de contratar, a base teria um alcance negativo – sem ela, as partes apenas deixariam de contratar. Explixa ainda que a base seria distinta da pressuposição, na medida em que não se trataria de uma manifestação de vontade unilateral, nem mesmo seria ela parte do conteúdo contratual.³⁷⁰

Ao comparar a base do negócio com a cláusula *rebus*, OERTMANN defende que, enquanto a cláusula faria parte do contrato, a base seria apenas uma representação sobre as quais se formaria a vontade contratual. Além disso, o autor esclarece que a cláusula teria aplicação apenas para circunstâncias futuras, enquanto a base resolveria também problemas relativos a fundamentos presentes e passados que não estavam em conformidade ao programado.³⁷¹

Assim, segundo OERTMANN, a base do negócio seria “*a representação de uma parte, patente na conclusão de um negócio e reconhecida pela contraparte eventual, no seu significado, ou a representação comum de várias partes da existência ou do surgimento de certas circunstâncias sobre cuja base se firma a vontade negocial*”.³⁷² Inexistentes ou desaparecidas estas circunstâncias, o devedor poderia resolver o contrato ou, se se tratasse de contrato de prestação continuada, denunciá-lo.³⁷³

Dizia ainda o autor que o art. 242 do BGB, ao prever o dever de que o contrato fosse cumprido com base na boa-fé, permitiu ao devedor desligar-se da obrigação, caso sua prestação extrapolasse os limites da boa-fé, o que ocorreria nas hipóteses em que a base se dissolveu e as partes foram remetidas a um cenário econômico não vislumbrado. Nesses casos, poderia haver a rescisão contratual e, em algumas situações, a modificação do pacto.³⁷⁴

MENEZES CORDEIRO destaca que, em realidade, as únicas concepções novas apresentadas por OERTMANN referiram-se às distinções que formulou com relação à pressuposição e à cláusula *rebus*. No restante, ele teria apenas divulgado a expressão “*base*

³⁷⁰ - CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha Menezes. *Da Boa fé...*, p. 1032-1033.

³⁷¹ - CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha Menezes. *Da Boa fé...*, p. 1038.

³⁷² - Tradução de trecho de OERTMANN apresentada por MENEZES CORDEIRO (*Da Boa fé...*, p. 1033). Em sentido semelhante: LARENZ, Karl. *Base del negocio...*, p. 23.

³⁷³ - LARENZ, Karl. *Base del negocio...*, p. 7.

³⁷⁴ - CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha Menezes. *Da Boa fé...*, p. 1035.

do negócio” - já conhecida da doutrina e da jurisprudência -, retomado o pensamento de WINDSCHEID no que se refere à pesquisa sobre a representação das partes, e, por fim, utilizado esquema já cogitado por outros autores no tocante à referência que fez à boa-fé.³⁷⁵

A jurisprudência do Tribunal Supremo do *Reich*, de início, aceitou, integralmente, a teoria de OERTMANN. Posteriormente, acabou por introduzir certas modificações em sua aplicação, de forma a superar algumas das dificuldades operacionais impostas pela modelação original,³⁷⁶ o que, em grande parte das vezes, sequer se aproximava do vislumbrado pelo autor.³⁷⁷ Segundo LARENZ, até então, a jurisprudência alemã nunca havia se valido da cláusula *rebus* de modo tão ampliado.³⁷⁸⁻³⁷⁹

A teoria da base subjetiva foi, largamente, criticada, mormente por estar assente em um juízo psicológico das partes. Arguia-se que a teoria deixava sem respostas os casos em que a contraparte recusasse, expressamente, a base reconhecida ou aquelas hipóteses em que as partes não tivessem alcançado qualquer representação sobre as circunstâncias que se

³⁷⁵ - CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha Menezes. *Da Boa fé...*, p. 1039.

³⁷⁶ - LARENZ, Karl. *Base del negocio...*, p. 8.

³⁷⁷ - A propósito, MENEZES CORDEIRO diz que muitas vezes o Tribunal do *Reich* fazia referência à base do negócio, mas, em verdade, socorria-se da equivalência das prestações ou da equidade. Nesse sentido, o autor conclui que os tribunais alemães não lograram êxito em concretizar o esquema de OERTMANN (*Da Boa fé...*, p. 1047).

³⁷⁸ - LARENZ, Karl. *Base del negocio...*, p. 10. O autor, ao início de sua obra, analisa uma série de decisões dos tribunais alemães em que a teoria da base subjetiva teria sido aplicada, para, ao final, indicar a insuficiência da teoria de OERTMANN. Nessa toada, cita julgado do ano de 1948 de lavra do Tribunal de Apelação de Potsdam, por meio do qual este analisou contrato de compra e venda de caminhão com pacto de retrovenda, exercitável apenas ao final da 2ª Guerra e pelo preço fixado por determinado índice oficial. No caso, o vendedor exerceu a opção de recompra do veículo em fevereiro de 1946, mas o comprador recusou-se a devolvê-lo. Assim, o vendedor ingressou com ação judicial para fazer valer o pacto firmado. Em sede de apelação, o tribunal negou procedência ao pedido do comprador, sob o fundamento de que a base do negócio teria se perdido dado que era de se convir que as partes, em 1940, esperavam que a guerra terminasse em data anterior a que se deu em realidade. Para tanto, argumentou-se que, levando-se em conta que a duração normal de um veículo é de cerca de 5 anos, as partes, certamente, não teriam acordado em fazer valer um pacto de retrovenda após mais de 8 anos. A Corte acrescentou, como fundamento ainda, o fato de que a devolução do caminhão representaria a ruína econômica da demandada, vez que, certamente, o caminhão tinha um valor muito maior a ela do que à autora, especialmente se se considerar o valor oficial do bem. LARENZ critica a solução dada, argumentando, em síntese, que, se as partes consideraram provável o fim da guerra, elas sabiam que isso era algo incerto, bem como que o fato de as partes deixarem de ter previsto que os preços oficiais de 1946 seriam diferentes dos de 1940 não quer dizer que elas tinham a representação mental sobre a existência ou surgimento de determinadas circunstâncias. Se assim o fosse, diz LARENZ, todos os contratos firmados antes dos incidentes dos transtornos econômicos e sociais da época poderiam ser resolvidos, por se considerarem carentes de falta da base do negócio.

³⁷⁹ - MENEZES CORDEIRO diz que o Tribunal no *Reich* valia-se, então, da equidade, sob o manto da base do negócio (*Da Boa fé...*, p. 1046).

alteraram.³⁸⁰ Acresce MENEZES CORDEIRO que a teoria não teve o condão de dar solução prática aos problemas de alterações de circunstâncias. Em repetição à crítica formulada a WINDSCHEID, o autor defende a impossibilidade de se remeter à vontade, algo que ela mesmo, por desconhecimento, jamais poderia ter vislumbrado.³⁸¹⁻³⁸²

Criticando a teoria de OERTMANN especialmente com base em sua utilização na jurisprudência alemã, LARENZ diz que a teoria é muito ampla, pois, se aplicada integralmente, o contrato teria sua base perdida sempre que um dos contratantes tivesse frustrado o objetivo individual que lhe levou a realizar o negócio. Segundo LARENZ, cada parte deve suportar o risco da frustração de seu propósito particular. De outro lado, diz ainda que a teoria de OERTMANN é muito limitada, na medida em que foca apenas aquilo que as partes teriam em suas representações mentais e não o que, objetivamente, seria necessário para se atingir a finalidade contratual comum a ambos os contratantes.³⁸³

Assim, em reação à teoria de OERTMANN, LARENZ apresentou construção diversa, diferenciando a base do negócio em dois sentidos: o subjetivo e o objetivo.³⁸⁴ Para vislumbrar esta distinção, LARENZ fez exaustiva análise da jurisprudência alemã do período.

³⁸⁰ - CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha Menezes. *Da Boa fé...*, p. 1040.

³⁸¹ - CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha Menezes. *Da Boa fé...*, p. 1042-1044. Nesse sentido, expõe o autor: “[p]erante uma alteração concreta, a base do negócio oertmanniana não diz, a nenhum juiz, se deve averiguar a situação psicológica real das partes, se deve procurar representações típicas em termos de normalidade, se deve corrigir injustiças comutativas derivadas do desequilíbrio superveniente das prestações, se deve retocar ou suprimir um contrato em nome do processo funcional da prossecução do seu próprio fim ou se, numa integração colectiva deve estudar as repercussões do contrato atingido; a base do negócio a tudo cobre e a nada responde”.

³⁸² - Criticando a teoria de OERTMANN, especialmente com base em sua utilização na jurisprudência alemã, LARENZ diz que a teoria é muito ampla, pois, se aplicada integralmente, o contrato sempre teria sua base perdida, caso um dos contratantes tivesse frustrado o objetivo pelo qual havia originalmente se esteado para celebrar o pacto (LARENZ refere-se, nesse particular, a caso em que o réu encomendou determinadas peças ao autor, as quais se fizeram desnecessárias com o final da guerra). Segundo LARENZ, cada parte deve suportar o risco da frustração de seu propósito particular. De outro lado, ele diz ainda que a teoria de OERTMANN, é também muito limitada, na medida em que foca apenas aquilo que as partes teriam em suas representações mentais e não o que objetivamente seria necessário para se atingir a finalidade contratual comum a ambas os contratos (*Base del negocio...*, p. 20).

³⁸³ - LARENZ, Karl. *Base del negocio...*, p. 20.

³⁸⁴ - Nesse sentido: “[l]a expresión ‘base del negocio’ puede ser entendida, y así lo há sido, en un doble sentido. Em primer lugar, como la base ‘subjetiva’ de la determinación de la voluntad de una o ambas partes, como una representación mental existente al concluir el negocio que há influido grandemente en la formación de los motivos. En segundo lugar, como la base ‘objetiva’ del contrato (en cuanto complejo de sentido inteligible), o sea, como el conjunto de circunstancias cuya existencia o persistência pressupone debidamente el contrato – sépanlo o no los contratantes -, ya que, de no ser así no se lograria el fin del contrato, el propósito de las partes contratantes y la subsistència del contrato no tendria ‘sentido, fin u objeto’” (LARENZ, Karl. *Base del negocio...*, p. 36).

A base subjetiva, sob sua ótica, consistiria na representação mental comum a ambos os contratantes, por meio da qual as partes se deixaram guiar para fixar o conteúdo contratual. Assim, se essa representação mental não existisse na realidade, as partes teriam incorrido em um erro recíproco sobre os motivos³⁸⁵ e o contrato seria ineficaz.³⁸⁶ De acordo com LARENZ, muitos desses casos seriam mais bem resolvidos com esteio na teoria dos erros sobre os motivos ou na teoria dos vícios do consentimento.³⁸⁷ No entanto, determinadas situações que não poderiam ser solucionadas por essas teorias encontrariam guarida na teoria da base do negócio em sentido subjetivo.³⁸⁸ Teria sido essa, ainda que com algumas distinções, a acepção de base do negócio de que teriam cogitado WINDSCHEID, OERTMANN e a jurisprudência dominante do Tribunal do *Reich*.³⁸⁹

De outro lado, a base do negócio em sentido objetivo consistiria no conjunto de circunstâncias e no estado geral das coisas, cuja existência ou permanência é,

³⁸⁵ - LARENZ, Karl. *Base del negocio...*, p. 41. Nas palavras do autor, em versão traduzida: “[e]ntendemos por base del negocio subjetiva aquella común representación mental de los contratantes por la que ambos se han dejado guiar al fijar el contenido del contrato. La representación tiene que haber inducido a concluir el contrato no a una sino a ambas as partes. Si la representación no se realiza, cada una de las partes ha incurrido en um ‘error em los motivos’, que se refiere a uma situación de hecho por ambas admitida, o sea, a una presuposición común a ambas”. O autor faz questão de frisar a necessidade de que o erro seja recíproco, pois, do contrário, o erro (unilateral) sobre os motivos seria irrelevante, com exceção de determinadas hipóteses tipificadas pelo BGB (*Base del negocio...*, p. 96).

³⁸⁶ - LARENZ, Karl. *Base del negocio...*, p. 224.

³⁸⁷ - LARENZ, Karl. *Base del negocio...*, p. 38.

³⁸⁸ - LARENZ, Karl. *Base del negocio...*, pp. 45-46. Nesse aspecto, LARENZ esclarece que, para além dos erros sobre a qualidade de determinada pessoa ou coisa (reconhecidos pelo art. 119, II, BGB), há ainda a possibilidade de que as partes equivoquem-se sobre outros aspectos da negociação, como, por exemplo, erros de cálculo, os quais, acaso não corrigidos, poderiam dar ensejo a situações de alta injustiça. Em conformidade com a ideia, há o famoso caso dos rublos analisado por LARENZ em sua obra (*Base del negocio...*, pp. 47-51). Na hipótese analisada pelo Tribunal do *Reich*, o demandante havia emprestado 30.000 rublos ao demandado, o qual, por sua vez, passou recibo de que devolveria 7.500 marcos, considerando o câmbio no valor de 25 *pfenning*, quando, em realidade, a taxa era de 1 *pfenning*. No vencimento da dívida, o demandado entregou para pagamento apenas 300 marcos, dada a real taxa de câmbio do dia em que passara o recibo. Ao julgar o caso, a Corte Alemã julgou improcedente a demanda, registrando que, mais do que um erro sobre os motivos, havia verdadeiro erro sobre o conteúdo da declaração, sendo certo que era, perfeitamente, cognoscível ao demandante que o demandado, ao lhe passar o recibo *subjudice*, queria devolver o valor emprestado no correspondente em marcos, conforme a taxa de câmbio do dia em que a operação foi realizada. Ao comentar o caso, LARENZ critica a terminação utilizada pelo Tribunal, esclarecendo que se trataria sim de um erro sobre os motivos, mas cuja reciprocidade a elevava à base do negócio, dado que ambos os contratantes deixaram-se guiar pela equivocada taxa de câmbio para que fixassem o valor de devolução em 7.500 marcos. Segundo ele, seria contrário à boa-fé que o demandante, nessas situações, exigisse a devolução do montante pré-estabelecido, vez que, sabidamente, contrário ao desejado. O autor ainda explica nesse excerto que a utilização da teoria dos erros sobre os motivos conduziria a resultado inadequado, uma vez que aquela teria como pressuposto o erro unilateral (nessa hipótese, aquele que declarou a vontade com erro teria que indenizar o outro contratante por eventual prejuízo acarretado pelo desfazimento do negócio – algo que não faria sentido, caso ambos os contratantes houvessem se baseados em representações mentais equivocadas).

³⁸⁹ - LARENZ, Karl. *Base del negocio...*, pp. 37-38.

objetivamente, necessária para que o contrato, de acordo com as intenções de ambos os contratantes, possa subsistir dotada de sentido.³⁹⁰⁻³⁹¹ Após acurada análise da jurisprudência dos tribunais superiores de distintos ordenamentos, LARENZ identifica dois padrões de casos em que se poderia considerar dissolvida a base do negócio em sentido objetivo: hipóteses em que a perda de sentido decorre da destruição de equivalência entre as prestações e situações em que não é mais possível se alcançar o fim contratual.³⁹²⁻³⁹³

Com relação ao primeiro grupo de casos identificado, LARENZ explica que, em todo contrato bilateral, a contraprestação, a juízo de cada parte,³⁹⁴ equivale, exatamente, à sua própria prestação. Assim, um contrato bilateral perderia seu sentido e caráter originais, quando, em razão de alterações nas circunstâncias fáticas, a relação de equivalência se modificasse de tal maneira que sequer se poderia cogitar da contraprestação como algo equivalente à prestação, deixando o contrato carente da base negocial.³⁹⁵⁻³⁹⁶

³⁹⁰ - LARENZ, Karl. *Base del negocio...*, p. 225.

³⁹¹ - FRANTZ explica a base do negócio em sentido objetivo do seguinte modo: “[a]s partes, quando celebram um contrato, levam em consideração determinadas circunstâncias de caráter geral, como a ordem econômica ou social existente, o poder aquisitivo da moeda, as condições normais do tráfico, sem as quais o contrato não alcança seu escopo. Se, após a conclusão do contrato, sucederem modificações fundamentais nas circunstâncias consideradas pelas partes no momento da ponderação de seus interesses e da distribuição dos riscos, fazendo com que a avença perca completamente seu sentido originário e implique consequências diferentes daquelas planejadas pelas partes, o direito deverá tutelar tais situações para que a injustiça não se perpetue em nome da segurança jurídica” (Revisão..., p. 49).

³⁹² - LARENZ, Karl. *Base del negocio...*, pp. 98-99. Nesse ponto, o autor critica o recurso excessivo que a jurisprudência alemã do período fazia à equidade, para solucionar casos de alteração de circunstâncias. Segundo ele, haveria casos atípicos, em que, eventualmente, far-se-ia necessário recorrer à equidade. No entanto, segundo LARENZ, isso deveria ser evitado pelos magistrados, em prol da segurança jurídica necessária para o tráfico negocial (p. 102).

³⁹³ - LARENZ destaca que, para que se incidam as ideias sobre a base do negócio objetivo, a alteração do quadro fático deve ter sido imprevisível, bem como não pode haver mora de qualquer das partes (*Base del negocio...*, p. 169).

³⁹⁴ - A equivalência da prestação e da contraprestação, nesse aspecto, é subjetiva, dado que o valor de cada uma delas se mede de acordo com as necessidades específicas de cada parte. O valor de mercado entre as prestações pode ser, consideravelmente, diferente, bastando apenas que as partes tenham-nas como equivalentes (LARENZ, Karl. *Base del negocio...*, pp. 130-131).

³⁹⁵ - LARENZ, Karl. *Base del negocio...*, pp. 131. Para ilustrar, LARENZ faz referência a julgado do Tribunal do Reich de 1888, envolvendo a compra e venda de determinada bebida e a inesperada criação de imposto sobre a comercialização de bebida. No caso concreto, entre a celebração do contrato e seu efetivo cumprimento, foi criado referido tributo, o qual excedia o valor estipulado pela bebida, de maneira que o vendedor exigia do comprador o recolhimento do valor exigido pelo Fisco. O comprador, por sua vez, recusando-se ao pagamento do montante, adquiriu a bebida de outro fornecedor e ingressou com ação judicial para exigir do vendedor as perdas e danos decorrentes do descumprimento do contrato, nos termos, originalmente, celebrados. A Corte Alemã deu a ação por improcedente, vez que, caso o vendedor tivesse que arcar com o valor do tributo, prestação e contraprestação deixariam de ser equivalentes.

³⁹⁶ - A respeito do desaparecimento da base em razão da alteração na equivalência entre as prestações, LARENZ alerta para o fato de que tal proposição somente poderá ser considerada para casos em que a

No segundo grupo, a base objetiva desapareceria quando, em decorrência da alteração do quadro fático, a finalidade objetiva do negócio teria se tornado inalcançável, ainda que a prestação do devedor fosse possível de ser realizada. Para tal mister, a finalidade objetiva seria compreendida como aquela passível de ser deduzida da natureza do negócio e que, em razão de tanto, foi determinante para a definição do conteúdo da prestação ou do valor da contraprestação.³⁹⁷

No que se referem às consequências do desaparecimento da base negocial, LARENZ define-as, distintamente, para cada uma das hipóteses acima aventadas. No caso da modalidade subjetiva, a dissolução da base levaria à ineficácia do negócio (art. 779, BGB).³⁹⁸ Já, na hipótese de destruição da relação de equivalência entre as prestações, a parte prejudicada pela alteração de circunstâncias poderia se recusar a cumprir sua prestação, resolvendo ou denunciando o contrato, conforme o caso, desde que a outra parte não se oferecesse para readequar a contraprestação à nova situação.³⁹⁹ Caso, nessa mesma

alteração de circunstâncias afete a relação para fora do risco contratual (todo aquele que celebra contrato de trato sucessivo assume um risco). Assim, o desaparecimento da base somente pode ser considerado nos casos em que a relação de equivalência encontra-se, totalmente, destruída. Nesse tocante, o autor não olvida da ausência de uma fórmula matemática para fixar os limites do risco contratual. Segundo ele, este limite somente poderia ser identificado na casuística, mas isso não significa que as decisões de casos tais seriam arbitrárias e guiadas por qualquer sorte de juízo de equidade. Isso porque doutrina e jurisprudência, por meio da tipificação e comparação entre os casos, poderiam fixar esses limites, afastando a impressão de arbitrariedade no caso concreto. Ilustrativamente, LARENZ menciona que a base objetiva desapareceria, nas hipóteses em que, para fazer cumprir a prestação que se encontrava a seu encargo, a parte prejudicada pela alteração de circunstâncias teria que despendar valores mais altos do que o próprio montante estipulado para sua remuneração (*Base del negocio...*, pp. 46-47).

³⁹⁷ - LARENZ, Karl. *Base del negocio...*, p. 170. Exemplificativamente, LARENZ menciona julgado da Corte suprema alemã em que determinado empreendedor alugou espaço onde funcionava um restaurante e comprou todos os artigos que eram utilizados no estabelecimento, para que pudesse prosseguir explorando, comercialmente, o estabelecimento em mesma atividade. No entanto, referido empreendedor não conseguiu obter a licença necessária para fazer funcionar o restaurante. Assim, ao analisar o caso, o Tribunal do *Reich* entendeu que ambos os contratos constituíam um todo unitário, sendo que sua finalidade objetiva era permitir que o empreendedor explorasse o restaurante. Sem a licença, o fim contratual teria ficado frustrado.

³⁹⁸ - “Section 779. Concept of settlement; mistake as to the basis of the settlement.

(1) A contract by which a dispute or uncertainty of the parties with regard to a legal relationship is removed by way of mutual concession (settlement) is ineffective if the fact situation used as a basis according to the contents of the contract does not correspond to reality and the dispute or uncertainty would not have occurred if the facts had been known.

(2) It is equivalent to uncertainty about a legal relationship if the realisation of a claim is uncertain”.

³⁹⁹ - Nesse ponto, LARENZ esclarece que a proposta de reequilíbrio das prestações deve ser “adequada”. Isso, segundo ele, não significa, no entanto, que a averiguação do que é “adequado” deva ficar ao critério de equidade do juiz. Essa análise deve, necessariamente, ser extraída do próprio contrato. Assim, exemplificativamente, ele cita o caso de um contrato de compra e venda de bebidas, cujo preço original pelo produto fora estipulado em 100, mas, posteriormente à celebração do negócio, houve a instituição de imposto de 80 para a comercialização da bebida. Nesse caso, o comprador não deveria ser obrigado a arcar, integralmente, com o imposto. Afinal, como todo contrato implica em riscos para as partes, o vendedor também havia assumido determinada porção de álea ao celebrar o negócio. O comprador deveria arcar apenas

hipótese, a parte já houvesse cumprido sua prestação, ser-lhe-ia de direito pleitear uma indenização por enriquecimento sem causa da contraparte. Por fim, em se verificando a frustração do fim contratual, a parte prejudicada pode denegar o cumprimento da contraprestação, ainda que possível, no montante que exceder os custos referentes à preparação do contrato, sem a possibilidade, portanto, de pleitear a resolução do negócio.⁴⁰⁰

Não obstante a exaustiva análise realizada por LARENZ,⁴⁰¹ suas ideias não foram privadas de críticas por parte da doutrina. JOSEF ESSER contesta a separação da base do negócio em subjetiva e objetiva, dado que, para a definição de ambas as modalidades de base negocial, haveria a necessidade de se levar em conta elementos de natureza subjetiva e objetiva: na frustração do fim do contrato, haveria um regresso não assumido à vontade das partes, e, à identificação das intenções e pressuposições comuns, seria imprescindível a introdução de critérios objetivos.⁴⁰²

MENEZES CORDEIRO vai ainda mais fundo nas críticas às ideias de LARENZ. De acordo com o autor, a base do negócio visa a resolver questões, completamente, diversas,

com aquilo que excedesse o risco normal do comprador. Nesses termos, supondo que, originalmente, o comprador arcasse com um terço ou metade dos custos do vendedor, seria nessa exata proporção que deveria suportar a instituição do imposto, eis que isso estaria fora da álea contratual do vendedor (*Base del negocio...*, p.190).

⁴⁰⁰- LARENZ esclarece que, a despeito da frustração da finalidade do contrato, a parte para quem o negócio perdeu o sentido deve indenizar a outra das despesas com a preparação do contrato. Assim, na hipótese de marceneiro a quem foi encomendada porta de igreja destruída pela guerra, aquele, apesar de não receber o valor pelo serviço realizado, deve ser ressarcido das despesas com a aquisição de madeira, com deslocamento e com todas as outras prestações secundárias que se relacionavam à principal. Segundo LARENZ, o fundamento positivo para o dever de indenizar se encontraria no instituto da gestão de negócios: “[e]l que está autorizado y obligado a gestionar los negocios de outro, puede exigir la indemnización de los gastos realizados (cf. los §§ 670, 675, 689, 719, 1.390, 1.648, 1.935 del Código civil). Em los contratos de arrendamiento de servicios, de obra y suministro de obra y tambien en la compraventa cuando en ella se realicen gastos por las prestaciones adicionales, la contraprestación convenida incluye, por lo general, los gastos normalmente enlazados con el cumplimiento del contrato (por ejemplo, desplazamientos al lugar del trabajo, empleo de materiales, gastos necesarios de viajes, transportes, expedición, etcétera), de modo tal que estos gastos, por lo general, no se mencionan especialmente. Sin embargo, con arreglo a un criterio económico la contraprestación está integrada por esta indemnización y el pago del trabajo o dela prestación. No parece justo que en el caso de frustración de la finalidad, el deudor de la prestación que resultó inútil pierda ambas cosas y, por tanto, este en peor situación que el que há decidido gestionar el negocio de otro sin ninguna retribución. La pretensión de indemnización de este último no depende tampoco de que la gestión de negocios lleve a buen fin, esto es, de que se alcance la finalidad de la otar parte” (*Base del negocio...*, p.193).

⁴⁰¹- Nesse sentido, MENEZES CORDEIRO destaca que “na sua simplicidade aparente, a construção de L. é muito completa e dá um quadro global do roblema bastante mais preciso do que todos os esforços anteriores”, bem como “tem ainda um mérito exclusivo, ao apoiar-se directamente em problemas reais, postos pela jurisprudência” (CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha Menezes. *Da Boa fé...*, p. 1048).

⁴⁰²- CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha Menezes. *Da Boa fé...*, p. 1048.

“com base em conexões não científicas ou menos científicas” (processo de “difusão horizontal”), o que ainda é facilitado pelo manejo do conceito de boa-fé. Dessa maneira, conclui que, sem exprimir uma doutrina, solução ou espaço problemático claros, a fórmula dogmática da base do negócio ficou esvaziada e deveria, pois, ser abandonada.⁴⁰³

Seguindo na linha evolutiva do ideário da alteração de circunstâncias no espaço alemão, tentou-se fazer substituir as teorias anteriores, fundadas, essencialmente, na vontade, por teorias com esteio no conceito de risco.⁴⁰⁴

Nessa medida, GERHARD KEGEL, partindo da ideia de que o risco deve ser suportado pelo titular da esfera de direitos atingida (*casum sentit dominus; the loss lies where it falls*), desenvolveu os conceitos de grande e pequena base do negócio jurídico. Para KEGEL, contratar era perigoso e cada parte deveria suportar com seu próprio perigo, a despeito de possíveis alterações de circunstâncias. No entanto, haveria situações extremas, quando apenas uma das partes fosse, injustamente, afetada, que, em um juízo de valor jurídico-político, o risco seria redistribuído. A grande base envolveria perigos de comunidade causados por fatores naturais ou humanos que afetassem largos grupos sociais (ex.: guerras, medidas econômicas etc.), já a pequena base estaria relacionada a danos experimentados em circunstâncias particulares, que justificariam o auxílio à parte afetada (ex.: negócios de favor ou erro).⁴⁰⁵

MENEZES CORDEIRO preleciona que o mérito de KEGEL foi ter sistematizado com precisão a ideia de risco na seara da alteração de circunstâncias. Todavia, de acordo com o

⁴⁰³ - CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha Menezes. *Da Boa fé...*, pp. 1048-1049. Nesse sentido: “[h]á que ir mais longe da crítica a LARENZ, examinando, do ponto de vista do seu conteúdo, as realidades dogmáticas por ele incluídas na base do negócio. Retenha-se apenas, para já, que LARENZ, explicitamente, introduziu no seio da categoria «base do negócio», previsões normativas diferentes. Trata-se de um fenómeno de difusão horizontal, prenunciado, em período anterior, pelos críticos de OERTMANN, e, em especial, por LOCHER e acentuado pela recepção verbal operada pelo Tribunal do Reich; visando resolver uma certa problemática, a base do negócio vai abranger questões diversas, com base em conexões não científicas ou menos científicas. O fenómeno é dinamizado, também, pela facilidade aparente que acarreta, a nível de solução; a saída segundo a boa-fé. Essa difusão horizontal completa-se, a nível científico, por um esvaziamento dogmático crescente. Em OERTMANN, a base do negócio era uma doutrina pensada para solucionar problemas postos nos contratos por alterações supervenientes de circunstâncias; posteriormente, a mesma expressão veio a ser utilizada para designar doutrinas distintas, dirigidas para os mesmos problemas; a concluir, ela traduz proposições irreduzíveis, no âmbito como na solução. No termo, a base do negócio não exprime nem uma doutrina portadora de soluções, nem um espaço problemático claro, para o qual se alinham saídas várias. Desacompanhada de perífrases, a base do negócio, desde os últimos trinta anos, pouco quer dizer. É uma fórmula dogmática vazia”.

⁴⁰⁴ - CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha Menezes. *Da Boa fé...*, p. 1052.

⁴⁰⁵ - CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha Menezes. *Da Boa fé...*, p. 1053.

autor, as proposições de KEGEL não teriam atingido o propósito de delimitar os danos sofridos pela parte prejudicada. Isso porque, apesar de a teoria fundar a repartição de danos na solidariedade entre os membros da sociedade na ocorrência de grandes catástrofes (grande base), seria tão somente a contraparte não afetada que acabaria por suportar, em conjunto com o outro contratante, a agravação dos danos.⁴⁰⁶

Também fundado no risco, WOLFGANG FIKENTSCHER transpõe o problema da base do negócio para a base da confiança, a qual abrangeria tudo aquilo que não estivesse integrado no risco contratual. Explica FIKENTSCHER que, na celebração de um contrato, as partes, consciente ou inconscientemente, confiaram na permanência de determinadas circunstâncias (base pessoal da confiança e base negocial da confiança)⁴⁰⁷ que, uma vez modificadas, poderiam dar ensejo à inexigibilidade da prestação, mormente com afincamento na boa-fé (art. 242, BGB).⁴⁰⁸

A crítica de MENEZES CORDEIRO endereçada a KEGEL e discípulos situa-se, vez mais, na mera remodelação linguística da problemática, sem a efetiva construção de uma solução para a questão da alteração de circunstâncias. Diz, no entanto, que os trabalhos fundados na teoria do risco, a despeito de partirem do risco para desaguar na equidade, conferem à ciência do Direito uma nova e útil perspectiva de análise sobre o problema: a base da confiança.⁴⁰⁹

Por fim, na linha de evolução histórica do pensamento alemão, é válido mencionar ainda o entendimento de HELMUT KÖHLER. Este autor reconduziu a base do negócio ao *venire contra factum proprium*, concluindo que seria contraditório o fato de o contrato se fundar na estabilidade de determinadas circunstâncias e, na supressão ou não concretização destas, os termos convencionados continuarem eficazes, razão pela qual as prestações não poderiam continuar exigíveis.⁴¹⁰

⁴⁰⁶ - CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha Menezes. *Da Boa fé...*, pp. 1055-1056.

⁴⁰⁷ - Enquanto a base pessoal estaria relacionada a pressuposições referentes à pessoa do contratante, a base negocial abrangeria as circunstâncias exteriores à vontade contratual, tal qual a base do negócio em sentido objetivo.

⁴⁰⁸ - CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha Menezes. *Da Boa fé...*, pp. 1060-1061.

⁴⁰⁹ - CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha Menezes. *Da Boa fé...*, p. 1062.

⁴¹⁰ - CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha Menezes. *Da Boa fé...*, p. 1063.

2.1.2.3 Vertente Italiana: onerosidade excessiva e pressuposição

Em semelhança ao que se passou na França e na Alemanha, a temática da alteração de circunstâncias não esteve no centro das discussões jurídicas em território italiano até o final do século XIX. De se notar que a questão da alteração superveniente das circunstâncias fáticas sequer foi abordada na codificação de 1867, por influência do ideário individual-oitocentista do Código Napoleônico.⁴¹¹

Foi somente a partir da primeira metade do século XX, com apoio nos estudos de GIUSEPPE OSTI, que a temática retornou à baila, inserida em um contexto de valorização dos ideais de justiça social e relativização dos princípios, estritamente, individualistas.⁴¹²

Não obstante a crescente preocupação com a limitação à liberdade individual de contratar, a jurisprudência e doutrina italianas, de modo semelhante ao que se passou na França, foram, de início, reticentes em admitir a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* aos contratos afetados pelo cenário pós-guerra europeu. Foi o legislador quem, por meio da edição de diplomas específicos, atuou, de plano, no tratamento da superveniente alteração de circunstâncias.⁴¹³

Entre os diversos trabalhos que surgiram na Itália sobre a problemática, GALLO dá destaque ainda à obra de M. ANDREOLI, o qual, alguns anos antes da promulgação do *Codice* de 1942, fez um vasto levantamento do material já produzido até então acerca alteração de circunstâncias. Ao cabo de seu trabalho, a conclusão alcançada pelo Autor foi a de que havia a necessidade da introdução no ordenamento de um remédio específico para a patologia da superveniência de fatos inesperados, o qual permitisse a revisão do contrato afetado.⁴¹⁴

⁴¹¹- GALLO, Paolo. *Sopravvenienza Contrattuale...*, p. 103.

⁴¹²- FRANTZ, Laura Coradini. *Revisão...*, pp. 65-66.

⁴¹³- CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha Menezes. *Da Boa fé...*, pp. 981-982. A esse respeito, CARDILLI menciona a promulgação do “Decreto legislativo luogotenenziale (D. Lt. 20 giugno 1915 n. 890) col quale si riconosce la rilevanza dell’eccessiva onerosità sopravvenuta a causa di guerra” (*Sopravvenienza e pericoli contrattuali*, apostila entregue em palestra realizada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 2012, p. 18).

reconhece que “certamente la crisi economica di fine secolo e gli effetti della I guerra mondiale sui prezzi e sulle difficoltà di approvvigionamento contribuirono in quegli anni ad un recupero giurisprudenziale della teoria della clausola *rebus sic stantibus*”.

⁴¹⁴- GALLO, Paolo. *Sopravvenienza Contrattuale...*, p. 104.

De fato, a despeito da inicial reticência doutrinária e jurisprudencial à aceitação de esquemas relacionados à cláusula *rebus*, pouco a pouco o ideal solidarista adentrou nos meandros do sistema contratual italiano, culminando com a inserção dos artigos 1467 e 1468 no *Codice* de 1942,⁴¹⁵ os quais vieram a positivizar o instituto da onerosidade excessiva. Dentro do novo contexto do bem-estar social, o instituto se inseria como uma “*sanção ao não-cumprimento do dever de solidarietà que deve imperar entre as partes*”.⁴¹⁶

Diversamente do que preconizava ANDREOLI, o legislador de 1942 não adotou a revisão como remédio aos casos de excessiva onerosidade decorrente da alteração de circunstâncias fáticas. Em seu lugar, optou por solucionar a patologia por meio da resolução contratual, dissolvendo o vínculo contratual. A possibilidade de revisão ficou, assim, reservada para alguns tipos contratuais específicos, como o contrato de empreitada, o contrato de seguro, o contrato de distribuição etc.⁴¹⁷

Nesse sentido, GALLO destaca que o largo espectro de tipos contratuais que permitem a revisão acena para o fato de que, em realidade, esta teria se tornado a regra em lugar do remédio previsto no art. 1467. Segundo o autor, os idealizadores do *Codice* receosos das consequências que a revisão contratual poderia trazer a um sistema calcado, essencialmente, sobre a regra da intangibilidade dos contratos, bem como face à ausência de produção doutrinária profunda nesse tocante à época, optaram por inserir uma figura

⁴¹⁵ - “Art. 1467 Contratto con prestazioni corrispettive

Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458 (att. 168).

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

La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto (962, 1623, 1664, 1923)”.

“Art. 1468 Contratto con obbligazioni di una sola parte

Nell'ipotesi prevista dall'articolo precedente, se si tratta di un contratto nel quale una sola delle parti ha assunto obbligazioni, questa può chiedere una riduzione della sua prestazione ovvero una modificazione nelle modalità di esecuzione, sufficienti per ricondurla ad equità”.

⁴¹⁶ - FRANTZ, Laura C. *Revisão...*, p. 66.

⁴¹⁷ - GALLO, Paolo. *Sopravvenienza Contrattuale...*, p. 104.

intermediária, em que a regra geral seria a resolução por onerosidade excessiva entremeada pelos tipos contratuais específicos que permitiriam a intervenção revisionista.⁴¹⁸

Para o autor italiano ainda, o artigo 1467 do *Codice*, tido como de vanguarda em 1942, foi modelado visando, principalmente, a conferir objetividade à operação do instituto, de modo a afastar a pecha de indeterminação que cercava as principais ideias a respeito da problemática das circunstâncias supervenientes, em especial a teoria da imprevisão. Sublinha ainda que, a despeito de tal esforço, o instituto não dispensou, por definitivo, o trabalho de integração contratual do intérprete.⁴¹⁹

Arremata, por fim, seus comentários sobre o artigo 1467, aduzindo que o maior defeito do dispositivo italiano teria sido deixar de abarcar as hipóteses de frustração do fim contratual.⁴²⁰

Sinteticamente, o suporte fático do art. 1467 exige a presença de quatro requisitos para que a regra se torne eficaz no caso concreto: (i) alguma das prestações deve ser diferida com relação ao momento da conclusão do contrato, (ii) a prestação não deve ter se esgotado por completo no momento em que o contrato foi afetado pela alteração de circunstâncias, (iii) a onerosidade superveniente deve ser caracterizada como excessiva (i.é., fora da álea normal do contrato) e (iv) o evento superveniente deve ser extraordinário e imprevisível.⁴²¹

Com relação aos dois primeiros pressupostos, ROPPO esclarece que a racionalidade subjacente a tais requisitos é simples: a partir do momento que a prestação foi cumprida, ela sai da esfera de atuação do devedor e se torna elemento interno do patrimônio do *accipiens*, deixando de ser uma prestação,⁴²² o que, obviamente, afastaria a necessidade de se buscar um remédio para a situação. Especialmente no tocante ao segundo requisito, o

⁴¹⁸ - GALLO, Paolo. *Sopravvenienza Contrattuale...*, p. 104.

⁴¹⁹ - GALLO, Paolo. *Sopravvenienza Contrattuale...*, p. 104.

⁴²⁰ - GALLO, Paolo. *Sopravvenienza Contrattuale...*, p. 104.

⁴²¹ - ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto...*, pp. 1017-1018.

⁴²² - Por prestação, ROPPO entende que seria o comportamento ou resultado deduzido da obrigação ou a concretização de um fato jurídico de natureza translativa, constitutiva de direito real ou extintiva (*Il Contratto...*, p. 1019).

autor pontua que, ao se socorrer do remédio previsto no artigo 1467, o devedor não deve ter incorrido em mora no cumprimento de sua prestação.⁴²³

A onerosidade excessiva superveniente, a seu turno, deverá atingir direta e objetivamente a prestação ainda não exaurida,⁴²⁴ pouco importando se a contraprestação já foi ou não realizada. A ilustrar a regra, ROPPO menciona o famoso caso do fechamento do canal de Suez: o encarecimento do valor do frete pela necessidade de alteração da rota do navio seria um evento causador de ônus excessivo ao transportador com influência direta e objetiva sobre a prestação; no entanto, eventual epidemia que contaminasse toda a tripulação da embarcação, com a necessidade de sua substituição, não poderia ser considerada para fins de liberação de eficácia do previsto no artigo 1467.⁴²⁵

De se salientar que o pressuposto da onerosidade excessiva pode recair sobre todo o contrato ou apenas sobre parte dele (ex: um dos produtos a ser entregue em um contrato de fornecimento, uma cláusula determinada etc.). Nessa segunda hipótese, o remédio resolutório poderá atingir todo o programa contratual ou apenas a parte afetada, a depender da relação da parte atingida com o restante do negócio ou mesmo de sua relevância dentro do quadro convencionado pelas partes.⁴²⁶

⁴²³- ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto...*, p. 1021.

⁴²⁴- Nesse sentido, AGUIAR DIAS comenta: “[c]umprida parcialmente a obrigação a onerosidade pode atingir a parte restante, com a modificação ou a resolução parcial do contrato. Se o devedor já cumpriu a parte, depois de concretizada a situação, não está ele excluído da invocação quanto ao restante, pois o seu esforço inicial deve ser entendido como uma tentativa de manter-se fiel ao contrato” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos...*, 2003).

⁴²⁵- ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto...*, p. 1021. O autor destaca que a jurisprudência das cortes italianas vem admitindo ainda que os devedores, para invocar o direito de resolução contratual previsto do art. 1467, valham-se do que denomina de “*oneroristá indiretta*”. Tal hipótese seria aplicável aos casos em que, a despeito de a prestação ainda não exaurida manter-se inalterada, há a degradação da contraprestação por evento superveniente, desequilibrando o equilíbrio contratual. Os casos mais comuns de onerosidade indireta seriam os de desvalorização monetária da contraprestação. Nesse sentido, ROPPO faz interessante análise sobre suposta dicotomia entre o artigo 1467 e o artigo 1277 do *Codice*, o qual prevê, em razão do princípio nominalístico da moeda, a possibilidade de o devedor, mesmo diante de eventual desvalorização monetária, liberar-se de sua prestação pagando o valor, nominalmente, avençado. Segundo ele, a aparente dicotomia entre os dispositivos resolver-se-ia da seguinte maneira: caso eventual desvalorização monetária atinja determinada prestação de pagar, surge ao devedor de tal obrigação a pretensão para liberar-se desta com o pagamento do montante, nominalmente, estipulado (art. 1277). De outro lado, a contraparte, apesar de não ter a pretensão para exigir o recebimento dos valores corrigidos, tem a pretensão para liberar-se de sua obrigação de cumprir com a contraprestação, caso ainda não exaurida, em razão da superveniência de onerosidade indireta (art. 1467). Nessa hipótese, o devedor da prestação de pagar poderia impedir a resolução do vínculo contratual, oferecendo-se para pagar o valor corrigido.

⁴²⁶- ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto...*, p. 1023.

Tudo aquilo que excede a álea normal do contrato é considerado como “excessivo”, para fins do artigo 1467. Segundo ROPPO, a álea normal do contrato é a tipologia e a medida do risco que a parte, implicitamente,⁴²⁷ assume ao celebrar determinado contrato. Conforme sua lição, o risco contratual assumido por cada uma das partes deve ser aferido de acordo com as regras tipificadas em lei e com base em determinadas nuances contratuais (o objeto do contrato, cláusulas estranhas ao tipo contratual, específica conjuntura em que o contrato se insere etc.). Assim, por exemplo, determinada variação de preços que poderia ser considerada parte da álea normal de um contrato celebrado no âmbito da bolsa de valores, eventualmente será considerada excessiva em um mercado mais tranquilo.⁴²⁸

Por fim, no que é pertinente ao quarto pressuposto, as Cortes italianas entendem que o caráter extraordinário e imprevisível deve ser valorado de acordo com aquilo que poderia ser previsível ao homem médio, atendo-se ainda à natureza contratual, à capacidade dos contratantes, às condições de mercado e a cada um dos demais elementos individuais que foram inseridos no pactuado. Com base nesses critérios, o juiz verificaria o grau de especialidade do evento superveniente e a probabilidade de ter sido previsto pelas partes. Quanto mais alto o grau de especificidade do evento, mais baixa era a probabilidade que fosse previsto pelas partes.⁴²⁹

Na verificação da existência de imprevisibilidade, a jurisprudência italiana, logo após a vigência do *Codice* de 1942, adicionou ainda mais um caractere: a não-generalidade do evento superveniente. Pelo raciocínio desenvolvido, principalmente em razão das altas taxas de inflação da época,⁴³⁰ se o evento tem feição generalizada e atinge a largo grupo social, era de certa forma previsível sua ocorrência. Esse posicionamento, no entanto, foi, ulteriormente, mitigado, a fim de que, mesmo diante da amplitude de determinado evento

⁴²⁷ - ROPPO diz que a imputação de risco dá-se de maneira implícita, pois, se fosse explícita, a repartição de riscos decorreria da vontade das partes e não da lei (*Il Contratto...*, p. 1024).

⁴²⁸ - ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto...*, p. 1025.

⁴²⁹ - ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto...*, p. 1025. O autor dá o seguinte exemplo para esclarecer sua hipótese: é previsível que, genericamente, haja uma guerra no futuro; é um pouco menos previsível que a futura guerra ocorra entre Israel e os países árabes; é ainda menos previsível – e, assim, imprevisível – que a guerra árabe-israelense inicie-se nos próximos dez dias e acarreta o fechamento do Canal de Suez. ROPPO propõe ainda a seguinte gradação aos eventos supervenientes: são previsíveis fatos com 50% de chance de se verificarem, imprevisíveis fatos com até 0,5% de probabilidade de acontecer; já, para um fato com probabilidade de cerca de 10% de probabilidade, a questão será discutível.

⁴³⁰ - Compreendia-se que as taxas de inflação, por serem eventos generalizados, estavam inseridos no contexto da economia nacional.

superveniente, fosse analisada, igualmente, a “medida” da alteração proporcionada pelo fato inesperado: se um contrato é firmado quando a taxa de inflação encontra-se no patamar de 2%, é imprevisível que esse índice, em pouco tempo, alcance o percentual de 9%; no entanto, essa mesma taxa não seria imprevisível, caso, no momento de celebração da convenção, a inflação estivesse próxima de 7,5%.⁴³¹

Nada obstante, ROPPO destaca que, historicamente, a jurisprudência italiana tem, paulatinamente, flexibilizado o rigor do parâmetro utilizado para se aferir a previsibilidade do evento. Dessarte, aquilo que, no passado, era negado como fato imprevisível pelos tribunais italianos, hoje já é aceito para compor a *fattiespecie* que autoriza o socorro ao remédio resolutório do artigo 1467.⁴³²

O remédio primário previsto pelo art. 1467 é a resolução contratual, a qual pode ser invocada tanto por meio da ação, quanto da exceção (neste caso, reconvenção). Entretanto, de acordo com o entendimento de ROPPO, é ônus da parte prejudicada pela alteração de circunstâncias adotar as medidas necessárias para se liberar do vínculo contratual. A simples superveniência de fatos inesperados não pode ser utilizada como justificativa para que a parte onerada deixe de cumprir a prestação a seu encargo. Argumenta que, diversamente da exceção do contrato não cumprido positivada no art. 1460 do *Codice*,⁴³³ não há na lei italiana qualquer previsão de exceção de onerosidade.⁴³⁴

⁴³¹ - ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto...*, p. 1026.

⁴³² - ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto...*, p. 1026. Nesse ponto, ROPPO esclarece que o juízo acerca da medida da imprevisibilidade confunde-se, em certo aspecto, com aquele realizado na análise de subsunção de determinado risco à álea normal do contrato. Diz ele que “*giudicare se una sopravvenienza rientri o no nell’alea normale del contratto implica anche valutarne il grado de prevedibilità*”.

⁴³³ “Art. 1460 Eccezione d’inadempimento.

Nei contratti con prestazioni corrispettive, ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione, se l’altro non adempie o non offre di adempiere contemporaneamente la propria, salvo che termini diversi per l’adempimento siano stati stabiliti dalle parti o risultino dalla natura del contratto (1565).

Tuttavia non può rifiutarsi l’esecuzione se, avuto riguardo alle circostanze, il rifiuto è contrario alla buona fede (1375)”.

⁴³⁴ - ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto...*, p. 1027. A esse respeito, o mestre italiano melhor esclarece sua posição nos seguintes termos: “[q]uando la lege há voluto sancire che l’inadempimento della parte è giustificato da quello di controparte, há codificato l’eccezione d’inadempimento (art. 1460): non há invece codificato nessuna eccezione di onerosità. La vittima dell’onerosità non é per ciò liberata dal suo impegno di adempimento: se vuole liberarsi, nun può restare inerte bensì há l’onere di assumere la corrispondente iniziativa (necessária per far sapere a controparte che il contratto è in crisi e non avrà futuro, e per consentirle eventualmente di predisporre um’offerta di riduzione a equità)”.

Dessa maneira, ROPPO explica que o inadimplemento contratual posterior à superveniência do fato inesperado, a despeito de não acarretar a preclusão da pretensão resolutória,⁴³⁵ torna a parte agravada responsável pelos prejuízos que seu inadimplemento houver ocasionado até o momento em que ação resolutória vier a ser proposta (e, no caso, de ela ser, posteriormente, acolhida). A parte afetada pela alteração de circunstâncias, nesse caso, é responsável pela tardia propositura da ação resolutória.⁴³⁶

No tocante aos efeitos da resolução contratual, a sentença constitutiva que venha a ser proferida ao final da contenda retroagirá ao momento da celebração do contrato, para os pactos de execução diferida, ou, ao momento em que houve a alteração de circunstâncias, para os contratos de execução continuada (*i.é.*, prestações já executadas antes da alteração de circunstâncias não serão prejudicadas). Em ambos os casos, porém, o direito de terceiros de boa-fé deverá sempre ser preservado.⁴³⁷

Proposta a demanda, o artigo 1467 permite ao réu o direito potestativo de formular à parte afetada oferta de modificação equitativa, para neutralizar a pretensão resolutória. Esta oferta deve ser suficiente para recompor a prestação afetada ao limite mínimo da álea normal do contrato.⁴³⁸ Não confere a lei italiana a possibilidade de que o autor peça a recomposição do equilíbrio contratual, nem que o juízo o faça de ofício. É mesmo necessária a voluntária requisição do réu nesse tocante.⁴³⁹

Convém destacar que os efeitos acima descritos não se aplicam, integralmente, aos contratos gratuitos e aos contratos aleatórios. Os primeiros, à conta de sua particular estrutura,⁴⁴⁰ permitem apenas que a parte agravada suscite uma redução da prestação atingida ou uma modificação da modalidade de execução da prestação em valores

⁴³⁵ - Segundo ROPPO, o inadimplemento anterior à alteração de circunstâncias faz precluir o direito ao socorro ao remédio do art. 1467 (*Il Contratto...*, p. 1027).

⁴³⁶ - ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto...*, p. 1028.

⁴³⁷ - ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto...*, p. 1028.

⁴³⁸ - ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto...*, p. 1028. Nesse sentido: “[l]a sopravvenuta onerosità che grava una parte non dipende dall'altra, e sarebbe perfettamente fisiologica e tollerata se non eccedesse l'alea normale del contratto: recuperarei il margine di eccedenza riporta il contratto alla sua giusta fisiologia”.

⁴³⁹ - ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto...*, p. 1029.

⁴⁴⁰ - ROPPO explica que a razão de ser da norma do artigo 1468 residiria no fato de que, cabendo a prestação contratual a apenas uma das partes, esta seria a única legitimada para propor a ação resolutória, dado que eventual alteração de circunstâncias poderia prejudicar tão somente seus próprios interesses. Nesse sentido, a contraparte, em regra, teria sempre interesse em oferecer a redução equitativa da prestação, de maneira a conservar ao menos parte daquilo que recebera gratuitamente. Assim, em vista dessa realidade, a lei teria simplificado esse procedimento (*Il Contratto...*, pp. 1030).

suficientes para reconduzi-la à equidade (art. 1468, *Codice*). Os segundos, apesar de, em regra, não estarem sujeitos ao remédio do artigo 1647 (art. 1469, *Codice*),⁴⁴¹ admitem, segundo ROPPO, que seja decretada a resolução contratual, nas hipóteses em que se concretizar risco maior ou diverso do que, originalmente, previsto.⁴⁴²⁻⁴⁴³

Em paralelo à onerosidade excessiva fundada no art. 1467 do *Codice* – e antes mesmo de sua instituição –,⁴⁴⁴ ecoaram, na jurisprudência italiana, as ideias de WINDSCHEID e OERTMANN já explicitadas neste trabalho, abrindo espaço para decisões fundadas na teoria da pressuposição.⁴⁴⁵

Logo após o advento do *Codice* de 1942, a jurisprudência italiana negou a aplicação da pressuposição, dada a ausência de regulação legal expressa a seu respeito. No entanto, esse posicionamento não prevaleceu e, pouco tempo depois, a pressuposição voltou a ser aplicada pelas Cortes italianas, em especial para os casos de frustração do fim do contrato – hipóteses que a extrema objetividade da norma do artigo 1467 deixou de abarcar.⁴⁴⁶

Como exemplo de aplicação da pressuposição, GALLO cita o caso de aquisição de terreno com propósito de construção de edifício (reconhecido por ambas as partes), em que, após a concretização do negócio, tem-se negada licença para construção de prédio por

⁴⁴¹ - “Art. 1469 Contratto aleatorio

Le norme degli articoli precedenti non si applicano ai contratti aleatori per loro natura (1879) o per volontà delle parti (1448, 1472)”.

⁴⁴² - Como exemplo, ROPPO cita o contrato de seguro contra incêndio em residências. Nesse contrato, a companhia seguradora não poderá livrar-se do pagamento da indenização, sob a alegação de que o incêndio perfazia um evento imprevisível e que o valor da indenização excederia o montante pago a título de prêmio pelo segurado. Afinal, isso estaria dentro da álea normal do contrato de seguro. De outro lado, a seguradora, eventualmente, poderia se valer da norma do art. 1467, quando o valor do prêmio houvesse se desvalorizado, monetariamente, de tal modo que poderia ser considerado irrisório com relação ao valor do bem segurado (*Il Contratto...*, pp. 1032 e 1033).

⁴⁴³ - ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto...*, pp. 1030-1032.

⁴⁴⁴ - De acordo com ROPPO, antes de 1942, as questões referentes à alteração de circunstâncias era resolvidas com apoio na teoria da pressuposição (*Il Contratto...*, p. 1039). GALLO registra que a primeira decisão judicial a se valer da teoria da pressuposição na jurisprudência italiana data de 1932 (“[p]ressupposizione è quella circostanza od evento che sabbene non svolto, costituisce pur sempre parte od elemento del contenuto volitivo, circoscrivendone l’efficacia”) (*Sopravvenienza Contrattuale...*, p. 298).

⁴⁴⁵ - GALLO, Paolo. *Sopravvenienza Contrattuale...*, p. 296. No mesmo sentido: FRANTZ, Laura C. *Revisão...*, p. 48.

⁴⁴⁶ - GALLO, Paolo. *Sopravvenienza Contrattuale...*, p. 299. O Autor destaca a relevância da teoria da pressuposição no ordenamento italiano: “[g]razie alla teorica della pressupposizione l’Italia è anzi probabilmente uno degli ordinamenti in cui l’irraggiungibilità dello scopo contrattuale assume maggior rilevanza”. Após analisar diversos julgados das cortes italianas, GALLO conclui que a “la (...) giurisprudenza abbia ritenuto opportuno far ricorso alla teorica della pressupposizione al fine di conceder lo scioglimento del contratto in caso di irraggiungibilità dello scopo contrattuale” (p. 306).

alteração do plano diretor da cidade. Nesse caso, a jurisprudência italiana compreende que, em razão do resultado injusto que o empreendimento geraria,⁴⁴⁷ o negócio deve ser desfeito.⁴⁴⁸⁻⁴⁴⁹

De maneira bastante sintética, foram conformados os seguintes requisitos para a aplicação da teoria da pressuposição: (i) a situação de fato ou de direito pressuposta deve ser comum a ambos os contratantes, de modo a evitar a atribuição de relevância aos motivos individuais, (ii) a ocorrência da situação pressuposta deve ser independente da vontade das partes, e (iii) a regra da pressuposição somente poderá ser aplicada nos casos em que a vontade das partes não conste, expressamente, do texto contratual.⁴⁵⁰⁻⁴⁵¹

Os requisitos acima indicados, mormente o que se refere ao comum conhecimento das partes a respeito da situação pressuposta, indica que, em realidade, a despeito da nomenclatura utilizada pela jurisprudência, é a teoria da base do negócio que ecoa com mais força no território italiano.⁴⁵²

⁴⁴⁷ - Nesse sentido: “[m]a nel diritto vivente quell’ingiusto risultato non passa: A può invocare il principio della pressuposizione; e il giudice accoglie la sua domanda di liberarsi del contratto, rilevando che è venuto meno un presupposto del contratto stesso”. Com efeito, ROPPO destaca que a regra da pressuposição funda-se no princípio da boa-fé objetiva. Segundo ele, a boa-fé pré-contratual (artigo 1337) indica que é justo distribuir entre as partes a obrigação de informar e o ônus de informar-se sobre os pressupostos e riscos da operação econômica realizada; a boa-fé hermenêutica (artigo 1366) auxilia na busca pelo sentido do texto contratual no que se refere à repartição do risco; e, se o texto contratual não trazer qualquer evidência nesse tocante, a boa-fé executiva (artigo 1375), fonte de integração do contrato, pode fundar ou bloquear a pretensão de alguma das partes (ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto...*, p. 1038).

⁴⁴⁸ - GALLO, Paolo. *Sopravvenienza Contrattuale...*, p. 300. Nesse sentido, cita trecho de excerto jurisprudencial: “[l]a mancata concessione della licenza edilizia costituisce venir meno della pressuposizione in caso di acquisto di un terreno” (Cass., 15 novembre 1967, n. 2942, in G. Civ., I, 14895).

⁴⁴⁹ - A esse respeito, ROPPO registra que a jurisprudência italiana não é unívoca no tocante às consequências decorrentes da ausência da pressuposição: fala-se tanto em invalidade quanto em resolução contratual. Segundo o autor, em termos sistemáticos, deve-se falar em resolução nos casos em que determinada situação vislumbrada pelas partes deveria vir a ocorrer e não se implementou, com fulcro na solução do artigo 1467. Já, para os casos em que determinado evento pressuposto como existente ao tempo da celebração do contrato vem se mostrar, posteriormente, como inexistente, há fundada dúvida se está a se tratar de anulabilidade, com base na disciplina do erro, ou se seria caso de nulidade, por ausência de elemento essencial do contrato (ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto...*, p. 1040). De fato, ROPPO destaca a transitividade da regra da pressuposição entre diversos institutos de direito privado: “[l]a pressuposizione è tema tipicamente trasversale. Interseca i territori dell’errore e della sopravvenienza, e dei corrispondenti rimedi. Poi quello della condizione. Poi ancora quello dei rapporti fra volontà espressa e tácita, e dell’interpretazione e integrazione del contratto. Infine quello della relazione fra causa e motivi: dire che il presupposto è rilevante per la sorte del contratto significa dire che appartiene alla casua e non ai motivi di questo; la teoria della pressuposizione ridefinisce fondamento e limiti del principio d’irrelevanza” (ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto...*, p. 1041).

⁴⁵⁰ - GALLO, Paolo. *Sopravvenienza Contrattuale...*, p. 308.

⁴⁵¹ - ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto...*, p. 1040.

⁴⁵² - FRANTZ, Laura C. *Revisão...*, pp. 47-49.

2.1.3 O modelo jurídico da revisão

Como visto nos itens anteriores, foram muitos os fundamentos identificados na literatura jurídica com vistas a legitimar a flexibilização da força obrigatória dos contratos.

De acordo com MORAES, a despeito das mais variadas proposições acerca dos fundamentos da revisão contratual assentada sobre as bases da cláusula *rebus sic stantibus*, pode-se dividir o pensamento em torno da matéria em dois grupos: (i) de um lado, aqueles que se esteiam sobre a vontade contratual, defendendo a ideia de que as partes, uma vez alteradas as circunstâncias de fato, sempre teriam, ainda que tacitamente, a intenção de alterar o pactuado;⁴⁵³ (ii) de outro, os que crêem na existência de fatores extrínsecos, como a moral, a boa-fé, a equidade etc., a fundamentar a flexibilização da intangibilidade contratual.⁴⁵⁴

VENOSA, a seu turno, triparte as correntes doutrinárias a respeito da revisão contratual: (i) corrente subjetiva, calcada nas ideias da pressuposição e de que “(...) *todo contrato possui uma condição implícita de permanência de uma realidade, cuja modificação substancial autoriza a supressão dos efeitos por ela causados*”; (ii) corrente objetiva, pautada pelo princípio da equivalência das prestações e na função social dos contratos; e (iii) corrente fundada na boa-fé objetiva e na regra moral das obrigações.⁴⁵⁵

De maneira mais precisa, MARTINS-COSTA esclarece que, antes de tudo, é relevante encontrar o sentido das normas que revestem o modelo jurídico da revisão. Nessa medida,

⁴⁵³ - Entre os voluntaristas pode-se mencionar BERNARD O WINDSCHEID, PAUL OERTMANN, KARL LARENZ, ACHILLE GIOVENE, GIUSEPE OSTI, entre outros. Sobre esta corrente: “[a]s doutrinas que fundamentam a cláusula *rebus sic stantibus*, ou figuras similares, na análise da vontade contratual, consideram que as partes, ainda que tacitamente, queriam a revisão contratual caso o estado de fato, baseado no qual elas declaram sua vontade, tivesse mudado de maneira imprevisível e profunda. Afinal, ao se comprometerem a uma prestação, sua vontade pressupunha um determinado estado de coisas” (MORAES, Renato José de. *Cláusula Rebus...*, p. 32).

⁴⁵⁴ - Nesse segundo grupo, estariam RIPERT, MAIA, MEDEIROS DA FONSECA, ROBERTO RUGGIEIRO e outros. A respeito: “[t]odas entendem que o segmento completo da vontade das partes não pode ser um princípio absoluto, mas sim relativo, que deve ser flexibilizado, dependendo das circunstâncias concretas. Essa relativização da importância do que foi expressamente querido pelas partes, em determinado momento, faz-se em vistas às finalidades que seriam mais importantes que o mero cumprimento exato do que foi estabelecido ao celebrar-se o contrato. As respostas à pergunta de quais seriam esses fatores externos à vontade das partes, capazes de colocar em um segundo plano o princípio da autonomia privada, são bastante variadas. Conseqüentemente, há inúmeras correntes ditas extrínsecas sobre a fundamentação da cláusula *rebus sic stantibus*. Afinal, entram aí em jogo conceitos como moral, boa-fé, justiça, direito, sobre os quais se está muito longe de um consenso” (MORAES, Renato José de. *Cláusula Rebus...*, p. 33).

⁴⁵⁵ - VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil, Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. Rio de Janeiro: Atlas, 2008, p. 44.

a autora busca correlacionar o modelo da revisão contratual com as racionalidades que, através dos tempos, orientaram o próprio direito privado (concepção autonômica, concepção funcionalista e concepção aristotélica).⁴⁵⁶

Sob a concepção autonômica, segundo a qual o direito privado pautar-se-ia apenas por garantir a autonomia dos indivíduos, a revisão de contratos somente estaria viabilizada por meio do acordo *inter partes*. Exceto se existente lei específica determinando a intervenção judicial, o pactuado entre as partes (*pacta sunt servanda*), justamente por ter força de lei aos envolvidos (*lex inter partes*), somente poderia ser alterado mediante a atuação da autonomia privada. Estariam enquadradas dentro dessa racionalidade as formas convencionais de revisão contratual (ex.: cláusulas de *hardship*).⁴⁵⁷

Na ótica funcionalista, de outro lado, a revisão contratual - assim como o Direito Privado em si - operaria de maneira instrumental, visando a recondicionar o contrato nos casos em que este já não mais estivesse acorde com a operação econômica para o qual foi desenhado ou nas hipóteses em que a convenção estivesse a atentar contra diretrizes sociais.⁴⁵⁸ Assim, ilustrativamente, a revisão contratual estaria permitida nas hipóteses em que, por acentuada elevação da inflação, a prestação contratual tornou-se, excessivamente, onerosa para uma das partes ou, excessivamente, vil para a outra.⁴⁵⁹ O relevante, para essa racionalidade, é a existência de uma “*excessiva e massiva inadimplência*” com “*efeitos na economia globalmente considerada*”.⁴⁶⁰

A terceira concepção – aristotélica – encontraria seu fundamento, essencialmente, no critério de justiça distributiva, segunda a qual “*o justo é, pois, uma espécie de termo proporcional*”.⁴⁶¹ Assim, a intervenção nos contratos com viés revisional teria como

⁴⁵⁶ - MARTINS-COSTA, Judith. A revisão dos contratos..., pp. 139-140.

⁴⁵⁷ - MARTINS-COSTA, Judith. A revisão dos contratos..., pp. 139-140.

⁴⁵⁸ - A esse respeito: “[n]ão existe «um conjunto de regras de justiça diretamente aplicáveis aos institutos de direito privado que, como alicates e chaves de fenda, serviriam somente como meios para atingir objetivos definidos independentemente deles». Segundo Michelon «A questão central para a compreensão do direito privado passa a ser então uma questão externa ao direito privado, a saber: quais são os objetivos sociais a serem alcançados. Essa questão determinará o design de todas as instituições sociais, inclusive da instituição social que chamamos direito privado, já que o valor (conteúdo) do direito privado seria simplesmente instrumental em relação a objetivos sociais comuns a serem alcançados pela comunidade” (MARTINS-COSTA, Judith. A revisão dos contratos..., p. 140).

⁴⁵⁹ - MARTINS-COSTA, Judith. A revisão dos contratos..., p. 141-142.

⁴⁶⁰ - MARTINS-COSTA, Judith. A revisão dos contratos..., p. 143.

⁴⁶¹ - ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, tradução portuguesa de Leonel Vallandro e Gerd Borheim. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 325 *apud* MARTINS-COSTA, Judith. A revisão dos contratos..., p. 142.

objetivo restabelecer a simetria e o equilíbrio entre as prestações, originalmente, contratadas, sendo despidendo maiores detalhes nesse sentido.⁴⁶²

A despeito da não resolvida questão acerca da prevalência de alguma dessas três concepções governar todo o Direito Privado, MARTINS-COSTA acredita que as três racionalidades podem conviver, diferenciando-se no tocante à sua predominância de acordo com a área de incidência.⁴⁶³ Nesse aspecto, dentro da atual sociedade hipercomplexa, faz-se mister identificar a racionalidade predominante no negócio em análise, dimensionando a eficácia da revisão e o poder jurisdicional.⁴⁶⁴

Ao tratar especificamente do direito brasileiro, MARTINS-COSTA diz existir, verdadeiramente, um “*modelo jurídico da revisão contratual*”. Esclarece a autora que “*entend[e] constituir a revisão um «modelo jurídico» na acepção dada à expressão por Miguel Reale, que os entende como estruturas normativas, provindas das quatro fontes de produção jurídica (lei, decisões jurídicas, costume e negócio jurídico), dotadas de prescritividade. A idéia de modelo está, pois, ligada à de «projeto normativo», de «planificação lógica» e de «representação lógica e antecipada dos resultados a serem alcançados por meio de uma seqüência ordenada de medidas ou prescrições»*”.⁴⁶⁵

⁴⁶²- MARTINS-COSTA, Judith. A revisão dos contratos..., p. 142.

⁴⁶³- “A questão de saber se todo o direito privado é polarizado por apenas uma dessas três direções – a autonomia privada, a função, ou a justiça comutativa e corretiva – ou se, diferentemente, pode receber, conforme o caso, resposta direcionada por um ou outro critério, não é uma questão resolvida. Para alguns, só uma resposta é possível. Para outros – entre os quais me incluo – os três rumos convivem, cada um deles direcionando, ao menos tendencialmente, certa área ou campo de atuação do direito privado. Em nossa hipercomplexa e transversal sociedade há campos de predominância da autonomia, do funcionalismo e da justiça comutativa e corretiva, há a convivência, articulada, das três diversas racionalidades, das três razões como «autoridades» ou fundamentos do conjunto das formas privatistas. E essas três razões convivem no Direito dos Contratos, espelhando-se em sua principiologia” (MARTINS-COSTA, Judith. A revisão dos contratos..., p. 142).

⁴⁶⁴- MARTINS-COSTA, Judith. A revisão dos contratos..., p. 143. Sobre este ponto, a autora ainda escreveu: “[e]ssa combinação se faz – como é de regra em tema de princípios – por meio de juízos de ponderação, conforme determina a diretriz da concretude ou concreção, expressamente tida como um dos «tratamentos lógicos» do novo Código Civil. Lei comum que tem como destinatários pessoas concretas – e não pessoas definidas abstratamente por sua condição estatutária – o novo Código enseja, pela composição entre os princípios contratuais e as regras de revisão, a adstrição a cada uma dessas distintas racionalidades, assim permitindo que alcancemos a dimensão dos diferentes modelos de revisão (com maior ou menor amplitude do poder judicial) quer se trate de um contrato entre «iguais» ou de um contrato entre «desiguais»; quer se trate de um contrato meramente interindividual, quer se trate de contratos que implementam políticas públicas, com alcance massivo ou alta densidade social; quer se trate de um contrato interempresarial, quer seja um ajuste concluído entre uma empresa e um particular, desde que não se configure relação de consumo. Cabe, assim, averiguar a revisão no novo Código Civil como um complexo «modelo jurídico», estabelecendo, após, quais são as diversificadas conseqüências desse complexo modelo”.

⁴⁶⁵- MARTINS-COSTA, Judith. A revisão dos contratos..., p. 135.

MENEZES CORDEIRO parece concordar com o entendimento de acima, conforme destaca no tratar do artigo 437 do Código Civil Português:⁴⁶⁶

*“Há, pois, que operar com um modelo de decisão que comporte, entre as suas variáveis, quer a autonomia privada e seus valores, com os factores de concretização sediados no contrato celebrado, quer a boa fé-igualdade, precisada em consonância com as alterações registradas no caso real. Não é possível hierarquizar em abstracto os argumentos a ponderar – quando não, faltaria, até às suas consequências efectivas, a quebra intra-sistemática – determinando, numa fórmula genérica quando cede a autonomia privada e quais as dimensões da adaptação, quando esta tenha lugar. Mas sabe-se que, em concreto, a solução a propugnar deve manter como referências os factores em litígio, visando restabelecer, se possível, o figurino pensado pelas partes em obediência às exigências de equilíbrio e de prossecução do escopo inicial, carreadas, em nome da igualdade, pela boa fé”.*⁴⁶⁷

De fato, independentemente do fundamento que se busque para que se intervenha no programa contratual, concordamos com as ponderações de MARTINS-COSTA. O modelo jurídico da revisão é conformado por diferentes racionalidades, em consonâncias às especificidades do negócio *subjudice*. Nesse sentido, ilustrativamente, fica claro que, enquanto a concepção aristotélica parece se coadunar de modo mais adequado a relações consumeiristas, as concepções autonômica e funcionalista estariam em maior harmonia com a tônica do mundo empresarial. Fica, assim, ao intérprete a tarefa de identificar as nuances do contrato em tela, para daí buscar a racionalidade aplicável ao caso e conceder o remédio revisional na medida correta à patologia.

2.2 A revisão contratual e a alteração de circunstâncias no Direito Brasileiro

2.2.1 Apontamentos prévios: histórico e requisitos legais

No direito positivo brasileiro, a indiferença com os contratos desequilibrados somente vem a ser, definitivamente, rompida ao final do século XX, com o Código de Defesa do Consumidor, em especial pelo inciso V de seu artigo 6º.⁴⁶⁸⁻⁴⁶⁹ A antiga lei

⁴⁶⁶ - “ARTIGO 437º (Condições de admissibilidade). 1. Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato. 2. Requerida a resolução, a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato nos termos do número anterior”.

⁴⁶⁷ - CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha Meneze. *Da Boa fé...*, p. 1114.

⁴⁶⁸ - “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”.

concorrencial de 1994, conquanto não previsse, expressamente, a possibilidade de revisão contratual, abordava a questão do desequilíbrio contratual, no âmbito do mercado.⁴⁷⁰⁻⁴⁷¹

Nada obstante, foi somente em 2003, com a vigência do atual Código Civil é que a revisão contratual recebeu tratamento específico por meio dos artigos 317, 478, 479 e 480:

“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.

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

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

⁴⁶⁹ - A despeito de certa discussão, antes mesmo do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil vigente, doutrina e jurisprudência já haviam admitido a flexibilização do teor contratual face à alteração de circunstâncias. Essa é a informação de PEREIRA: “[a] primeira palavra francamente favorável à tese, entre nós, foi de Jair Lins, como desenvolvimento da teoria da vontade no negócio jurídico. Mas, a princípio, a resistência de nossos tribunais foi total. Em 1930 veio a lume famoso julgado de Nelson Hungria, abrindo a porta do pretório às novas tendências do pensamento jurídico. E, depois deste, diversos outros surgiram, ora admitindo em casos especiais a sua aplicação, ora aceitando-a em linhas estruturais generalizadas. Entre os nossos juristas anteriores ao Código de 2002, sem embargo dos opositores impenitentes, e dos civilistas que confessavam não lhe serem contrários em tese, mas que resistiam à sua invocação na ausência de texto expresse, houve uma corrente que dia a dia se espalhou e ganhou novos adeptos, defensores de sua plena compatibilidade com a orientação geral de nosso direito positivo então vigente: Jair Lins, Mendes Pimentel, Epitácio Pessoa, Sá Pereira, Eduardo Espínola Filho, Bento de Faria, Jaime Landim, Jorge Americano, Arnoldo Medeiros da Fonseca, Abgar Soriano, Caio Mário da Silva Pereira, Amílcar de Castro, Noé Azevedo, Costa Manso, Artur Ribeiro, Lino Leme, Cunha Melo, San Tiago Dantas, Ataulfo de Paiva, Osvaldo de Carvalho Monteiro, Otávio Kelly, Pedro Baptista Martins, Paulo Carneiro Maia, Artur Rocha, Gabriel Resende, José Linhares, Neemia Gueiros, Washington de Barros Monteiro, Emmanuel Sodré, Filadelfo Azevedo, Vicente Rao, Caio Tácito, Francisco Campos, Orlando Gomes, Alcino Salazar, Serpa Lopes, Almeida Paiva, Amaral Gurgel, Temístocles Cavalcânti, Serrano Neves, Tito de Oliveira Hesketh” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, Declaração...*, p. 140). No mesmo sentido: AZEVEDO (Relatório Brasileiro..., pp. 189-190).

⁴⁷⁰ - Lei 8.884 de 11.6.1994. “Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: (...) III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante”. O texto do artigo foi reproduzido no artigo 36 da atual Lei de Concorrência (Lei 12.529 de 30.11.2011).

⁴⁷¹ - MARTINS-COSTA, Judith. A revisão dos contratos..., pp. 138-139.

Segundo MARTINS-COSTA, a despeito de vozes contrárias,⁴⁷² a matriz teórica incorporada pelo Código Civil de 2002, especialmente em seu artigo 478, foi o da Teoria da Onerosidade Excessiva do direito italiano.⁴⁷³ No que se refere à teoria da base do negócio, persiste divergência no campo doutrinário e jurisprudencial acerca de sua receptividade pelo ordenamento nacional em matéria de contratos fora do âmbito do direito do consumidor⁴⁷⁴⁻⁴⁷⁵⁻⁴⁷⁶.

⁴⁷²- Muitos autores, equivocadamente a nosso ver, apontam a teoria da imprevisão como fonte de inspiração ao art. 478. Nesse sentido: TEPEDINO, BARBOSA e BODIN DE MORAES (*Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 130); PEREIRA (*Instituições de Direito Privado, Contratos*. vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 141); GOMES (*Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 214); RODRIGUES (*Direito Civil, Dos contratos e Das declarações unilaterais de vontade*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 132), CORDEIRO (*Da Revisão nos Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 249), BORGES (*A Teoria da Imprevisão...*); GONÇALVES (*Contratos e atos unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 172-179), RIBEIRO e GALESKI JUNIOR (*Teoria Geral...*, p. 33). Conforme demonstrado no item 2.1.2.1 acima, tradicionalmente, a Teoria da Imprevisão tem aplicação restrita à esfera administrativa, dada a relevância conferida pela doutrina e jurisprudências privatista ao artigo 1134 do *Code*. LEÃES bem destaca que, antes do Código Civil de 2002, doutrina e jurisprudência nacionais esteavam-se, fundamentalmente, na Teoria da Imprevisão. Todavia, sublinha que foi o modelo da onerosidade excessiva que prevaleceu no Diploma Substantivo em vigor (LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Resolução por onerosidade excessiva. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, 140, Ano XLIV, out.-dez., 2005, pp. 26-27).

⁴⁷³- MARTINS-COSTA, Judith. A revisão dos contratos..., p. 144 e p. 150. Em mesmo sentido: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos...*, p. 152. A esse respeito, JUNQUEIRA DE AZEVEDO comenta o seguinte: “[m]ais recentemente, as explicações doutrinárias e jurisprudenciais são as da teoria da imprevisão, como concebida no direito administrativo francês, sendo até mesmo lembrado o caso Companhia de Iluminação de Bordeaux. decidido pelo Conselho de Estado em 1916, e, nos últimos 20 anos, por influência do direito italiano, a da excessiva onerosidade. Essa última, exatamente hoje, predomina. porque a expressão é utilizada no Código de Defesa do Consumidor (art. 6. V: mas veja-se também art. 39, V, e 51, § I, III) e no atual Código Civil, cujo artigo 478, como já escrevemos, praticamente repete a 1 parte do art. 1.467 do Código Civil italiano” (AZEVEDO, Antonio Junqueira. Relatório Brasileiro..., pp. 189-190).

⁴⁷⁴- Pela ausência do requisito da imprevisibilidade e extraordinariedade do evento, a teoria da base do negócio jurídico parece ter sido a incorporada pelo Código de Defesa do Consumidor (MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé como..., p. 88).

⁴⁷⁵- Há excertos jurisprudenciais, inclusive, das Câmaras de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, fazendo referência à e/ou admitindo a aplicação da teoria da base do negócio jurídico no Direito Brasileiro, para contratos que se encontram fora do âmbito do direito do consumidor: “Compromisso de compra e venda Estabelecimento comercial - Adquirente que pediu a rescisão do contrato diante do não cumprimento pelos vendedores da cláusula contratual que impunha a entrega de toda e qualquer documentação que visase o regular funcionamento do estabelecimento. Recurso provido, em parte, para decretar a resolução do negócio por destruição de sua base objetiva, sem imputação de culpa e com ordem de devolução integral das parcelas pagas, descontados apenas as despesas da empresa efetuadas nos meses de janeiro e fevereiro de 208 pelos réus, a serem apurados em liquidação de sentença, reduzido o percentual da multa para 5% do valor do contrato Provimento, em parte, para este fim” (TJ-SP, 1ª Câmara. Res. Direito Empresarial, Apel. n. 012662-25.208.8.26.0100, Rel. Des. ENIO ZULIANI, j. 27.3.2012); “Recurso antigo e somente agora julgado pela câmara extraordinária - Compromisso de venda e compra. Mora da compromissária compradora caracterizada, tendo em vista o não cumprimento dos termos contratados [transferência do automóvel para o nome da vendedora como sinal de pagamento] - Destruição da base objetiva do negócio, com a rescisão contratual. Devolução pela vendedora do valor recebido [R\$ 4.000,00], com correção monetária desde os desembolsos e incidência de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação. Decisão em sentido contrário que representaria um enriquecimento sem causa da vendedora, vedado por lei Provimento, em parte, para este fim” (TJ-SP, 5ª Câmara. Extraordinária de Dir. Privado, Apel. n. 004247-83.205.8.26.0152, Rel. Des. ENIO ZULIANI, j. 13.8.2014); “Compromisso de venda

BORGES crítica a opção do legislador brasileiro em ter utilizado o artigo 1467 do *Codice* como base para o artigo 478. Segundo ele, “*se era para copiar, que se copiasse de modelhor melhor e mais completo, como por exemplo o art. 437 do Código Civil Português, que, entre outros méritos, situa a imprevisibilidade no campo da alteração das circunstâncias, afastando de vez o engessamento resultante da adoção do modelo que só tem como destinatário o devedor*”. O autor critica ainda a escolha do dispositivo italiano, sob o argumento de que este se basearia, fundamentalmente, nos efeitos do acontecimento imprevisível (a ônus excessivo), quando deveria ter se preocupado com a sua causa.⁴⁷⁷

Como facilmente se depreende do texto legal, o dispositivo exige quatro requisitos para que se dê ensejo à sua aplicação (i) contrato de execução continuada ou diferida, (ii) ônus excessivo para uma das partes, (iii) extrema vantagem para a contraparte, e (iv) superveniência de acontecimentos imprevisíveis e extraordinários.

De se destacar que, em contrapartida às demais teorias revisionistas já abordadas no presente trabalho, a onerosidade excessiva codificada no artigo 478 do Código Civil tem sua aplicação restrita apenas aos casos que atenderem aos requisitos acima referidos, o que, a rigor, objetivaria as hipóteses de intervenção judicial em caso de desequilíbrio acarretado por evento superveniente. Nada obstante, ainda assim, referido dispositivo não tem o

e compra. Mora dos compromissários compradores caracterizada, tendo em vista o não cumprimento dos termos contratados - Destruição da base objetiva do negócio, com a rescisão contratual. Devolução pela vendedora do valor recebido como sinal [R\$ 5.000,00], representado por um automóvel VW Santana Quantum, ou seu equivalente em dinheiro. Decisão em sentido contrário que representaria um enriquecimento sem causa da vendedora, vedado por lei Sentença mantida - Não provimento” (TJ-SP, 4ª Câm. de Dir. Privado, Apel. n. 014146-67.2008.26.066, Rel. Des. ENIO ZULIANI, j. 12.5.2011).

⁴⁷⁶ - AGUIAR JÚNIOR, em concordância com MENEZES CORDEIRO, recomenda a restrita aplicação da teoria, em vista da dificuldade de se criar uma doutrina geral para a base do negócio. Nesse sentido: “MENEZES CORDEIRO, após examinar essas últimas orientações, recomenda o manuseio das doutrinas do erro, do risco, da impossibilidade e do enriquecimento sem causa, cuja aplicação em muito reduziria o âmbito de incidência da base do negócio, resolvendo-se as questões residuais com o recurso à equidade e à boa-fé, caso a caso, em vista da invencível dificuldade do estabelecimento de uma doutrina geral da base do negócio. A recomendação se aplica para a realidade atual do Brasil, com o advento do novo Código Civil. Ao mesmo tempo em que deu configuração muito limitada ao conceito de onerosidade excessiva, o novo ordenamento tratou de modo conveniente e amplo as questões relacionadas com o erro, o risco, o enriquecimento sem causa, a função social do contrato e a boa-fé objetiva. (...) Com essas cláusulas gerais, sempre poderá o intérprete encontrar fundamento para a modificação ou a extinção do contrato em razão de fato superveniente que desvirtue sua finalidade social, agridas as exigências da boa-fé e signifique o enriquecimento indevido para uma das partes, em detrimento da outra. O que não se ajustar a tais soluções será examinado à luz da regra específica da onerosidade excessiva (art. 478 do Código Civil). A ideia de ser essa norma usada apenas subsidiariamente decorre do seu enunciado por demais restritivo, como será visto adiante” (*Extinção dos contratos...*, p. 148).

⁴⁷⁷ - BORGES, Nelson. *A Teoria da Imprevisão...*, p. 323.

condão de eliminar, por definitivo, o arbítrio judicial dos casos de onerosidade excessiva.⁴⁷⁸

Saliente-se, ainda, que, em comparação ao artigo 1467 do *Codice*, o Diploma brasileiro reduziu ainda mais o âmbito de aplicação da regra do artigo 478, ao exigir que a contraparte seja beneficiada com extrema vantagem para permitir o pleito resolutório ao devedor. AGUIAR JÚNIOR critica a inovação, esclarecendo que, em geral, acontecimentos extraordinários, como guerras, revoluções, planos de intervencionismo econômico etc., atingem ambas as partes contratantes, agravando a posição de uma delas, mas, dificilmente, criando vantagem para aquela não prejudicada.⁴⁷⁹⁻⁴⁸⁰ De um modo geral, a doutrina tende a defender ou a inaplicabilidade deste requisito ou, ao menos, a flexibilização da análise judicial nesse tocante.⁴⁸¹

De maneira a coadunar a aplicação deste requisito com as críticas doutrinárias, FRANTZ sugere que a extrema vantagem seja aferida mediante o seguinte questionamento: “*poderia o contratante, que não é prejudicado pela onerosidade excessiva conseguir realizar no mercado um contrato nas mesmas condições?*”. Caso a resposta seja negativa, haveria extrema vantagem à parte não prejudicada pelo evento superveniente.⁴⁸²

Contudo, a proposição acima parece ser apenas mais uma forma de fazer inaplicável o requisito em questão. Afinal, em geral, eventos extraordinários e

⁴⁷⁸ - GOMES, Orlando. *Contratos...*, p. 217.

⁴⁷⁹ - AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos...*, p. 152. Nesse mesmo sentido, VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil, Teoria Geral das Obrigações...*, p. 456.

⁴⁸⁰ - Interessante notar que, a despeito da excessiva vantagem ter sido incluída apenas no Código vigente, MEDEIROS DA FONSECA, desde meados do século passado, já a admitia como critério para a intervenção exógena: “(...) 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 esse estabelecido em disposições análogas de nosso direito positivo” (*Caso fortuito e...*, 1958, p. 346).

⁴⁸¹ - Nesse sentido, confira-se excerto da lavra de GOMES: “[a] lei acrescenta, em terceiro lugar, que à excessiva onerosidade da prestação seja correlata a ‘extrema vantagem’ da outra parte. 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 evidente quando há, de um lado, onerosidade excessiva, e, de outro, vantagem extrema. Contudo, a apuração da extrema vantagem da parte credora não deve ser realizada com muita rigidez, sob pena de inviabilizar a aplicação da figura em análise” (*Contratos...*, 2009). Em mesmo senso, comenta BORGES: “[é] importante sublinhar que nossos juízes e tribunais têm concedido o benefício revisional – quando fundado em evento imprevisível – sem levar em conta a exigência da extrema vantagem para o credor. O acréscimo é altamente discutível pelo seu iter subjetivo, nem sempre presente em situações anômalas, que sancionam a aplicação da doutrina, sendo irrelevante que a parte credora esteja na iminência de auferir extrema vantagem. Melhor teria sido apenas a referência ao termo ‘vantagem’, sutuação que ocorre na maioria das vezes” (*A Teoria da Imprevisão...*, p. 323).

⁴⁸² - FRANTZ, Laura C. *Revisão...*, p. 142.

imprevisíveis atingem largo espectro de participantes do mercado, de modo que, em grande parte das vezes, o contratante não prejudicado terá mesmo dificuldades em celebrar negócio novo nas mesmas condições do negócio afetado.

Como se evidenciará adiante, em se tratando de negócios celebrados entre partes empresárias, parece ser necessária que a presença deste requisito seja analisada com maior rigor, sempre no intuito de relegar a intervenção a estes pactos a casos de estrita necessidade.⁴⁸³

O requisito da execução continuada ou diferida do contrato é interpretado de maneira ampla, de forma que o entendimento comum é o de que se aplica a qualquer caso em que a execução das prestações se protraia no tempo, exceto se isso ocorreu por fato imputável (culposos) a alguma das partes.⁴⁸⁴⁻⁴⁸⁵

A imprevisibilidade do evento superveniente deve ser examinada de acordo com o grau de probabilidade de que determinado acontecimento venha a se concretizar, causando impactos ao acordo negociado entre os contratantes. Quanto menor a probabilidade de que determinado acontecimento ocorra, maiores são as chances de que seja considerado imprevisível. Associado a esse juízo, há que se averiguar ainda as condições pessoais dos contratantes, especialmente no que toca a seus conhecimentos e aptidões específicos, o que, certamente, influi na habilidade das partes para antever a concretização de determinado evento e/ou as consequências dele decorrentes.⁴⁸⁶⁻⁴⁸⁷

⁴⁸³ - A defender posicionamento semelhante, RIBEIRO e GALESKI JUNIOR já declararam que, no que se refere a contratos empresariais, “[a] existência do fator risco distancia a aplicação da imprevisão e da onerosidade excessiva como fatores justificadores de alterabilidade de suas cláusulas, salvo situações absolutamente excepcionais” (*Teoria Geral...*, p. 225).

⁴⁸⁴ - PISU, Luciana Cabella. *I remedi contro l'eccessiva onerosità sopravvenuta*. In VISINTINI, Giovanna. *Trattato della Responsabilità Contrattuale*. Padova: CEDAM, 2009, p. 545.

⁴⁸⁵ - BORGES propõe uma classificação para as hipóteses de contração de execução diferida. Segundo ele, haveria os seguintes casos: (i) de execução diferida propriamente dita, em que o cumprimento integral da obrigação se dá em data futura, sem amortização parcial até a data de vencimento (ex. compra e venda com pagamento do preço em parcelas); (ii) de execução continuada ou sucessiva, em que as prestações são cumpridas periodicamente e sem extinção da obrigação principal, que termina somente com o fim do contrato (ex. contrato de locação); (iii) de execução periódica, em que as partes estabelecem uma periodicidade para cumprimento das obrigações (ex.: contrato de arrendamento); e (iv) de execução a termo, em que as prestações encontram-se condicionadas a eventos futuros e incertos (*A Teoria da Imprevisão...*, p. 303).

⁴⁸⁶ - AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos...*, p. 156. A esse respeito, o autor escreveu que “[a] imprevisibilidade deve acompanhar a ideia da probabilidade: é provável o acontecimento futuro que, presentes as circunstâncias conhecidas, ocorrerá, certamente, conforme o juízo derivada da experiência. Não basta que os fatos sejam possíveis (a guerra, a crise econômica sempre são possíveis), nem mesmo certos (a morte). É preciso que haja notável probabilidade de que um fato, com seus elementos, atuará

Em outros termos, deve-se avaliar se o evento superveniente era, concretamente, considerado pelas partes ou poderia ter sido considerado na repartição dos riscos contratuais, bem como se as partes agiram com empenho suficiente para buscar identificá-lo previamente.⁴⁸⁸ BORGES, em referência ao magistério de ANTÔNIO ALMEIDA SANTOS, menciona até mesmo a possibilidade de se considerar acerca da existência de um “dever de previsão”.⁴⁸⁹

De se destacar ainda que a imprevisibilidade pode estar relacionada tanto à verificação do acontecimento em si, quanto aos efeitos que aquele poderá causar em determinado contrato. Pode ser ainda que a imprevisibilidade esteja relacionado a características do evento superveniente, como, por exemplo, sua duração ou sua intensidade.⁴⁹⁰

eficientemente sobre os elementos essenciais desse fato e da sua força de atuação sobre o contrato. Para esse juízo, devem ser consideradas as condições pessoais dos contratantes, seus conhecimentos e aptidões (previsibilidade em concreto). A probabilidade, para ter relevância jurídica, deve ter um certo grau (notável probabilidade), porque o conhecimento deve abranger os elementos essenciais do fato futuro causador da onerosidade excessiva e a força dos seus efeitos sobre o contrato. Assim, a desvalorização da moeda é um fato provável num regime de câmbio flexível, mas poderá haver imprevisibilidade do seu grau, a ser determinado pela própria evolução do processo de desvalorização. Se em uma situação de inflação contínua, mas controlada em certo nível, um dado futuro se acrescentar ao processo, este poderá determinar substancial modificação, gerando situação imprevisível. Assim a taxa de câmbio, que pode ser variável, mas a maxidesvalorização da moeda nacional poderá ser um fato imprevisível. 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 de inflação; a crise política e a sua duração; a crise política e os seus efeitos sobre o contrato; a alteração das regras de câmbio etc.), o fato é imprevisível. O fato previsto, em princípio, exclui a arguição da onerosidade excessiva. Porém, se não integrar o risco normal do negócio e não tiver sido regulado no contrato, tendo a parte justo motivo para esperar sua não-ocorrência, a defesa apresentada pelo interessado deve ser examinada pelo juiz, de acordo com a boa-fé”.

⁴⁸⁷ - Nesse ponto, observe-se o exemplo trazido por BORGES: “[p]or este prisma, para alguém ligado ao Ministério de Defesa ou às Forças Armadas (ministro, general, estrategista e assemelhados) a eclusão de uma guerra com país vizinho poderá não consubstanciar um fato imprevisível, em razão de suas informações privilegiadas e confidenciais, bem como acompanhamento do evoluir das relações de tenção com o referido país. Por outro lado, para alguém que com um dos beligerantes haja celebrado um contrato cuja execução se dará em pleno fragor do conflito, cujos antecedentes são por ele ignorados, certamente o será. Comparecendo eles a juízo sob a alegação de que foram afetados pela imprevisibilidade do evento armado, ao julgador caberá, depois de analisados tais antecedentes, negar o pedido ao primeiro e concedê-lo ao segundo” (BORGES, Nelson. *A Teoria da...*, p. 308).

⁴⁸⁸ - PISU, Luciana Cabella. *I remedi contro...*, pp. 568-569.

⁴⁸⁹ - “Tentando deslocar o eixo da discussão – centrada nos termos da ‘possibilidade’ ou ‘impossibilidade’ de previsão do evento -, Antônio de Almeida Santos sugeriu fórmula alteranativa, que merece análise. Propôs que, em vez de jogar o conceito de ‘possibilidade de previsão’, talvez fosse melhor uma outra orientação, seguindo uma idéia a que chamou de ‘dever de previsão’. Não só o que de todo em todo ‘se não podia ser previsto’, mas também o que ‘razoavelmente se não estava obrigado a prever’, deveria possibilitar a revisão contratual” (BORGES, Nelson. *A Teoria da Imprevisão...*, p. 305).

⁴⁹⁰ - BORGES, Nelson. *A Teoria da Imprevisão...*, p. 309.

Porém, há que se atentar ao fato de que essa consideração às condições pessoais do contratante quanto à sua análise da probabilidade de o evento vir a ocorrer não quer significar que se deve levar em conta acontecimentos que atinjam pessoalmente apenas um dos contratantes (como, por exemplo, a desemprego, divórcio, acidente etc.). Para fins de resolução por onerosidade excessiva, o evento superveniente deve ser geral e atingir, se não toda a sociedade, ao menos larga parcela desta.⁴⁹¹

Sublinhe-se que a imprevisibilidade pode se referir outrossim apenas aos efeitos decorrentes do evento superveniente, sem que este, em si, seja considerado imprevisível.⁴⁹² Assim, agrega-se à análise a imprevisibilidade da medida do desequilíbrio acarretado pelo evento superveniente, que, em outras palavras, pode ser traduzido como a superação da álea normal do contrato. Nesses termos, de acordo com FRANTZ, em referência a RODOLFO SACCO e a GIORGIO NOVA, seria imprevisível “*aquilo que não pode ser ‘legitimamente esperado pelas partes, de acordo com a sua justa expectativa’, que deve ser analisada no momento da conclusão do contrato*”.⁴⁹³

O caráter extraordinário do evento superveniente encontra-se na baixa frequência com que determinado evento ocorre. Tais eventos, cabe sublinhar, que, em regra, são imprevisíveis podem, igualmente, ser previsíveis, dependendo, em geral, da proximidade do acontecimento. Ilustrativamente, pode-se mencionar a possibilidade de se prever, com auxílio de instrumentos, a ocorrência de eventos naturais catastróficos, mas que ainda, assim, seria extraordinários. Na distinção entre o imprevisível e o extraordinário, PISU explica que enquanto a este basta uma análise objetiva, aquele exige uma verificação um pouco mais subjetiva.⁴⁹⁴

⁴⁹¹ - “Desse modo, questões meramente subjetivas do contratante não podem nunca servir de pano de fundo para pretender uma revisão nos contratos. A imprevisão deve ser fenômeno global, que atinja a sociedade em geral, ou um segmento palpável de toda essa sociedade. É a guerra, a revolução, o golpe de Estado, totalmente imprevistos. (...) Será imprevisível quando as partes não possuírem condições de prever, por maior diligência que tiverem”. (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil, Teoria Geral das Obrigações...*, pp. 448-452).

⁴⁹² - Essa foi a orientação definida nas III Jornadas de Direito Civil, no enunciado 175, segundo o qual “[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 conseqüências que ele produz”. Nesse sentido ainda: “[i]mportante 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...*, p. 215).

⁴⁹³ - FRANTZ, Laura C. *Revisão...*, p. 127.

⁴⁹⁴ - PISU, Luciana Cabella. *I remedi contro...*, p. 555.

Parte da doutrina compreende que a exigência da extraordinariedade visa, em realidade, a apontar o caráter excepcional de aplicação da hipótese resolutiva. Segundo se diz, dado que diversos eventos ordinários podem ser imprevisíveis e/ou podem gerar consequências imprevisíveis, a aplicação do artigo na literalidade de sua redação acarretaria seu “*desuso, em virtude da dificuldade de caracterização de todos os requisitos exigidos para o preenchimento de seu suporte fático*”.⁴⁹⁵ Desse modo, há acentuada tendência doutrinária contrária à exigência desse requisito.⁴⁹⁶

A seu turno, o requisito da onerosidade excessiva, tradicionalmente aferido por meio da verificação da equivalência de valor das prestações correspectivas assumidas pelas partes,⁴⁹⁷⁻⁴⁹⁸ envolve, em realidade, difícil juízo acerca do equilíbrio contratual. Esse desafio fica evidente, especialmente face às complexas formas de contratação adotadas na atual prática comercial. A verticalização das formas de produção e a coligação contratual tornam árdua a tarefa de identificar as hipóteses em que o sinalagma contratual se desfez e o negócio se tornou muito mais vantajoso e/ou, extremamente, prejudicial para uma das partes.⁴⁹⁹

⁴⁹⁵ - FRANTZ, Laura C. *Revisão...*, pp. 123-124.

⁴⁹⁶ - JUNQUEIRA DE AZEVEDO, efetivamente, comentou, pouco tempo após a vigência do atual Código Civil, a tendência jurisprudencial a mitigar as exigências trazidas pela lei. Nesse sentido: “[a]demais, embora a jurisprudência sobre revisão contratual em nosso país, por força do tempo de vigência, seja incipiente quanto ao Código Civil de 2002, já é possível antecipar uma tendência para minorar, e não para agravar, os requisitos exigidos por ele para a revisão dos contratos por onerosidade excessiva. Esses pressupostos, na verdade, textualmente, mostram-se mais rigorosos do que os preconizados pela doutrina anterior ao Código, quando não havia norma geral. A luz dessa tendência, e diante da omissão legislativa no tocante ao ponto agora tratado, entendemos provável que eventual pretensão à revisão contratual fundada em onerosidade excessiva temporária encontre amparo nos tribunais brasileiros” (AZEVEDO, Antonio Junqueira. Relatório Brasileiro..., pp. 192-193).

⁴⁹⁷ - FRANTZ, Laura C. *Revisão...*, p. 115.

⁴⁹⁸ - Note-se que, em regra, a análise da questão cinge-se à verificação da equivalência entre as prestações correspectivas: “[a] onerosidade pode atingir o devedor ou o credor, a prestação ou a contraprestação. Pode ser excessivamente oneroso para o credor ter de suportar uma prestação que se tornou irrisória, em relação à sua própria obrigação, assim como ter de eventualmente cumprir com uma contraprestação extremamente dificultada ou supervalorizada; de igual modo para o devedor em vias de receber do credor uma contraprestação já insignificante. Quando a modificação das circunstâncias supervenientes reduzir de tal forma o valor da prestação, o desgaste 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 JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos...*, p. 156).

⁴⁹⁹ - Dessa maneira, partilhamos integralmente do entendimento de FRANTZ a esse respeito: “(...) em contratações complexas, a apreciação da correspectividade das prestações pode não ser suficiente para que exista de fato um equilíbrio contratual, que poderá ir além da simples equivalência entre as prestações” (FRANTZ, Laura C. *Revisão...*, p. 115).

Assim, FRANTZ comenta que “*a simples equivalência das prestações não pode ser o critério exclusivo para a aferição do equilíbrio contratual e da consequente necessidade de revisão/resolução do contrato*”.⁵⁰⁰ De fato, o simples desequilíbrio entre prestações de contrato que esteja inserido em operação econômica que conte com diversos contratos concatenados entre si não, necessariamente, acarretará ônus excessivo para um dos contratantes. Nesse sentido, basta se imaginar contratos de *joint venture* celebrados entre empresas de tecnologia, envolvendo o licenciamento de patentes, a produção de bens de consumo, o fornecimento de peças etc. É bem possível que eventual desequilíbrio entre prestações em apenas um dos contratos possa, de algum modo, ser compensado pelos benefícios auferidos em algum dos outros negócios celebrados.

FIN-LANGER, em obra voltada, especificamente, ao equilíbrio contratual, bem reconhece que este conforma uma situação “*complexe, évolutive, globale, et diversifiée*”. Explica que o equilíbrio contratual é termo que não tem conteúdo pré-definido (*notion floue*) – concepção semelhante aos conceitos vagos⁵⁰¹ -, de maneira que cabe ao intérprete (no caso, o juiz), preenchê-lo, conforme o caso concreto.⁵⁰²

No caso que se refere ao critério de equivalência das prestações, acrescenta às críticas de FRANTZ os seguintes argumentos: (i) considerando que cada uma das partes atribui um valor subjetivo diverso às prestações, nunca haverá, efetivamente, uma equivalência entre as prestações; (ii) há diversos casos em que poderá haver equilíbrio contratual, mas não equivalência entre as prestações (ex.: contratos de transferência de controle societário de empresa em dificuldades, fixado em preços simbólicos); e (iii) há ainda situações em que há equivalência entre as prestações, mas não há equilíbrio (ex.:

⁵⁰⁰ - FRANTZ, Laura C. *Revisão...*, p. 114.

⁵⁰¹ - Ao tratar de conceitos vagos, fazemos referência às chamadas cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados. Acerca da diferença entre ambos, MARTINS-COSTA explica: “[j]á por aí se percebe que, inobstante conter a cláusula geral, em regra, termos indeterminados, tais como os conceitos de que ora se trata (alguns destes conceitos indeterminados podendo indicar também princípios), a coincidência não é perfeita, pois a cláusula geral exige que o juiz concorra ativamente para a formulação da norma. Enquanto nos conceitos indeterminados o juiz se limita a reportar ao fato concreto o elemento (vago) indicado na *fattispecie* (devendo, pois, individuar os confins da hipótese abstratamente posta, cujos efeitos já foram predeterminados legislativamente), na cláusula geral a operação intelectual do juiz é mais complexa. Este deverá, além de averiguar a possibilidade de subsunção de uma série de casos-limite na *fattispecie*, averiguar a exata individuação das mutáveis regras sociais às quais o envia a metanorma jurídica. Deverá, por fim, determinar também quais são os efeitos incidentes ao caso concreto, ou, se estes já vierem indicados, qual a graduação que lhes será conferida no caso concreto, à vista das possíveis soluções existentes no sistema” (A boa-fé no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 327).

⁵⁰² - FIN-LANGER, Laurence. *L'équilibre contractuel...*, p. 207.

compra e venda de imóvel cujo preço equivale ao valor do imóvel, mas cujo pagamento seria realizado em 15 anos, sem estipulação de correção monetária).⁵⁰³

Desse modo, partindo do pressuposto de que se deve evitar tanto quanto possível arbítrios do intérprete para o preenchimento dos conceitos vagos, o autor francês propõe a objetivação do conceito de equilíbrio contratual a partir de um complexo de critérios, composto pelos seguintes itens: reciprocidade, comutatividade, equivalência e proporcionalidade.⁵⁰⁴

Pelo critério da reciprocidade, o mais fácil de se identificar, de acordo com FIN-LANGER, entende-se que há equilíbrio contratual sempre que a previsão de prerrogativas for recíproca para cada uma das partes contratantes. Exemplificando, o autor destaca que seria desequilibrado contrato em que o consumidor, de antemão, renunciasse à parte de futura indenização que pudesse receber do fornecedor (ex.: cláusula de limitação de responsabilidade).⁵⁰⁵

No tocante ao critério da comutatividade, o equilíbrio contratual estaria presente, quando se identificasse a existência de uma contraprestação, em correspondência à prestação assumida pela outra parte contratual. Diferentemente da reciprocidade, a comutatividade não exigiria uma igualdade de prerrogativas contratuais idênticas, mas sim que ambas as partes auferissem vantagens em contrapartida ao que cada uma delas prestou à outra (comutatividade contratual).⁵⁰⁶

De acordo com FIN-LANGER, tanto o critério da reciprocidade, quanto o da comutatividade seriam insuficientes para verificação do equilíbrio contratual, porquanto ambos buscariam apenas o equilíbrio do ponto de vista quantitativo: haveria tão só a

⁵⁰³ - FIN-LANGER, Laurence. *L'équilibre contractuel*..., pp. 209-210.

⁵⁰⁴ - FIN-LANGER, Laurence. *L'équilibre contractuel*..., p. 217.

⁵⁰⁵ - “La réciprocité des obligations et des droits constitue le critère le plus facile à constater. En effet, il suffit de vérifier qu’il existe une obligation réciproque à la charge de l’autre partie ou une clause qui prévoit un droit pour chacun des contractants” (FIN-LANGER, Laurence. *L'équilibre contractuel*..., p. 218).

⁵⁰⁶ - “C’est contrat est défini par opposition avec le contrat aléatoire qui fait dépendre l’entendu d’une ou de plusieurs obligations de l’existence d’un événement incertain. (...) ce qui importe compte est de montrer que l’existence d’une contrepartie seule suffit sans que soit prise en compte sa valeur objective. Il suffit que les prestations soient regardées comme équivalentes, ce qui suppose une appréciation purement subjective de la valeur” (FIN-LANGER, Laurence. *L'équilibre contractuel*..., p. 219).

verificação do número de direitos e deveres envolvidos na relação contratual, sem uma verdadeira análise do respectivo valor daqueles. É, nesse sentido, que se faz necessário verificar ainda se há equilíbrio contratual do ponto de vista qualitativo (critérios da equivalência e da proporcionalidade).⁵⁰⁷

A equivalência, a seu turno, conforme já abordado anteriormente, caracterizar-se-ia pela igualdade “próxima” entre prestação e contraprestação (sempre em comparação ao momento da celebração do negócio), dado que, subjetivamente, aquelas jamais poderiam ter o mesmo valor.⁵⁰⁸ A esse respeito, FIN-LANGER comenta que o preço pode ser avaliado por diferentes critérios (preço de utilidade e preço de troca), o que dificulta a correta verificação do equilíbrio contratual (pense-se, por exemplo, nos contratos de opção, em que o valor estabelecido em contrato, geralmente, é diferente do valor que o exercício da utilidade poderá trazer). Desse modo, também não sendo critério que satisfaz a análise quantitativa do equilíbrio, faz-se necessário ainda que a questão seja submetida a mais um critério (proporcionalidade).⁵⁰⁹

Por fim, o critério da proporcionalidade seria o de mais recente aplicação em matéria contratual, bem como o de maior dificuldade. FIN-LANGER, nesse aspecto, menciona que a própria definição de proporcionalidade já portaria algum grau de dificuldade em sua definição. Haveria, assim três possíveis definições para a proporcionalidade.⁵¹⁰

A primeira definição seria a de uma simples relação matemática entre dois elementos. Dentro da racionalidade jurídica, o autor menciona as proporcionalidades mantidas entre o valor da taxa de juros e o montante emprestado, entre o valor da cláusula penal e o da obrigação principal do contrato etc. Mas essa proporção não teria o sentido buscado por FIN-LANGER, dado que, ilustrativamente, a proporção da taxa de juros poderia ser de 99% do valor tomado em mútuo, o que, certamente, não seria equilibrado.⁵¹¹

⁵⁰⁷ - FIN-LANGER, Laurence. *L'équilibre contractuel...*, p. 220.

⁵⁰⁸ - Afinal, o valor das prestações é subjetivo para cada uma das partes. Fossem de mesmo valor para ambas as partes, dificilmente haveria a celebração do negócio jurídico.

⁵⁰⁹ - FIN-LANGER, Laurence. *L'équilibre contractuel...*, pp. 222-223.

⁵¹⁰ - FIN-LANGER, Laurence. *L'équilibre contractuel...*, p. 223.

⁵¹¹ - FIN-LANGER, Laurence. *L'équilibre contractuel...*, p. 224.

A segunda acepção estaria relacionada à proporção entre o valor da obrigação assumida e o patrimônio pessoal do devedor. FIN-LANGER ilustra essa hipótese, no direito francês, com a obrigação de que se verifique se o valor dado em garantia a determinada obrigação é condizente ao valor da renda pessoal do garantidor. Segundo ele, a Corte de Cassação Francesa já entendeu como inválido aval prestado por presidente de conselho de administração à dívida da sociedade, cujo valor era muito superior ao patrimônio do garantidor. Todavia, o autor explica que essa definição também não é passível de aferir o equilíbrio contratual, uma vez que representa a proporção entre o valor da obrigação assumida e a capacidade do devedor.⁵¹²

Uma terceira definição de proporcionalidade residiria na relação de adequação entre dois elementos. A análise dessa adequação dar-se-ia em duas etapas: primeiramente, avalia-se se a cláusula é necessária ao contrato e, em um segundo momento, verifica-se se ela não é desmedida para a função para qual foi inserida. Para analisar tal critério de proporcionalidade, far-se-ia necessário, portanto, verificar-se se a finalidade da cláusula tida como desequilibrada está sendo exercida nos limites da função para qual foi inserida no programa. O mecanismo seria bastante semelhante ao da verificação dos abusos de direitos subjetivos. Assim, levando-se em conta o texto da cláusula, o contexto contratual e o objetivo da operação econômica poderia se verificar se a cláusula é ou não adequada e, logo, se é ou não equilibrada. Como exemplo, FIN-LANGER menciona eventuais abusos que se cometem com a utilização de cláusulas de não-concorrência. Seria esse o sentido adequado para o critério da proporcionalidade⁵¹³

De acordo com o FIN-LANGER, essa multiplicidade de critérios objetivaria o preenchimento do conceito vago de equilíbrio contratual, limitando o arbítrio judicial. Ressalta que, com a objetivação do processo do preenchimento do conceito, os magistrados poderão motivar suas decisões de maneira mais adequada, facilitando, assim, o controle das instâncias judiciais superiores.⁵¹⁴

Segundo FRANTZ, *“essa combinação de critérios para definir o equilíbrio contratual não oferece ao juiz uma solução imediata ao problema, oferecendo apenas um ‘marco metodológico’ pelo qual é possível determinar a existência ou a ausência de*

⁵¹²- FIN-LANGER, Laurence. *L'équilibre contractuel...*, pp. 224-225.

⁵¹³- FIN-LANGER, Laurence. *L'équilibre contractuel...*, pp. 226-227.

⁵¹⁴- FIN-LANGER, Laurence. *L'équilibre contractuel...*, p. 215.

equilíbrio contratual nos mais diversos tipos contratuais, quando seu equilíbrio não fica evidenciado na mera igualdade de prestação e contraprestação”.⁵¹⁵ A autora, expressamente, posiciona-se, favoravelmente, ao segundo método, em detrimento do primeiro descrito.⁵¹⁶

Na linha de se buscar maior objetivação às decisões judiciais, e mesmo arbitrais, em torno da matéria, a proposta acima se afigura, a nosso ver, extremamente, válida. Talvez haja a necessidade de maturação dos critérios propostos pela jurisprudência e doutrina. Todavia, a tão só ideia de se criar um método para análise dos requisitos legais do artigo 478 é algo, extremamente, profícuo e que, a despeito da extensa literatura já produzida a respeito da matéria, não parece ter sido feito com a devida profundidade.

Embora o artigo 478 assim não disponha, a doutrina, com base na parte inicial do artigo 399 do Código Civil (“[o] devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso”), tem imposto ainda como requisito negativo à concessão do remédio resolutório a ausência de mora do lesado no cumprimento da prestação.⁵¹⁷

No entanto, como bem observa ASCENSÃO, não é toda e qualquer mora que impossibilita o socorro ao remédio previsto no artigo 478. Segundo o autor, a mora que impede o pleito resolutório seria somente aquela que foi causa para que a relação fosse atingida pela alteração de circunstâncias (mora causal). Assim, valendo-se da parte final do mesmo artigo 399, ASCENSÃO diz que o devedor, mesmo em mora, poderá invocar o modelo da onerosidade excessiva, desde que fique demonstrado que “a alteração das circunstâncias (...) teria advindo de qualquer modo e actuado sobre o contrato, houvesse ou não a mora”.⁵¹⁸

⁵¹⁵- FRANTZ, Laura C. *Revisão...*, p. 121.

⁵¹⁶- FRANTZ, Laura C. *Revisão...*, p. 121. A esse respeito: *[e]videntemente que a interpretação do equilíbrio não deve pautar-se por critérios imprecisos como “o da máxima possibilidade de criação de riquezas”, que abrange desequilíbrios contratuais ocasionados por situações subjetivas do devedor*”.

⁵¹⁷- “(...) não se admite a que o requerimento judicial de resolução seja formulado antes do evento inesperado causador de onerosidade, nem depois de o devedor ter incorrido em mora” (LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Resolução por onerosidade...*, p. 34). No mesmo sentido: SCHUNK (*A onerosidade excessiva superveniente no Código Civil: críticas e questões controvertidas*. São Paulo: LTR, 2010, pp. 98-99).

⁵¹⁸- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil*. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 25, Ano 7, jan.-mar., 2006, pp. 113-114. FRANTZ, em referência à MARTINS-COSTA, traz ideia semelhante, falando, contudo, em não-imputabilidade: “[a] doutrina, apesar da inexistência de imposição desse requisito pela legislação, assevera ser necessário, para que se possa dar azo

A ilustrar a hipótese, ASCENSÃO diz que uma empresa não poderia se valer da alteração de circunstâncias no caso em que, em razão de atraso de mais de 6 meses na manutenção de navio para o qual havia sido contratada, tenha havido a deflagração de uma guerra e a matéria-prima para o reparo tenha se elevado em mercado. Haveria aí mora causal. Diversa, no entanto, seria a situação de dívida cujo pagamento diferido em diversas parcelas tenha sido atingido pela alteração de circunstâncias, sendo que o devedor esteja em mora com relação a uma delas. Nesse caso, não foi o inadimplemento do lesado que fez a relação contratual desequilibrar-se, não havendo, pois, mora causal.⁵¹⁹

Elucidativa, nesse sentido, é a explanação de ZULIANI:

*“As prestações com cumprimento retardado possuem uma característica própria imposta pela inexigibilidade (onerosidade). O não cumprimento é plenamente aceitável como reação normal ao comportamento da parte que está exigindo satisfação, competindo enumerar como justificativa da posição do devedor diante de seu credor, a arguição de exceção do contrato não-cumprido (art. 476 do CC), a de ausência de boa-fé objetiva (art. 422 do CC) e o abuso de direito (art. 187 do CC), exatamente porque não se é obrigado a cumprir, com sacrifício, prestação que se alterou por conta de acontecimentos extraordinários. O devedor, no caso, exerce um direito contratual (não cumprir a prestação desproporcional) em virtude de posição antijurídica do credor (que a exige contra os primados da boa-fé e da base objetiva do contrato), o que permite que a sentença complete e equilibre todas as prestações pendentes, inclusive as que vencerão antes da citação e que foram atingidas pela onerosidade excessiva”.*⁵²⁰

A nosso ver, com toda razão o entendimento de ASCENSÃO e ZULIANI. Não há qualquer lógica em se impedir que aquele que ficou em mora, justamente por conta da alteração de circunstâncias, esteja privado de se valer do remédio, para se liberar, definitivamente, do negócio. Em realidade, em casos tais, sequer existe mora por parte do devedor, uma vez que o descumprimento não decorreu de ato que lhe possa ser imputado, mas sim por circunstâncias alheias à sua vontade (artigo 396, Código Civil).⁵²¹ Há, em verdade, mero retardamento do cumprimento da prestação,⁵²² com a presunção *iuris tantum*

à ação de resolução ou de revisão do contrato, que o desequilíbrio não seja imputável ao devedor da prestação” (FRANTZ, Laura C. *Revisão...*, p. 139). No mesmo sentido: LEÃES (Resolução por onerosidade..., p. 28); ZULIANI (Resolução do Contrato por Onerosidade Excessiva. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, Ano VI, n. 36, dez.-jan., 2011, p. 93).

⁵¹⁹ - ASCENSÃO, José de Oliveira. *Alteração das circunstâncias...*, pp. 113-114.

⁵²⁰ - ZULIANI, Ênio Santarelli. *Resolução do Contrato...*, p. 99.

⁵²¹ - “Art. 396. Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora”.

⁵²² - “E nisso é que a mora se distingue do simples retardamento. O retardamento é um dos elementos da mora, pois esta é o retardamento derivado da culpa. São inúmeros os julgados exonerando o devedor em

de mora em favor do credor,⁵²³ que poderá ser desconstituída pelo devedor, desde que comprove a hipótese de onerosidade excessiva. O real requisito negativo, assim, é que o desequilíbrio das prestações não possa ser resultado de ato imputável ao devedor.

2.2.2 Dicotomia entre os artigos 317 e 478 do Código Civil?

Ainda com relação ao modelo brasileiro de revisão contratual, é importante traçar a distinção entre as disposições trazidas pelos artigos 317 e 478 do Código Civil. Muito se discute sobre eventual dicotomia entre os dispositivos, especialmente pelo fato de o artigo 317 permitir ao juiz uma intervenção direta no programa contratual, alterando a prestação desequilibrada, enquanto o artigo 478 autorizaria ao julgador, em regra, apenas a resolução do contrato que se tornou desequilibrado.

A esse respeito, é bem conhecido o posicionamento que visa a eliminar eventual dicotomia com a interpretação estendida da redação do artigo 478, conferindo poderes de revisão ao magistrado.⁵²⁴ Para justificar esse entendimento, busca-se reforço no princípio

atraso das conseqüências da mora, por não se encontrar em seu procedimento qualquer resquício de culpa” (RODRIGUES, Sílvio. *Parte Geral das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 245).

⁵²³ - “A culpa do devedor é outro elemento essencial. O nosso Anteprojeto menciona a inexecução culposa como elemento integrante de sua etiologia (art. 189). Não há mora, se não houver fato ou omissão a ele imputável (Código Civil de 2002, art. 396). A regra não comporta dúvida, em nosso Direito, embora o contrário possa dizer-se de outros sistemas legislativos; não obstante a culpa, a parte debitoris é suscetível de verificação presumida (Código Civil de 2002, art. 399). De acordo com o melhor entendimento, tal presunção é iuris et de iure. Embora o retardo faça presumir a conduta culposa, cabe ao devedor evidenciar que o atraso lhe foi imposto por um acontecimento, cujos efeitos não teve ele condições de evitar ou impedir. De conseguinte, envolve escusativa para o devedor e conseqüência de ausência de mora a verificação de um acontecimento de força maior, ainda que transitório, a falta de cooperação, o atraso na autorização do poder público sempre que seja requisito do ato, e outros semelhantes” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, Teoria Geral das Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 310). No mesmo sentido: RODRIGUES, Sílvio. *Parte Geral...*, p. 245.

⁵²⁴ - Nesse sentido: “[r]eferimo-nos à excessiva onerosidade superveniente, causa não somente de resolução, mas também de revisão dos contratos. (...) [i]nicialmente, o art. 478 do Código Civil deve ser interpretado à luz do princípio da conservação dos negócios jurídicos, pelo qual se deve procurar conservar o máximo possível do negócio jurídico realizado, tanto no que diz respeito à sua validade e à sua eficácia. Tal princípio é admitido, com certa amplitude, no sistema jurídico brasileiro. Ademais, o art. 317 (que expressamente admite a correção do valor da prestação devida) e os demais dispositivos do Código Civil de 2002 atinentes a contratos específicos (v.g., art. 620, sobre empreitada; e art. 770, parte final, sobre 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. (...) atribui-se ao juiz o poder de intervir na economia do contrato para reajustar, em bases razoáveis, as prestações recíprocas” (GOMES, Orlando. *Contratos...*, pp. 214-216). Na mesma linha: “[n]o 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. Assim, poder-se-á sustentar, em primeiro lugar, que a revisão – e não somente a resolução – do contrato será exigível, com base na boa-fé (art. 422) e, mais especificamente, com fundamento da norma inscrita no art. 317 (originalmente este último dispositivo se

da conservação do negócio jurídico e na função social do contrato, bem como em outros dispositivos do Diploma Substantivo referentes a contratos típicos que permitem a ingerência do julgador na equação econômica.⁵²⁵

Entretanto, não podemos partilhar desse entendimento. De plano, porque a redação dos dispositivos é indubitosa: enquanto o artigo 478 prevê como consequência do suporte fático delineado a possibilidade de “o devedor pedir a resolução do contrato”, o artigo 317 estabelece que o “poderá o juiz corrigi[r] (...) o valor real da prestação”. De fato, não há como se ignorar a letra da lei nesse tocante, até mesmo porque “[p]resume-se que a lei não

referia à ‘desvalorização monetária’, mas a referência foi suprimida). Os arts. 317 e 422 são, pois, normas que dão apoio à criação de outras hipóteses de revisão ao contrato, ampliando-se assim o alcance do art. 478 quando comparado ao alcance que lhe seria dado conforme uma interpretação meramente literal, que o circunscrevesse, anacronicamente, à antiga teoria da imprevisão. Ruy Rosado de Aguiar Júnior sugere uma outra leitura, para defender não o alargamento do escopo do art. 317, mas, ao contrário, o alargamento do escopo do art. 478, de modo que se permita a resolução nos casos abrangidos pelo art. 317. (...) [a] consagração da resolução por onerosidade excessiva, mesmo que em termos predominantemente voluntaristas (especialmente quanto comparados aos termos constantes do CDC), ainda assim serve a demonstrar que a teoria contratual deduzida do CC pressupõe a flexibilização dos princípios clássicos, em especial, nesse caso, 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 condições contratuais. (...) [d]e todo modo, pode-se ampliar o espectro de incidência do dispositivo com a admissão de possibilidade de o juiz, diante do requerimento do réu, autorizar a revisão – em homenagem ao princípio de conservação dos contratos – mesmo sem a anuência do autor, cujo pedido tenha se limitado à resolução (...)” (TEPEDINO, Gustavo et al. *Código Civil Interpretado*..., pp. 131-134). Concordam esse posicionamento também: VENOSA (*Direito Civil, Teoria Geral das Obrigações*..., p. 453), BDINE JR. (In PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil Comentado*. 6ª ed. Barueri: Manole, 2012, pp. 303-304); ASCENSÃO (*Alteração das circunstâncias* ..., pp. 93-118); ZULIANI, Enio Santarelli. (*Resolução do Contrato*..., pp. 94-95); GONÇALVES (*Contratos e atos*..., p. 173). Há inclusive o enunciado n. 176 das III Jornadas de Direito Civil sobre esta questão: “[e]m 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”.

⁵²⁵ - “Neste sentido, Jorge Cesa Ferreira da Silva afirma que o caráter imprevisível não diz respeito necessariamente ao fato superveniente, em si mesmo considerado, mas aos efeitos que daí advierem: ‘...deve-se compreender a noção de ‘imprevisão’ referida no art. 317 não se limitando apenas ao evento em si, mas se estendendo aos efeitos do evento’ (*Princípios de Direito das Obrigações*, p. 125). Ainda segundo o mesmo autor: ‘(...) a função social do contrato importa na admissão de outras formas de revisão para além da imprevisão ou onerosidade excessiva’ (*Princípios de Direito das Obrigações*, p. 148). Também poderá vir a ser invocado como fundamento para a possibilidade de revisão contratual (e não apenas resolução) o fato de o Código Civil em outras hipóteses prever a alteração da equação econômica do contrato como forma de o preservar. É o caso do art. 320, referente ao contrato de empreitada, e do art. 770, referente ao contrato de seguro” (TEPEDINO, Gustavo et al. *Código Civil Interpretado*..., p. 131). Em sentido semelhante, JUNQUEIRA DE AZEVEDO já indicou que: “[p]or outras palavras, no atual direito brasileiro, o juiz pode intervir no contrato, na ocorrência de fatos supervenientes, tanto quando há desequilíbrio. E os textos normativos são os já citados, especialmente o art. 478 do Código Civil —, quanto em hipóteses outras (as de onerosidade excessiva subjetiva ligadas à pessoa humana e as de perda de sentido do contrato) — e o texto normativo de direito positivo deverá ser o art. 421, que consagra o princípio da função social dos contratos” (Relatório Brasileiro..., p. 184).

contenha palavras supérfluas; devem todas ser entendidas como escritas adrede para influir no sentido da frase respectiva”.⁵²⁶

A bem da verdade, é de se notar que nem mesmo o artigo 317 prevê um amplo poder de revisão ao magistrado. A redação do artigo faz referência à possibilidade de o juiz tão somente corrigir o valor real da prestação, “[q]uando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução”.⁵²⁷

A orientação que nos parece mais adequada, portanto, é aquela segundo a qual a regra do artigo 317 aplicar-se-ia apenas à correção de prestações pecuniárias, conferindo ao juiz a possibilidade de readequá-las, na hipótese de variação de seu valor, tanto negativa quanto positivamente, em decorrência de motivos imprevisíveis. Um primeiro indício de tanto estaria na própria localização do dispositivo dentro da topografia do Código Civil: a regra, claramente, apresenta-se, em conjunto com os artigos 316 e 318,⁵²⁸ como uma exceção ao artigo 315,⁵²⁹ que trata, expressamente, de dívidas em dinheiro.

A esse respeito, JUNQUEIRA DE AZEVEDO assevera que vigora no Direito Brasileiro a distinção entre dívidas pecuniárias e dívidas de valor. Explica o autor que a diferença entre ambas as modalidades reside no fato de que, enquanto na primeira *an* e *quantum debeatur* já estão, previamente, fixados, na segunda, apenas o *an* encontra-se definido,

⁵²⁶ - MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 91. O autor ainda tece os seguintes comentários sobre a necessidade de observância da prescrição legal quando há clareza na linguagem: “[a] prescrição obrigatória acha-se contida na fórmula concreta. Se a letra não é contraditada por nenhum elemento exterior, não há motivo para hesitação: deve ser observada. A linguagem tem por objetivo despertar em terceiros pensamento semelhante ao daquele que fala. Presume-se que o legislador se esmerou em escolher expressões claras e precisas, com a preocupação meditada e firme de ser bem compreendido e fielmente obedecido. Por isso, em não havendo elementos de convicção em sentido diverso, atém-se o intérprete à letra do texto. Embora seja verdadeira a máxima atribuída ao apóstolo São Paulo – a letra mata, o espírito vivifica –, nem por isso é menos certo caber ao juiz afastar-se das expressões claras da lei, somente quanto ficar evidenciado ser isso indispensável para atingir a verdade em sua plenitude. O abandono da fórmula explícita constitui em face de mal maior, comprovado: o de uma solução contrária ao espírito dos dispositivos, examinados em conjunto. As audácias do hermeneuta não podem ir ao ponto de substituir, de fato, a norma por outra”.

⁵²⁷ - Em mesmo senso: “[r]essalte-se que a redação final do artigo não consagrou um poder-dever do juiz de efetuar a revisão, inserindo a expressão ‘poderá o juiz corrigi-lo’” (FRANTZ, Laura C. *Revisão...*, p. 15).

⁵²⁸ - “Art. 316. É lícito convencionar o aumento progressivo de prestações sucessivas”.

“Art. 318. São nulas as convenções de pagamento em ouro ou em moeda estrangeira, bem como para compensar a diferença entre o valor desta e o da moeda nacional, excetuados os casos previstos na legislação especial”.

⁵²⁹ - “Art. 315. As dívidas em dinheiro deverão ser pagas no vencimento, em moeda corrente e pelo valor nominal, salvo o disposto nos artigos subsequentes”.

havendo, desse modo, necessidade de se liquidar o *quantum* devido. Assim, embora compreenda pela possibilidade de o julgador, efetivamente, revisar o contrato impactado pela alteração de circunstâncias,⁵³⁰ esclarece que o artigo 317 seria aplicável apenas para as dívidas de valor, com o objetivo de se promover a “*reposição do poder aquisitivo da moeda como meio de pagamento*”.⁵³¹

MENEZES CORDEIRO esclarece que a preocupação do legislador brasileiro, provavelmente, decorreu do frequente problema enfrentado pela jurisprudência italiana referente à prevalência do princípio do nominalismo em seu ordenamento (artigo 1277, *Codice*).⁵³² Explica o autor que se desenvolveu, no espaço italiano, a “onerosidade indireta” que teria como fito tutelar a proporcionalidade do crédito do credor em relação à prestação por ele realizada, em casos de desvalorização monetária. Assim, reconhece, embora discorde da solução legislativa, que o remédio revisional do artigo 317 seria aplicável apenas a prestações de dar quantia em dinheiro, enquanto, para todo o restante, permaneceria a solução resolutória do artigo 478.⁵³³

Ademais, conforme assinala FRANTZ, a localização do artigo 317, no título III (“*Do Adimplemento e Extinção das Obrigações*”), seção III (“*Do Objeto do Pagamento e Sua Prova*”), também indica que a regra aplicar-se-ia, genericamente, a todo tipo de obrigação, de modo que a disciplina do artigo 478 prevaleceria no que se refere a obrigações

⁵³⁰ - Nesse senso, JUNQUEIRA DE AZEVEDO sublinha que, “[n]uma primeira leitura, o art. 478 dá a entender que a parte de um contrato sinalagmático, cuja prestação houver se tomado excessivamente onerosa, poderá pleitear somente a resolução do contrato, e não a sua revisão (...). Na praxe, todavia, (...) uma das partes, já de início, pode pedir a revisão e, na sentença, pode o juiz rever o contrato, desde que pelo menos um dos contratantes assim tenha pedido” (Relatório Brasileiro..., p. 194).

⁵³¹ - AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Relatório Brasileiro..., p. 187.

⁵³² “Art. 1277 *Debito di somma di danaro*

I debiti pecuniari si estinguono con moneta avente corso legale nello Stato al tempo del pagamento e per il suo valore nominale.

Se la somma dovuta era determinata in una moneta che non ha più corso legale al tempo del pagamento, questo deve farsi in moneta legale ragguagliata per valore alla prima”.

⁵³³ Nesse sentido: “[c]ertamente o legislador brasileiro, atento a esta situação, buscou evitá-la, relativizando, no artigo 317, o princípio do nominalismo e possibilitando a revisão da prestação de dar quantia em dinheiro. No entanto, descurou-se do princípio da conservação dos contratos em sua plenitude, pois para os demais casos estabeleceu como sanção aos casos de alteração do contrato por fatos supervenientes unicamente a resolução por onerosidade excessiva. Nesse sentido, a segunda observação acerca do artigo 478 é a consequência que estipula a alteração das circunstâncias que onera uma das partes: a resolução. A intenção é de liberar o devedor, e não preservar o contrato, entendendo-se que é melhor destruir o vínculo contratual defeituoso do que mantê-lo em prejuízo de uma das partes. Essa solução, todavia, ignora a importância do contrato na vida dos cidadãos, especialmente quando são instrumentalizados bens essenciais aos contratantes” (CORDEIRO, Eros Belin de Moura. *Da Revisão*..., p. 257).

contratuais, com exceção de prestações pecuniárias, por se tratar de regra especial.⁵³⁴ LEÃES, igualmente, destaca que “a disciplina introduzida pelo art. 317 da nova lei civil não pode ser associada à regulação da resolução contratual por onerosidade excessiva, que mereceu tratamento específico e exaustivo no novo Código, nos seus arts. 478 a 480”.⁵³⁵

Assim, em regra, constatada onerosidade excessiva para uma das partes e, sem que a contraparte se disponha a aceitar a alteração equitativa das prestações (artigo 479, Código Civil), o contrato deve ser resolvido e não revisto pelo julgador. Essa, certamente, é a solução que melhor coaduna a autonomia da vontade com a intervenção estatal.⁵³⁶

Para além disso, bem se de ver que o próprio histórico de tramitação legislativa do artigo 317 também indica que, desde a origem, o dispositivo sempre esteve relacionado a questões atinentes à flutuação do valor da moeda,⁵³⁷ a corroborar o argumento de que o regramento seria aplicável apenas aos casos envolvendo prestações pecuniárias

⁵³⁴ - FRANTZ, Laura C. *Revisão...*, pp. 140-141. Nesse sentido ainda, confira-se o comentário de LOTUFO: “[a] presente disposição, em primeiro lugar, não se restringe às questões contratuais, em que, pelo princípio da justiça contratual, o equilíbrio das prestações deve ser mantido, como decorrência da equitatividade, da igualdade. Por outro lado, por ter aplicação mais ampla (a toda e qualquer obrigação) não colide nem invalida as disposições expressas relativas à onerosidade excessiva, estipuladas para serem de aplicação restrita ao campo contratual” (LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado – Obrigações*. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 228).

⁵³⁵ - LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Resolução por onerosidade...*, p. 28.

⁵³⁶ - “O Código Civil italiano de 1942 (art. 1.467), ao disciplinar o instituto, concedendo ao prejudicado a ação resolutória, abre ao beneficiário a oportunidade de evitar este desenlace oferecendo a modificação equitativa das condições de execução. Essa solução, que foi adotada expressamente no art. 479 do Código Civil de 2002, merece aplausos porque concilia o princípio da autonomia da vontade com a intervenção estatal que é sempre, no atual regime, uma exceção. O que a lei concede ao contratante é a resolução. A alteração das cláusulas de cumprimento será iniciativa do credor, que voluntariamente aquiesce oferecer a oportunidade de solução menos onerosa ao devedor, como meio de salvar a avença” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, Contratos...*, p. 142). No mesmo sentido: LEÃES (*Resolução por onerosidade...*, p. 29).

⁵³⁷ - Nesse sentido, FRANTZ (*Revisão...*, pp. 11-16) faz o levantamento das redações do artigo desde o anteprojeto de Código Civil de 1972 e 1973 até o texto final aprovado, *in verbis*:

- (i) “Art. 311. Quando, pela desvalorização da moeda, ocorrer desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento da execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que preserve, quanto possível a equivalência das prestações” (Anteprojetos de Código Civil de 1972 e 1973);
- (ii) “Art. 315. Quando, pela desvalorização da moeda, ocorrer desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento da execução, o juiz determinará a correção monetária, mediante aplicação dos índices oficiais, por cálculo do contador” (Emenda n. 27);
- (iii) “Art. 317. Quando, pela desvalorização da moeda, ocorrer desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução deverá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que preserve, quanto possível, a equivalência entre as prestações.

Nessa linha, pode-se concluir que o remédio do artigo 317 seria aplicável apenas a dívidas em dinheiro, que, em decorrência de motivos imprevisíveis (v.g., hiperinflação, maxidesvalorização cambial, deflação exagerada etc.), tenham seu valor real alterado entre o momento da celebração do negócio e o de sua execução.

2.2.3 Alguns aspectos processuais do modelo de revisão brasileiro

No que se referem aos aspectos processuais da teoria, AGUIAR JÚNIOR defende a possibilidade de que o contratante afetado pelos fatos supervenientes venha a arguir a onerosidade excessiva como matéria de defesa ou por meio de reconvenção, tanto em ação voltada ao adimplemento do contrato, quanto em outra, de caráter resolutório.⁵³⁸ Em ambas as hipóteses, a onerosidade excessiva caracterizar-se-ia negação do direito formativo do autor, mas, especificamente, na segunda, a alegação de defesa serviria apenas para liberar a responsabilidade do devedor pelas perdas e danos decorrentes do descumprimento, haja vista que, por óbvio, não evitaria a resolução contratual.⁵³⁹

Parágrafo único. Se houver índices legalmente estabelecidos para a correção monetária, o juiz determinará seja ela feita por cálculo do contador” (proposta de MIGUEL REALE);

(iv) “Art. 317. *Quanto por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devido e o do momento da sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação*” (versão final).

No mesmo sentido, LEÃES explica que “no anteprojeto apresentado pela Comissão Revisora e Elaboradora, o então art. 311 facultava ao juiz, a pedido da parte, ‘atualizar o valor da moeda’, ‘quando houver desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento da execução, de modo a preservar, quanto possível, a equivalência das prestações’. Na Câmara dos Deputados, o dispositivo, já enumerado como art. 317, continuava a frisar expressamente que a idéia era a manutenção da equivalência das prestações ‘quando ocorrer desvalorização da moeda’. No Senado, depois da tentativa de suprimir o dispositivo, o presidente da Comissão Revisora e Elaboradora ponderou da conveniência da manutenção do dispositivo, voltando à redação do anteprojeto, com referência tópica à ‘desvalorização da moeda’, que foi excluída da redação final, por considerá-la implícita, na seqüência dos artigos, incluindo-se, porém, no suporte fático, o atributo da imprevisibilidade, que não havia na redação primitiva” (Resolução por onerosidade..., p. 29).

⁵³⁸- JUNQUEIRA DE AZEVEDO assim já se pronunciou: “[a] parte prejudicada pela alteração das circunstâncias (seja o devedor de uma prestação que se tornou excessivamente onerosa, seja o credor de uma prestação que se tomou irrisória em comparação com a sua própria prestação) pode, em primeiro lugar, ajuizar ação pleiteando a resolução do contrato, com fundamento no art. 478 do Código Civil de 2002. Em segundo lugar, pode propor ação de revisão, como vimos no item 10 acima. Em terceiro lugar, quando a parte prejudicada for ré em ação de execução do contrato, poderá alegar a excessiva onerosidade como defesa, por meio de contestação, ou até mesmo pedir a resolução, em reconvenção. Esta terceira possibilidade é admitida pela doutrina nacional, com a ressalva de que a defesa fundada na excessiva onerosidade superveniente deverá ser exercida dentro dos limites do princípio da boa-fé objetiva” (Relatório Brasileiro..., p. 195). A também admitir a alegação de onerosidade excessiva como matéria de defesa: ZULIANI (Resolução do Contrato..., p. 93); GONÇALVES, Carlos Roberto (Contratos e atos..., p. 177).

⁵³⁹- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos...*, pp. 154-160.

A despeito da posição defendida, o autor recomenda que o devedor, tão logo verifique a superveniência de fatos imprevisíveis e extraordinários, avise a contraparte do ocorrido, de maneira a permitir a renegociação do contratado, ou tome a iniciativa de propor a ação judicial voltada à revisão ou à resolução do pacto firmado. Tal providência, de acordo com o mestre, far-se-ia necessária para afastar os efeitos do artigo 399 do Código Civil.⁵⁴⁰ Ainda, segundo o Ministro, especificamente em casos envolvendo negócios entre comerciantes e empresários, “*cabe[ria] a uns e outros o dever de dar aviso prévio sobre as dificuldades de cumprimento*”.⁵⁴¹

No entanto, respeitável parcela da doutrina discorda do posicionamento supra, defendendo a necessidade de ajuizamento de ação judicial própria, a fim de que a parte afetada pelo evento superveniente deixe de cumprir com sua obrigação.⁵⁴² Conforme salienta GOMES, “[n]ão pode ficar ao arbítrio do interessado na resolução a extinção de suas obrigações, sob o fundamento de que se tornou extremamente difícil cumpri-las”. Isso porque, explica o autor, “[s]e lhe fora concedido esse poder, far-se-ia tabula rasa de princípio da força obrigatória dos contratos”. Assim, arremata esclarecendo que caberia ao juiz aferir o nexo de causalidade entre o ônus excessivo que se impôs ao contratante e o evento extraordinário e imprevisível alegado e, a partir daí, declarar a dissolução do negócio.⁵⁴³

É nesse sentido também a recomendação de TEPEDINO e demais, segundo os quais “*o contratante na iminência do inadimplemento deve propor a respectiva ação, sendo-lhe*

⁵⁴⁰ - “Art. 399. O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada”.

⁵⁴¹ - AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos...*, pp. 154-160. Nesse sentido, GONÇALVES, a despeito de admitir a alegação da onerosidade excessiva como matéria de defesa, assevera que “*a alegação em contestação é, em regra, considerada mal soante, vista como desculpa de mau pagador, entendendo-se que deveria a parte lesada tomar a iniciativa e antecipar-se à cobrança judicial, invocando a impossibilidade de cumprimento da dívida antes de seu vencimento, em decorrência de fato superveniente extraordinário e imprevisível, e requerendo a revisão do avençado ou a sua resolução*” (*Contratos e atos...*, p. 177).

⁵⁴² - Nesse sentido: GOMES (*Contratos...*, p. 218); VENOSA (*Direito Civil, Teoria Geral das Obrigações...*, p. 453); TEPEDINO, BARBOSA e BODIN DE MORAES (*Código Civil Interpretado...*, p. 132); PEREIRA (*Instituições de Direito Civil, Contratos...*, p. 41); PISU, Luciana Cabella. *I remedi contro ...*, pp. 567-568; LEÃES (“Resolução por onerosidade...”, p. 28); SCHUNK (*A onerosidade excessiva...*, pp. 98-99).

⁵⁴³ - GOMES, Orlando. *Contratos...*, p. 218.

vedado decidir unilateralmente a resolução do contrato e a extinção de suas obrigações”.⁵⁴⁴

Nesse ponto, entretanto, antes de prosseguirmos a análise, é fundamental traçarmos as distinções entre a onerosidade excessiva invocada como *causa excipendi* em demanda ajuizada pelo credor e a utilização de mesmo instituto como causa de pedir em ação resolutória ajuizada pelo devedor. Como matéria de exceção, o devedor estaria a se valer da alteração de circunstâncias como matéria de defesa sustancial indireta,⁵⁴⁵ alargando o objeto do conhecimento do juiz, mas sempre com o objetivo de obter sentença de improcedência.⁵⁴⁶ Já, como causa de pedir em ação própria, a situação é diversa: a

⁵⁴⁴ - *Código Civil Interpretado*..., p. 132. No mesmo sentido: LEÃES (Resolução por onerosidade..., p. 28).

⁵⁴⁵ - “O réu faz uma defesa substancial indireta, quando opõe à pretensão do autor a alegação de um fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito que este alega ter. Esses fatos atuam negativamente sobre o direito e, cada um deles a seu modo, todos comprometem a eficácia do fato constitutivo alegado pelo autor – sendo todos eles, portanto, dotados de eficácia favorável ao réu. É muito importante perante o direito o jogo entre a eficácia dos fatos constitutivos e a dos outros que interferem na vida dos direitos (impeditivos, modificativos ou extintivos – *supra*, n. 524)” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. III, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, item 1068).

⁵⁴⁶ - “Como ato puramente defensivo que é, a contestação não alarga o objeto do processo. Limita-se a opor resistências à pretensão do autor, seja com o objetivo de proporcionar ao réu a tutela jurisdicional oposta à pedida por aquele (improcedência da demanda), seja para pleitear a extinção do processo sem julgamento do mérito, seja para imprimir-lhe rumos diferentes (defesas dilatórias, que retardam o procedimento mas não conduzem à extinção processual – incompetência absoluta, impedimento do juiz). A contestação não interfere no objeto do processo (*Streitgegenstand*), o qual continua dimensionado pelo pedido contido na petição inicial (*supra*, nn. 480-481); mas pode alargar o objeto do conhecimento do juiz, i.é, trazer ao exame deste os fatos ou razões jurídicas novos que o réu vier a alegar, não contidos na petição inicial, como o pagamento, a prescrição, a compensação ou mesmo uma nova versão dos fatos alegados na petição inicial (*supra*, n. 775). Sequer isso acontece, quando o réu se limita a negar o que o autor afirmara, situação em que a instrução processual girará somente em torno dessas afirmações, a serem confirmadas ou desmentidas pela prova; quando o réu alega fatos novos (impeditivos, modificativos, extintivos) a instrução incluirá os que o autor havia afirmado, mais estes. Sempre, contudo, sem aumentar as possibilidades de julgamento de meritis: como resultado do acolhimento da contestação, o juiz poderá julgar o mérito a favor do réu (improcedência da demanda), negar ao autor o julgamento do mérito (extinção do processo) ou desviar o processo para outros rumos (incompetência absoluta, impedimento do juiz). Jamais, conceder ao réu um provimento de mérito estranho ao que fora pedido pelo autor, o que só se admite quando é feita reconvenção (p.ex., conceder a separação judicial por culpa do autor, não tendo o réu reconvido), denúncia da lide ou pedido contraposto” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. III..., item 1064). Não se olvida a esse propósito do entendimento jurisprudencial que confere eficácia executiva a sentenças de improcedência a ações tendentes a desconstituição de crédito: “[p]rocesual. Cumprimento de sentença. Impugnação rejeitada ante o reconhecimento de que a sentença de improcedência, mas que reconhece a existência de obrigação de pagar quantia certa, é título executivo em favor da ré. Pretensão à reforma. Descabimento. Consoante a nova redação do art. 475-N, do CPC, o reconhecimento da obrigação constitui título executivo em favor do credor. Conformidade com o que foi definido pelo C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial n. 1.261.88/RS, submetido ao regime do artigo 543-C do Código de Processo Civil” (TJ-SP, 15ª Câ. de Dir. Privado, AI. n. 2062132-74.2014.8.26.00, Rel. Des. MOURÃO NETO, j. 10.7.2014). Registre-se, contudo, que o posicionamento não é unânime e há divergências: “[a]ção de cancelamento de título extrajudicial (cheque). Sentença de improcedência. Requerido que pretende executar a sentença. Inadequação. Artigo 475-N do CPC. Decisão mantida. Recurso desprovido” (TJ-SP, 20ª Câ. de Dir. Privado, AI. n. 2160460-39.2014.8.26.00., Rel. Des. LUIS CARLOS DE BARROS, j. 24.11.2014). No mesmo sentido, NEGRÃO e outros já se manifestaram: “não nos parece que a sentença de improcedência da ação declaratória negativa reconheça direitos em favor do réu e lhe abra as

alteração de circunstâncias fundamenta efetivo pedido de resolução do contrato cuja prestação tornou-se, excessivamente, onerosa.⁵⁴⁷

Há, com relação aos efeitos, diferenças fulcrais entre a sentença de procedência em ação resolutória proposta pelo lesado e a sentença de improcedência em ação condenatória proposta pela contraparte. Como bem explica DINAMARCO, a sentença que julga improcedente determinada ação oferece tutela declaratória negativa ao Réu (com exceção da hipótese de improcedência da própria ação declaratória negativa).⁵⁴⁸ Por outro lado, em se tratando de direito potestativo,⁵⁴⁹ a sentença de procedência de ação ajuizada com

portas para a execução forçada. Tal sentença se limita a negar a declaração perseguida pelo autor, nos limites da causa de pedir da sua demanda” (NEGRÃO et. al. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 43ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 567).

⁵⁴⁷ - “A causa de pedir traduz-se nos fundamentos do pedido que o autor vem fazer em juízo. Pela dicção da lei (CPC, art. 282, inc. III), ela reside (a) nos fatos narrados e (b) nas razões de direito material invocadas ao demandar (fundamentos jurídicos – *infra*, n. 450). Os fatos narrados como fundamento do pedido constituem aquilo que a lei chama fatos constitutivos (art. 333, inc. I). Eles têm relevância, p.ex., na competência para as demandas propostas com pedido de condenação a indenizar por ato ilícito (CPC, art. 100, inc. V) e especificamente nas reparações por acidentes de veículos (art. 100, par.) ou por danos ambientais (LACP, art. 2o) ou ao consumidor (CDC, art. 93, inc. I) – sendo competente o foro do local em que os fatos ocorreram (*forum delicti commissi*). Os fundamentos jurídicos invocados na petição inicial, ou seja, o enquadramento dos fatos narrados em categorias jurídicas de direito material (responsabilidade civil, separação judicial, relações de consumo), atuam em setores variados da problemática da competência, servindo para determinar (a) a Justiça competente (a Justiça comum é incompetente, p.ex., se a relação invocada for de direito do trabalho – Const., art. 114), (b) a competência territorial ao menos em um caso específico (competência do foro da situação do imóvel em causas versando sobre direito real – CPC, art. 95), (c) a competência de varas especializadas em certos casos (varas da família, ou de acidentes do trabalho, ou de falências e recuperações judiciais etc.)” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. I, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, item 198).

⁵⁴⁸ - DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. III..., item 904. No mesmo sentido: YARSHELL, Flávio Luiz (Resolução do contrato por onerosidade excessiva: uma nova hipótese de ‘ação dúplice’?). In YARSHELL, Flávio Luiz; DE MORAES, Maurício Zanóide (coord.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, p. 564).

⁵⁴⁹ - “Entre as situações jurídicas que o ordenamento reconhece estão aquelas que podem ser expressas pela formulação poder-sujeição: poder do titular do direito de um lado, sujeição de alguém para com o exercício de outrem. Esta situação se diferencia da anterior porque, neste caso, não há nada que o titular da sujeição possa ou deva fazer, porque não há dever, mas apenas submissão à manifestação unilateral do titular do direito, embora a manifestação atinja a esfera jurídica do outro, constituindo, modificando ou extinguindo uma situação sua jurídica subjetiva. A partir de Chiovenda, a doutrina processualística italiana, seguida depois pelos juristas – processualistas e civilistas – de diversos países de tradição romano-germânica, identificou uma série de direitos, também chamados discricionários ou formativos, em que a nota essencial é a ausência de prestação (direitos sem prestação), diferenciando-se, por esta via, e frontalmente, dos direitos subjetivos, desde então também chamados direitos com prestação. Assim, por exemplo, a aceitação e a renúncia à herança, a anulação de casamento, a despedida do empregado; encontram-se aí direitos que, ao serem exercidos, influenciam-se a esfera jurídica de alguém sem que este possa senão a eles sujeitar-se” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, Contratos...*, p. 30).

fundamento nos artigos 478 e 317 concede ao autor tutela constitutiva negativa,⁵⁵⁰ alterando a relação jurídica existente entre as partes.⁵⁵¹

Para que se pudesse cogitar de eventual eficácia constitutiva à mera exceção fundada em onerosidade excessiva, a ação ajuizada pelo credor necessitaria ter natureza dúplice, o que certamente não é o caso. Afinal, pelas características da relação de direito material,⁵⁵² não se pode dizer que há duplicidade na situação das partes. O credor quer o cumprimento do contrato e o recebimento de eventuais perdas e danos. Já o devedor pretende a resolução do contrato e, quando cabível (como se verá) a restituição ao *status quo ante*. As pretensões são absolutamente diversas e, no plano material, não nos parece que a negação do pedido do credor não implica, naturalmente, no reconhecimento de que o contrato estaria resolvido. Afinal, a improcedência da ação do credor pode estear-se nos mais diversos fundamentos para reconhecer a inexigibilidade da prestação contratual (ex.: prescrição, invalidade etc.).

⁵⁵⁰ - “(...) alguém, que no plano substancial ostenta a qualidade a qualidade de devedor, ajuíza em face do credor demanda invocando provimento constitutivo negativo, pelo qual se estabelece a resolução do contrato. Esse é o pedido do demandante, calcado na alegação (causa de pedir) de onerosidade excessiva” (YARSHELL, Flávio Luiz. Resolução do contrato..., p. 568).

⁵⁵¹ - “A alteração de situação jurídica, a que o sujeito pode ter direito, consistirá em criar uma relação jurídica nova onde ela não existe, em reconstituir uma que existiu e deixou de existir, em modificar a relação jurídica existente ou em extingui-la. Surge uma crise da situação jurídica (crises jurídicas – supra, n. 58) quando o sujeito, desejando uma dessas alterações substanciais, não a obtém porque a pessoa que poderia oferecer-lhe tal resultado não lho oferece (outorga do domínio do imóvel, anulação do ato administrativo pela própria Administração, rescisão consensual do contrato anulável) ou quando a ordem jurídica impede que o resultado seja obtido por consenso das partes e assim exige que só por sentença judicial isso aconteça (supra, nn. 1 e 44). Na primeira hipótese diz-se voluntário o ingresso na Justiça para obter a alteração pretendida e na segunda, necessário (ações constitutivas necessárias: anulação de casamento, destituição de guarda). Em ambas, a busca da alteração desejada é sempre um ato da vontade do sedizente titular do direito a ela, ao qual se permite tomar a iniciativa judicial ou resignar-se a não obter tutela alguma; conceituam-se esses direitos subjetivos materiais, em face disso, como direitos potestativos” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. vol. III..., item 923).

⁵⁵² - A esse respeito, ensina YARSHELL: “[s]egundo as fontes, a duplicidade no direito romano residia primeiramente no plano substancial de tal modo que, nesse plano, a condição dos litigantes era idêntica. Disso decorria, então, uma duplicidade de formas manifestada através das palavras contidas na fórmula. Exemplo clássico é o *interditum utrubi*, aplicável à tutela dos direitos sobre coisas móveis. Dessa maneira, a duplicidade nesse contexto parece mesmo resultar do plano material, sendo a duplicidade processual – se é que se pode falar assim – uma projeção daquela outra. Transportando-se esse conceito, com as devidas cautelas, para o sistema atual – que não é de ações, mas de direitos –, o que se constata é que a duplicidade presente no plano substancial, e projetada no processo, permite caracterizar a ação dúplice como aquela em cujo processo o autor, desde logo, assume a qualidade de réu e vice-versa. Portanto, ao menos nessa primeira transposição, não parece correto dizer – como freqüentemente acontece – que na ação dúplice o autor pode tornar-se réu, e o réu, autor. Na verdade, a imposição que resulta da relação material automaticamente faz do autor um réu (e vice-versa), que vai além da mera eficácia declaratória de uma sentença de improcedência. De fato, é o que ocorre nos interditos possessórios, assim como nos juízos divisórios e demarcatórios, pela própria natureza da relação de direito material” (YARSHELL, Flávio Luiz. Resolução do contrato..., pp. 566-567).

Na prática, essa distinção entre tutela declaratória negativa e tutela constitutiva tem efeitos diversos ao lesado pela alteração de circunstâncias. Na primeira hipótese (improcedência da ação proposta pelo credor), o lesado pela alteração das circunstâncias apenas se escusa do cumprimento da obrigação e do ressarcimento de eventuais perdas e danos. Na segunda situação (procedência da ação resolutória ajuizada pelo devedor), o contrato é, definitivamente, resolvido, cabendo, nesta sede, a busca pela restituição daquilo que foi prestado, o que, certamente, pode acarretar relevantes diferenças na esfera patrimonial das partes.

Com efeito, conforme artigo 478, parte final, o decreto de resolução contratual por sentença opera-se com efeitos *ex tunc*, retroagindo à data citação da demanda.⁵⁵³ Tanto para contratos de execução única e diferida, quanto para contratos de execução repartida ou fracionada, as partes retornam à situação anterior à contratação, com a restituição do que já houver sido recebido ou prestado a qualquer uma delas. Para contratos de prestação continuada ou de execução repetida, apenas aquelas prestações que foram cumpridas durante o curso da demanda resolutória é que são atingidas pelos efeitos da sentença.⁵⁵⁴ O que já houver sido executado não poderá ser revisto, ainda que se demonstre o desequilíbrio contratual, vez que o cumprimento espontâneo da obrigação dá cabo integral a ela.⁵⁵⁵

⁵⁵³ - ASCENSÃO crítica à referência ao processo judicial contido na norma. Sob seu entendimento, “apesar da roupagem judicial dos preceitos, nada impede que as partes acordem na solução a dar ao caso”, de modo que “uma vez que actuação também pode ser extra-judicial, os efeitos poderão retroagir à data da interpelação dirigida por uma parte à outra, uma vez verificado que havia realmente fundamento para a resolução do contrato”. Assim, conclui que “aquele trecho [final] do art. 478, que traduz antes de mais a realidade processual, comum, só confunde” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Alteração das circunstâncias...*, 2006, pp. 116). A despeito da profunda admiração que tecemos ao ilustre professor, não podemos concordar com este entendimento. Ora, nada há de confuso no dispositivo. Supondo acordo entre as partes, estas poderão fixar a data de retroação dos efeitos da resolução contratual, da forma que melhor lhes aprouver. Não chegando a um acordo, deverão optar pela via judicial e, conforme a lei, os efeitos da sentença serão retroativos à citação, ato formal e oficial, que evita incertezas quanto à forma e à efetivação da interpelação, em esfera extrajudicial.

⁵⁵⁴ - GOMES, Orlando. *Contratos...*, p. 218. No mesmo sentido: DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 14ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 399; JUNQUEIRA DE AZEVEDO (Relatório Brasileiro..., p. 194).

⁵⁵⁵ - “O contratante prejudicado ingressará em juízo no curso de produção dos efeitos dos contratos, pois que se este já estiver executado não tem mais cabimento qualquer intervenção. É igualmente necessário que o postulante exija em Juízo a resolução do contrato. Mesmo em caso de extrema onerosidade, é vedado ao queixoso cessar pagamentos e proclamar diretamente a resolução. Terá de ir à Justiça, e esta deverá apurar com rigor os requisitos de aplicação da teoria revisionista. Uma vez concedida, opera a liberação do devedor. As prestações efetuadas antes do ingresso em juízo não podem ser revistas, mesmo comprovada a alteração no quadro econômico, porque a solutio espontânea do devedor produziu os seus efeitos naturais. Como, porém, não é possível ao contratante cessar o 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 de sentença que for proferida. Se

Ainda em relação aos contratos de prestação continuada ou de execução repetida, ZULIANI destaca que eventuais parcelas inadimplidas antes da citação judicial, em razão de onerosidade excessiva, também estarão submetidas aos efeitos da sentença resolutória.⁵⁵⁶ Sem razão o entendimento do desembargador paulista. Em nosso entender, como ficará evidente adiante, para se beneficiar dos efeitos da resolução contratual, é ônus do devedor o ágil ajuizamento da ação resolutória. Se não a propõe, pode pedir o afastamento da mora, mas não cobrar aquilo que foi cumprido em situação de onerosidade excessiva.

De se destacar outrossim que eventual impossibilidade de restituição do que já houver sido prestado não é causa para que se negue a resolução contratual. Isso porque a devolução de determinado bem não é requisito para a resolução contratual, mas apenas um de seus efeitos. Dessarte, à impossibilidade de restituição, fica a parte obrigada à devolução do equivalente, em plena consonância com a regra *res perit domino*. A mesma solução dar-se-ia para o caso de o bem cuja restituição se fizesse mandatória ter sido alienado a terceiro adquirente de boa-fé, em linha com a regra do artigo 1.360 do Código Civil.⁵⁵⁷⁻⁵⁵⁸

o não fosse, o princípio da justiça estaria ferido, uma vez que reconhecida a onerosidade excessiva e mesmo assim proclamada a intangibilidade da prestação realizada. Demais disso, a lentidão do processo poderia dar num resultado contraditório, vindo a sentença a decretar a resolução por aplicação da teoria no momento em que o contrato já estivesse com seu curso de efeitos encerrado” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, Contratos..., p. 141). Num quadro mais amplo, LEÃES concluiu: “[a]ssim, (i) nos contratos de execução diferida, a resolução por onerosidade excessiva abrange a prestação futura que deveria ser cumprida de forma única e instantânea, determinando a extinção da relação obrigacional, com o retorno das partes à situação anterior, tal como nos casos de resolução contratual decorrentes de outras causas; (ii) nos contratos de execução repartida ou fracionada, a resolução produz também efeito retroativo, abrangendo todas as parcelas da prestação, incluídas as já efetuadas, na medida em que o objeto da prestação, que também é única, já estava previamente fixado, independentemente da duração da relação contratual; e (iii) nos contratos de execução repetida ou continuada, a resolução, embora gozando de eficácia retroativa, não abrange as prestações já realizadas e satisfeitas, pois estas, nesse tipo de contrato, são consideradas autônomas e adstritas às correspondentes frações de tempo, operando-se somente em relação às futuras prestações, ou em relação à duração futura de prestação em curso” (LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Resolução por onerosidade..., p. 33).

⁵⁵⁶ - ZULIANI, Enio Santarelli. Resolução do Contrato..., pp. 98-99.

⁵⁵⁷ - “Art. 1.360. Se a propriedade se resolver por outra causa superveniente, o possuidor, que a tiver adquirido por título anterior à sua resolução, será considerado proprietário perfeito, restando à pessoa, em cujo benefício houve a resolução, ação contra aquele cuja propriedade se resolveu para haver a própria coisa ou o seu valor”.

⁵⁵⁸ - FRANTZ, Laura C. Revisão..., pp. 145-148. Nesse sentido: “[p]orém, aquele que não pode restituir a prestação também poderá exercer o direito de resolução, pois a restituição é seu efeito, não pressuposto. (...) A resolução do contrato, conforme opinam Ruy Rosado e Karl Larenz, extingue apenas as prestações principais e as acessórias, mas não extingue a globalidade do contrato, pois é ainda devida a restituição das prestações que foram pagas, salvo os contratos de execução diferida ou continuada. Ressalte-se que a restituição das parcelas que foram adimplidas não é condição de incidência para a ação de resolução: é apenas um efeito, de modo que, não sendo possível a devolução do bem, ela será feita por seu equivalente. É o que acontecerá no caso de ter ocorrido a perda ou a deterioração do bem, com ou sem culpa do devedor

A toda evidência, percebe-se, portanto, que a postura desidiosa do lesado em deixar de propor a competente ação resolutória somente vem a prejudicá-lo. No caso de contrato de prestação continuada, como se viu, o lesado somente poderá pedir a restituição do que for prestado a partir do momento em que houver sido ajuizada ação judicial e obtida a citação da contraparte. Assim é inequívoco que o passar do tempo é desfavorável a seus interesses. Já, no caso da impossibilidade de restituição por venda a terceiro de boa-fé, é de se notar que a ágil propositura da demanda pelo lesado poderia não só contribuir para afastar a presunção de boa-fé daquele que adquiriu o bem litigioso,⁵⁵⁹ como também para fazer valer os efeitos da sentença resolutória perante o adquirente (artigo 42, § 3º, Código de Processo Civil).⁵⁶⁰ Nesse caso, a postura omissiva do lesado também só lhe prejudicaria.

da prestação a restituir, pois, durante o período em que o contrato era executado, o adquirente ‘possuía’ a coisa como proprietário, devendo nesse caso suportar os riscos, em obediência à regra res perit domino. Da mesma forma, devem ser restituídos os frutos obtidos por aquele que era proprietário do bem durante a execução do contrato (...) No entanto, consoante ressalva feita por Ruy Rosado de Aguiar, a eficácia real será apenas inter partes, pois quando a resolução utilizada é a legal, a exemplo da resolução por excessiva onerosidade da prestação, deverão ser respeitados os direitos dos terceiros adquirentes. O alienante terá apenas o direito de requerer o valor equivalente ao bem alienado, observando-se a propriedade já transmitida ao terceiro, em observância ao art. 1.360 do Código Civil. Além disso, tal artigo é o aplicável à resolução por onerosidade excessiva da prestação, pois é o dispositivo referente à resolução por outra causa superveniente”.

⁵⁵⁹ - Note-se que já há, na jurisprudência nacional, alguns julgados expressando o entendimento de que é ônus do adquirente fazer pesquisa junto ao cartório do distribuidor, a fim de que se informe a respeito de eventuais pendências judiciais tanto sobre o bem, quanto em relação ao alienante. Nesse sentido: “*Ação de execução – Fraude à execução – Alienação de imóvel após o ajuizamento da ação de execução – Fraude à execução caracterizada – Caso em que ao tempo da alienação, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência (art. 593, II, do CPC) – Adquirente que não teve um mínimo de cuidado de verificar junto ao distribuidor cível e certório de protestos do domicílio do alienante e no local do imóvel, para constatar se havia pendência contra o executado vendedor – Falta de cautela por parte do adquirente – Aliado a isso, a alienação se deu entre o sogro (executado) e o ex-genro (adquirente), lembrando que têm em comum o neto do executado – Recurso Provido*” (TJ-SP, 23ª Câmara de Dir. Privado, AI n. 0274416-38.2012.8.26.0000, Rel. Des. SÉRGIO SHIMURA, j. 24.4.2013); “*EMBARGOS DE TERCEIRO Fraude à Execução – Ocorência. Falta de registro da penhora. Irrelevância, no caso específico - Imóvel doado à irmã do co-executado e posteriormente vendido à Embargante no curso da execução e muito tempo após a citação válida do co-executado no processo executivo. Falta de diligência por parte de Embargante ao adquirir o imóvel, ao deixar de realizar pesquisa junto a cartórios distribuidores Precedentes do Colendo STJ e deste Tribunal - Nítida intenção de diminuição da garantia do credor por parte do co-executado - Presença dos requisitos do art. 593 do CPC e da Súmula 375 do Colendo STJ. Recurso desprovido*” (TJ-SP, 17ª Câmara de Dir. Privado, Apel. n. 007108-3.2012.8.26.0011, Rel. Des. ÁLVARO TORRES JÚNIOR, j. 13.10.2014). Ainda em mesmo sentido: TJ-SP, 31ª Câmara de Dir. Privado, AI. n. 2067934-87.2013.8.26.0000, Rel. Des. FRANCISCO CASCONI, j. 18.3.2014; TJ-SP, 28ª Câmara de Dir. Privado, Apel. n. 1047945-06.2013.8.26.0100, Rel. Des. GILSON DELGADO MIRANDA, j. 25.3.2014; entre outros.

⁵⁶⁰ - “Art. 42. A alienação da coisa ou do direito litigioso, a título particular, por ato entre vivos, não altera a legitimidade das partes.

§ 1º O adquirente ou o cessionário não poderá ingressar em juízo, substituindo o alienante, ou o cedente, sem que o consinta a parte contrária.

§ 2º O adquirente ou o cessionário poderá, no entanto, intervir no processo, assistindo o alienante ou o cedente.

§ 3º A sentença, proferida entre as partes originárias, estende os seus efeitos ao adquirente ou ao cessionário”.

Assim, para que o devedor beneficie-se, integralmente, dos efeitos da resolução por onerosidade excessiva, há-lhe o ônus da ágil propositura da ação resolutória.

Embora óbvio, vale lembrar ainda que, improcedente a demanda ajuizada pelo credor para cumprimento do contrato, há a ele também a possibilidade de pedir a resolução do negócio e a consectária restituição do que, eventualmente, já houver prestado em antecipação.

Nada obstante, para que não se eternize uma situação em que o devedor poderá, a qualquer tempo, pedir a resolução do contrato e, se o caso, pedir a restituição do prestado, a gerar verdadeira insegurança jurídica, é evidente que deverá haver um limite temporal para o exercício dos direitos de resolução e revisão dos artigos 478 a 480 e 317. Por se tratar de direito potestativo, o exercício de tais prerrogativas encontra-se submetido ao instituto da decadência.⁵⁶¹ No entanto, ausente qualquer disposição na parte especial do Código delimitando um prazo para o exercício de referidos direitos - e desde que as partes não tenham convencionado a respeito (artigo 211, Código Civil) -,⁵⁶² a solução ao impasse, conforme sugestão de FRANTZ, parece se dar com base na boa-fé objetiva, mais especificamente por meio da figura da *supressio*.⁵⁶³ Assim, caberia ao juiz averiguar, no

⁵⁶¹ - “Efeito do tempo na relação jurídica é, também, a decadência ou caducidade, que muito se aproxima da prescrição, diferindo, entretanto seus fundamentos e no modo peculiar de operar. Decadência é o perecimento do direito potestativo, em razão do seu não-exercício em um prazo predeterminado. Com a prescrição tem estes pontos de contato: é um efeito do tempo, aliado à falta de atuação do titular. Mas diferem em que a decadência é a perda do direito potestativo pela falta de exercício em tempo prefixado, enquanto a prescrição extingue a pretensão um direito subjetivo que não tinha prazo para ser exercido, mas que veio a encontrar mais tarde um obstáculo com a criação de uma situação contrária, a inatividade do sujeito. O fundamento da prescrição encontra-se, como vimos, num interesse da ordem pública em que se não perturbem situações contrárias, constituídas através do tempo. O fundamento da decadência é não se ter o sujeito utilizado de um poder de ação, dentro dos limites temporais estabelecidos à sua utilização. É que há direitos que trazem, em si, o germe da própria destruição. São faculdades condicionadas ao exercício de tempo certo, e, então, o perecimento da relação jurídica é uma causa ínsita ao próprio direito que oferece esta alternativa: exerce-se no prazo preestabelecido ou nunca mais” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, Contratos...*, p. 590).

⁵⁶² - “Art. 211. Se a decadência for convencional, a parte a quem aproveita pode alegá-la em qualquer grau de jurisdição, mas o juiz não pode suprir a alegação”.

⁵⁶³ - “Diz-se *supressio* a situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, contrariar a boa-fé. (...). A *supressio* tem origem jurisprudencial. As suas manifestações mais antigas deram-se no domínio da venda de ofício comercial, a favor do comprador, ficando consignadas em decisões do então Reichsoberhandelsgericht. A questão esquematiza-se desta forma: os §§ 346 ss. HBG, na versão em vigor na altura, permitiam ao vendedor na compra e venda comercial, havendo mora do comprador no levantamento da coisa, a sua venda de ofício, atribuindo-lhe, ainda, uma pretensão pela diferença do preço. A lei não fixava, porém, um prazo para o exercício destas faculdades. Podia, pois, acontecer que o vendedor, dando a impressão de se ter desinteressado do contrato viesse, mais tarde, inesperadamente, a actuar as suas pretensões, de modo ruinoso para o comprador. Entendeu-se, bem, haver aí, em certas circunstâncias, uma

caso concreto, se o pedido de resolução ou revisão foi efeito dentro de um prazo razoável.⁵⁶⁴

Em nosso sentir, considerando a regra geral estatuída no artigo 179 do Código Civil para negócio anuláveis,⁵⁶⁵ poderia ser considerado razoável, para fins de onerosidade excessiva, um prazo de dois anos a contar do evento extraordinário e imprevisível que desequilibrou as prestações.

Nessa medida, recuperando o quanto dito até esta altura, não há, em nossa opinião, restrições a que a onerosidade excessiva seja alegada como matéria de defesa de contestação, com vistas a negar o cumprimento da obrigação contratual e afastar eventual responsabilidade daí decorrente. No entanto, é importante ter em mente que a mera alegação como *causa excipendi* não é suficiente para desconstituir o vínculo contratual e permitir que o devedor valha-se, integralmente, dos efeitos previstos no artigo 478. Para tanto, caberia ao devedor - e, diante da improcedência por alteração circunstâncias da ação tendente ao cumprimento do contrato, até mesmo ao credor - ajuizar ação específica (nisso, incluída, a reconvenção) com pedido de resolução, sendo que tal exercício estaria condicionado aos limites impostos pela boa-fé objetiva.

Ainda a respeito dos efeitos da sentença proferida, em ação judicial fundada em onerosidade excessiva, JUNQUEIRA DE AZEVEDO defende a possibilidade de que seja prolatada sentença com eficácia subordinada à manutenção das condições levadas em consideração pelo julgador, para as hipóteses em que há apenas o agravamento temporário das prestações. Em casos tais, a decisão judicial estear-se-ia no permissivo legal do parágrafo único do artigo 460 do Código de Processo Civil.⁵⁶⁶ Ilustra a hipótese, fazendo

demora desleal no exercício do direito, contrária à boa-fé” (CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha Menezes. *Da Boa fé...*, pp. 798-799).

⁵⁶⁴ - FRANTZ, Laura C. *Revisão...*, p. 160. Sobre esse ponto, a Autora faz interessante apontamento: “[o] instituto da supressão, originado na jurisprudência alemã, teve grande importância na problemática da ‘revalorização monetária’ vivenciada pela Alemanha no período entre guerras. Enquanto a valorização monetária protegia o interesse do credor na preservação do valor real de sua prestação, a supressão resguardava, em contrapartida, a posição do devedor, pois as ‘pretensões de reajustamento, quando caibam, devem ser exercidas num prazo razoável, sem o que atingiriam montantes com que o devedor não poderia contar’”.

⁵⁶⁵ - “Art. 179. Quando a lei dispuser que determinado ato é anulável, sem estabelecer prazo para pleitear-se a anulação, será este de dois anos, a contar da data da conclusão do ato”.

⁵⁶⁶ - “Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Parágrafo único. A sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional”.

analogia com os casos de sentença proferida em ação de alimentos, “*que comporta alteração a qualquer tempo, em face da modificação da situação financeira do alimentante ou do alimentado*”, ou ainda com “*situações de inadimplemento por impossibilidade temporária, [em que] a jurisprudência admite o fato, sem atribuir qualquer sanção, desde que não haja culpa do inadimplente*”.⁵⁶⁷

2.2.4 Do exercício da prerrogativa prevista no artigo 479 pelo credor

O demandado, na ação de resolução, pode opor-se à resolução do negócio, apresentando oferta de *reductio ad aequitatem*, a qual, de acordo com FRANTZ, é compreendida pela jurisprudência italiana como um “*negócio processual com efeitos processuais*”⁵⁶⁸ e “*não equiparável à reconvenção, pois não se baseia em situação jurídica preexistente*”.⁵⁶⁹ PISU diz que a oposição do réu à resolução é um direito potestativo de modificar o contrato.⁵⁷⁰ A proposta apresentada pelo réu deverá visar à recondução do contrato à álea normal do contrato (*i.e.*, dentro dos limites da álea a que as partes teriam acordado a suportar) e não, necessariamente, ao sinalagma encontrado no momento da celebração do negócio, sendo que o autor poderá aceitá-la ou não. Recusada a oferta pelo autor, a proposta é então submetida ao juiz para que este analise se aquela restaura ou não o equilíbrio contratual e, concluindo pela primeira opção, integre o negócio.⁵⁷¹

A referência ao termo “equitativamente” no artigo 479 deve ser compreendida em sentido técnico, voltado apenas ao restabelecimento do equilíbrio entre as prestações. Não se confere, desse modo, ao julgador qualquer discricionariedade para que promova um juízo de equidade, aplicando ao caso concreto suas crenças pessoais de justiça. “*A atuação do juiz na reductio ad aequitatem, a priori, deve limitar-se a analisar se as modificações propostas pelo demandado são aptas a normalizar a relação contratual, sem poder intervir na oferta feita, integrando eventuais deficiências*”.⁵⁷²

⁵⁶⁷ - AZEVEDO, Antonio Junqueira. Relatório Brasileiro..., p. 192.

⁵⁶⁸ - FRANTZ, Laura C. *Revisão...*, p. 150.

⁵⁶⁹ - FRANTZ, Laura C. *Revisão...*, p. 149.

⁵⁷⁰ - PISU, Luciana Cabella. *I remedi contro...*, p. 566.

⁵⁷¹ - FRANTZ, Laura C. *Revisão...*, pp. 148-153.

⁵⁷² - FRANTZ, Laura C. *Revisão...*, p. 152.

Em sentido semelhante, TEPEDINO, BARBOZA e BODIN DE MORAES ressaltam que o juiz pode integrar o contrato com a proposta do réu, ainda que de maneira contrária à vontade da parte autora, em prol do princípio da conservação dos negócios.⁵⁷³

Analisando a questão no viés processual, YARSHELL explica que o meio adequado para o exercício do direito previsto no artigo 479 é a formulação de pedido contraposto em contestação, sob pena de preclusão.⁵⁷⁴ O processualista esclarece que, a despeito de a lei indicar, expressamente, o cabimento de pedido contraposto somente aos procedimentos sumário (artigo 278, § 1º, Código de Processo Civil)⁵⁷⁵ e sumaríssimo (art. 31 da lei n. 9099 de 1995),⁵⁷⁶ a mesma forma também seria cabível no rito ordinário, em razão (i) da similitude fática entre as pretensões deduzidas por autor e réu,⁵⁷⁷ (ii) do condicionamento da pretensão do réu à pretensão do autor,⁵⁷⁸ (iii) da tendência jurisprudencial à

⁵⁷³ - TEPEDINO, Gustavo et al. *Código Civil Interpretado*..., p. 134.

⁵⁷⁴ - YARSHELL, Flávio Luiz. *Resolução do contrato*..., pp. 568-574. Acerca da questão, LEÃES assim já se manifestou: “[e]ssa oferta de readequação ad aequitatem das condições do contrato, com o objetivo de preservá-lo, prevista no art. 479 do Código, é remédio exclusivamente judicial, assumindo papel preclusivo na ação de resolução do contrato por onerosidade excessiva. Paralisa o pedido resolutivo, que fica momentaneamente suspenso enquanto não definida, em juízo, a readequação da relação contratual. A oferta de modificação é, sob o plano substantivo, uma declaração de vontade unilateral receptícia e, sob o plano adjetivo, uma figura sui generis, que tem pontos de analogia com a exceção e com a reconvenção” (Resolução por onerosidade..., p. 36).

⁵⁷⁵ - “Art. 278. Não obtida a conciliação, oferecerá o réu, na própria audiência, resposta escrita ou oral, acompanhada de documentos e rol de testemunhas e, se requerer perícia, formulará seus quesitos desde logo, podendo indicar assistente técnico. § 1º É lícito ao réu, na contestação, formular pedido em seu favor, desde que fundado nos mesmos fatos referidos na inicial.

§ 2º Havendo necessidade de produção de prova oral e não ocorrendo qualquer das hipóteses previstas nos arts. 329 e 330, I e II, será designada audiência de instrução e julgamento para data próxima, não excedente de trinta dias, salvo se houver determinação de perícia”.

⁵⁷⁶ - “Art. 31. Não se admitirá a reconvenção. É lícito ao réu, na contestação, formular pedido em seu favor, nos limites do art. 3º desta Lei, desde que fundado nos mesmos fatos que constituem objeto da controvérsia.

Parágrafo único. O autor poderá responder ao pedido do réu na própria audiência ou requerer a designação da nova data, que será desde logo fixada, cientes todos os presentes”.

⁵⁷⁷ - “Para saber se o contrato tornou-se excessivamente oneroso, será preciso saber qual é o ponto de equilíbrio do contrato, concluindo-se, a partir do confronto, pela ocorrência ou não da onerosidade. Para recorrer a uma imagem, as duas situações estão ligadas como luzes e sombras. Sendo assim, não é preciso recorrer à similitude da conexão de que trata o art. 315 do Código de Processo Civil porque a ligação entre as pretensões de autor e réu têm fundamento até mais próximo” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Resolução do contrato*..., pp. 572-573).

⁵⁷⁸ - “(...) a pretensão do réu, de modificar equitativamente as condições do contrato, é condicionada à pretensão do autor: o réu só quer a revisão se e enquanto o autor quer a resolução. A pretensão do réu é exclusivamente deduzida para impedir o acolhimento do pedido do autor. Não há autonomia de pretensão do réu (...). Assim, se por qualquer razão não for possível julgar o mérito da ação, não haverá sentido em se julgar o pedido do réu que, nesse caso, simplesmente restará prejudicado” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Resolução do contrato*..., p. 573).

flexibilização das regras formais a respeito de reconvenção e pedido contraposto,⁵⁷⁹ e, por fim, (iv) da possibilidade de aplicação das regras da reconvenção ao pedido contraposto.⁵⁸⁰

Em interessante análise, YARSHELL também esclarece a razão pela qual, a teor do artigo 479, a ação resolutória não poderia ser encarada como ação de caráter dúplice, a justificar, portanto, a necessidade de pedido contraposto. Segundo ele, inexistente situação de identidade entre autor e réu no plano substancial, a induzir a duplicidade da ação: o autor quer a resolução do contrato e o réu pretende a manutenção do arrazoadado, mas com bases diversas (supondo o exercício da prerrogativa do artigo 479). Sem o pedido contraposto, a improcedência da ação declara que o contrato continuará a vigorar, tal qual, originalmente, pactuado.⁵⁸¹

PENTEADO, a seu turno, sem fundamentar, opina que a prerrogativa do artigo 479 deve-se operar, por meio de pedido reconvenicional ou pedido contraposto, caso se trate de procedimento regido pela lei n. 9099 de 26.9.1995.⁵⁸² Indica ainda que o procedimento da ação resolutória teria natureza dúplice, o que não parece correto de se afirmar, à vista do que dito por YARSHELL, bem como pela contradição existente em se defender a necessidade de reconvenção e, simultaneamente, o caráter dúplice da ação. Ora, sendo a ação de natureza tal, não haveria a necessidade de reconvenção e vice-versa.

ZULIANI, em posicionamento mais flexível, considera desnecessário que a proposta de alteração seja apresentada em reconvenção ou em pedido contraposto, admitindo simples referência a ela em contestação. Salienta, porém, que, desejando a parte reconvir ou apresentar pedido contraposto, nada impede que o juiz analise a proposta. Segundo ele, *“o que importa é que a parte expresse sua concordância com a alteração das condições do contrato”*.⁵⁸³

De fato, sem que a lei tenha fixado um prazo certo, parece-nos que a proposta prevista no artigo 479 deve ser ofertada dentro do prazo da defesa, sob pena de preclusão. Afinal, o procedimento seria, absolutamente, diverso e as questões a serem analisadas

⁵⁷⁹ - YARSHELL, Flávio Luiz. Resolução do contrato..., p. 573.

⁵⁸⁰ - YARSHELL, Flávio Luiz. Resolução do contrato..., p. 573.

⁵⁸¹ - YARSHELL, Flávio Luiz. Resolução do contrato..., p. 569.

⁵⁸² - PENTEADO, Luciano Camargo. *Integração de...*, p. 255.

⁵⁸³ - ZULIANI, Enio Santarelli. Resolução do Contrato..., p. 96.

seriam diferentes, caso houvesse a necessidade de se analisar eventual proposta de alteração, de modo que seria contraproducente admitir-se, a qualquer tempo, a oferta do credor. Não se pretende com isso dizer que estariam afastadas possibilidades de oferta de acordo entre as partes, mas apenas que, passado o prazo para defesa, o réu não poderia se valer dos efeitos do artigo 479 acima descritos.

Dessarte, pelos contornos delineados ao exercício do direito estabelecido pelo artigo 479, YARSHELL conclui que “*é ônus do réu a alegação de quais são as novas condições que pretende imprimir ao contrato, para que este não seja resolvido*”. Conforme sua lição, o pedido contraposto deve ser certo e determinado, de maneira a permitir ao julgador analisar se as condições propostas reduzem ou não a prestação, excessivamente, onerosa a bases equitativas. Entendendo pela não redução, o julgador deve rejeitar o pedido apresentado pelo réu, sem a possibilidade de fazer qualquer readequação a ele, sob pena de julgar em bases diversas do pedido formulado (em violação aos artigos 2º, 128 e 460, todos do Código de Processo Civil).⁵⁸⁴⁻⁵⁸⁵

JUNQUEIRA DE AZEVEDO destaca que a natureza jurídica da oferta prevista no artigo 479 é material e processual. Comenta que a questão é tormentosa e polêmica tanto no Brasil, quanto na Itália, destacando que, em termos gerais, o juiz deve ouvir o autor quanto à oferta realizada pelo réu: se aceita, o julgador, simplesmente, homologa o acordo; se recusada, deve-se proceder, previamente, à análise da existência de situação de onerosidade excessiva e, a partir daí, examinar a oferta formulada pelo réu e integrá-la ao negócio, se fosse o caso. Haveria, segundo o autor, a possibilidade de ser proferida uma sentença integrativa da relação jurídica litigiosa.⁵⁸⁶

⁵⁸⁴ - “Art. 2º Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais”.

“Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”.

“Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Parágrafo único. A sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional”.

⁵⁸⁵ - YARSHELL, Flávio Luiz. Resolução do contrato..., p. 569.

⁵⁸⁶ - AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Relatório Brasileiro...*, pp. 195-196. No mesmo sentido: DINIZ (Código Civil..., p. 400).

PENTEADO, com esteio em BETTI, explica que, por meio das sentenças integrativas o juiz não está constituindo a obrigação, uma vez que esta já foi estabelecida em negócio preexistente. O juiz, neste caso, atua dentro da moldura do vínculo criado, para especificar o seu conteúdo efetivo. *“Assim, (...) as sentenças determinativas teriam dúplice função, a de completar um direito que já estava constituído pelo ato de autonomia privada e a de função modificativa, pelo qual esta relação, de algum modo, é transformada”*.⁵⁸⁷

A respeito do artigo 479, o enunciado 367 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, já deixou expresso que *“[e]m observância ao princípio da conservação do contrato, nas ações que tenham por objeto a resolução do pacto por excessiva onerosidade, pode o juiz modificá-lo equitativamente, desde que ouvida a parte autora, respeitada a sua vontade e observado o contraditório”*.

Com base em doutrina e jurisprudências italianas, LEÃES, diversamente dos autores supramencionados, compreende que, para além da avaliação da idoneidade da oferta apresentada pelo credor, cabe ao juiz integrá-la com introduções que reduzam o contrato ao equilíbrio econômico-financeiro. *“Assim, se o credor formular a proposta de readequação das condições do contrato e o devedor, recusá-las, cabe ao juiz intervir com o fim de restabelecer o equilíbrio inicial das relações jurídicas, operando a revisão do contrato, a fim de obedecer a força obrigatória da avença”*.⁵⁸⁸ Esse também é o entendimento de ZULIANI.⁵⁸⁹

Neste ponto, contudo, melhor solução parece ser aquela que compreende apenas pelo juízo de idoneidade da oferta, sem possibilidade de alteração pelo julgador. Aceitar-se a intervenção do julgador na proposta poderia tornar a “emenda pior que o soneto”, na medida em que as partes seriam, forçosamente, reconduzidas à situação que não agradaria nem ao credor, nem ao devedor. Essa, realmente, não parece ser a melhor solução. Talvez, como forma de estímulo à composição das partes, pudesse se pensar na realização de um procedimento de mediação nesse momento processual.⁵⁹⁰

⁵⁸⁷ - PENTEADO, Luciano Camargo. *Integração de...*, p. 339.

⁵⁸⁸ - LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Resolução por onerosidade...*, p. 37.

⁵⁸⁹ - ZULIANI, Enio Santarelli. *Resolução do Contrato...*, p. 97.

⁵⁹⁰ - WAMBIER destaca os benefícios da mediação nos seguintes termos: *“[i]t is difficult to understand why the use of mediation is still so scarce. It presents, in fact, various advantages. Let us seem them up: (1) if it ends in a settlement, it will normally have reached an end rapidly and at low cost (2) it is a method tailored to the needs of the parties, and not a onefits-all device (3) high level of voluntary enforcement of the settlement*

GONÇALVES defende ainda a possibilidade de que o credor, em antecipação à ação resolutória do devedor, proponha, diretamente, ação, oferecendo-se a readequar o os termos do contrato.⁵⁹¹ Em nossa opinião, no entanto, ação proposta nessas bases deveria ser extinta sem julgamento de mérito, por falta de interesse processual (artigo 267, IV, do Código de Processo Civil).⁵⁹² Afinal, enquanto não ajuizada a ação de resolução, o contrato se mantém nas bases contratadas, não havendo motivo para que se faça oferta de alteração – que, aliás, se for o caso, poderá ser realizado extrajudicialmente.

2.2.5 A aplicação do artigo 478 a contratos aleatórios

Discute-se ainda acerca da possibilidade de aplicação da regra da onerosidade excessiva a contratos aleatórios. Parte da doutrina entende que o disposto no artigo 478 não seria aplicável a esses contratos, dado que, em tais negócios, “o ganho e a perda não

reached by the parties (4) satisfaction which stems from the fact that the solution was neither suggested nor imposed by a third party (5) possibility of maintaining an amicable relationship between the parties (6) confidentiality” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Mandatory Mediation: Is It The Best Choice?. Revista De Processo, v. 225/2013, Nov., 2013, p. 416).

⁵⁹¹- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Contratos e atos...*, p. 178.

⁵⁹²- “Art. 267. *Extingue-se o processo, sem resolução de mérito.*

I - quando o juiz indeferir a petição inicial;

II - quando ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes;

III - quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;

IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

V - quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada;

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

VII - pela convenção de arbitragem;

VIII - quando o autor desistir da ação;

IX - quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal;

X - quando ocorrer confusão entre autor e réu;

XI - nos demais casos prescritos neste Código.

§ 1º O juiz ordenará, nos casos dos ns. II e III, o arquivamento dos autos, declarando a extinção do processo, se a parte, intimada pessoalmente, não suprir a falta em 48 (quarenta e oito) horas.

§ 2º No caso do parágrafo anterior, quanto ao nº II, as partes pagarão proporcionalmente as custas e, quanto ao nº III, o autor será condenado ao pagamento das despesas e honorários de advogado (art. 28).

§ 3º O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.

§ 4º Depois de decorrido o prazo para a resposta, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação”.

podem estar sujeitos a um gabarito predeterminado".⁵⁹³ Em outros termos, se desequilibrados por natureza, tais contratos não poderiam estar submetidos ao juízo da onerosidade excessiva. O próprio modelo italiano, fonte de inspiração do artigo 478, afasta, expressamente, a possibilidade de se aplicar o remédio para contratos aleatórios.⁵⁹⁴

No entanto, essa concepção, assim como o entendimento sobre a própria natureza dos contratos aleatórios, vem se alterando. Especialmente pelo fato de o modelo brasileiro não contar com o requisito negativo disposto no artigo 1469 do *Codice*, alguns autores têm compreendido pela possibilidade de contratos aleatórios serem resolvidos mediante fulcro no artigo 478.⁵⁹⁵ Por óbvio, para os partidários dessa posição, a excessiva onerosidade não poderia recair sobre os riscos que o contrato pretenda atribuir para uma das partes.⁵⁹⁶

A esse respeito, FRANTZ trata da existência de três modalidades distintas de áleas: (i) a álea normal, cujas previsões legais encontram-se previstas na lei, (ii) a álea anormal, aquela que é imprevisível e incomum (extraordinária),⁵⁹⁷ e (iii) a álea essencial ou estrutural dos contratos aleatórios, que se funda na mais absoluta incerteza. Assim, segundo explica, a álea essencial ou estrutural não suprime a álea anormal, razão pela qual

⁵⁹³ - PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, Contratos...*, p. 142. No mesmo sentido: GONÇALVES, Carlos Roberto. *Contratos e atos...*, p. 172.

⁵⁹⁴ - "Art. 1469 Contratto aleatorio.

Le norme degli articoli precedenti non si applicano ai contratti aleatori per loro natura (1879) o per volontà delle parti (1448, 1472)".

⁵⁹⁵ - TEPEDINO, Gustavo et al. *Código Civil Interpretado...*, p. 132.

⁵⁹⁶ - "Outra questão importante diz respeito à possibilidade de aplicar a revisão ou resolução por onerosidade excessiva aos contratos aleatórios. Entendemos que tal possibilidade existe. Em primeiro lugar, deve-se esclarecer que o direito brasileiro, ao contrário do italiano, não traz regra vedando expressamente a aplicação do remédio aos contratos aleatórios. (...) a natureza dos contratos aleatórios não impede a excessiva onerosidade de suas prestações, desde que não se trate, como é evidente, de onerosidade que afete os mesmos riscos (em qualidade e quantidade) que o contrato tem por fim atribuir a uma das partes" (GOMES, Orlando. *Contratos...*, p. 217).

⁵⁹⁷ - De fato, é incontestável que, também para contratos comutativos, há riscos para os contratantes. No entanto, diversamente dos contratos aleatórios, nos contratos comutativos, cada uma das partes têm o conhecimento exato da prestação a ser cumprida desde o momento da celebração. Nesse sentido: "[n]inguém contesta, porém que os contratos comutativos, opondo-se aos aleatórios, nem por isso são isentos de risco. Há um risco que pode ser considerado normal, sobretudo naqueles contratos que estão sujeitos a circunstâncias que no futuro podem ser alteradas, como é o caso do contrato de empreitada. O mais simples contrato de compra e venda, aliás, está sujeito a riscos, como, por exemplo, a superveniência de uma forte desvalorização do bem adquirido. Todavia, em qualquer destes casos, ao contrário do que ocorre nos contratos aleatórios, o objeto de cada uma das prestações é perfeitamente determinado no momento da realização das prestações, supondo-se a intenção de se estabelecer uma equivalência entre as prestações. Assim é que um contrato de compra e venda de safra futura em que o preço é determinado em função da quantidade efetivamente entregue com base no valor cotado em Bolsa do dia da entrega não é aleatório, já que não existe, nesta hipótese, risco de perda ou de ganho; pelo contrário, os termos ajustados desde o início estabelecem uma exata correlação (rectius: proporção) entre as prestações" (TEPEDINO, Gustavo et al. *Código Civil Interpretado...*, p. 92).

o contrato se resolveria nos moldes do artigo 478, caso esta última modalidade se concretizasse.⁵⁹⁸

FRANTZ exemplifica a hipótese com contrato de renda vitalícia atingido por extrema desvalorização da moeda, com o consequente desequilíbrio das prestações. Explica que “[n]ão se pode dizer que a posterior desvalorização da moeda, não esperada pelas partes, integre a álea normal ou o risco estrutural de um contrato aleatório, podendo, nesse caso, o contrato aleatório ser revisado ou resolvido por onerosidade superveniente”.⁵⁹⁹

ASCENSÃO, concordando com o quanto defendido por FRANTZ, dá ainda o exemplo daqueles que investem nas bolsas de valores. Segundo ele, nesses casos, os investidores sujeitam-se aos riscos da oscilação de cotações, mas o repentino encerramento das bolsas seria, dentro desse cenário, ocorrência extraordinária que justificaria a aplicação do modelo da onerosidade excessiva.⁶⁰⁰

A nosso ver, o posicionamento defendido por FRANTZ é acertado, dado que, efetivamente, além da aléa específica do contrato aleatório, há outros riscos contratuais passíveis de serem atingidos pela alteração de circunstâncias, razão pela qual não haveria motivo para se afastar o remédio da onerosidade excessiva para casos tais.

2.2.6 A revisão de contratos com prestação a cargo de apenas uma das partes (artigo 480 do Código Civil)

O artigo 480 do Código Civil, por sua vez, traz regramento específico para contratos unilaterais (ou, como se tem considerado mais apropriado, contratos com prestação a cargo de apenas uma das partes).⁶⁰¹ Como se sabe, em pactos com tais

⁵⁹⁸ - FRANTZ, Laura C. *Revisão...*, p. 164. No mesmo sentido, JUNQUEIRA DE AZEVEDO: “[a] lei brasileira é omissa, nesse ponto, o que leva o intérprete à admissão da sua revisão, em tese, embora, na prática seja difícil de ocorrer. As decisões jurisprudenciais são, em geral, contrárias ao pedido de revisão mas a verdade é que o contrato aleatório, além de sua álea específica (contratual), está também sujeito. como os demais contratos, a acontecimentos inteiramente imprevisíveis e independentes da relação contratual (álea extracontratual)” (Relatório Brasileiro..., p. 191). Essa posição é a mesma defendida por: ASCENSÃO, (Alteração das circunstâncias..., p. 102); ZULIANI (Resolução do Contrato ..., p. 89).

⁵⁹⁹ - FRANTZ, Laura C. *Revisão...*, p. 164.

⁶⁰⁰ - ASCENSÃO, José de Oliveira. *Alteração das circunstâncias...*, p. 102.

⁶⁰¹ - Nesse sentido: “[n]ão se pode confundir, portanto, a bilateralidade como elemento constitutivo (bilateralidade da manifestação de vontade) com a bilateralidade das conseqüências produzidas. O receio de perturbar as noções leva mesmo alguns juristas a repudiarem a idéia de contrato unilateral. Outros evitam o emprego dos adjetivos bilateral e unilateral, preferindo mencionar a categoria dos contratos com prestações corresponsivas e a outra dos contratos com prestações a cargo de uma só parte, atitude que,

características, as obrigações (no sentido de prestação) decorrentes da celebração do contrato cabem apenas a uma das partes.⁶⁰² Nesses contratos, o devedor, acaso onerado, excessivamente, conforme requisitos previstos pelo artigo 478, poderá pleitear a redução de sua prestação ou a alteração da forma de execução.⁶⁰³

Por se tratar de contrato unilateral, sem a possibilidade, portanto, de se estabelecer uma correlação entre prestação e contraprestação, a análise da excessiva onerosidade da obrigação assumida deverá ser realizada considerando o valor da prestação na data da celebração do contrato e aquele da data do efetivo cumprimento.⁶⁰⁴

Consoante informa SCHUNK, na Itália, ALDO BOSELLI e AUGUSTO PINO defendem a aplicação do artigo 1468 do *Codice*⁶⁰⁵ (fonte de inspiração do artigo 480) somente aos contratos unilaterais gratuitos, sendo que os contratos onerosos estariam submetidos às regras do artigo 1467 (equivalente ao artigo 478 de nosso Código).⁶⁰⁶ Tendemos a concordar com o entendimento esboçado no direito italiano. Ora, considerando que, em casos de alteração de circunstâncias fáticas, a regra geral é a resolução do negócio (regra esta que gera menor interferência no programa contratual), parece-nos que o legislador, ao

deliberadamente e pela mesma razão, adotou o Código Civil italiano” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, Contratos...*, p. 57).

⁶⁰²- Nesse sentido, é importante não confundir as obrigações decorrentes de contrato com os sacrifícios de parte e outra para a celebração do negócio. É, perfeitamente, possível que haja obrigações apenas para uma parte, mas a outra tenha sofrido alguma perda patrimonial antes da eficácia contratual. Nesse sentido, confira-se a explicação de AMARAL NETO: “[i]ntroduzida a eficácia real dos contratos, a perda jurídica do contratante é independente das obrigações assumidas. (...) Por isso o número de obrigações que decorrem do acordo nada tem a ver com o número de sacrifícios. Isso torna-se mais evidente quanto o contrato somente começa a operar os seus efeitos depois da dação da coisa. O sacrifício de quem dá a coisa é anterior ou contemporâneo à conclusão do contrato. E, portanto, tal sacrifício não entra no número de obrigações assumidas pelas partes. (...) As duas prestações podem não ser correspectivas. E, além disso, quando a prestação que constitui um verdadeiro sacrifício é anterior ou contemporânea à eficácia do contrato (como acontece com a prestação do comodato), e do contrato mesmo nasce somente um dever de restituição, obrigação e sacrifício vão em direções dissociadas, porque a única obrigação que decorre do contrato é colocada a cargo daquele que não assume nenhum sacrifício, salvo um dever de restituição que funciona como simples limite do sacrifício alheio. O contratante pode, portanto, incorrer em um sacrifício; e pode ocorrer que não incorra nem em obrigação nem em sacrifício” (AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Direito Civil – Introduções*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 576 *apud* FRANTZ, Laura C. *Revisão...*, pp. 157-158).

⁶⁰³- FRANTZ, Laura C. *Revisão...*, p. 158.

⁶⁰⁴- SCHUNK, Giuliana Bonanno. *Onerosidade excessiva...*, p. 114.

⁶⁰⁵- “Art. 1468 Contratto con obbligazioni di una sola parte.

Nell'ipotesi prevista dall'articolo precedente, se si tratta di un contratto nel quale una sola delle parti ha assunto obbligazioni, questa può chiedere una riduzione della sua prestazione ovvero una modificazione nelle modalità di esecuzione, sufficienti per ricondurla ad equità”.

⁶⁰⁶- SCHUNK, Giuliana Bonanno. *A onerosidade excessiva...*, p. 110.

estabelecer o artigo 480, buscou conferir tutela especial àqueles que se obrigaram, sem nada exigir em troca (ex.: fiança, promessa de doação etc.).

Esse também parece ser o entendimento de ROPPO, o qual explica que o tratamento diferenciado aos contratos cuja prestação cabe a apenas uma das partes decorre de um “salto” da regra geral da resolução para a hipótese da redução das condições do contrato por oferta da contraparte. De acordo com o racional desenvolvido pelo autor, o credor, naturalmente, ofereceria proposta de alteração das condições do contrato, caso fosse formulado pedido de resolução pelo obrigado atingido pela alteração de circunstâncias, de modo a conservar, ao menos, parcialmente, alguma vantagem com o negócio. Assim, valeria “*saltare un passagio*”.⁶⁰⁷

De fato, o raciocínio de ROPPO parece ser, plenamente, aplicável apenas para contratos unilaterais gratuitos (conforme exemplos por ele mencionados, promessas unilaterais ou contratos de opção gratuitos)⁶⁰⁸. Nesses casos, parece plausível que a contraparte prefira aceitar a alteração das condições, de forma a conservar benefícios com o negócio, a resolvê-lo. Porém, nos contratos unilaterais onerosos, o mesmo racional não parece aplicar-se do mesmo modo: nesses casos, o credor da obrigação, justamente pelo sacrifício envolvido, pode não desejar a conservação do contrato. Evidência de tanto seriam contratos de mútuo feneratício que tenham se tornado, extremamente, onerosos para o mutuário. Em casos tais, não nos afigura que o mutuante, necessariamente, tenha algum interesse em manter o vínculo contratual com alterações. Ele poderia, simplesmente, aceitar a resolução do negócio e receber os valores emprestados em retorno.

Valendo-se do mesmo exemplo, SCHUNK, que defende a aplicação do artigo 480 tanto para contratos unilaterais onerosos, quanto gratuitos, diz que, aos mútuos feneratícios, poderia, eventualmente, ser aplicada a disciplina do artigo 478. Explica que, pela letra da lei, apenas o devedor estaria autorizado a pedir a readequação de sua prestação, não obstante, nesses casos em que há sacrifícios e benefícios a ambas as partes, o credor também pode ter interesse em invocar a onerosidade excessiva em seu favor.⁶⁰⁹

⁶⁰⁷ - ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto...*, p. 1030.

⁶⁰⁸ - ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto...*, p. 1031.

⁶⁰⁹ - SCHUNK, Giuliana Bonanno. *Onerosidade excessiva...*, p. 111

A mesma autora defende ainda que “a revisão prevista no art. 480 é medida que protege o credor, visando que se possibilite o cumprimento do contrato, ainda que diminuído pelo fato superveniente excessivamente oneroso”. Ora, mas não parece ser esse o real intento do dispositivo. Para evitar a resolução contratual, o credor já tem a prerrogativa trazida pelo artigo 479 (conforme disposto no item 2.2.4). Assim, parece-nos mesmo que o racional do dispositivo é, justamente, permitir a readequação da prestação daquele que, por liberalidade, optou por se obrigar perante a contraparte, em tutela do devedor da obrigação.

Cogita-se ainda, em doutrina, da possibilidade de aplicação da norma do artigo 480 para cláusulas contratuais que, a despeito de contidas em contratos bilaterais, disponham obrigações, exclusivamente, para uma das partes,⁶¹⁰ bem como para aqueles contratos em que uma das prestações já foi, integralmente, cumprida.⁶¹¹ Especificamente em favor dessa segunda ideia, argumenta-se que isso evitaria uma atividade especulativa *ex post* daqueles que já foram beneficiados com o cumprimento da prestação pela contraparte. Afinal, nessa hipótese, a parte beneficiada poderia, simplesmente, pleitear a resolução contratual e devolver à contraparte uma prestação, completamente, desvalorizada.⁶¹²

Temos ponderações, no entanto, quanto à aplicabilidade dessas ideias.

Em relação à primeira, porque, considerando o contrato como um feixe de direitos e obrigações orientado para determinado fim, não nos afigura correto se dissociar determinada obrigação do restante do negócio, dando-lhe tratamento isolado em relação a todo o contexto negocial. Pense-se, assim, em uma cláusula, por meio da qual uma parte confere determinada garantia ao cumprimento da prestação pela qual se obrigou. Ora, não fosse todo o negócio, é sem dúvida que a cláusula de garantia sequer existiria, razão pela qual não pode ser analisada de maneira isolada do restante. Inclusive, eventual redução ou

⁶¹⁰ - “A aplicação do art. 480 também seria possível para os casos de cláusulas contratuais que dispusessem sobre obrigação exclusiva a cargo de uma das partes. Nessa hipótese, apesar de o contrato como um todo ser bilateral, ou seja, ambas as partes possuírem obrigações e direitos, a cláusula que está excessivamente onerosa estabelece prestação a apenas uma das partes” (A onerosidade excessiva..., p. 107).

⁶¹¹ - PISU, Luciana Cabella. *I remedi contro ...*, p. 542. No mesmo sentido, SCHUNK: “[a] hipótese comentada acima assemelha-se bastante à outra hipótese de aplicação do art. 480: a execução parcial do contrato. O art. 480 seria aplicável também em contratos bilaterais, quando uma das partes já cumpriu sua obrigação, faltando a outra parte cumprir a sua. Por tanto se a obrigação pendente de cumprimento (pois diferida no tempo) se tornar excessivamente onerosa, não apenas em face da contraprestação já cumprida, mas também considerada a prestação em si mesma (ônus inicial versus ônus no momento do cumprimento da prestação, com base no art. 480 do Código Civil)” (A onerosidade excessiva..., p. 107).

⁶¹² - PISU, Luciana Cabella. *I remedi contro ...*, p. 542.

alteração em referida cláusula pode alterar de tal modo a dinâmica negocial que seria verdadeira agressão à força obrigatória dos contratos conceder a uma das partes a prerrogativa de pedir a redução ou modificação na forma de cumprimento da obrigação de garantia, mesmo nos casos de alteração inesperada de circunstâncias.

De outro lado, com relação à segunda, não há que se aceitar o argumento de que a aplicação do artigo 480 a contratos bilaterais em que uma das prestações já tenha sido efetivada poderia evitar atividade especulativa por conta do devedor. Isso porque a resolução do negócio não seria concedida em razão de simples alterações do valor das prestações em mercado, mas sim quando se configurasse situação concreta da onerosidade excessiva, com a presença de todos os requisitos do artigo 478. Além disso, a redação da hipótese fática do artigo 480 é clara em fazer referência ao momento de celebração do contrato, indicando que a regra é aplicável aos contratos em que somente uma das partes tenha assumido obrigações.⁶¹³ A letra do dispositivo não trata, assim, de casos em que, após o início da eficácia do contrato, tenha restado apenas uma prestação a ser cumprida.

Saliente-se, ainda, que o artigo 480 não parece albergar um poder amplo e irrestrito de modificação das cláusulas contratuais. Até pelo prestígio à intangibilidade contratual, a intervenção heterônoma do julgador parece estar cingida à redução da prestação ou a modificação dos termos de sua execução aos limites da álea normal do negócio.

Por fim, destacamos não partilharmos da ideia, defendida por FRANTZ,⁶¹⁴ de que, aos contratos unilaterais, caberia, unicamente, a redução e as alterações nas condições contratuais previstas no artigo 480. Assim como TEPEDINO, BARBOZA, BODIN DE MORAES e ASCENSÃO, concordamos que a faculdade concedida ao obrigado pelo artigo 480 não elimina o pleito à resolução do artigo 478.⁶¹⁵⁻⁶¹⁶ Afinal, nem sempre o interesse das partes contratantes cingir-se-á à alteração das condições de contratação. Mesmo, em casos de promessas unilaterais, pode ser que o promitente queira resolver o negócio, sem que haja interesse ao promissário em alterar as condições do negócio para preservá-lo.

⁶¹³ - “(...) *se si tratta di un contratto nel quale una sola delle parti ha assunto obbligazioni* (...)”.

⁶¹⁴ - “O mútuo, mesmo o feneratício, é regulado pela normativa dos contratos unilaterais, sendo insuscetível de resolução, mas não de revisão, nos termos do art. 480 do Código Civil” (FRANTZ, Laura C. *Revisão...*, p. 158). No mesmo sentido: LEÃES (Resolução por onerosidade..., p. 28).

⁶¹⁵ - TEPEDINO, Gustavo et al. *Código Civil Interpretado...*, p. 134.

⁶¹⁶ - ASCENSÃO, José de Oliveira. *Alteração das circunstâncias...*, p. 103.

3 A REVISÃO CONTRATUAL JURISDICCIONAL DE CONTRATOS ENTRE PARTES EMPRESÁRIAS

Feitos os devidos apontamentos acerca das características dos contratos empresariais, bem como do modelo jurídico de revisão brasileiro, cabe, neste momento, analisar como se dá a aplicação de referido modelo a esses contratos de traços tão distintos. O regramento decorrente do modelo de revisão contratual deve-se aplicar aos pactos celebrados entre partes empresárias? Em caso positivo, qual é forma como tal aplicação deverá ser realizada?

Essas são as perguntas para as quais buscar-se-ão respostas nos itens a seguir.

3.1 A revisão dos contratos interempresariais.

Como visto anteriormente, os contratos empresariais, dentre seus diversos traços distintivos, reclamam elevado grau de segurança e previsibilidade, a fim de permitir a estabilidade do mercado e o cálculo mercantil. Nesse aspecto, à primeira vista, esse traço típico dos contratos empresariais parece afastar a possibilidade de qualquer intervenção judicial em razão do superveniente desequilíbrio das prestações contratuais.

Nesse sentido, DE MELLO FRANCO menciona o posicionamento de LUIZ DIEZ-PICAZO, o qual defende a inalterabilidade do quanto ajustado em contratos em geral e, especificamente, nos contratos empresariais, em prol da necessária segurança no ambiente de mercado. Especificamente em relação ao mercado financeiro, o autor argumenta que, sem a obrigatoriedade de cumprimento das prestações assumidas, não haveria nem contrato, nem crédito, nem, muito menos, o próprio mercado. Prossegue ainda o mesmo autor, sustentando que, caso se permitisse a revisão generalizada dos contratos, a confiança dos agentes econômicos desapareceria, o que, como já referido, é fundamental para o bom funcionamento do mercado.⁶¹⁷

MEKKI comenta até mesmo a existência de uma “*risk’s acceptance presumption*”, presente em grande parte dos sistemas jurídicos atrelados à *common law*. Segundo o

⁶¹⁷ - DE MELLO FRANCO, Vera Helena. *Teoria Geral...*, p. 103. Nas palavras de DIEZ-PICAZO, reproduzidas por DE MELLO FRANCO, “*todo empresario sabe que debe cumplir sus contratos porque, de no hacerlo así, su reputación resentiría y su credito se arruinaría: los contratos son vinculantes porque los empresarios, en particular, y los ciudadanos, en general, están dispuestos a cumplirlos y confían en que sus contrapartes harán lo propio, con independencia incluso de lo que dispongan las reglas de derecho*”.

estudioso, estes sistemas teriam o cumprimento da prestação contratual como princípio, até mesmo nas hipóteses de dificuldades decorrentes de eventos imprevisíveis. A lógica seria a de que, se as partes não inseriram cláusulas regulando a orientação a ser adotada em eventos futuros, presume-se que elas tenham aceitado as consequências (e os riscos) que poderiam advir, descartando a possibilidade de ulterior modificação.⁶¹⁸

LORENZETTI bem sintetiza o espírito dos pensamentos acima, com o seguinte excerto: “[e]l argumento central es el siguiente: quien celebra un contrato es un especulador, utiliza la lógica adversarial, y por ello gana o pierde con su negocio y el Derecho no debe intervenir; si lo hiciera, afectaría gravemente este esquema porque arruinaría los cálculos jurídicos y económicos que hacen las partes. La intervención no es gratuita, porque afecta a los contratos, que no se celebrarán si el cálculo de riesgos es modificado por el juez. Este fenómeno de respuesta se está dando en los contratos comerciales internacionales en los que se busca ‘inmunizarlos’ frente a las intervenciones de los jueces nacionales y se los somete a jurisdicciones que respetarán literalmente lo pactado.”⁶¹⁹

Fica bastante claro, nesse aspecto, que as ideias acima elencadas desaconselham a intervenção em contratos firmados entre entes empresários, esteando-se, fundamentalmente, sobre o critério da racionalidade econômica. Privilegiam-se, assim, a segurança jurídica das transações de mercado e a eficiência do agente econômico.

Entretanto, os posicionamentos acima destacados, a despeito de se basearem em fundamento pelo qual também advogamos – reduzida intervenção exógena em contratos empresariais –, não podem ser, integralmente, acolhidos.

Com efeito, consoante já destacado (item 1.2.3), a profissionalidade inerente à atividade empresarial exige que o agente econômico, dentro de um padrão de razoabilidade, aferível por meio do *standard* do homem ativo e probo (melhor analisado no

⁶¹⁸ - MEKKI, Mustapha. *Hardship*..., p. 9. O texto original foi redigido do seguinte modo: “[a]s far as the Common law systems are concerned, performance in kind of the contract or by equivalent remains the principle, even if the difficulties attached to the performance stem from an unforeseeable event. The explanation, which is more economic in nature, can be found in a risks’ acceptance presumption. Since the parties have not inserted in their contract provisions subjecting the performance of the obligation to the lack of future event⁵¹, they are presumed to have accepted the consequences which might result from it, even if they are detrimental to their interest. Since they have not positively ruled those risks out, they are presumed to have accepted the uncertainties dismiss the modification.”

⁶¹⁹ - LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado*..., p. 528.

item 3.2) obtenha todas as informações relevantes aos negócios celebrados em mercado. De posse de tais informações, os agentes econômicos deveriam, então, prever, em contrato, o tratamento a ser conferido a todos os possíveis riscos que poderiam vir a atingir o programa contratual durante sua execução.

Nada obstante, os agentes econômicos, em decorrência da própria condição humana, não são capazes de prever todo e qualquer risco passível de atingir o contrato. A despeito de agirem sempre racionalmente, sua racionalidade é, necessariamente, limitada e, por conseguinte, os contratos empresariais sempre serão, em maior ou menor grau, incompletos.⁶²⁰ Em geral, quanto maior a complexidade e o tempo de duração do contrato, maior também será seu grau de incompletude.⁶²¹

Conforme informa FORGIONI, “[o] direito mercantil sempre reconheceu a impossibilidade de o empresário deter todas as informações relacionadas à transação e ao futuro; a racionalidade limitada dos economistas não nos é estranha, Tanto assim é que, ao longo dos séculos, o sistema jurídico criou mecanismos para lidar com essa incompletude. Eloquente exemplo é o instituto da onerosidade excessiva, que autoriza a

⁶²⁰ - “No mundo real, as partes simplesmente não conseguem prever todas as contingências futuras no momento que se vinculam ao contrato. Sempre faltarão dados sobre a outra contratante, sobre os possíveis desdobramentos do ambiente institucional, sobre o porvir. As empresas ‘não são capazes de prever todos os eventos futuros que poderão se verificar no curso da relação não são capazes de adquirir e processar todas as informações relevantes para delinear planos de ação adequados, não são capazes de descrever em um contrato todas as possíveis eventualidades de forma clara e não ambígua. Por conta disso, afirmam os economistas que os agentes econômicos agem impelidos não por uma racionalidade plena e onisciente – que existiria se tudo fosse perfeito – mas pela racionalidade limitada. (...) Entretanto, apesar das limitações a que estão sujeitos, os agentes econômicos buscam agir racionalmente. ‘Elas reconhecem que não são capazes de prever todas as coisas que podem vir a ser importantes, elas compreendem que a comunicação é custosa e imperfeita e que os entendimentos são sempre deficientes, e elas sabem que não podem encontrar matematicamente a melhor solução para problemas difíceis. Elas podem agir de forma intencionalmente racional, procurando fazer o melhor possível dadas as limitações sob as quais trabalham. E elas aprendem’. Perceba-se que a concepção de racionalidade limitada não nega o pressuposto de que os agentes econômicos são racionais, porém afirma que exercem essa racionalidade dentro das inapeláveis fronteiras impostas pela condição humana e pelo contexto em que se inserem” (FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral...*, pp. 68-69).

⁶²¹ - Nesse sentido: “[s]e le capacità degli individui di comprendere e valutare le informazioni sono intrinsecamente limitate, qualsiasi decisione richiederà l’impiego di energie, tempo e denaro. Le risorse necessarie per ottenere un risultato soddisfacente possono variare in relazione alla complessità dei fattori da considerare e all’abilità dell’agente. È plausibile supporre che i costi di decisione siano più elevati in un ambiente complesso e sottoposto a continui cambiamenti. Una situazione di questo genere si verifica nel caso di negoziazione di un contratto di lungo termine. Individui dotati di limitate capacità utilizzeranno esclusivamente le informazioni che possono gestire ad un costo ragionevole. Il contratto non prenderà in considerazione tutte le circostanze future, ma solo quelle di cui sia possibile valutare e comprendere gli effetti” (BELLANTUONO, Giuseppe. *I contratti incompleti...*, p. 94).

denúncia no caso do advento de evento imprevisto e imprevisível, capaz de alterar profundamente a economia contratual”.⁶²²

Assim, o remédio da resolução contratual pela onerosidade excessiva, cuja matriz encontra-se nos artigos 478 a 480 do Código Civil, é a resposta do legislador para lidar com os fenômenos da incompletude contratual (involuntária)⁶²³ e da racionalidade limitada dos agentes econômicos.⁶²⁴ Por meio de referidos dispositivos (norma exógena), o Estado interfere nas atividades de mercado, implementando política pública e catalisando o tráfico mercantil.⁶²⁵

Oportuno registrar sobre esse aspecto que, a despeito da existência de larga (e complexa) discussão doutrinária a respeito do caráter natural (*locus naturalis*) ou

⁶²²- FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral...*, p. 69. No mesmo sentido, PENTEADO: “os contratos incompletos ainda podem ser extintos por resolução judicial. No Brasil, existem diversas formas de resolução. Destacam-se, entre elas, a resolução por onerosidade excessiva, que é uma das formas de intervenção judicial que extingue os contratos incompletos” (PENTEADO, Luciano Camargo. *Integração de...*, p. 346).

⁶²³- PENTEADO distingue entre casos de incompletude voluntária de casos de incompletude involuntária. Segundo ele, na primeira situação, a parte que tem mais informações sobre o negócio opta por deixar lacunas no programa contratual, de forma a que, durante a execução do negócio, possa se valer, eficientemente, dessa posição vantajosa. De outro lado, “[n]os casos da incompletude não deliberada, a lacuna não foi prevista e querida, mas ocorre, sucede, diante de fatores os mais diversos. Um deles é a racionalidade limitada, pois há certos dados de realidade circundante ao contrato que podem perfeitamente passar despercebidos do pensamento e da liberdade das partes contratuais. Se é contratada prestação de serviços pelo sócio de um escritório de advocacia, consistente na pintura das paredes do escritório, durante um final de semana em que um seu funcionário, visando agradar os sócios com autorização de um deles, desempenha por liberalidade a pintura, há incompletude não deliberada que autoriza a resolução por quebra da base do negócio, ainda que eventualmente se possa pensar em indenização pelo interesse contratual. Evidentemente, tal incompletude não foi querida e previst, justamente por ser involuntária. Trata-se, no caso, de perda superveniente, do interesse no desempenho da prestação ajustada” (PENTEADO, Luciano Camargo. *Integração de...*, p. 296).

⁶²⁴- No mesmo sentido de FORGIONI, BELLANTUONO: “[l]e tradizionali ipotesi di risoluzione per impossibilità o eccessiva onerosità sopravvenuta rappresentano il più evidente riconoscimento dell'incompletezza dei contratti” (BELLANTUONO, Giuseppe. *I contratti incompleti...*, p. 74). E, de modo semelhante, RIBEIRO e GALESKI JUNIOR: “[a] racionalidade, desse modo, é critério indispensável para que o juiz interprete as disposições contratuais empresariais ou para que colmate lacunas eventualmente existentes. Aliás, a racionalidade, justamente por ser limitada, como admitem os adeptos da Análise Econômica do Direito, é que exige a intervenção jurisdicional no processo de integração da execução contratual” (*Teoria Geral...*, p. 184).

⁶²⁵- “A ordem jurídica do mercado, no que tange ao direito comercial, é composta por normas endógenas e exógenas, ou seja, por normas que emergem do comportamento dos próprios agentes econômicos e por outra que provém de autoridade que lhes é externa (o Estado, no mais importante dos exemplos). Na verdade, essa classificação revisita as tradicionais fontes de direito mercantil, há séculos apontadas pela doutrina: [i] as leis (normas exógenas) e [ii] os usos e costumes (normas endógenas). As leis têm a primeira função de implementar políticas públicas – como foi afirmado ao longo deste trabalho –, levando as fronteiras do direito comercial a perfil diverso do que assumiria se o mercado funcionasse livremente, motivado apenas pela racionalidade econômica. Além disso, muitas vezes as normas exógenas atuam simplesmente para catalisar o fluxo de relações econômicas, destinando-se, por exemplo, a diminuir os custos de transação, a aumentar o grau de segurança jurídica ou mesmo a eliminar as falhas do mercado” (FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do direito...*, p. 190).

artificial (*locus artificial*) do mercado,⁶²⁶ parece ser consenso (ao menos, entre os juristas - os quais tendem a atenuar a relevância da discussão)⁶²⁷ a necessidade de que, ao bom funcionamento do mercado, faz-se necessário algum grau de regulação estatal, seja de forma endógena (garantindo força aos usos e costumes) ou exógena (impondo regras por meio de leis escritas).

Nesse sentido, FEITOSA leciona que uma regulação conforme o mercado não teria a intenção de coibi-lo ou controlá-lo, mas sim de monitorá-lo e incentivá-lo. A regulação da atividade empresarial, dessarte, justifica-se pela busca de uma “*orientação capaz de garantir o fornecimento do serviço, presente e futuro, e de estabelecer os níveis adequados na relação qualidade/preço, de acordo com o grau de desenvolvimento e as prioridades que cada sociedade pretende estipular*”.⁶²⁸ Assim, o mercado está livre para atuar na esfera

⁶²⁶- De maneira bastante simples, a discussão entre *locus naturalis* e *locus superficialis* é atinente às origens do mercado. Enquanto alguns defendem uma espécie de naturalismo do mercado, com regras apolíticas que podem ser nele “encontradas” (FRIEDRICH AUGUST VON HAYEK), outros defendem que seria a vontade concreta dos legisladores, por meio dos institutos jurídicos, politicamente, cunhados e que pressupõem o mercado, que permitiriam sua existência (NATALINO IRTI). A questão, embora, renove-se, bastante complexa, parece sintetizar-se na ideia do que teria surgido antes: mercado ou direito. A esse respeito, veja o que diz IRTI: “[é] sempre aos Estados que se dirige o extremo apelo da economia quando — como já notamos — os acordos privados são descumpridos e a necessidade da força coercitiva se torna imprescindível. Justamente este apelo demonstra que os acordos particulares e a própria *lex mercatoria* não constituem fontes originárias de direito, mas sempre pressupõem os ordenamentos jurídicos. Não é que a *lex mercatoria* se sirva do direito estatal (ou de uniões de Estados), mas tais ordenamentos deixam espaço mais ou menos amplos à autonomia dos particulares. Acordos negociais e *lex mercatoria* estão dentro daqueles direitos, dos quais se exige, em caso de violação, a invocação do poder coercitivo. Como bem observado, ‘o poder soberano é chamado a garantir e assegurar a *lex mercatoria*, mas esta proteção é sempre uma relação de inclusão, determinada na medida das necessidades de todas as partes em causa’, onde somente seria necessário esclarecer que a inclusão não é um *posterius*, mas um *prius*; e que as partes pode se valer da tutela, na medida em que aqueles seus acordos e aquela *lex* já sejam previstos pela lei estatal e sejam reconhecidos como meritórios de proteção. A admissão à tutela, judicial e coercitiva, sempre postula um critério de escolha em que os Estados determinam ou, melhor, predeterminam — o lícito e o ilícito, o relevante e o irrelevante, o protegido e o rejeitado” (IRTI, Natalino. A ordem jurídica do mercado. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 145, ano XLVI, jan.-mar., 2007, p. 47).

⁶²⁷- “C’è un filo comune che unisce chi si è occupato di commentare questa tesi, che potrebbe anche avvicinarsi ad una comune opinione sul mercato: se è vero che nessuno sposa completamente la tesi del mercato quale *locus artificialis* e non *naturalis*, è anche vero che nessuno dei giuristi — e neanche tutti i cultori di scienza economiche — che ha scritto sul tema concorda con gli economisti nel considerare il mercato una realtà naturale governata dalle leggi economiche che preesiste alle leggi giuridiche, le quali ne modellerebbero unicamente il funzionamento. Si può dire che tra i giuristi la posizione prevalente è quella tendente ad attenuare gli effetti della disutapposizione tra *artificialis* e *naturalis*: all’origine del mercato ci sono le scelte politiche di sistema e all’interno del sistema, per cui il mercato si «construisce anche con le regole», constituendo un non sense «la divisione radicale (...) del dominio economico dal dominio giuridico». In altri termini, «sono le regole che (non creano il traffico delle merci ma che) fanno del mero traffico delle merci un mercato», per cui «il mercato si presenta certamente come luogo di incontro i di interferenza tra la sfera giuridica (...) e la sfera economica» e «ogni tanto v’è la prevalenza dell’una e le altre volte dell’altra” (BUONOCORE, Vincenzo. L’impresa..., p. 168).

⁶²⁸- FEITOSA, Maria Luiz Pereira de Alencar Mayer. *Paradigmas Inconclusos...*, p. 199.

da autonomia privada, cujo limite deve ser traçado pelo Estado por regras de intervenção “*claras e estáveis*”.⁶²⁹

A autora portuguesa acresce ainda que, no panorama atual de economia globalizada, é simplista tratar mercado e Estado como estruturas antagônicas. Ambos, sob sua visão, coexistem em regime de interdependência, adaptando-se e reformando-se reciprocamente. Ao Estado, desse modo, caberia o papel de, na esfera internacional, promover a uniformização do direito das obrigações e reforçar o papel da autonomia privada, bem como, na esfera nacional, cuidar de questões atinentes ao interesse público, tais como “*a tutela do consumidor, a proteção ao meio ambiente, o reequilíbrio social no âmbito macroeconômico (pela coibição de abusos à livre concorrência) ou no contexto das microrrelações de natureza privada, esfera jusprivatística dos contratos (no sentido de coibir efeitos contratuais nocivos)*” etc.⁶³⁰

ALPA destaca que, atualmente, o regime jurídico do mercado implica que os interesses das partes atuantes no mercado possam funcionar dentro de um equilíbrio ótimo. Segundo ele, não seria suficiente apenas a preocupação de garantir a livre autonomia das partes, a livre competição, o livre acesso ao mercado; é fundamental que se regule o mercado, de forma a permitir a composição dos interesses em jogo, segundo uma lógica democrática.⁶³¹ De acordo com o autor ainda, independentemente das concepções naturalista ou artificialista de mercado, parece-lhe inconcebível que, para a certeza das relações de troca estabelecidas em mercado, deixe-se de lhe impor um regime jurídico.⁶³²

PERLINGIERI, a seu turno, argumenta que, historicamente, faz-se necessário alguma espécie de elemento garantidor à institucionalização do mercado. Segundo seu entendimento, não é possível que a sociedade seja reduzida somente ao mercado e às

⁶²⁹ - FEITOSA, Maria Luiz Pereira de Alencar Mayer. *Paradigmas Inconclusos...*, p. 199.

⁶³⁰ - FEITOSA, Maria Luiz Pereira de Alencar Mayer. *Paradigmas Inconclusos...*, pp. 227-228.

⁶³¹ - ALPA, Guido. *Manuale di Diritto...*, 2005, p. 13. Nesse sentido: BUONOCORE (*L'impresa...*, p. 165).

⁶³² - “*Uno degli esempi che qualche autore offre per dimostrare che può esistere un mercato anteriormente all'intervento del legislatore, e quindi che esistano regole economiche che anticipano l'intervento – ove necessario – delle regole giuridiche, riguarda grey markets «indicati dagli stessi giuristi anglosassoni come il luogo dove c'è il mercato ma non c'è ancora il diritto; una sorta di autoregolamentazione dei mercati finanziari che dà luogo ad un ordinamento, scevro di interventi legislativi». Mi sembra difficile poter sostenere che il mercato, indipendentemente dalla circostanza che possa essere considerato locus naturali, piuttosto che locus artificialis, possa sussistere senza regole giuridiche. Per poter rendere certi e immutabili gli scambi, è necessario che essi siano fondati su regole giuridiche. Ciò che può variare è il come regolare il mercato, e da parte di chi introdurre le regole*” (ALPA, Guido. *Manuale di Diritto...*, p. 12).

regras dele decorrentes. Há, verdadeiramente, a necessidade de que o direito discipline a sociedade, limitando e corrigindo as regras decorrentes do mercado, para que sejam perseguidos valores outros que não apenas riqueza.⁶³³

BUONOCORE, concordando com ambos os entendimentos acima,⁶³⁴ destaca que essa regulação da atividade empresarial no mercado tem tanto a função de prevenir, quanto de compor conflitos. Tais funções, respectivamente, denominadas de regulatória e moderadora, ambas realizadas pelo Estado, têm caráter subsidiário, pois entrariam em cena apenas quando o mercado não conseguisse autoregular-se de maneira eficiente. Nessa toada, uma vez coordenadas as atividades de mercado, o Estado deveria deixar de interferir neste ambiente.⁶³⁵ Assim, o autor conclui que as regras criadas pelo próprio mercado não são suficientes para tutelar de modo completo todos os interesses envolvidos naquele ambiente, em razão dos conflitos de interesses ali envolvidos.⁶³⁶

⁶³³ - PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto dei contratti...*, p. 245.

⁶³⁴ - BUONOCORE escreveu que “[s]ul piano più squisitamente operativo, questo significa anche che, soprattutto a protezione di questa seconda categoria di interessi, l’ordinamento giuridico deve intervenire, non essendo bastevole e sufficiente la legge del mercato a tutelare in modo compiuto tutti gli interessi che nel mercato stesso devono incontrarsi e trivere conciliazione” (*L’impresa...* p. 157).

⁶³⁵ - “Orbene, gli interventi sul mercato possono, di conseguenza, essere regolatori e moderatori: i primi – si è consentita l’espressione – servono a disegnare lo scenario e le cornici entro i quali gli operatori possono autonomamente muoversi, mentre i secondi indicano la tipologia degli interventi sui conflitti e ne segnano la disciplina. In altri termini, i poteri pubblici, anche sposando una politica assai liberale e concedendo quindi alle imprese la più ampia autonomia, non potranno mai rinunciare, a pena d’anarchia, né ad un invero preventivo di tipo regolatore, che di solito compie il Parlamento su impulso del Governo dettando coordinate e confini, né ad interventi moderatori, che, pur previsti da leggi, sono per lo più contenuti in atti amministrativi. Ma il ruolo dello Stato deve essere come scrivono alcuni economisti, minimale e ispirato ad un principio dardine degli Stati moderni, vale a dire al c.d. principio di sussidiarietà. In altri termini, nel rapporto tra Stato, mercato e istituzioni – naturalmente in maggiore efficacia alle dinamiche strutturali e congiunturali del cambiamento -, il primo deve limitarsi a svolgere un ruolo sussidiario rispetto alle istituzioni elementari come famiglie e imprese, che hanno la responsabilità della prima mossa, mentre lo Stato muove per scondo, solo quando la prima mossa si rivela inefficace e sbagliata, con la conseguenza che il bisogno della presenza dello Stato cessa quando il coordinamento di mercato ritorna a funzionare in modo efficiente. (...) L’intervento moderatore consiste, invece, nell’adozione dei provvedimenti che l’ente pubblico vigilante può adottare quando vengano violati i principi informatori del funzionamento – come la trasparenza, l’informazione, la parità di trattamento, la correttezza – o quando le contingenze lo richiedano e si può fare l’esempio della sospensione della quotazioni di un titolo per eccesso di rialzo o, comunque, per evitare che ciò accada” (BUONOCORE, Vincenzo. *L’impresa...*, pp. 162-163).

⁶³⁶ - “(...) gli interessi che ruotano intorno all’impresa sono naturalmente confliggenti, o quanto meno possono esserlo, e il mercato rappresenta il sito in cui il conflitto può, e in alcuni casi deve, trovare composizione. E se è vero che la strada più naturale è quella della composizione che avvenga per effetto della stessa legge del mercato o della legge che gli imprenditori si sono dati a mo’ di legge di convivenza – per incidens, va detto che l’autonomia regolatrice è la costante nelle rivendicazioni del ceto imprenditoriale -, è anche incontestabile – lo si è appena accennato – che la mera autoregolamentazione è, prima ancora che istituzionalmente, naturalmente insufficiente, ragion per cui è indispensabile l’intervento di quei poteri pubblici che, per la posizione di imparzialità che sempre istituzionalmente viene loro riconosciuta, hanno il compito istituzionale di prevenire e di comporre” (BUONOCORE, Vincenzo. *L’impresa...*, p. 162).

Em sentido semelhante a BUONOCORE, FORGIONI diz que o funcionamento do mercado pode levar a efeitos autodestrutíveis, tal como se evidenciou na crise hipotecária do mercado de créditos subprime norte-americano (2008). A função do direito (Estado), nesse sentido, seria a de eliminar “*as distorções que emergem do funcionamento do mercado ou do modo de produção*”, visando “*à preservação do mesmo mercado, no qual os agentes econômicos podem atuar, conquistar novos consumidores – e, portanto, competir – livremente*”.⁶³⁷⁻⁶³⁸

Referida regulação do mercado dá-se por meio de um complexo fundado em fontes diversas (normas exógenas e endógenas) – lei escrita, princípios gerais de direito, usos e costumes *etc.* –, cuja força coercitiva encontra-se centrada, fundamentalmente, no Estado.⁶³⁹ Vale destacar que, especialmente quanto à produção normativa de regras (exógenas), deve-se tanto quanto possível atentar aos mecanismos de autorregulação produzidos pelos próprios agentes de mercado⁶⁴⁰ (usos costumes – regras endógenas).

É dentro desse âmbito de atividade regulatória do Estado perante o mercado que nos parece se situar o modelo jurídico da revisão contratual que exsurge dos artigos 478 a 480 do Código Civil.

Com efeito, considerando a relevância da livre concorrência para o bom funcionamento de mercado,⁶⁴¹ parece-nos que seria medida em tudo prejudicial ao

⁶³⁷- FORGIONI, Paula. *A evolução do Direito...*, pp. 182-183.

⁶³⁸ Nesse sentido, FEITOSA conclui que “[a] regulação pública é, em regra, um condicionamento externo à atividade dos agentes econômicos, públicos e privado, ficando excluída de seu campo de atuação a atividade econômica do Estado como produtor direto” (FEITOSA, Maria Luiz Pereira de Alencar Mayer. *Paradigmas Inconclusos...*, p. 194).

⁶³⁹- ALPA, Guido. *Manuale di Diritto...*, p. 12.

⁶⁴⁰- “*In conclusione, questo terzo carattere del mercato, desumibile dalla normazione positiva ma punto o poco considerato, può individuarsi nella tendenza della legislazione recente a tutelare il mercato legiferando il più possibile per principi o, comunque, in aggiunta alle fonti autoregolamentari poste in essere dagli operatori economici, che esprimono, di norma, nel senso dell’adeguamento dei meccanismi negoziali alle esigenze e all’interesse degli operatori; e ciò fanno per monitorare e controllare, attraverso la tutela del mercato, che è luogo di incontro e di composizione degli interessi di operatori e utenti dei beni e dei servizi, la stesse sclete della prassi, nonché la stessa autonomia del mercato*” (BUONOCORE, Vincenzo. *L’impresa...*, p. 165).

⁶⁴¹- “*Quando se garante ao adquirente a opção de escolha entre os bens oferecidos por vários agentes econômicos, eles serão forçados a disputar a oportunidade de troca, e aquele que oferecer melhores condições ganhará o contrato. Portanto, ao mesmo tempo em que é nociva ao agente, a concorrência indica o caminho pelo qual ele poderá atrair novas oportunidades de troca, aumentando a perspectiva de obtenção de proveito econômico; a fim de incrementar o volume de negócios, a empresa deve desfrutar novas oportunidades de troca. Para obtê-las, de duas uma: ou as subtrai de outros agentes, ou as cria. Em ambas as hipóteses, contudo, deverá competir, seja para sacá-la de seu concorrente, seja para impedir que este aproprie-se das novas oportunidades geradas. A disputa é, assim, essencial para o desenvolvimento das*

mercado alocar o prejuízo decorrente de um evento imprevisível e extraordinário, exclusivamente, ao agente econômico que tenha agido dentro do exato padrão requerido no espaço em que atua, buscando, diligentemente, obter todas as informações relevantes. Em outros termos, parece-nos que deixar o contratante ativo e probo que, em razão de sua racionalidade limitada, não pôde prever a concretização de determinado evento ausente de qualquer remédio seria contrário à concorrência, pois estar-se-ia a prejudicar o agente que, ao participar, eficientemente, do jogo de mercado, concorre para a redução de preços e, por conseguinte, para a melhoria na qualidade dos produtos e serviços prestados.

Nesse sentido, percebe-se que negar o remédio dos artigos 478 a 480 do Código Civil a entes empresários, como proposto por DIEZ-PICASO e demais, acarretaria em evidente desincentivo a que novos agentes econômicos participassem do jogo empresarial, em prejuízo de todo o mercado. Sem a possibilidade de se pleiteiar a resolução contratual nas hipóteses de superveniência de evento imprevisível e extraordinário, o risco da atividade empresarial ficaria muito elevado e, inegavelmente, reduzir-se-iam os interessados em se aventurar no jogo comercial. Como visto, isso reduziria a concorrência, em detrimento do mercado, uma vez que “[a] disputa é (...) essencial para o desenvolvimento das atividades empresariais”.⁶⁴² Assim, pode-se mesmo dizer que o modelo de revisão contratual incentiva o fluxo econômico, na medida em que reduz riscos e traz mais participantes para o mercado.

atividades empresariais e, apenas nessa medida, desejada pelo agente econômico. Em verdade, a empresa não aprecia a concorrência; suporta-a porque esta é a forma admissível de conquistar mercados e de aumentar lucros. Pode-se então dizer que a disputa produz externalidade positiva, pois reverte a favor do funcionamento do sistema econômico, diminuindo preços e aumento a qualidade do produto ou do serviço oferecido aos consumidores” (FORGIONI, Paula. *A evolução do Direito...*, p. 171). Ainda, relacionando o conteúdo contratual, a regulação de mercado e os efeitos positivos daí decorrentes, BUONOCORE observa: “[l]a ricostruzione della «storia funzionale» del contratto – prima mezzo di immobilizzazione dei beni e poi strumento funzionale alla circolazione degli stessi e quindi all’economia mercantile, e poi ancora strumento di allocazione delle risorse ed in particolare dei servizi – consente di valutare appieno quanto oggi lo strumento contrattuale sia funzionale all’esercizio dell’impresa e spiega, con na diversa chiave di lettura, come il vecchio problema dell’abuso del contratto da parte di uno dei contraenti diventa soprattutto il problema dell’abuso del contratto da parte dell’impresa, e ciò esige controlli del contenuto del contratto da parte dell’ordinamento, ma il controllo – sempre secondo l’opine esponenda – mantiene ferma la forza innovativa del contratto in quanto gli effetti di questo restano imputabili alle decisioni delle parti, valutata funzionale al mercato come mezzo di allocazione dell risorse, seguire le vicende del mercato, ma deve contribuire a consolidare la funzione del mercato, che viene creato e mantenuto perché «sia fonte di progresso economico e sociale»” (BUONOCORE, Vincenzo. *L’impresa...*, p. 161).

⁶⁴²- FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do Direito...*, p. 170.

Sob outra ótica, é bem de se ver que a opção de inclusão dos artigos 478 a 480 no Código é reflexo de determinada posição política do legislador,⁶⁴³ o qual, de outro lado, poderia muito bem ter deixado de positivizar o modelo de revisão contratual, mantendo o aspecto regulatório, nesse tocante, idêntico ao paradigma do Diploma anterior.⁶⁴⁴ A nós, a opção política, no tocante aos contratos empresariais, tem como intuito final a tutela do mercado como um todo, com o estímulo à livre concorrência, que, não custa lembrar, é princípio constitucional da ordem econômica nacional (artigo 170, inciso IV, da Constituição Federal).⁶⁴⁵⁻⁶⁴⁶ “*Nada impede que, para dar concreção aos objetivos impostos pelos arts. 1.º, 2.º e 170 da Constituição Federal, os desdobramentos do princípio do pacta sunt servanda sejam mitigados*”.⁶⁴⁷

⁶⁴³ - Nesse sentido, IRTI comenta que: *[a]trás da antítese entre lei natural da economia — neutras, absolutas e objetivas — e leis históricas — dependentes do querer humano — sempre se agita a luta política, sempre se confrontam ideologias ou visões da sociedade. Conflito entre uma e outra política, e não entre política e apolítica neutralidade. Quando se afirma que o direito determina a economia, e o mercado se resolve no estatuto de normas, não se propõe um ou outro regime de trocas, ou outra disciplina da propriedade, mas somente se recorda o elementar pressuposto de todas as estruturas: a vontade política traduzida, em instituições jurídicas*” (IRTI, Natalino. *A ordem jurídica...*, p. 47). E FORGIONI esclarece que “[t]ranscurar a dimensão política do mercado impede sua adequada compreensão como fenômeno complexo, reduzindo-o a simplicidade perigosa. A afirmação de que ‘a melhor política industrial é não ter política industrial’ implica, como é óbvio, a assunção de escolha política — e não o mero reconhecimento do resultado e da atuação de uma força natural e aprioristicamente mais adequada (=eficiente). Esconder o mote político implica, na verdade, a admissão do livre comportamento dos agentes econômicos como a única maneira de se alocar recursos na sociedade, desprezando — ou procurando impedir — o emprego de qualquer ferramenta que vise a subjugar os determinismos econômicos e a implementar políticas públicas. (...) ‘Longe de serem naturais, os mercados são políticos’” (FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do Direito...*, p. 162).

⁶⁴⁴ - Conforme sublinha IRTI, a regulação de mercado é mesmo questão que se resolve na esfera política: “[é] inútil repetir aqui a crítica, ora desenvolvida, a espontaneidade normativa do mercado e insistir em afirmar que os acordos, em qualquer lugar e de qualquer forma realizados apóiam-se necessariamente no território dos Estados singulares. A passagem do espaço tecno-econômico para lugares determinados é inevitável. O problema — visto que a economia global precisou do direito e que sem direito ela não pode nem se constituir nem se desenvolver — está na individualização do direito aplicável. Aqui se colocam soluções diversas: ou que um poder imperial domine e regule a economia global; ou que os negócios escolham, eles mesmos, o lugar do direito (de modo que os Estados pareçam participar de uma corrida para ver quem consegue diminuir os custos ao oferecer a mercadoria jurídica), ou que os Estados desfrutando ao máximo a artificialidade da técnica normativa, estipulem tratados, instituem uniões e órgãos internacionais e por isso sejam capazes de seguir e capturar os atos das empresas. Mais uma vez, cabe à decisão política escolher o caminho. Qualquer solução será uma solução política” (IRTI, Natalino. *A ordem jurídica...*, p. 47).

⁶⁴⁵ - “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IV - livre concorrência”.

⁶⁴⁶ - Sobre a relação entre mercado e os princípios da livre iniciativa e livre concorrência, FORGIONI destaca: “[a] noção de mercado deixa, assim, de ser relacionada apenas ao local ou à reunião de pessoas em torno das trocas, para fundir-se às ideias de concorrência e de liberdade econômica. O mercado é a arena na qual os agentes não apenas trocam, mas competem livremente por oportunidades de troca. A força concorrencial vem reconhecida como organizadora do modelo de alocação de recursos em sociedade, sob o égide da liberdade econômica. Livre iniciativa e livre concorrência tornam-se princípios do sistema” (FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do Direito...*, p. 163).

⁶⁴⁷ - FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral...*, p. 194.

Note-se ainda que, com relação à escolha política de tutela da livre concorrência, o mercado pode ser visto também como ente alocador de recursos na sociedade (dimensão política).⁶⁴⁸ Com efeito, em um estado de ausência da pressão gerada pela competição (monopólio), o agente econômico tenderia sempre à maximização de seu próprio lucro, em abuso dos demais participantes do mercado. Com a imposição da livre concorrência, no entanto, o agente econômico é obrigado, simultaneamente, a reduzir os preços e a elevar a qualidade de seus produtos, para conquistar as oportunidades de troca no mercado e, assim, obter lucro com a atividade empresarial. Nessa situação, o consumidor final é beneficiado, pois obtém um produto de melhor qualidade, com o dispêndio de menos recursos para tanto. Dentro desse contexto, a renda seria alocada de forma mais favorável aos consumidores finais.⁶⁴⁹

Para além de tudo isso, fato é que a positivação da onerosidade excessiva, enquanto regra escrita (com relevante força hierárquica), não pode, simplesmente, ser ignorada, ainda que exista certa exigência do mercado por segurança e previsibilidade.⁶⁵⁰ Inclusive, até mesmo por estar codificado, o modelo da onerosidade excessiva já é, de antemão, conhecido por todos aqueles que ingressam no mercado. Nessa medida, elemento de insegurança ao mercado seria deixar de aplicar o regramento expresso dos artigos 478 a 480 aos contratos empresariais, a despeito de inexistir qualquer exceção positivada nesse sentido.

Assim, até mesmo em homenagem à segurança e à previsibilidade exigidas pela atividade empresária, é de rigor que os critérios legais (explicitado no item 2.2.1), sejam

⁶⁴⁸ - “Se, como ensinam os economistas, os recursos são escassos e as necessidades humanas ilimitadas, há de se determinar a forma (i.e., o critério) para atribuí-los às pessoas. Essa destinação pode ser realizada pelo funcionamento do mercado (presidido pela força concorrencial) ou pela intervenção de uma autoridade exógena (o Estado), instrumentalizada pelo direito. Daí dizermos que direito e mercado são formas de alocação de recursos entre indivíduos. Essa afirmação não significa, em absoluto, que admitamos a existência (ou a possibilidade de existência) do mercado independentemente do direito. O importante aqui é ressaltar que, quando nos referimos à alocação de recursos pelo mercado, cogitamos do mecanismo baseado na força concorrencial (que é, inclusive, formada pelo direito). Já a alocação feita pelo direito pressupõe a intervenção exógena, que muitas vezes diminui essa força concorrencial (...) Em conclusão: a dimensão política do mercado emerge da consideração do papel que a competição (ou o modelo de competição) exercerá como fator de alocação de recursos na sociedade, e sua compreensão é indispensável para situar a função reservada ao direito” (FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do Direito...*, pp. 158-162).

⁶⁴⁹ - FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do Direito...*, p. 160.

⁶⁵⁰ - “In una fase storica come quella che stiamo vivendo, in cui il diritto scritto è onni-pervasivo, lo spazio affidato alle consuetudini (o usi normativi) è sempre più circoscritto. Ciò per due ragioni essenziali: (i) nell’ordenamento, la creazione spontanea del diritto è tollerata, ma la legge positiva ormai prevale sul comportamento consuetudinario; (ii) la statalizzazione del diritto dà maggiori certezze o offre una maggiore coerenza normativa” (ALPA, Guido. *Manuale di Diritto...*, p. 57).

analisados com extrema parcimônia, sem espaço para qualquer mitigação, em prol de um suposto beneficiamento do prejudicado.⁶⁵¹ Esses critérios, consoante se verá adiante (item 3.2), devem ser analisados com observância na pauta da tutela do mercado e conforme as especificidades do segmento de atuação das partes empresariais envolvidas.

Atente-se outrossim que a própria técnica do conceito vago utilizada pelo legislador nos dispositivos da onerosidade excessiva é claro indicativo de que o modelo deve ser aplicado à mais diversas categorias contratuais (excluindo, por óbvio, o que for excepcionado pela lei, como, por exemplo, os contratos de consumo).⁶⁵² De fato, os conceitos legais indeterminados⁶⁵³ trazidos pela lei - “*excessivamente onerosa*”, “*extrema vantagem*” e “*acontecimentos extraordinários e imprevisíveis*” - sugerem que a intenção do legislador foi, justamente, a de permitir ao julgador subsimir o fato do caso concreto à norma. Ao invés de uma regra rígida, há uma fluidez na norma, o que, mais do que permitir sua aplicação aos contratos empresariais, torna mandatória sua utilização pelo julgador.⁶⁵⁴⁻⁶⁵⁵

⁶⁵¹- ALPA, BESSONE e ROPPO também parecem defender uma aplicação rigorosa dos critérios legais para aplicação do modelo da onerosidade excessiva: “[i]n questo senso, le norme del codice civile non consentono interpretazioni estensive. Nella stesa misura incui a contraris si riferisce a circostanze diverse dall'imprevedibile, l'a. 1467 stabilisce infatti in modo assolutamente inequivoco il principio che la maggiore onerosità dell'adempimento (anche se «eccessiva») non costituisce ragione sufficiente per attribuire rilevanza a circostanze di questa natura, e in ogni caso non giustifica la risoluzione del contratto. Perciò risultano destituiti di qualsiasi fondamento gli obiter dicta della giurisprudenza (e tutti gli orientamenti dottrinali) che evocano questa norma per motivare con il rinvio all'a. 1467 la risoluzione del contratto, anche in casi di preedibilità delle circostanze sopravvenute” (ALPA, Guido et. al. *Rischio contrattuale e autonomia privata*. Napóles: Jovene, 1982).

⁶⁵²- Tais contratos, como já mencionado no item 2.2, contam com modelo próprio de revisão contratual, calculado, essencialmente, na teoria da base do negócio.

⁶⁵³- Os conceitos legais indeterminados são melhor explicitados no item 3.2.

⁶⁵⁴- Em argumentação semelhante a respeito do preenchimento do conceito de equilíbrio contratual, observe-se o interessante comentário de FIN-LANGER: “[u]ne notion définie par un critère précis et rigide interdit en réalité toute adaptation de la règle à la réalité et toute individualisation de la solution. Un critère précis de implique une application mécanique de la règle sans appréciation des circonstances de fait réelles. Or, une notion floue présente au contraire les qualités inverses, c'est-à-dire que leur finalité est «d'infléchir les règles techniques, d'en exclure toute rigidité et toute fixité». Cela permet un aménagement de la règle en fonction de la réalité sociale. Une règle peut donc évaluer sans qu'il soit nécessaire d'attendre une intervention législative. De plus, elle autorise une individualisation de la solution. Or le législateur en invoquant la notion d'équilibre contractuel veut cette application mécanique. Cette indétermination semble prévue pour permettre à l'interprète d'adapter la solution au contrat qui lui est soumis. Dans cette hypothèse, la recherche d'un critère précis supprimerait tout pouvoir d'adaptation au juge, alors que le législateur l'autorisait” (FIN-LANGER, Laurence. *L'équilibre contractuel...*, p. 207).

⁶⁵⁵- Ao diferenciar a interpretação integrativa da integração feita por cláusulas gerais, PENTEADO deixa claro que os deveres decorrentes destas, por meio da incorporação de valores do sistema, são de aplicação obrigatória (PENTEADO, Luciano Camargo. *Integração de...*, p. 65). Se tais cláusulas são de conteúdo obrigatório, por via do lógico que não há como se derogar a aplicação de regramento mais preciso contido no artigo 478, a despeito do reenvio a valores extrassistemáticos.

Especificamente em relação ao artigo 478, LOPES observa, atentamente, que “o legislador poderia ter dotado essa norma de maior precisão, redigindo o artigo de forma que atribuísse o direito à resolução, por exemplo, apenas quando a prestação atingisse o valor, pelo menos, cinquenta por cento maior que o previsto. Nessa hipótese, a aplicação da norma seria dotada de maior segurança jurídica, mas poder-se-ia tratar de forma diferente dois casos bastante semelhantes, ou seja, resultaria inadequada solução para certos casos limites. Nessa regra hipotética, não teria direito à resolução o devedor que provasse que sua prestação teve custo quarenta e nove por cento maior que previsto, enquanto teria tal direito aquele que tivesse sua prestação onerada em cinquenta por cento”.⁶⁵⁶

Essa característica de referidos dispositivos legais, no entanto, não significam a indiscriminada inclusão de valores pessoais do julgador na adaptação da norma ao caso concreto. O que causa insegurança no meio empresarial não é o modelo de revisão em si – fruto de longa maturação da doutrina e jurisprudência (conforme item 2.1), mas, efetivamente, sua aplicação desregrada, fundada em qualquer espécie de juízo de equidade, em desarmonia com a realidade empresarial.⁶⁵⁷⁻⁶⁵⁸

⁶⁵⁶ - LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 143.

⁶⁵⁷ - Nesse sentido, concordamos com a percepção de DE MELLO FRANCO: “[d]e qualquer forma há que se atentar para o emprego pouco cauteloso da teoria (resolução por onerosidade excessiva, ou da lesão), sob o perigo de em nome de um juízo de equidade, afastar a preservação do contrato gerando insegurança jurídica. A par disto é necessário ter em vista as consequências econômicas dessas decisões, que podem ter impactos negativos nas relações levando à perda de bem estar para a sociedade, pelo temor de celebrar contratos, com objetivos semelhantes aos revistos. Como observado recentemente pelo DD. Desembargador Rogérios Gesta Leal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) – ‘O debate que os economistas têm feito é que essa atividade de regulação jurídica requer cuidados sb pena de causar mais danos do que benefícios quando tenta artificializar, pela letra fria da lei, determinados comportamentos de mercado que não são factíveis em termos de relações econômicas mundiais. É preciso que a própria legislação observe essa dinâmica mutacional do mercado para que não exija dele o que ele não pode dar faticamente, que são a previsibilidade, a segurança e a certeza absoluta que, em tese, as normas jurídicas ‘tendem a querer dar (...)’.” (DE MELLO FRANCO, Vera Helena. *Teoria Geral do...*, p. 107). Em mesmo senso ainda, AZEVEDO CARDOSO, em dissertação que tratou da questão da onerosidade excessiva no direito brasileiro, afirma ser possível realizar-se a revisão de contratos interempresariais, desde que “os pedidos de revisão forem todos certos e determinados, como manda a lei, e ainda seguirem aproximadamente as hipóteses já previstas em lei de revisão judicial”. Segundo ele, a revisão destes pactos estará “simplesmente consagrando o princípio da conservação dos negócios jurídicos, princípio este que decorre simplesmente do fato de o negócio jurídico existir como categoria jurídica”. Destaca, porém, que “o que não deve ocorrer é uma intervenção heterônoma desregrada nos contratos” (CARDOSO, Luiz Philipe Tavares de Azevedo. *A onerosidade excessiva no direito brasileiro*. Dissertação de mestrado apresentada ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 2010, p. 178). JUNQUEIRA DE AZEVEDO também admite a aplicação da onerosidade excessiva a contratos empresariais, com menor grau de intervenção (AZEVEDO, Antonio Junqueira. Relatório Brasileiro sobre...).

Nesse sentido, entendemos a preocupação dos refratários à utilização do modelo da onerosidade excessiva aos contratos empresariais e também a compreendemos como salutar. De fato, a aplicação imprecisa do modelo da onerosidade excessiva pode vir a dar guarida a comportamento oportunista das partes contrantes, principalmente daqueles que vêem seus ganhos reduzidos frente à alteração de circunstâncias.

Imagine-se a hipótese em que é celebrado um contrato, sabidamente, arriscado, em que ambas as partes envolvidas têm plena consciência do conteúdo do pacto. Em razão dos altos custos envolvidos na preparação de um texto contratual completo e abrangente, opta-se por uma versão mais simples. Posteriormente, frente à concretização de determinado dano decorrente de risco imprevisto, a parte, eventualmente, prejudicada poderia, então, buscar, judicialmente ou por via arbitral, desvincular-se de sua prestação. O comportamento oportunista surgiria, na medida em que o prejudicado tentasse compartilhar perda que deveria estar somente sob sua responsabilidade com a contraparte.⁶⁵⁹

É, exatamente, nesse sentido o alerta de ARAÚJO, quando diz que “*a reafecção expost de deveres e direitos pode ser também uma redistribuição oportunista do risco, afastando-se daquele que o suporta mais eficientemente (o que por sua vez redundaria em ‘risco moral’)*.”⁶⁶⁰ Nesse caso, o autor aconselha a não-renegociabilidade, de forma a combater o oportunismo e a evitar que o devedor alija parte de sua responsabilidade.

⁶⁵⁸ - A respeito da aplicação da equidade e da boa-fé objetiva na alteração de circunstâncias, CORDEIRO, ao tratar do artigo 437 do Código Civil português, mas em raciocínio pertinente à questão em comento, explica que “[a] inclusão, num mesmo preceito, de referências à equidade e à boa fé, não foi conseguida. Correspondem a mensagens derivadas de conceitualizações diferentes ou, mais ainda, de modos diferentes de entender o Direito. A boa-fé, elaborada na terceira sistemática, traduz a capacidade de um sistema integrado de cobrir novas áreas antes alheias ao Direito e de promover soluções diversas, mais conformes ele próprio, em pontos de torção. A equidade, própria de um estágio pré-jurídico, não postula qualquer sistema mas, tão-só, umas quantas referências esparsas e uma entidade decidentes capaz de reagir a particularidades concretas. Na contradição aparente entre a boa fé e a equidade, colocadas lado a lado, prevalece, sem dúvida a primeira: basta atentar no conjunto do Código Civil e no estágio actual, para entender que toda a evolução do Direito se processa contra cenários em que, sem redução a pontos de vista unitários, o que é dizer, de modo acientífico, se julga, em termos de puro caso concreto” (CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha Menezes. *Da Boa fé...*, p. 1108).

⁶⁵⁹ - Conforme destaca VILLELA, há, basicamente, duas maneiras das partes tratarem da álea contratual: “primeiro, capitular diante da álea inevitável e fazer dela ingrediente da contratação; ou, segundo, insistir em exorcizá-la pelo manejo de um variado repertório de freios e contrapesos”. Nesta opção, as partes valem-se de cláusulas reequilibradoras, para evitar que, entre o momento da estipulação do texto e o efetivo cumprimento das obrigações, produza-se uma desproporção entre o conteúdo do quê se quis contratar e daquilo que se concretizou. No outro expediente, uma das partes, valendo-se da máxima “se você não pode vencer seu inimigo, alie-se a ele”, assume os riscos. Contudo, não o faz gratuitamente; cobra por isso (VILLELA, João Baptista. *Equilíbrio do contrato...*, p. 9).

⁶⁶⁰ - ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica...*, 2007, p. 627.

Segundo o doutrinador português, toda a problemática seria ainda “*mais grave se se puder presumir que, sendo esse ‘superior risk bearer’ um profissional, ele terá a capacidade (e os conhecimentos do mercado) para aceitar somente preços que incorporem já a cobertura ex ante contra riscos*”.⁶⁶¹

De outro lado, é possível ainda, conforme indica BELLANTUONO, que haja comportamento oportunista da parte favorecida pela alteração de circunstâncias ao exigir o cumprimento do contrato, quando, sabidamente, está a se impor à contraparte risco contratual que não lhe deveria impor. Em casos tais, “[l]a parte avvantaggiata da una circostanza imprevista, inffatti, non deve far altro che invocare il rispetto della letera del contratto”.⁶⁶²

Todavia, não é porque o instituto da onerosidade excessiva pode ser mal aplicado, gerando situações de oportunismo - talvez mesmo por conta da dificuldade de sua concretização - que deve ser abandonado.⁶⁶³ Até mesmo porque, como dito, trata-se de opção de política pública instituída pelo legislador.⁶⁶⁴ Há, em realidade, que se adequar a aplicação do modelo de onerosidade excessiva ao mundo empresarial, evitando decisões que estejam em desacordo com a lógica de mercado.⁶⁶⁵

⁶⁶¹- ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica...*, p. 628.

⁶⁶²- BELLANTUONO, Giuseppe. *I contratti incompleti...*, pp. 208-209.

⁶⁶³- Em sentido semelhante, observe-se comentário de ANTONMATTEI acerca da relação entre segurança jurídica e a utilização de *standards* na definição de *force majeure*: “[a]ux juriste romano-germanistes épris de sécurité juridique, le standard fait peur. Parce qu’il «renforce le rôle du juge à un moment où trop occupé ou trop débordé on ne peut lui faire une confiance aveugle», le standard est suspecté de favoriser l’arbitraire judiciaire et d’instaurer l’insécurité juridique. Certes le caractère fuyant de la normalité n’assure pas la prévisibilité de la solution, chère aux droits romano-germanistes; elle conduit parfois à des décisions empreintes d’arbitraire. Mais le risque ne doit pas être exagéré. Il ne condamne pas, en tout cas, le recours au standard. Que ce dernier confère au juge «de vastes pouvoirs créateurs, ne signifie pas, em effet, qu’ils puissent être exercés arbitrairement, et que le juge soit dégagé du devoir de juger selon des critères rationnels et contrôlables». L’application du standard doit être simplement maîtrisée” (ANTONMATTEI, Paul-Henri. *Contribution à l’étude de la force majeure*. Paris: LGDJ, 1992, pp. 66-67).

⁶⁶⁴- CARBONE, Enrico. *Diligenza e risultato nella teoria dell’obbligazione*, Turim: G. Giappichelli, 2007, p. 85. No mesmo sentido, LOPES: “[o]bserva-se que o uso de expressões mais precisas ou mais vagas é uma opção do legislador, que se utiliza de uma técnica legislativa ou outra dependendo dos objetivos que pretende perseguir. Por um lado, menor segurança jurídica, maior discricionabilidade na aplicação do direito, mas maior maleabilidade aos diversos contextos sociais e históricos e maior permeabilidade a princípios jurídicos e valores metajurídicos. Por outro, se pretende dotar a norma de mais segurança jurídica e certeza na sua aplicação, reservando a si mesmo o papel de alterá-la quando a sociedade assim demandar, o legislador se utiliza de conceitos de maior precisão” (LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos ...*, p. 145).

⁶⁶⁵- Note-se, sobre essa questão, que até mesmo pensadores da *Common Law*, como GOODE, vêm admitindo a necessidade de que se repense a força obrigatória dos contratos à luz da alteração de circunstâncias: “*English law is very reluctant to recognise change of circumstances as a ground for relieving parties of their*

Por fim, em linha com o exposto acima, é de se destacar ainda que o regime jurídico dos artigos 478 a 480 do Código Civil, dada sua relevância para o mercado, não pode ser fruto de derrogação pela vontade das partes. A toda a argumentação apresentada anteriormente, VENOSA acrescenta ainda que a derrogação convencional do modelo de revisão seria refratária ao direito de ação e representaria uma renúncia prévia de direitos, algo repudiado pelo ordenamento nacional.⁶⁶⁶

De fato, conclui-se, assim, que o modelo de revisão, fundado nos artigos 478 a 480 do Código Civil, é, plenamente, aplicável aos contratos empresariais, seja como catalisador do tráfico comercial, seja ainda como resultado de política pública de alocação de recursos. O direito reconhece a racionalidade limitada dos agentes econômicos e, em prol da concorrência (tutela do mercado) e por opção política (mercado como alocador de recursos), permite que o homem ativo e probo permaneça no mercado. Além disso, não há, simplesmente, como se ignorar o texto expresso da lei, cujo fator de indeterminação indica, realmente, a intenção de fazê-lo aplicar aos mais diversos casos, inclusive aos interempresariais.

contractual obligations. The starting point is that the parties can always provide in their contract for events which substantially alter the economic equilibrium of the contract, and if they choose not to do so that is their affair: they have made their bed, they must lie in it. (...) The all-or-nothing nature of this doctrine of frustration, between full enforceability and automatic termination by force of law. Modification of a contract through change of circumstances falling short of frustration is not a remedy to be found in the medicine chest of our contract law. This reflects the long established principle that is not for the courts to remake the parties' bargains. (...) The continuing inadequacies of contract law system from the fact since the unfortunate abandonment of the Law Commission's attempted codification of the law of contract we have not in this country made any systematic attempt to re-examine our contract law as a whole. It is time for a renvoi to that exercise in the light of modern scholarship and legal developments elsewhere" (GOODE, Roy. Commercial Law in the..., 1998, p. 38).

⁶⁶⁶- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil...*, p. 457. Isso não quer dizer, no entanto, que as partes não possam previamente alocar determinados riscos contratuais a uma parte e outra. Conforme explica o próprio autor, “[a] situação muda de figura quando as partes preveem expressamente fatos configurativos de excessiva onerosidade, o que na verdade, torna-os previsíveis, fazendo-os cláusulas do contrato” (p. 457). Em sentido contrário, SCHUNK já se manifestou da seguinte maneira: “(...) destacamos que entendemos que as disposições dos artigos em questão não são de ordem pública. Fazemos aqui uma analogia com as regras relativas à força maior e ao caso fortuito, as quais o Código Civil permite expressamente que sejam afastadas pelas partes. Frise-se que a renúncia à liberação consequente do caso fortuito e da força maior é ainda de maior impacto que a renúncia à onerosidade excessiva superveniente. Portanto, fazendo uma interpretação sistemática do Código Civil, somos forçados a concluir que quem pode o mais, pode o menos” (*A onerosidade excessiva...*, p. 139).

3.2 Identificação do suporte fático do artigo 478 do Código Civil nos contratos empresariais

Tendo se concluído pela possibilidade de aplicação do modelo da onerosidade excessiva aos contratos empresariais, faz-se necessário analisar a forma como esse modelo jurídico deve ser aplicado a referidos contratos. Todas as lições apresentadas no item 2.2 acima parecem continuar aplicáveis, valendo-se, no entanto, salientar alguns aspectos específicos do ramo empresarial.

Como já referido no item anterior, o suporte fático do artigo 478 do Código Civil traz em seu bojo conceitos legais indeterminados, a exigir do julgador seu preenchimento, a fim de que se autorize a consequência normativa prevista no dispositivo. A nós, parecem ser passíveis de identificação no preceito normativo os seguintes conceitos legais indeterminados:⁶⁶⁷ *“acontecimentos extraordinários e imprevisíveis”*, *“excessivamente onerosa”* e *“extrema vantagem”*. Assim, a decisão sobre a intervenção nos contratos empresariais deve, obrigatoriamente, passar pela análise do modo como esses conceitos devem ser preenchidos no âmbito das atividades empresariais.

No tocante ao primeiro conceito referido (*“acontecimentos extraordinários e imprevisíveis”*) - a nosso ver, o de maior complexidade -, seu preenchimento relaciona-se, intrinsicamente, à questão da incompletude contratual (item 3.1). Foi deixada uma lacuna contratual, seja propositadamente (as partes não quiseram dispender recursos no momento da celebração e deixaram o espaço em branco para ulterior tratamento),⁶⁶⁸ seja porque os

⁶⁶⁷ - Parte da doutrina critica a utilização do termo “conceitos jurídico indeterminado”, esclarecendo que, em realidade, o que existe na proposição normativa não é um “conceito” propriamente dito, mas sim um “termo”. Assim, “[o] que se costuma chamar conceito indeterminado é, na verdade, uma noção tipológica cujos termos necessitam ser ‘completados’ ou ‘preenchidos’ pelo aplicador do direito” (LUDWIG, Marcos de Campos. *Usos e Costumes...*, p. 130). Nesse sentido: MARTINS-COSTA (*A boa-fé...*, p. 324); GRAU (GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 8ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 194-195). PENTEADO diferencia ainda o termo “conceitos jurídicos” de “conceitos legais”, explicando que estes “[n]ão se devem confundir conceitos jurídicos, pois estes podem não ser legais, por serem padrões culturais do direito não incorporados a texto de lei, ainda que possam alguns conceitos jurídicos ser também indeterminados. A ideia de proporcionalidade, como regra de ponderação, tem em si, um conceito jurídico indeterminado, que é o da proporção entre meios e fins. Este conceito não está em textos legislativos, mas se considera jurídico porque pertence aos elementos constitutivos do ordenamento. O que é técnica legislativa é a utilização da indeterminação dos vocábulos – significantes – para remeter a maior número e gama de significados. Para isso melhor se dizem dessas categorias serem conceitos legais indeterminados, não conceitos jurídicos indeterminados” (PENTEADO, Luciano Camargo. *Integração de...*, p. 72). Não obstante concordarmos com o primeiro posicionamento, utilizaremos o termo “conceito legal indeterminado”, face à corriqueira linguagem dos textos jurídicos e às atentas observações do professor PENTEADO.

⁶⁶⁸ - Nesse tocante, conforme destaca BELLANTUONO, em decorrência dos custos de transação envolvidos na elaboração do texto contratual, os agentes econômicos apenas inserem determinada cláusula no instrumento,

contratantes não se aperceberam da brecha deixada no texto negocial.⁶⁶⁹ “As partes não previram a resposta a dar àquela alteração das circunstâncias, e agora que ela ocorreu essa lacuna faz surgir um conflito potencial.”⁶⁷⁰

Afinal, os riscos imprevistos, no texto incompleto, podem ter gerado algum benefício para uma das partes, a qual, em possível conduta oportunista, negará renegociar o contrato⁶⁷¹ ou somente o aceitará em termos que lhes sejam mais favoráveis.⁶⁷² De outro lado, é possível ainda que o afetado pela alteração de circunstâncias aja de forma oportunista e, mesmo ciente de que não investiu recursos suficientes na busca de informações durante a fase de negociação, passe a exigir a renegociação dos termos contratuais, ante eventual alteração de circunstâncias que lhe seja prejudicial.

Diante dessa situação, GALLO explica que há, essencialmente, três posições a serem adotadas: (i) manter-se o texto contratual (*pacta sunt servanda*) e o promitente prossegue obrigado a arcar com os prejuízos decorrentes dos riscos supervenientes; (ii) o contrato é resolvido e os prejuízos decorrentes dos riscos supervenientes são repartidos entre as partes; e (iii) readequa-se o contrato às circunstâncias presentes, transferindo-se o risco que antes era do promitente ao estipulante.⁶⁷³

Relembre-se a esse respeito que o que é tutelado pelo direito é apenas o “*risco imponderável*” que ficou imprevisto no texto contratual, por conta da racionalidade

quando consideram provável que certa circunstância virá a se concretizar em momento futuro. Essa avaliação é feita pelos contratantes, de acordo com uma análise de custo-benefício, sendo que as partes apenas preverão determinada circunstância quando, sob sua avaliação, o custo referente à inclusão da respectiva cláusula for inferior aos benefícios que serão auferidos por ela (*I contratti incompleti...*, p. 69). Nesse caso, é bem evidente que a lacuna contratual foi, propositadamente, deixada pelas partes.

⁶⁶⁹ - “A lacuna contratual tem uma de duas origens: ou, a quando da conclusão, as partes, sem prejuízo pela formação imediata do contrato, entenderam deixar certas áreas em branco, na esperança de, mais tarde, encontrarem, sobre elas, um acordo ou, no fecho, os contraentes não se aperceberam de situações determinadas carentes de regulação; neste último caso, pode, ainda, tratar-se de situações já existentes ou de situações concretizadas, apenas, no futuro, mercê de alteração de circunstâncias. Tanto basta para mostrar o interesse que a interpretação complementadora poderia ter para a «base do negócio»” (CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha Menezes. *Da Boa fé...*, p. 1067).

⁶⁷⁰ - ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica...*, p. 627.

⁶⁷¹ - BELLANTUONO bem destaca que, em geral, a parte favorecida pelas novas circunstâncias tende a defender uma interpretação literal do contrato (*I contratti incompleti ...*, pp. 208-209). Pense-se, por exemplo, no caso de uma compra e venda em que o houve uma súbita redução de preço dos produtos negociados. Nessa hipótese, parece ser evidente que, ainda que a alteração tenha natureza imprevisível, o vendedor não desejará a renegociação de valores.

⁶⁷² - BELLANTUONO, Giuseppe. *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Milão: Cedam, 2000, p. 76.

⁶⁷³ - GALLO, Paolo. *Sopravvenienza Contrattuale...*, p. 386.

limitada do agente econômico.⁶⁷⁴ Até porque os entes empresários bem sabem que os contratos, naturalmente, serão incompletos e não cobrirão todas as circunstâncias futuras passíveis de se concretizar.⁶⁷⁵ A tutela de todos os eventos imprevistos, certamente, desvirtuaria toda a teoria do direito contratual.

Desse modo, se de um lado, não se pode aceitar que agente econômico probo e ativo seja prejudicado, em razão da tutela da concorrência, também não se pode aceitar que o ente que, propositadamente ou descuidadamente, deixou de coletar as informações necessárias ao negócio seja beneficiado e partilhe e/ou repasse as perdas com/para a contraparte (resolução e readequação, simultaneamente).

Assim, diante do conflito instaurado, em que não há norma expressa no programa contratual para se lidar com o risco que se concretizará em dano, caberá ao julgador efetuar a integração do contrato, de forma a alocar o risco para o qual as partes não deram a devida destinação no instrumento contratual.⁶⁷⁶

Nesse ponto, antes de prosseguirmos, é oportuno destacar que o processo interpretativo do conteúdo negocial é, temporalmente, marcado por duas fases. Em um primeiro momento (“*fase recognitiva*”), o intérprete esgota todo o material interpretativo disponível (texto contratual e circunstâncias relevantes), a fim de identificar o sentido das declarações negociais. O insucesso dessa fase resulta na conclusão da existência de lacunas, ambiguidades e/ou obscuridades no conteúdo negocial e aí se passa para a fase seguinte (“*fase complementar*”). Nesta, aprofunda-se a pesquisa até então realizada, com vistas a se aproximar ainda mais do verdadeiro conteúdo negocial,⁶⁷⁷ buscando o sentido

⁶⁷⁴ - “Mas há também o risco imponderável, extraordinário, que extrapola aquilo que pode ser razoavelmente previsto pelos agentes econômicos ativos e probos daquele mercado. O tratamento do risco sempre foi questão tormentosa. Hoje, entre nós, o Código Civil (art. 478 e seguintes) determina que, diante de evento imprevisto e imprevisível, gerador de excessiva onerosidade para uma parte, deve haver a liberação do vínculo, caso não se chegue a um acordo a respeito da modificação dos termos contratuais” (FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria geral...*, p. 139).

⁶⁷⁵ - FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral...*, p. 186.

⁶⁷⁶ - “LARENZ, em definição lapidar, afirma que a «interpretação contratual complementadora não é interpretação de declarações de vontades singulares e do seu sentido normativo, mas antes interpretação da regulação objectiva conseguida pelo contrato». Funcionalmente, a noção ordena-se pela lacuna contratual. A regulação pactícia pode compreender lacunas, no sentido de espaços não tratados, mas carecidos, em nome do conjunto, de tratamento negocial”.

⁶⁷⁷ - “A fase complementar, assim, não se presta simplesmente negar o momento precedente, fazendo tabula rasa da pesquisa até então realizada pelo intérprete. Trata-se, antes, de partir do resultado provisoriamente estabelecido e tentar aprofundar a interpretação. A fase complementar não assinala, destarte, um rompimento com o negócio jurídico, mas sim uma tentativa de aproximar-se dele ainda mais, precisando o

deste em fontes extratextuais, mais, precisamente, nos critérios da boa-fé objetiva e dos usos e costumes (artigo 113, Código Civil).⁶⁷⁸

A problemática da onerosidade excessiva, a nosso ver, situa-se, portanto, na fase complementar da interpretação.⁶⁷⁹⁻⁶⁸⁰ Isso porque, se pudesse ser resolvida na fase cognitiva, é porque as partes previram, no programa contratual, um tratamento específico para o risco que se concretizará em dano, de modo que é essa a solução que deverá ser aplicada pelo julgador, em prol da força obrigatória dos contratos.⁶⁸¹

O ponto fulcral, portanto, reside em identificar, na fase complementar, se, no caso concreto, está-se diante de um evento imprevisível, passível de permitir a aplicação da disciplina dos artigos 478 e seguintes, ou, se, do contrário, trata-se de pedido, meramente, oportunista.

seu conteúdo expresso e revelando o eventual conteúdo implícito” (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do Negócio Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 175-176).

⁶⁷⁸ - MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do Negócio...*, pp. 159-192.

⁶⁷⁹ - Nesse sentido: VERÇOSA (*Contratos Mercantis...*, p. 24), o qual faz referência a ALPA (*Corso di Diritto Contrattuale*. Milão: CEDAM, 2007).

⁶⁸⁰ - CORDEIRO diz discordar da proposição. No entanto, seu posicionamento parece situar-se mais no âmbito da nomenclatura, do que, efetivamente, no processo de buscar fontes para readequar o instrumento contratual às circunstâncias supervenientes. Sobre esta questão, confira-se o que diz o doutrinador: “[f]eita esta depuração, constata-se a incapacidade definitiva da interpretação comum para encarar a alteração das circunstâncias. A propositura desse esquema radica na capacidade da fœnixação do dogma da vontade: combatido, reaparece continuamente. Salva a hipótese de as próprias partes terem encarado a alteração como possível e de, nessa base, terem clausulado, a modificação das circunstâncias representa uma quebra no processo visualizado no fecho contratual. Não houve vontade das partes quanto a esse ponto; qualquer manobra destinada a, do próprio contrato, fruto do encontro das declarações individuais, retirar uma solução que não lhes possa já ser imputada, não é interpretação comum; encobre apenas um procedimento destinado a, através de uma pretensa atribuição aos contraentes, encobrir a verdadeira fonte da decisão. (...) Estruturalmente, há diferenças de fundamento. Na alteração de circunstâncias, não existe um mero espaço vazio que se possa, com certa liberdade, preencher; há um espaço contratualmente regulado que, ao arrepião do combinado, contra a regra pacta sunt servanda, entrechocando-se com a autonomia privada e contrariando a vontade de uma das partes, vai, do exterior, ser modificado, em obediência a regras objectivas, alheias às partes. (...) A interpretação complementar, tal como foi apurada para integrar lacunas contratuais, não basta para enfrentar a alteração de circunstâncias. Por outro lado, já se avançou o suficiente para declarar que o procedimento jurídico capaz de solucionar o tema, seja ele qual for, não radica na vontade das partes e colide com um contrato anteriormente celebrado. Em tais condições, o chamar-lhe de «interpretação» é forçar um tanto a elasticidade do termo” (Da Boa fé..., pp. 1077-1080).

⁶⁸¹ - Em sentido semelhante, mas não idêntico, PENTEADO: “[a] atividade de integração tem força sobretudo constitutiva, porque ao integrar, o aplicador traz ao interior do contrato uma regra que até aquele momento era a ela externa. Bem por isso se pode verificar que as lacunas se integram, dificuldades, obscuridades se interpretam” (PENTEADO, Luciano Camargo. *Integração de...*, p. 308).

Surge, então, uma primeira dificuldade: na ausência de qualquer indicativo de como alocar o risco imprevisto,⁶⁸² o julgador precisará buscar outras formas de integrar a lacuna contratual. De algum modo, será necessário complementar o regramento contratual e descobrir, em outras fontes, para quem deve ser alocado o risco superveniente: se o risco for do lesado, então há mero imprevisto; mas, se o risco não deveria, necessariamente, ficar a encargo daquele, então há imprevisibilidade.

A solução a tanto, parece-nos se centrar, essencialmente, como visto acima, pela integração das lacunas contratuais, a qual, a teor do artigo 113 do Código Civil, deve-se pautar tanto pela boa-fé objetiva, quanto pelos “usos do lugar de sua celebração”.⁶⁸³⁻
⁶⁸⁴ Assim, deve-se buscar aferir em determinado padrão de conduta vigente no ambiente em análise,⁶⁸⁵ se houve ou não comportamento diligente por parte do agente econômico (*i.é.*, conforme a boa-fé objetiva),⁶⁸⁶ o qual, no meio empresarial, tende a coincidir com as

⁶⁸²- A esse respeito, BELLANTUONO destaca que o problema da incompletude contratual reside, essencialmente, no fato de que o instrumento contratual não transmite ao julgador as informações suficientes para que ele possa realizar o “acertamento” do contrato (BELLANTUONO, Giuseppe. *I contratti...*, p. 70).

⁶⁸³- LUDWIG bem esclarece que a elasticidade dos conceitos legais indeterminados encontra seu limite nos usos e costumes: “[n]ão podemos olvidar, no entanto, que a ‘elasticidade semântica’ dos termos de uma norma jurídica tem limites: se excessivamente puxada pelo intérprete, pode a norma romper-se. Logo, e tal é o alerta feito por Reale, ‘as variações na interpretação da norma devem ser compatíveis com sua elasticidade’. Mas, como saberá o intérprete até que ponto lhe será lícito esticar, por assim dizer, o significado de um termo indeterminado no texto da norma jurídica? A nosso ver, é na consideração dos usos e costumes como modelo hermenêutico que se encontra a chave principal para aferir, caso a caso, o grau de elasticidade da norma” (Usos e Costumes..., pp. 129-130).

⁶⁸⁴- PENTEADO também destaca a relevância dos usos e costumes no processo de integração de contratos incompletos: “o papel dos usos e costumes como integradores dos contratos incompletos precisa ser adequadamente distinguido em um papel preparatório à qualificação, em que estes não integrarão o contrato diretamente, mas serão decisivos para que este completamento se opere do modo mais adequado possível e o papel diretamente integrativo, em que o uso ou costume, em sua razão de regra de direito suprirá aquilo que não foi disposto pelo clausulado contratual. (...) A doutrina brasileira destaca que, em matéria de incompletos, esta seria uma importante maneira de solucionar a lacuna que lhes é ínsita” (PENTEADO, Luciano Camargo. *Integração de...*, p. 231). E, a esse respeito, observa ainda que “[o]s costumes podem servir para integrar o regime contratual, ou seja, de certo modo, se tomam por cláusula contratual não escrita, mas que é insertável pelo julgador diante da lacuna negocial. Neste trabalho, o elemento preponderante de integração sendo o costume, ainda que este receba um status de norma no momento da completação, é essencialmente fático e esta integração do dado de fato ao ordenamento não deve ser vista como uma impureza, como algum tipo de contaminação, não só porque do fato advém o jurídico (*ex facto oriatur ius*), mas também porque a norma, ainda a lei formal, tem por constituto intrínseco também o fato” (PENTEADO, Luciano Camargo. *Integração de...*, p. 240).

⁶⁸⁵- “Interpretar o negócio jurídico de acordo com a boa-fé objetiva é, em última análise, substituir o ponto de vista relevante, posicionando, no ambiente previamente delimitado (contexto situacional), não a parte ou as partes do negócio jurídico, não o declarante ou o destinatário da declaração negocial, mas sim um modelo de pessoa imaginária, normal, razoável, com o fito de averiguar o sentido em que essa pessoa abstrata atribuiria à declaração negocial, nas mesmas circunstâncias em que se encontravam declarante e declaratório verdadeiros” (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do Negócio...*, p. 185).

⁶⁸⁶- “Tal padrão de comportamento implica avaliar a declaração e a conduta global da parte de acordo com a diligência normal que se poderia esperar. O critério da diligência da parte funciona, assim, como limite à

práticas de mercado,⁶⁸⁷ em especial pela já destacada relevância dos usos e costumes para o direito comercial (item 1.2.5).⁶⁸⁸

Com efeito, é bem conhecida e, amplamente, aceita a função hermenêutico-integrativa da boa-fé objetiva no direito dos contratos.⁶⁸⁹ De acordo com BELLANTUONO, é

boa-fé. Nesse sentido, abre-se a porta para a consideração de diferentes 'níveis de diligência'. Embora a medida da diligência seja a média, pode-se exigir certa perícia das partes, quando, por exemplo, em virtude de sua experiência comercial, tenham 'o ônus mais intenso de entender as declarações de acordo com o significado técnico que essas possuem no mundo dos negócios' (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Interpretação do Negócio..., p. 185).

⁶⁸⁷ - “Pesados os argumentos acima, e em especial a postura da moderna doutrina alemã, pode-se concluir, com maior razão em virtude da redação do art. 113 do Código Civil, que os negócios jurídicos (inter vivos) devem ser sempre interpretados conforme a boa-fé, e também conforme os usos, desde que a boa-fé, em sua função negativa, não os vede. Em outras palavras, comportamentos habituais contrários à boa-fé não são critérios válidos de interpretação do negócio jurídico. (...) Não se deve esquecer, entretanto, que, em situações normais, os usos do tráfico corresponderão à visão normal da sociedade acerca do negócio, e, portanto, levar em conta os usos será interpretar o negócio de acordo com a boa-fé. Assim é que Larenz arrola os usos do tráfico como um dos fatores de orientação para a concretização, caso a caso, do princípio da boa-fé” (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do Negócio...*, p. 192). Sobre a relação entre boa-fé objetiva e usos e costumes, LUDWIG explica: “[p]eguemos, à guisa de exemplo, o art. 422 do CC/2002, que, à semelhança do que dispõe o §242 do BGB, remete o intérprete à consideração da boa-fé objetiva (Treu und Glauben). Ainda que o nosso art. 422 não mencione expressamente os usos do tráfico jurídico (Verkehrssitte), é certo que aqui se manifesta com tamanha ênfase o elemento consuetudinário que ao intérprete não será lícito desconsiderá-lo. ‘Rigorosamente’, escreveu Pontes de Miranda, ‘as regras de boa-fé entram nas regras de uso do tráfico, porque tratar lisamente, com correção, é o que se espera encontrar nas relações da vida’. De fato, para alcançar os standards de conduta gerados pelo princípio da boa-fé objetiva num determinado caso, terá o intérprete de consultar sempre os usos e costumes em vigor, porquanto estes configuram, nas palavras de Martins-Costa, ‘arquetipos exemplares daquela experiência concreta’ (Usos e Costumes..., p. 131). No mesmo sentido: ALPA (La completezza del contratto..., p. 121).

⁶⁸⁸ - “Logicamente, como se vê, os usos terão maior relevância no âmbito dos contratos celebrados entre empresários, uma vez que é quase sempre inerente à atividade empresarial a cristalização de comportamentos habituais largamente conhecidos por aqueles atuantes nos segmentos empresariais específicos” (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do Negócio...*, p. 190). Em sentido semelhante: FORGIONI (*Teoria Geral...*, p. 188); LOPES (*Mitigação dos prejuízos ...*, p. 143).

⁶⁸⁹ - “Com efeito, a primeira função, hermenêutico-integrativa, é a mais conhecida: atua aí a boa-fé como *kanon* hábil ao preenchimento de lacunas, uma vez que a relação contratual consta de eventos e situações, fenomênicos e jurídicos, nem sempre previstos ou previsíveis pelos contratantes. (...) [a] boa-fé atua, como *cânone* hermenêutico, integrativo frente à necessidade de qualificar esses comportamentos, não previstos, mas essenciais à própria salvaguarda da *fattispecie* contratual e à plena produção dos efeitos correspondentes ao programa contratual objetivamente posto” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp. 428-429). De forma mais ampla, MARINO assim trata das funções da boa-fé objetiva no direito dos contratos: “[p]rocurando, assim, à luz da doutrina examinada, segmentar a atuação do princípio da boa-fé objetiva de acordo com os três campos que se procurou distinguir neste trabalho, tem-se que: (a) na fase interpretativa meramente cognitiva, poder-se-ia afirmar que a boa-fé atua auxiliando a reconstrução da declaração negocial ‘conforme o espírito’, isto é, enquadrando-a na totalidade das circunstâncias; (b) na fase interpretativa complementar, a boa-fé é critério para sanar lacunas, ambiguidades e obscuridades na declaração negocial, podendo, inclusive, servir de critério para revelar cláusulas ausentes do conteúdo expresso (interpretação integrativa), embora presentes no conteúdo global do negócio; e (c) no processo de integração, a boa-fé tem a função de criar deveres jurídicos” (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do Negócio...*, pp. 273-274).

a boa-fé objetiva, inclusive, que permite ao julgador afastar condutas oportunistas em pedidos de revisão contratual.⁶⁹⁰

Ao comentar acerca do equilíbrio contratual, FIN-LANGER bem destaca que a boa-fé objetiva é padrão de conduta que impõe, dentre outros, aos contratos a necessidade de que provem terem agido com diligência normal, útil e razoável na salvaguarda de seus próprios interesses. Refere-se, desse modo, a entendimento, segundo o qual o princípio do equilíbrio contratual estaria rompido quando houvesse ao contratante uma violação à obrigação de prudência.⁶⁹¹

Assim, pode-se concluir que, no que concerne à aplicação do artigo 478 do Código Civil aos negócios empresariais, o modelo da onerosidade excessiva resolve-se em sua atuação conjunta com o modelo da boa-fé objetiva,⁶⁹² a qual viabiliza a integração das lacunas contratuais, em sua função integrativa, remetendo o intérprete à busca pelas práticas de mercado, a fim de identificar as regras contratuais não reveladas no exame do instrumento redigido pelas partes.⁶⁹³

Além disso, em um espectro mais amplo, recorde-se que, em se tratando do preenchimento de conceitos legais indeterminados (conceitos jurídicos tipológicos, no

⁶⁹⁰ - BELLANTUONO, Giuseppe. *I contratti incompleti...*, p. 82.

⁶⁹¹ - FIN-LANGER, Laurence. *L'équilibre contractuel...*, pp. 441-442. Nesse sentido, escreveu o autor que: *[s/]i le principe d'équilibre contractuel est fondé sur la bonne foi, en découlent deux conséquences relatives au contenu même du principe. En effect, ce principe contient nécessairement comme condition d'application un manquement de l'une des parties aux exigences de la bonne foi, comme une violation de son obligation de prudence ou une exploitation abusive ou déloyale de la faiblesse de l'autre partie*".

⁶⁹² - Sobre a combinação do modelo da boa-fé objetiva com outras regras do sistema, MARTINS-COSTA esclarece: "[c]om efeito, constituindo «norma-princípio» mais propriamente um modelo, a boa-fé objetiva em sua concreta atuação opera articuladamente com outros princípios e com outras regras. No substrato dessa técnica combinatória está a consideração das transformações que sofre a ordem econômica em razão da chamada «globalização» e que utiliza as normas vagas, em combinação com as normas imperativas, juntamente com outros procedimentos, tais como novas formas de articulação negocial, para minimizar os riscos das fissuras econômico-sociais, tendendo a assegurar, como assinala José Eduardo Faria, «um equilíbrio substantivo» entre os partícipes das relações econômico-sociais e criando, na medida do possível, «as condições para a consecução de padrões básicos de solidariedade e cooperação» (A boa-fé como modelo..., p. 93).

⁶⁹³ - "Uma outra, dentre as diversas maneiras de integrar o contrato incompleto é preenchê-lo com elementos que, embora não tenham sido objeto de clausulado nem intencionado pelas partes, estejam estratificados no seio da sociedade, em comportamentos padronizados. Pela reiteração, habitualidade e sentimento de correção, estas condutas possam ser coerentemente alçadas a conteúdo negocial. São os chamados comportamentos socialmente típicos que, pela cláusula geral de boa-fé, estão admitidos no direito brasileiro" (PENTEADO, Luciano Camargo. *Integração de...*, pp. 323-324).

linguajar de GRAU)⁶⁹⁴ em si, já se faz necessário, igualmente, que o julgador recorra a “*standards valorativos extra-sistemáticos*”.⁶⁹⁵ Nesse sentido, GRAU esclarece que “[o] *que sobretudo nossa doutrina insiste em chamar de ‘conceito indeterminado’ (...) é noção, vale dizer, ideia temporal e histórica, homogênea ao desenvolvimento das coisas; logo, é passível de interpretação*”.⁶⁹⁶

Os usos e costumes já se encontravam positivados como fonte de integração contratual no Código Comercial, o qual dispunha que “[o] *mitindo-se na redação do contrato cláusulas necessárias à sua execução, deverá presumir-se que as partes se sujeitaram ao que é do uso e prática em tais casos entre os comerciantes, no lugar da execução do contrato*” (art. 131, Código Comercial).⁶⁹⁷ Nesse sentido, FORGIONI, em referência a BALEEIRO, menciona antigo excerto da jurisprudência, em que se completou contrato de compra e venda de cacau com regra de “*uso muito antigo no comércio de cacau entre fazendeiros produtores e firmas exportadoras da Bahia*”, sendo este “*uso imemorial na Bahia*”, onde “*milhões de quilogramas são vendidos desse modo, cada ano, sem estrépito*”.⁶⁹⁸

BELLANTUONO comenta que a busca pelo contexto subjacente ao negócio, especialmente a prática comercial, é oportuna na integração de contratos incompletos.

⁶⁹⁴ - “(...) *os conceitos jurídicos tipológicos (fattispecie), universalmente, são expressões da história e indicam os ideais dos indivíduos e grupos, povos e países; ligam-se a esquemas elaborações de caráter lógico – independentemente das quais é eventualmente impossível a disciplina e que poderão ser diferentes, mesmo obedecendo, cada uma, a uma coerência própria – bem como as preocupações e hábitos econômicos e a fé religiosas; à história do Estado e à estrutura econômica; a orientações filosóficas e a concepções de mundo. Reencontramos conceitos cujos termos são, v.g., ‘boa-fé’, ‘bom pai de família’, ‘coisa’, ‘bem’, ‘causa’, ‘dolo’, ‘culpa’, ‘erro’. Atribuir significado a esses termos equivale à identificação das espécies de fato alcançadas por um texto normativo. (...) Os conceitos jurídicos que se aponta como ‘indeterminados’ são os tipológicos (fattispecie)*” (GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto...*, pp. 197-198).

⁶⁹⁵ - MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 325. LUDWIG aponta que a “*fonte para esse preenchimento [dos conceitos jurídicos indeterminados] não poderia deixar de ser a realidade, na qual buscará o intérprete noções éticas, políticas, econômicas e sociais predominantes numa determinada comunidade, num dado momento histórico*” (*Usos e Costumes...*, p. 130).

⁶⁹⁶ - GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto...*, p. 200.

⁶⁹⁷ - Os usos encontravam-se positivados também no artigo 130 do Código Comercial: “*Art. 130 - As palavras dos contratos e convenções mercantis devem inteiramente entender-se segundo o costume e uso recebido no comércio, e pelo mesmo modo e sentido por que os negociantes se costumam explicar, posto que entendidas de outra sorte possam significar coisa diversa*”.

⁶⁹⁸ - FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral...*, p. 188.

Nessa toada, faz referência à utilização do *standard* de comportamento seguido em uma determinada zona ou mercado como meio de integração das lacunas contratuais.⁶⁹⁹

Especificamente no que toca à questão da superveniência de eventos não previstos, GALLO complementa que, por serem equiparadas a regras legais, as práticas comerciais têm, efetivamente, o condão de simplificar o texto contratual,⁷⁰⁰ a evidenciar, portanto, que também compreende pela possibilidade de que integração das lacunas contratuais se dê com base nos usos e costumes da praça comercial.

Ao comentar a função integradora dos usos e costumes no texto contratual, LUDWIG faz referência ao artigo 478, registrando que a definição dos conceitos indeterminados deverá, obrigatoriamente, ser aferida com base no elemento consuetudinário, dado que aqueles variarão conforme a conjuntura social em que se encontram inseridos os contratantes. Argumenta, assim, que *“o que é extraordinário para uma dada comunidade pode muito bem ser ordinário e previsível em outro local, em que os usos do tráfico jurídico, combinados com o princípio da boa-fé objetiva, coloquem os contratantes em tal posição que já deveriam esperar, com base num juízo razoável, a superveniência deste ou daquele evento”*.⁷⁰¹

Com efeito, como já visto, as práticas comerciais formam uma “memória de experiência”, a qual tem verdadeira característica de norma (endógena) e deve ser aplicada como fonte integradora dos contratos comerciais (item 1.2.5). São tais normas que formam o *standard* do homem ativo e probo do mercado, pelo qual todos os participantes do mercado devem se pautar (item 1.2.5).

⁶⁹⁹ - BELLANTUONO, Giuseppe. *I contratti incompleti...*, pp. 198-199.

⁷⁰⁰ - *“In queste circostanze il problema al quale dobbiamo dare una risposta è se sia opportuno o meno sanzionare sul piano giuridico le evoluzioni subite dall’istituto nella prassi. La risposta non può che essere positiva. Uno degli scopi per i quali è auspicabile predisporre un assetto costante di regole giuridiche in relazione a ciascun istituto è infatti quello di ridurre al minimo il costo delle transazioni, evitare cioè che in ogni occasione le parti siano obbligate a redigere contratti estremamente minuziosi regolando la questione sotto ogni profilo. La presenza di regoli contrattuali evita infatti alle parti la necessità di elaborare contratti troppo dettagliati e minuziosi. In caso di controversia si farà infatti riferimento al tipo legale dell’istituto salvo eventuali varianti inserite dalle parti in sede di redazione del contratto”* (GALLO, Paolo. *Sopravvenienza Contrattuale...*, p. 389). Em sentido semelhante, GOODE: *“[r]epeated transactions between the same parties are a common feature of commercial life, so that contract terms not expressly stated will readily be implied from a prior and consistent course of dealing between the parties. English law also attaches considerable importance to mercantile custom and usage, and to the need to uphold on the reasonable practices of business people and the reasonable rules of the markets on which they trade”* (Commercial Law..., pp. 141-142).

⁷⁰¹ - LUDWIG, Marcos de Campos. *Usos e Costumes...*, pp. 146-147.

Nesses termos, e por toda a construção até aqui apresentada, pode-se concluir que a medida da imprevisibilidade de determinado evento não previsto pelos contratantes deve-se dimensionar pelo cumprimento do ônus de se informar (referido no item 1.2.3),⁷⁰² mensurado com base no padrão de conduta do homem ativo e probo do segmento de mercado, no caso concreto.⁷⁰³⁻⁷⁰⁴⁻⁷⁰⁵ Em outros termos, não haverá imprevisibilidade, caso se verifique que, pelo padrão de conduta do mercado, o risco imprevisível deveria ter sido levado em consideração pelo agente econômico lesado (álea normal do contrato). Se o risco imprevisível estava além do que se poderia esperar do homem ativo e probo do mercado no caso concreto, então aquele terá adentrado na esfera de sua racionalidade limitada e, como tal, será imprevisível.

Oportuno destacar, nesse ponto, o comentário de PENTEADO acerca da utilização de *standards* para o tratamento de questões relativas à alteração de circunstâncias:

⁷⁰²- PENTEADO já destacou a intrínseca relação entre informação e integração contratual em caso de alteração de circunstâncias: “[u]ma das questões profundamente relevantes em termos de integração por sentenças determinativas, especialmente nas demandas de revisão ou resolução contratual por alteração de circunstâncias é relacionada com a noção de informação que, portanto, o conhecimento é relevante para o contrato. Ao se tratar da cláusula rebus sic stantibus, por ter uma raiz medieval, época em que, em termos de direito contratual, prevaleceu o voluntarismo, o que se queria dizer é que a eficácia vinculativa do contrato se vinculava à manutenção de certas circunstâncias, de fato ou de direito, tidas por relevantes. O alterar implicaria possibilidade de alteração do regime jurídico decorrente do contrato” (Integração de..., p. 284).

⁷⁰³- “Para melhor compreender esta assertiva basta pensar na existência, na relação dos chamados deveres de informação. Evidentemente, não é possível nem tipificar, exaustivamente, o conteúdo destes deveres, nem determinar, abstrata e aprioristicamente, o conteúdo destes deveres, nem a situação em que os mesmos se revelam, nem a medida de sua intensidade, que variará, por exemplo, quer se trate de uma relação em que as partes são fundamentalmente desiguais, quer se trate de uma relação substancialmente paritária. Não é preciso supor, evidentemente, que estes deveres derivem da declaração negocial, ou de regra legal específica. A sua existência se atrela à incidência dos mencionados princípios e standards, em outras palavras, de exigências do tráfico-jurídico social viabilizadas pela boa-fé objetiva. É, portanto, através do princípio da boa-fé – notadamente se inserido em cláusula geral – que o efetivo conteúdo destes deveres poderá, em cada relação concreta, ser densificado” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado...*, p. 395). Embora o trecho destacado refira-se ao dever de informar, a linha argumentativa, a nosso ver, é, igualmente, válida para o ônus de se informar.

⁷⁰⁴- O dever de se informar encontra-se inserido dentro da rubrica genérica do dever de diligência. Nesse sentido: “[a]ceito o cargo, o administrador deve adquirir os conhecimentos para desempenhar a função com diligência. E integra o dever de diligência a obrigação de informar-se, preparar-se e qualificar-se para a função. Por isto, um administrador pode assumir a obrigação, mesmo sem conhecer, a sociedade ou o ramo de negócio, desde que tenha condições de se familiarizar. (...) Como o dever de diligência abrange a obrigação de qualificação, naturalmente o cuidado e a diligência a serem exigidas de um administrador é a de uma pessoa com conhecimentos, tem o dever de adquiri-los, não podendo alegar sua insuficiência” (RIBEIRO, Renato Ventura. *Dever de diligência...*, p. 224). No mesmo senso: NETO, Alfredo Sérgio Lazzareschi. *Lei das Sociedades...*, pp. 439 e 443.

⁷⁰⁵- RIBEIRO e GALESKI JUNIOR também advogam pela relação entre o “grau de conhecimento das partes” e o requisito da imprevisibilidade: “[o] requisito da imprevisibilidade relaciona-se à boa-fé, ou seja, ao grau de conhecimento das partes no que se refere às condições relacionadas ao tempo da execução do contrato e o que normalmente poder-se-ia esperar em tais circunstâncias, considerando-se os dados disponíveis e atendendo-se à qualificação dos sujeitos” (Teoria Geral..., p. 33).

“Os standards apresentam algumas características comuns, todas centrais para a compreensão do seu papel aplicativo, como também para alguns dos desenvolvimentos feitos ao longo e na conclusão do presente trabalho. Em primeiro lugar, são dotados de uma avaliação ética das condutas que pretendem avaliar, permite uma compreensão não exata, muito mais intuitiva e baseada na experiência comum. Por fim, apresentam-se condicionados por circunstâncias de espaço, tempo, setor da economia, não tendo pretensão de universalidade. No campo contratual, a noção de imprevisão, de risco, de razoabilidade, de proporção, está toda ela permeada por estas noções. Mesmo a figura da lesão, nos contratos comutativos, tem um standard subjacente, visto que não há tarifamento para se apurar a manifesta desproporcionalidade entre as prestações”.⁷⁰⁶

O conceito de homem ativo e probo encontra-se positivado nos artigos 1.011 do Código Civil⁷⁰⁷ e 68 e 153, ambos da Lei das Sociedades por Ações.⁷⁰⁸ Tais dispositivos,

⁷⁰⁶ - PENTEADO, Luciano Camargo. *Integração de...*, p. 244.

⁷⁰⁷ - “Art. 1.011. O administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios.

§ 1º Não podem ser administradores, além das pessoas impedidas por lei especial, os condenados a pena que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos; ou por crime falimentar, de prevaricação, peita ou suborno, concussão, peculato; ou contra a economia popular, contra o sistema financeiro nacional, contra as normas de defesa da concorrência, contra as relações de consumo, a fé pública ou a propriedade, enquanto perdurarem os efeitos da condenação.

§ 2º Aplicam-se à atividade dos administradores, no que couber, as disposições concernentes ao mandato”.

⁷⁰⁸ - “Art. 68. O agente fiduciário representa, nos termos desta Lei e da escritura de emissão, a comunhão dos debenturistas perante a companhia emissora.

§ 1º São deveres do agente fiduciário:

- a) proteger os direitos e interesses dos debenturistas, empregando no exercício da função o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios bens;
- b) elaborar relatório e colocá-lo anualmente a disposição dos debenturistas, dentro de 4 (quatro) meses do encerramento do exercício social da companhia, informando os fatos relevantes ocorridos durante o exercício, relativos à execução das obrigações assumidas pela companhia, aos bens garantidores das debêntures e à constituição e aplicação do fundo de amortização, se houver, do relatório constará, ainda, declaração do agente sobre sua aptidão para continuar no exercício da função;
- c) notificar os debenturistas, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, de qualquer inadimplemento, pela companhia, de obrigações assumidas na escritura da emissão.

§ 2º A escritura de emissão disporá sobre o modo de cumprimento dos deveres de que tratam as alíneas b e c do parágrafo anterior.

§ 3º O agente fiduciário pode usar de qualquer ação para proteger direitos ou defender interesses dos debenturistas, sendo-lhe especialmente facultado, no caso de inadimplemento da companhia:

- a) declarar, observadas as condições da escritura de emissão, antecipadamente vencidas as debêntures e cobrar o seu principal e acessórios;
- b) executar garantias reais, receber o produto da cobrança e aplicá-lo no pagamento, integral ou proporcional, dos debenturistas;
- c) requerer a falência da companhia emissora, se não existirem garantias reais;
- d) representar os debenturistas em processos de falência, concordata, intervenção ou liquidação extrajudicial da companhia emissora, salvo deliberação em contrário da assembleia dos debenturistas;
- e) tomar qualquer providência necessária para que os debenturistas realizem os seus créditos.

inseridos em regulamentos que tratam de matéria societária, por si só, já indicam a relevância e a especialidade do padrão do homem ativo e probo para o mundo dos negócios.

O padrão do homem ativo e probo é *standard* de comportamento que, dentre outros, impõe o dever de diligência ao homem de negócios no conduzir das atividades empresariais. Embora de inspiração no milenar conceito do *bonus pater familias*, a doutrina atual considera que o padrão positivado decorre do *standard of care* do direito comercial norte-americano.⁷⁰⁹⁻⁷¹⁰ Nesse sentido, ao homem de negócios dos dias de hoje, “*são insuficientes os atributos de diligência, honestidade e boa vontade*”, “[*é necessário que se acrescente a competência profissional específica, traduzida por escolaridade ou experiência e, se possível, ambas*”].⁷¹¹ E, ainda que não tenha determinadas competências

§ 4º O agente fiduciário responde perante os debenturistas pelos prejuízos que lhes causar por culpa ou dolo no exercício das suas funções.

§ 5º O crédito do agente fiduciário por despesas que tenha feito para proteger direitos e interesses ou realizar créditos dos debenturistas será acrescido à dívida da companhia emissora, gozará das mesmas garantias das debêntures e preferirá a estas na ordem de pagamento.

§ 6º Serão reputadas não-escritas as cláusulas da escritura de emissão que restringirem os deveres, atribuições e responsabilidade do agente fiduciário previstos neste artigo”.

“Art. 153. O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios”.

⁷⁰⁹ - “Evidentemente que o princípio ancestral de diligência do Direito Romano, consagrado no Direito norte-americano, torna-se insuficiente em face do perfil cada vez mais institucional das sociedades anônimas. A Lei vigente de 1976, como referido, inspirou-se no Direito norte-americano, ao acolher o *standard of care*. Ocorre que o Direito norte-americano (como o inglês) tem entranhadas raízes contratuálistas. Daí a consagração cada vez maior do *standard of care* naquele país, como se pode ver pela sua inclusão no *Modal Business Corporatron Act*” (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei...*, p. 368). No mesmo sentido: LUCENA, Waldecy. *Das sociedades anônimas...*, p. 445.

⁷¹⁰ - Nesse sentido, RIBEIRO menciona que, ante as exigências do mundo empresarial, as mais diversas legislações passaram a prever, em lugar do “bom pai de família”, a figura do “ordenado empresário” ou “homem de negócios”. “A referência a ordenado diz respeito à prudência própria do bom pai de família, enquanto a menção a empresário ou homem de negócios indica o caráter profissional, com sua especialização. A atividade empresarial é um plus acrescido à figura do *bonus paterfamilias*, diante da especificidade do mundo negocial” (*Dever de diligência...*, p. 215).

⁷¹¹ - CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei...*, pp. 368-369. CARBONE refere-se à “*perizia*”, como “*tratto tipico della prestazione professionale, nell’area operativa del modello generale di diligenza*” (CARBONE, Enrico. *Diligenza e risultato nella teoria dell’obbligazione*. Turim: G. Giappichelli, 2007, p. 118). CECCHI também se manifesta em sentido parecido: “[*s*]e la relatività del concetto di diligenza è principio comune ad ogni prestazione, in particolare, espressioni di tale relatività – e non eccezione – è il dettato dell’art. 1176, 2º co., c.c., che stabilisce che nell’adempimento delle obbligazioni inerenti all’essercizio di un’attività essercitata. Questa disposizione viene generalmente interpretata nel senso di imporre un maggior rigore nella valutazione dell’impegno che il debitore è tenuto a fornire nell’adempimento dei suoi obblighi, richiedendosi anche la prestazione di conoscenze tecniche specifiche. (...) Così com riguardo alla diligenza dovuta dall’amministratore è oggi pacifico che la sua responsabilità vada valutata com maggior rigore, commisurata alle aspettative del creditore, nella fattispecie della società di conseguire un risultato economico positivo. ‘Questo adeguamento del modello astratto della diligenza alla concreta attività del soggetto si traduce – riferito agli amministratori – in una più rigorosa valutazione della diligenza richiesta,

específicas, o homem ativo e probo diligente deve se fazer cercar de especialistas que lhe permitam efetuar o cálculo do risco que assumirá na tomada de decisões.⁷¹²

PARENTE destaca que o dever de se informar constitui aspecto formal do dever de diligência dos administradores, sendo que, ao se cumprir aquele, fica comprovado o comportamento diligente do administrador, independentemente dos resultados da empresa.⁷¹³ De acordo com a autora, o dever de se informar considera-se cumprido, quando, antes de tomar qualquer decisão negocial, são obtidas todas as informações “razoavelmente disponíveis”,⁷¹⁴ ressaltando, contudo, que diversas variáveis devem ser observadas na busca de informações, tais como: os conhecimentos prévios dos administradores; o tempo disponível para a tomada de decisão; os custos de uma possível investigação pormenorizada; e a importância da questão para a empresa.⁷¹⁵

O racional desenvolvido por PARENTE fica bem explicitado no trecho abaixo:

“Com efeito, se, por um lado, a obtenção de informações adicionais sobre a questão a ser resolvida pode conduzir a decisões mais acertadas, por outro, a solitação de maiores informações pode implicar elevados custos para a sociedade, não apenas sob o aspecto financeiro, mas também quando se corre o risco de, eventualmente, perder a oportunidade de negócio. (...) Dessa forma, constata-se que não se pode exigir dos administradores a

poiché il metro della normalità deve tener conto esclusivamente di comportamenti attinenti ad un'attività (amministrazione di società) che è particolarmente qualificata e che richiede prudenza, cure e attenzioni superiori e più specifiche di quelle proprie dell'uomo medio (Bonelli 1992, 49)” (CECHI, Paolo. Gli amministratori di società di capitali. Milão: Giuffrè, 1999, p. 522). E NETO ainda complementa acerca do padrão legal: “[p]or se tratar de responsabilidade profissional, o administrador deve conduzir os negócios locais com capacidade técnica, experiência e conhecimento específicos. O padrão da lei é o de um homem de negócios devidamente qualificado para o exercício de funções análogas” (NETO, Alfredo Sérgio Lazzareschi. Lei das Sociedades..., p. 440).

⁷¹² - *“Per contro, non si richiede all'amministratore diligente di essere anche esperto in materia contabile o finanziaria e perito nel settore di attività dell'impresa, bensì soltanto che egli si avvalga di collaboratori e consulenze per colmare le inevitabili lacune de sue conoscenze, affinché le sue scelte siano «frutto di un rischio calcolato, e non già di irresponsabile o negligente improvvisazione» (F. BONELLI, o.c., p. 178 ss.)” (DIDONE, Antonio. Codice Civile Annotato con la dottrina e la giurisprudenza. Libro Quinto. Del Lavoro. Artt. 2060-2642. In PERLINGIERI, Pietro (coord.). Codice Civile Annotato con la dottrina e la giurisprudenza. Bologna: Zanichelli, 1991, p. 481). Nesse sentido, BELLANTUONO ainda aponta que, aos contratantes, é suficiente a racionalidade necessária para prever as vantagens e respectivas probabilidades de sucesso que se associam a cada uma das possíveis ações a serem tomadas (I contratti incompleti..., p. 98).*

⁷¹³ - PARENTE, Flávia. *O dever de diligência dos Administradores de Sociedades Anônimas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 116. Acerca do dever de se informar no direito estadunidense, PARENTE leciona que “o leading case da jurisprudência norte-americana relativo a essa questão, sem dúvida, é o famoso caso ‘Smith v. Van Gorkom’, em que os administradores foram considerados responsáveis pelos prejuízos sofridos pela companhia justamente por infringirem o dever de se informarem ao aprovarem a venda da Trans Union Corporation. Entendeu-se que tais administradores não haviam se informado adequadamente sobre o valor da companhia e sobre o negócio em si” (116).

⁷¹⁴ - PARENTE, Flávia. *O dever de diligência...*, p. 116.

⁷¹⁵ - PARENTE, Flávia. *O dever de diligência...*, pp. 117-118.

*obtenção de todas as informações relevantes a respeito dos negócios que serão implementados – as informações exigíveis são as razoáveis, tendo em vista as circunstâncias concretas diante das quais se encontram os administradores e a própria companhia quando da tomada de decisão”.*⁷¹⁶

Nesse sentido, conclui-se que a verificação concreta do padrão de diligência estabelecido em referido arquétipo dá-se, por meio da comparação com o grau de diligência com que profissionais semelhantes teriam agido em circunstâncias também semelhantes.⁷¹⁷ O que se busca, no modelo, é o padrão comportamental do homem médio de determinado segmento, “*sem se exigir, assim, seja um superdotado (se ele o for, melhor), mas também não podendo ser evidentemente um despreparado para as funções nas quais é investido*”.⁷¹⁸ O *standard* positivado, portanto, é amplo, flexível e capaz “*de abranger variadas situações, conforme as circunstâncias e peculiaridades de cada caso*”.⁷¹⁹ É a utilização da técnica do *standard* que, efetivamente, mantém a aderência do direito à realidade social, garantindo, segundo CARBONE, a longevidade do direito das obrigações.⁷²⁰

No que se refere ao dever de diligência, vale destacar que a jurisprudência norte-americana, com base na *tort law*, desenvolveu teste específico para mensurar a “razoabilidade” das medidas de salvaguarda adotadas pelo homem ativo e probo,

⁷¹⁶- PARENTE, Flávia. *O dever de diligência...*, p. 117-119.

⁷¹⁷- CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei...*, p. 370. Em sentido semelhante: ANTONMATTEI, Paul-Henri. *Contribution à l'étude...*, p. 70.

⁷¹⁸- LUCENA, Waldecy. *Das sociedades anônimas...*, p. 449.

⁷¹⁹- CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei...*, p. 374. No mesmo sentido: RIBEIRO (*Dever de diligência...*, p. 209); NETO (*Lei das Sociedades...*, p. 439).

⁷²⁰- A respeito do tema, veja o que diz CARBONE com maior profundidade: “[i]l carattere proprio degli standards valutativi è individuato nello speciale rapporto che essi intrattengono con i valori etico-sociali e con i relativi modelli di comportamento, rispetto ai quali viene istituito un canale normativo costantemente aperto in funzione della permanente ricezione sostanziale nell'alveo dell'ordinamento. In virtù di questa peculiare relazione, acquistano giuridica cittadinanza prassi sociali che, tuttavia, non si esauriscono nella dimensione dei fatti parametrici: «l'enunciazione diretta di situazioni di fatto rileva...esclusivamente come evocazione indiretta dei valori che quelle situazioni manifestano nel campo di pubblica evidenza del vivere sociale», dando corpo a «modelli di condotta disegnati dall'etica sociale nella sua realtà storica»; le c.d. norme sociali di condotta, sostrato degli standards valutativi, esprimono «tipi ideali in senso assiologico», impartendo direttive o linee di riflessione per la ricerca della regola del caso. La struttura logico-formale caratterizzata dall'ampia inteterminatezza apparenta gli standards valutativi ai principi generali del diritto e gli atpeggia a formidabili strumenti di adattamento che, integrandosi con le norme determinative - come accade per i parametri della diligenza e del *bonus pater familiae* rispetto alle norme che richiamano il modello deontologico della *diligentia in abstracto* -, assicurano l'aderenza del diritto all'evoluzione della realtà sociale; non sorprende, allora, che un classico manifesto per una legislazione civile di principi abbia individuato la ragione della longevità del diritto delle obbligazioni proprio nella ricchezza di strutture elastiche che caratterizza quel settore dell'ordinamento giusprivatistico” (*Diligenza e risultato...*, p. 80-81).

consistente na seguinte proposição: o dever de cuidado é razoável se exercido na medida em que seus custos não superem os benefícios que ele acarreta.⁷²¹

Da experiência da *common law*, extrai-se também o *Bolam Test*, desenvolvido, jurisprudencialmente, nos anos 50 para a atividade médica, mas que, posteriormente, acabou se espalhando para a definição do padrão de diligência em outras áreas de conhecimento. O teste consiste, basicamente, em avaliar se determinada conduta desafiada no caso concreto era aceita como adequada, pelo corpo de profissionais do qual o réu fazia parte, ainda que não unanimemente.⁷²²

O colegiado do Conselho de Valores Mobiliários (CVM) já definiu que “*uma das formas pelas quais se analisa se o administrador foi ou não diligente é verificando se a decisão negocial foi ou não informada*”. Assim, em determinada operação de aquisição de títulos analisada por referido órgão, este estabeleceu que, para ter atendido ao padrão de conduta do homem diligente, o administrador deveria “*no mínimo, [ter] avaliado as outras possíveis destinações para os recursos disponíveis da [Companhia], comparado o risco das aquisições dos títulos com aquele existente nas demais alternativas consideradas, comparando a rentabilidade oferecida por cada uma e, obviamente, votado pela aplicação que oferecesse a relação risco retorno que fosse mais favorável à Companhia*”.⁷²³

DIDONE faz referência ainda a critério que examina a diligência do administrador, imaginando-se o que o profissional, normalmente, diligente faria se fosse inserido nas

⁷²¹ - “*Faced with the possibility of negligent mismanagement, courts must determine how much effort is ‘reasonable’.* This opaque term has been clarified in ordinary tort law with the help of marginal analysis. According to the role pronounced by Judge Learned Hand, a potential injurer must take care so long as the cost of care does not exceed the resulting saving from fewer accidents. Similarly, taking ‘reasonable care’ requires the fiduciary to exert herself as long as the cost of such exertion does not exceed the resulting benefit to the principal” (COOTER, Robert et. al. The fiduciary relationship: its economic character and legal consequences. *New York University Law Review*. v. 66:1045, pp. 1057-1058).

⁷²² - CARBONE, Enrico. *Diligenza e risultato...*, p. 119.

⁷²³ - PAS CVM 2005/0097, Relatora Diretora Maria Helena Santana, j. 15.3.2007, extraído de NETO (*Lei das Sociedades...*, p. 440). O colegiado da CVM também já declarou que, para fins do mercado fiscalizado pela entidade, “[a] *decisão informada é aquela na qual os administradores baseiam-se nas informações razoavelmente necessárias para tomá-la. Podem os administradores, nesses casos, utilizar, como informações, análises e memorandos dos diretores e outros funcionários, bem como de terceiros contratados. Não é necessária a contratação de um banco de investimentos para a avaliação de uma operação*” (PAS RJ2005/1443, Rel. Diretor Pedro Oliva Marcílio de Souza, j. 21.3.2006, extraído de NETO. *Lei das Sociedades...*, p. 443).

mesmas circunstâncias em que o examinado, levando em consideração o tipo e as dimensões da sociedade administrada.⁷²⁴

A esse propósito, CARBONNE destaca que a utilização do instrumento do *standard* deve-se dar de maneira equilibrada e sábia. Deve-se abstrair, no caso concreto, as peculiaridades e as práticas do meio social, mas sem cair na diligência em senso subjetivo. Recomenda, nesse sentido, que a jurisprudência busque tipificar *standards* por classes, de maneira a modular a abstração do modelo típico com a concretude necessária para a definição de critérios de avaliação.⁷²⁵

ANTONMATTEI, a seu turno, explica que a oposição entre critérios subjetivos e objetivos na construção de determinado padrão de conduta é, extremamente, frágil nos dias atuais. Isso porque, com a evolução do Direito, o padrão de “homem médio” não é mais aquele do ser fictício, completamente, abstrato, que não vive em época alguma e que não pode ser encontrado em lugar algum. O atual estado da técnica, explica, supõe uma especialização do modelo de diligência, considerando as circunstâncias externas. Há, portanto, um fracionamento das normas de prudência e de diligência: “[a]insi la jurisprudence se refere – t-elle parfois au comportement d’«chauffeur prudent», «d’un cultivateur averti»” e “[o]n rapprochera le comportement de tel médecin de celui d’un médecin normalement doué”.⁷²⁶

Com efeito, por se tratar de padrão de conduta, ao cabo, caberá, efetivamente, ao intérprete (julgador) fazer a análise comparativa acima referida,⁷²⁷ absorvendo do mercado as práticas relevantes ao caso concreto, para só então definir se o grau de diligência esperado foi atingido. Destaque-se que essa análise deve levar em conta o segmento de

⁷²⁴- DIDONE, Antonio. *Codice Civile...*, p. 481.

⁷²⁵- CARBONE, Enrico. *Diligenza e risultato...*, pp. 86-87.

⁷²⁶- ANTONMATTEI, Paul-Henri. *Contribution à l’étude...*, pp. 77-78.

⁷²⁷- “É função do intérprete verificar quais as manifestações da conduta do administrador, no exercício de suas funções que não correspondem a tais padrões. Os padrões de cuidado e diligência são, portanto, enunciativos e não rígidos, e sua interpretação ampla” (CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei..., p. 374). CARVALHOSA faz referência ao entendimento da Comissão de Valores Mobiliários, segundo o qual “[o] *standard* é propositadamente abrangente justamente para abrigar diversas circunstâncias e peculiaridades. Independe de qualquer regulamentação. Deriva de conceitos que o cidadão comum considera como válidos em determinada época. A enumeração das regras de conduta que devem ser seguidas pelo administrador é praticamente impossível. Por isso, a lei opta por estabelecer um padrão que será apreciado à luz da experiência do julgador” (IA CVM 04/99, Rel. Diretora Norma Joanssen Parente, j. em 17-4-2002).”

mercado específico de atuação das partes envolvidas,⁷²⁸ bem como as qualidades do ente empresarial do caso concreto.⁷²⁹ É esse procedimento de busca pelo tipo concreto que garantirá que a decisão proferida em determinada situação litigiosa seja, socialmente, aceita,⁷³⁰ afastando, de outro lado, o indesejável subjetivismo do intérprete.⁷³¹ Relembre-

⁷²⁸ - Nesse sentido, FEITOSA explica: “[o] entendimento plural que defendemos não exclui, entretanto, a certeza de que o ordenamento jurídico, de direito privado e/ou direito público, está apto a disciplinar o mercado. Por outro lado, não atua no sentido de regular somente um mercado, mas ‘os mercados de certos bens’ ou categoria de bens’, a partir de normas dotadas de diferentes níveis de rigor (derrogáveis ou não pelas partes) e de múltiplas medidas de autonomia privada. Existem, portanto, no interregno entre organicidade e unidade, ônus distintos e variados níveis de controle” (Paradigmas Inconclusos..., p. 466). Em sentido semelhante: BUONOCORE (*L’impresa...*, p. 164); MARINO (*Interpretação do Negócio...*, p. 185). COLLINS também destaca a necessidade de se considerar os distintos contextos em que o contrato foi celebrado: “[a]lthough I described contractual relations as a discrete communication system with its special criteria of relevance and measurement, it is plain that contracts always function in particular social contexts. The contexts may differ radically, from the simple consumer purchase of apples at the market stall to an elaborate joint venture agreement between multinational companies to design and manufacture an advanced technology fighter jet. These various contexts influence the meaning of the contractual relations, or how the contract thinks about events and relations. This influence between contract and context is often described by the insistence that contractual relations always are ‘embedded’ in the social practices and norms from which they arise” (Regulating Contracts. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 26).

⁷²⁹ - “Para caracterizar a infração do dever de diligência, o julgador deverá levar em conta ainda: (i) a dimensão da companhia; (ii) seu objeto social; (iii) as funções genéricas e específicas de cada administrador; (iv) as circunstâncias em que o ato foi praticado; (v) os montantes envolvidos; (vi) a liquidez dos ativos da companhia; bem como quaisquer outros dados ou informações capazes de influenciar concretamente as decisões dos administradores” (NETO, Alfredo Sérgio Lazzareschi. *Lei das Sociedades...*, p. 440).

⁷³⁰ - “Peraltro, trattandosi essenzialmente di un’apertura del sistema giuridico a sistemi culturali esterni – l’etica, per la buona fede e la correttezza, ma anche la scienza e la tecnica, per la diligenza e la perizia -, non può sottovalutarsi l’esigenza di conciliare le tendenze progressive dell’ordinamento con un’osservazione realistica dei sistemi richiamati in funzione integrativa. Determinante appare, in ultima istanza, le capacità degli organi dell’applicazione di mediare tra prassi e valore, affinché l’aggiornamento dei «tipi» concreti, che danno corpo alla regola aperta, sempre risulti socialmente accettabili” (CARBONE, Enrico. *Diligenza e risultato...*, p. 82). Parece ser em mesmo sentido o posicionamento defendido por BETTI, conforme informa LUDWIG: “[é] o que já pregava Emilio Betti ao defender, entre várias interpretações possíveis de um texto legislativo, a preferência daquela que melhor corresponde às exigências técnicas e às necessidades sociais da comunidade em questão” (LUDWIG, Marcos de Campos. *Usos e Costumes...*, p. 129). E, a respeito do tema, COLLINS ainda registra: “[t]he legal system needs to achieve close concordance with this conventional expectation, if it seeks to provide support for routine transactions. Given that these conventions may seldom be expressly articulated, and given that they will vary between different types of markets and trades, this task presents the law with a formidable task of discovery and interpretation of information. The parties themselves through their contractual agreement specify many of their reciprocal undertakings, but these specifications will only incompletely describe their expectations. These expectations will also be discovered in the norms derived from the embeddedness of their relation, both in the sense of their personal relationship and their implicit reference to market transactions, in its application of state sanctions, legal regulation cannot ignore these conventional understandings” (Regulating Contracts..., p. 26).

⁷³¹ “Muito se lutou para a objetivação das expectativas de comportamento, substituindo a ‘dimensão individualista’ da parte e de sua intenção pela ‘dimensão social’ (Betti). O que não pode ser admitido, porque prejudicial ao sistema, é o subjetivismo do intérprete que, despregando-se propositadamente da prática social, confunde suas decisões com suas aspirações, substituindo juízo minimante objetivo por aquilo que entende ser ‘justiça social’” (FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral...*, p. 160).

se, nesse aspecto, a advertência de GRAU: “a aplicação dos ‘conceitos indeterminados’ só permite uma única solução justa”.⁷³²

E, ainda que haja a elevação da dependência da figura do julgador nesses casos, o procedimento de preenchimento dos conceitos legais indeterminados com base nas práticas comerciais específicas do mercado reduz as chances de “equivoco” da decisão a ser proferida no caso concreto.⁷³³ esta deverá sempre ser fundamentada, precisando-se os dados e os valores identificados no caso concreto.⁷³⁴ O risco de erro mitiga-se, paulatinamente, conforme os tribunais vão sendo desafiados a analisar operação econômica específica de determinado mercado e, com isso, os intérpretes vão “aprendendo” acerca das nuances do setor.⁷³⁵⁻⁷³⁶

⁷³² - GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto...*, p. 201. Sobre a questão, o autor explica que “[i]nterpretar o direito é formular juízos de legalidade. A discricionariedade – não será demasiada esta repetição – é exercitada em campo onde se formulam juízos de oportunidade, exclusivamente, porém, quando uma norma jurídica tenha atribuído à autoridade pública a sua formulação. O que se tem erroneamente denominado discricionariedade judicial é poder de definição das normas de decisão, posterior à produção de normas jurídicas, que o juiz exercita formulando juízos de legalidade (não de oportunidade). A distinção entre ambos esses juízos – repito-o, ainda – encontra-se em que o juízo de oportunidade comporta uma opção entre indiferentes jurídicos, procedida subjetivamente pelo agente; o juízo de legalidade é uma atuação, embora desenvolvida no campo da prudência, que o intérprete autêntico desenvolve atado, retido, pelo texto” (pp. 206-207).

⁷³³ - “Passiamo ai casi di incompletezza dovuti ai costi di informazioni ou ai costi decisione. (...) In questi ipotesi è necessario procedere ad un confronto dei costi degli errori giudiziali associati a ciascuna delle regole di interpretazione. Da questo punto di vista, sembra opportuno accordare la preferenza all’interpretazione extratestuale. Due considerazioni militano in favore di questa soluzione. Innanzitutto, l’individuazione della regola che incrementi l’efficienza del contratto presuppone la comprensione dell’operazione economica programmata dalle parti. È evidente, pertanto, che tal comprensione risulterà più agevole qualora l’indagine giudiziale si rivolga anche ad elementi non ricabavabili del testo del contratto. Ovviamente, le difficoltà di accertamento a cui abbiamo accennato indicano che, in un numero elevato di casi, l’indagine extratestuale protrebbe concludersi con l’applicazione di una regola inefficiente. Tuttavia, la differenza dell’interpretazione letterale, l’interpretazione extratestuale sembra in grado di favorire la progressiva riduzione delle probabilità di errore” (BELLANTUONO, Giuseppe. *I contratti incompleti...*, p. 207).

⁷³⁴ - ALPA, Guido. *La completezza del...*, p. 121.

⁷³⁵ - “L’interpretazione extratestuale non esclude la possibilità di errori, ma offre il vantaggio di avviare un processo di apprendimento. L’indagine sugli usi commerciali, ad esempio, dovrebbe consentire di raccogliere informazioni sulle caratteristiche degli schemi contrattuali non convenzionali. Anche se nella fase iniziale è prevedibile il ricorso a regole di default consolidate, si può supporre che i giudici acquistino nel corso del tempo una maggiore familiarità con le operazioni commerciali innovative. L’applicazione della disciplina legale dovrebbe lasciare il posto ad un’interpretazione più attenta alle caratteristiche di tali operazioni ed ai mercati in cui si svolgono. Nella misura in cui espone i giudici alle informazioni rilevanti, l’interpretazione extratestuale dovrebbe garantire la progressiva riduzione delle probabilità di errore. Si può supporre, inoltre, che la velocità di questo processo di apprendimento sia direttamente proporzionale all’attenzione che i giudici rivolgono al contesto in cui si svolge l’operazione” (BELLANTUONO, Giuseppe. *I contratti incompleti...*, pp. 207-208).

⁷³⁶ - De forma parecida, CORDEIRO destaca que a “[a] natureza científica das saídas encontradas e a actuação, ainda que em fractura, do sistema, explicam e justificam a referência juspositiva à boa-fé. A repetição de julgados, com a sedimentação dos modelos de decisão, norteados pela preocupação de resolver

É, sob esse aspecto, que MARINO menciona que a integração contratual, por meio do modelo da boa-fé, não é uma “*fórmula vazia, sem conteúdo*”.⁷³⁷ Explica o autor que, a despeito de o princípio não poder ser, cabalmente, definido, sua concretização ocorre por meio da “*cristalização da jurisprudência e da criação de regras mais específicas, advindas da comparação de casos concretos*”.⁷³⁸

Acerca da atuação dos julgadores, ARAÚJO acrescenta outros elementos a que devem os tribunais se ater ao integrar lacunas contratuais em casos de agravamento superveniente da prestação de uma das partes. Relembra, *ad initio*, que o princípio da *pacta sunt servanda*, muito além do dogma da obrigatoriedade do contratado, tem a função de garantir a reputação dos contratantes no mercado.⁷³⁹ Afinal, sem esse aspecto vinculativo, haveria largo espaço para *condições de arrependimento*, criando incentivos para que a contraparte, ao menor sinal de prejuízo decorrente de alteração de circunstâncias, alterasse ou abandonasse, potestativamente, o combinado, exteriorizando aos demais agentes econômicos a pecha de inadimplente.

Nessa linha, destaca que qualquer atitude jurídica acerca da resolução ou alteração do vínculo, originalmente, acertado deve ser realizada sob a perspectiva da *eficiência dinâmica* resultante dessa intervenção. Por essa ótica, além dos ganhos imediatos auferidos pelas partes (eficiência estática), há que se observar também os interesses futuros e os incentivos de longo prazo envolvidos na relação plasmada. Obviamente, a manutenção do arranjo contratual *ex ante*, promoverá, em geral, a elevação da confiança social no mecanismo do contrato, fomentando trocas e reduzindo custos de transação.⁷⁴⁰

Ademais, intrinsecamente à relação contratual, salienta ARAÚJO a relevância da análise das motivações do devedor, das expectativas do credor e alternativas a ele disponíveis, bem como a aferição do ajustamento da divisão do bem-estar

de modo semelhante questões similares, darão solidez ao instituto, amortecendo a imagem de mera equidade que, no início, a sua aplicação suscita” (Da Boa fé..., p. 1114). E há ainda nota de PENTEADO: “[c]om o tempo, o conteúdo do que fora, durante certo período, standard, apesar de sua vagueza, pode ser lentamente cristalizado pela jurisprudência, que passa a decidir recorrentemente em dado sentido. Nestes casos, podem surgir institutos e regras novas, passando o direito positivo a incorporar os padrões gerais de conduta” (A integração de..., p. 245).

⁷³⁷ - MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do Negócio...*, p. 187.

⁷³⁸ - MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do Negócio...*, p. 187.

⁷³⁹ - ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica...*, p. 625.

⁷⁴⁰ - ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica...*, p. 626.

excedente gerado pelo negócio encetado. Esses elementos assumem especial destaque na percepção de justiça pelas partes envolvidas, o que pode vir a ocasionar importantes efeitos na dinâmica contratual. A fim de ilustrar sua reflexão, menciona: (i) o desincentivo que a sensação de injustiça pode gerar nos trabalhadores; (ii) o incentivo que a percepção da justiça traz em circunstâncias em que a maximização de ganhos frustrou-se; e (iii) a cooperação entre as partes contratantes nas negociações, evitando-se a maximização de ganhos unilaterais, tal como se dá no jogo do ultimato.⁷⁴¹ Ao cabo, sua argumentação fica sintetizada pelo seguinte questionamento: “*vale a pena insistir no cumprimento pontual das obrigações contratuais quando a alteração de circunstâncias, atingindo a onerosidade do contrato, tornou, aos olhos de uma das partes, injusta e desmotivadora a exigência desse cumprimento pontual?*”⁷⁴²

LORENZETTI dá, como exemplo de efeito negativo do intervencionismo indevido (i.é., desajustado à realidade do mercado), a retração de crédito decorrente da interferência judicial nos contratos de hipoteca celebrados na Argentina, por meio da modificação de cláusulas, das taxas de juros e do repartimento de riscos.⁷⁴³ A excessiva (e incompatível) intervenção do Judiciário acarretou na redução de contratos de financiamento garantidos por hipoteca (essencialmente, contratos de financiamento habitacional), demonstrando a reação dos agentes econômicos à elevação dos custos de transação.

Seguindo este passo, BELLANTUONO cogita da existência de uma externalidade de aprendizado. Segundo ele, as partes contratantes podem se beneficiar da adoção de determinada cláusula contratual, reiteradamente, utilizada no passado por outros agentes econômicos. Isso porque, graças ao fato de que cláusula, provavelmente, já foi objeto de interpretação judicial e é bem conhecida dos consultores legais e do mercado, há menores chances de erro de redação e reduzida incerteza quanto aos significados dos termos inseridos no dispositivo.⁷⁴⁴

⁷⁴¹ - COOTER e ULEN explicam que, em um jogo cuja repetição dar-se-á em um número fixo de vezes, as partes envolvidas, a despeito de eventual cooperação que surja das reiteradas vezes em que o jogo for jogado, têm fortes incentivos para não cooperar no último jogo, maximizando seus próprios ganhos em detrimento dos interesses da contraparte. Afinal, após a última rodada, as partes não terão entre si mais qualquer relação de dependência (DA COSTA, Francisco Araújo; SANDER, Luis Marcos (trad.). COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 59).

⁷⁴² - ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica...*, p. 627.

⁷⁴³ - LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado...*, p. 168.

⁷⁴⁴ - BELLANTUONO, Giuseppe. *I contratti incompleti...*, pp. 222-223.

Retomando a questão do *standard* do homem ativo e probo, parece-nos que, a despeito de fazerem referência aos deveres dos administradores para com a sociedade, as lições já escritas em torno dessa matéria podem ser utilizadas na indentificação do cumprimento do ônus de se informar do agente econômico, que, por sua vez, a nosso ver, é o critério que permite a integração da lacuna contratual e, por conseguinte, o preenchimento do conceito jurídico indeterminado da “imprevisibilidade”. Tanto mais porque, como bem se sabe, ônus e dever têm a mesma estrutura, residindo a diferença entre eles no fato de que, enquanto o descumprimento do segundo gera um dever com relação a terceiro (tutela de direto subjetivo alheio), no primeiro, há apenas a perda de uma vantagem própria,⁷⁴⁵ por conta do descumprimento de um dever para consigo mesmo.⁷⁴⁶ *In casu*, a vantagem perdida pelo descumprimento do ônus de se informar, razoavelmente, seria, justamente, o de se valer do remédio previsto no artigo 478 do Código Civil.⁷⁴⁷

Embora utilizando nomenclatura diversa, BELLANTUONO parece defender lógica semelhante ao tratar dos casos evitáveis de incompletude contratual. Segundo ele, referidos casos seriam aqueles em que os custos envolvidos na redação de determinada cláusula não são altos, mas que, ainda assim, as partes, por descuido ou inexperiência, deixaram de incluí-la na redação do contrato. Em situações como esta, em que a desatenção para determinado aspecto contratual seria devido à postura negligente dos contratantes, é preferível que se adote uma interpretação literal do contrato (em contraposição à interpretação extratextual que abstrai valores da realidade social), “*che penalizzi le parti e*

⁷⁴⁵ - “*Resta-nos aludir ao ônus jurídico, que se entende com a necessidade de se adoptar certa conduta para a obtenção ou conservação de uma vantagem própria. Já aqui se inferem os tópicos característicos desta figura: o acto a que o ônus é imposto como um dever: tutela-se um interesse do onerado – traduzido na conservação de uma vantagem nova ou em evitar a perda de uma vantagem que preexiste*” (ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das Obrigações*. 9ª ed. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 56-58).

⁷⁴⁶ - COUTO E SILVA refere-se ao ônus como um “dever para consigo mesmo”: “[o]s ‘deveres para consigo mesmo’, aos quais já nos referimos, não constituem deveres na sua verdadeira acepção. Somente podem ser considerados ônus, algo que não pertence ao mundo jurídico, mas ao mundo dos fatos. Esses ônus, por não se constituírem em deveres no sentido jurídico, exatamente porque dever é sempre dever com alguém, podem, entretanto, constituir direito formativo. A possibilidade que tem o segurado de aumentar o âmbito de abrangência da apólice, em razão de situação de perigo nela não previsto, repercute no mundo jurídico como exercício de direito formativo modificativo, como no exemplo a que anteriormente aludimos” (A obrigação como processo. São Paulo: Editora FGV, 2007, p. 98).

⁷⁴⁷ - PONTES DE MIRANDA faz referência a outras hipóteses em que o descumprimento de determinado ônus acarreta na perda de uma “vantagem”: “[a]lgumas vezes, leis e juristas empregam a palavra ‘dever’ do comprador de apontar os defeitos, dever de apresentar o crédito à falência. Mas, aí, não há dever: quem deixa de apontar os defeitos da coisa comprada, ou de concorrer à falência, acarreta com a preclusão da ação redibitória e quanti minoris, ou sofre a consequência de comparecer à via recursal.. Trata-se do ônus ou de incumbências” (*Direito das Obrigações, obrigações e suas espécies, fontes e espécies de obrigações*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 70).

le incentivi ad adottare tutte le misure di salvaguardia che non comportino costi eccessivi”.⁷⁴⁸

ANTTONMATTEI, ao tratar do preenchimento do conceito de imprevisibilidade no direito francês, fala na existência de um “dever de previsão”. Sob seu entendimento, a imprevisibilidade não deveria ser encarada, simplesmente, como a possibilidade ou a probabilidade de determinado evento ser previsto, mas sim como dever de prever. Assim, os contratantes seriam apenas obrigados a prever eventos que, por sua natureza, adentram na competência específica das partes envolvidas. Exemplifica sua ponderação, esclarecendo que seriam considerados riscos do transportador todos aqueles inerentes à sua atividade: estado das estradas, regras de trânsito, clima, greves de funcionários do sistema de transporte etc.⁷⁴⁹

Embora estejamos em linha com o raciocínio de ANTTONMATTEI, não concordamos com a qualificação de dever, dado que a falha na busca de informações pelo agente econômico não parece dar azo a qualquer direito subjetivo à contraparte. Descumprido o ônus de se informar adequadamente, o agente econômico errou e, como tal, arcará, integralmente, com os prejuízos do risco que não considerou durante a negociação do programa contratual. A contraparte, nesses termos, não sofrerá qualquer lesão em seus interesses, dado que o contrato manter-se-á, integralmente, nos termos pactuados.

Dessarte, estamos acordes com a conclusão de LOPES acerca do preenchimento dos conceitos legais indeterminados do artigo 478: “[e]m outras palavras, deverá [o juiz] integrar o conceito indeterminado com a seguinte cogitação: *peçoas situadas nesse ramo de atividade, nesse local e nesse contexto histórico consideram razoável que a parte seja eximida de cumprir sua obrigação se houver um aumento inesperado de quarenta e nove (ou cinquenta) por cento?*”⁷⁵⁰

ALPA, BESSONE e ROPPO, em obra conjunta, fazem, igualmente, referência ao critério da diligência, como técnica de resolução a questões relativas à onerosidade excessiva, *in verbis*:

⁷⁴⁸ - BELLANTUONO, Giuseppe. *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Milão: Cedam, 2000, p. 206.

⁷⁴⁹ - ANTONMATTEI, Paul-Henri. *Contribution à l'étude de la force majeure*, LGDJ: Paris, 1992, p. 57.

⁷⁵⁰ - LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos...*, p. 143.

*“L’interpretazione, l’integrazione secondo buona fede e la qualificazione del negozio prefigurano gli strumenti che concorrano al controllo di esigibilità dell’adempimento, certamente conforme ai principi che governano il regime della risoluzione del contratto. Dal sistema complessivo del codice emerge infatti con chiarezza che l’obbligo di adempiere non si spinge fino al limite della oggettiva e materiale impossibilità della prestazione, perché si deve circoscrivere nella misura da stabilire in funzione delle norme che indicano la diligenza e la correttezza come criterio di determinazione dei doveri del debitore, consentendo perciò la risoluzione del rapporto obbligatorio se l’adempimento di una delle parti è materialmente possibile ma risulta contraria a buona fede l’altrui domanda di esecuzione del contratto”.*⁷⁵¹

Os três mestres italianos destacam ainda que o caráter imprevisível e extraordinário do evento superveniente é aquele que ultrapassa o curso ordinário dos eventos, sendo que o índice da “*previdibilità*” é definido com base no *standard* do homem médio. Graças a essa técnica, asseveram, o modelo do artigo 1467 do *Codice* torna-se operativo, permitindo sua aplicação para casos que, embora sejam, objetivamente, previsíveis, estariam para além dos poderes de previsão do homem médio.⁷⁵²

Por se tratar da busca de um padrão de diligência de segmento específico de mercado (segmento de autopeças, segmento de produção agropecuária, segmento de mercado financeiro *etc.*), é forçoso reconhecer a relevância da prova técnica para a resolução dos casos de onerosidade excessiva. Em muitos casos, somente o *expert* poderá conferir ao julgador os dados necessários para que se possa aferir o padrão de diligência esperado em determinado setor.⁷⁵³

Ilustrativamente, considere-se um contrato de construção de determinado prédio, por preço global acertado de antemão entre as partes, em que, durante a execução das obras, descobre-se situação geológica diversa da considerada na fase de negociação e celebração do contrato, sendo que, para se prosseguir com as obras, a construtora deverá valer-se de técnica, extremamente, custosa. Parece-nos que, inexistindo previsão contratual sobre referido risco (imprevisto), será somente um especialista do ramo da construção que

⁷⁵¹- ALPA, Guido et. al. *Rischio contrattuale...*, pp. 383-384.

⁷⁵²- ALPA, Guido et. al. *Rischio contrattuale...*, p. 389.

⁷⁵³- ANTONMATTEI comenta que, na análise dos casos de força maior, a jurisprudência francesa tende a conferir grande importância à prova pericial, mas destaca que não é essa, mas sim o juiz, quem define se imprevisibilidade: “[s]oucieuse de limiter la subjectivité qui preside à l’appréciation des standards, la Cours de cassation exige de juges du fond une prise en compte optimale des circonstances de l’espèce. La quête d’une réalité matérielle impose souvent le recours à l’expertise. Nombreuses sont ainsi les décisions ou la qualification de la force majeure est largement fondée sur le rapport d’expertise. Encore le rôle de l’expert ne doit-il pas être exagéré. Sa mission n’est pas «d’appliquer le standard à la place du juge mais consiste à fournir à celui-ci les données techniques nécessaires à cette appréciation»” (*Contribution à l’étude...*, p. 71).

poderá dizer se, considerando-se as práticas de outros participantes de mercado, a construtora realizou, previamente, os estudos geológicos necessários e adotou outras providências de salvaguarda (ônus de se informar), usualmente, adotadas por outras construtoras (padrão de conduta) em negócios semelhantes.

Nessa medida, a extraordinariedade do evento também parece ser aferida com base na comparação do *standard* do homem ativo e probo. Se a imprevisibilidade ficará constatada quando o risco estiver além da razoável diligência do homem ativo e probo do segmento em análise, parece que isso também conferirá contornos de extraordinariedade ao mesmo evento. Afinal, se superados os limites daquilo que, razoavelmente, poderia se esperar dos agentes econômicos, é, justamente, porque o risco não é ordinário, usual, no ambiente analisado.

Desse modo, pode-se concluir que o preenchimento do conceito jurídico indeterminado “*acontecimentos extraordinários e imprevisíveis*” preenche-se com base na verificação do cumprimento do ônus jurídico de se informar da parte que será lesada pelo risco imprevisto no texto contratual, sendo que, especificamente no caso de contratos empresariais, essa avaliação deve se pautar pelo padrão de conduta do homem ativo e probo, conforme exigências do segmento de mercado de específico do caso concreto.⁷⁵⁴

Vale registrar que, concorde-se ou não com a instituição de um novo Código Comercial, o Projeto de Lei n. 1572/2011 traz, em seu bojo, nas disposições a respeito da revisão contratual, referências ao ônus de se informar e à diligência como critérios para identificação de hipótese de onerosidade excessiva, *in verbis*:

“Art. 272. As obrigações contraídas pelo empresário somente podem ser revistas em juízo, em razão da superveniência de fatos imprevisíveis, quando

⁷⁵⁴ - Ao comentar sobre a imprevisibilidade, RODRIGUES JUNIOR parece adotar raciocínio, em certa medida, semelhante ao nosso, ainda que faça referência à aplicação da onerosidade excessiva em termos gerais: “[o] que se exige, na verdade, é o cálculo e a prudência nos negócios. Numa expressão, a diligência normal de um bom pai de família. Desse modo, se mesmo presentes os cuidados compatíveis com a diligens bônus paterfamilias, os acontecimentos futuros tornarem o negócio impassível de continuar a ser executado, deve-se ingadar qual a natureza desse fato. Se derivado da ação natural como chuvas, terremotos, tempestades, tufões, furacões, doenças, invoca-se a teoria do caso fortuito e da força maior, dado o caráter inevitável dos acontecimentos. (...) Serão, contudo, alheias aos processos mentais humanos as circunstâncias posteriores que alterem profundamente a execução do contrato” (Revisão Judicial dos Contratos. São Paulo: Atlas. 2002, p. 119).

*demonstrado que elas não decorreram de decisão equivocada na condução da empresa”.*⁷⁵⁵

“Art. 305. No contrato empresarial, a vinculação ao contratado é plena.

§ 1º A revisão judicial de qualquer cláusula do contrato empresarial não cabe se a parte que a pleiteia poderia ter se protegido contratualmente das consequências econômicas de sua declaração, mediante a diligência normal que se espera dos empresários.

*§ 2º Nenhum empresário tem direito à revisão do contrato empresarial sob a alegação de não ter conferido as informações sobre o objeto prestadas pelo outro contratante durante as tratativas, salvo se a conferência não poderia ter sido feita em razão de segredo de empresa”.*⁷⁵⁶

No que se refere aos outros dois termos indeterminados, “*excessivamente onerosa*” e “*extrema vantagem*”, há, igualmente, a necessidade de que o intérprete volte-se ao tráfico comercial, para encontrar elementos que lhes preencham adequadamente.⁷⁵⁷⁻⁷⁵⁸ Parece-nos, no entanto, que, diversamente do conceito anterior, a superação da álea normal do contrato

⁷⁵⁵ - O texto do dispositivo já foi objeto de emenda (EMC 57/2013) proposta pelo Deputado Federal Laércio Oliveira, para que passe a ter a seguinte redação:

“Art. 272. As obrigações contraídas pelo empresário somente podem ser revistas em juízo, na presença cumulativa dos seguintes elementos:

I – ter a obrigação execução continuada ou diferida;

II – superveniência de fatos imprevisíveis e extraordinários, quando demonstrado que elas não decorreram de decisão equivocada na condução da empresa;

III – onerosidade excessiva de seu cumprimento, com vantagem excepcional da outra parte.

§ 1º. A intervenção judicial se resumirá à revisão dos termos da obrigação, sem a possibilidade de privação de eficácia ou resolução da obrigação em sua totalidade ou de cláusulas do instrumento dela criador que não sejam afetadas pelo desequilíbrio.

§ 2º. A parte da obrigação contra a qual se operar a revisão poderá encerrar a relação obrigacional no prazo de 15 (quinze) dias, contados da publicação da sentença que determinar a revisão.

§ 3º. A mera vantagem excessiva de uma das partes relativamente à outra, desacompanhada de onerosidade excessiva, não é causa de revisão judicial, invalidação do negócio jurídico ou desconstituição da obrigação”.

⁷⁵⁶ - O § 1º do texto do dispositivo já foi objeto de emenda supressiva (EMC 173/2013) proposta pelo Deputado Federal Laércio Oliveira. A justificativa apresentada para a supressão foi assim posta: “[a] vedação ao recurso ao Poder Judiciário pode ser considerada inconstitucional, uma vez que ofende ao art. 5º, XXXV da Constituição Federal, que determina que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

⁷⁵⁷ - PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Direito das Obrigações: extinção das dívidas e obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 346.

⁷⁵⁸ - FIN-LANGER destaca o caráter fluído do equilíbrio contratual: “[l]e souci de la doctrine classique reste légitime: il faut éviter autant que faire se peut l’arbitraire de l’interprète, risque possible en cas de codétermination, c’est-à-dire en cas de précision du sens par le récepteur de la norme. En revanche, le moyen utilisé, une définition par un critère unique et précis, se révèle inadapte. Il convient alors de déterminer un autre moyen pour supprimer l’arbitraire. Cela devient d’autant plus nécessaire que de nombreuses règles utilisent des critères peu précis et volontairement flous. Ainsi le législateur utilise les notions de «déséquilibre significative», «manifestement excessive ou dérisoire»” (L’équilibre contractuel..., pp. 212-213).

empresarial pode ser identificada em termos menos complexos (mas não, necessariamente, fáceis).

Considerando a relevância do elemento lucro aos contratos empresariais (conforme item 1.2.1), a prestação tornar-se-ia, excessivamente onerosa a uma das partes na medida em que, concretizado o evento imprevisível e extraordinário, o ente econômico lesado pela alteração circunstâncias não só deixasse de auferir ganhos com o negócio, como também passasse a sofrer prejuízos com ele. A onerosidade relaciona-se às vantagens recíprocas auferidas com o contrato,⁷⁵⁹ assim sendo, a prestação parece tornar-se de peso excessivo para uma das partes, quando algumas delas deixa de obter vantagens e passa a ter somente prejuízos com o negócio celebrado, desequilibrando a relação subjetiva de equivalência entre o sacrifício prometido e o ganho esperado.⁷⁶⁰ Afinal, a mera redução de lucros, até mesmo pelo risco inerente à atividade empresarial, não poderia mesmo dar ensejo à intervenção no âmbito contratual.

Perceba-se que o raciocínio acima de modo algum significa aceitar que o ente econômico não poderá sofrer prejuízos com os negócios celebrados. Relembre-se que a prestação, excessivamente, onerosa somente poderá ser assim considerada como fator de revisão contratual, quando aplicado em conjunto com os demais requisitos do artigo 478. Assim, o elemento “prejuízo” apenas se agregaria ao risco imprevisível e extraordinário, a se concretizar, a despeito da conduta diligente do agente de mercado.

Nesse cenário, em que o ente econômico, em virtude de risco imprevisível e extraordinário, passa a sofrer prejuízos com o negócio, a vantagem da contraparte afigura-se extrema tão somente pelo fato de ainda persistir. Assim, parece-nos que a concretização da “extrema vantagem” dá-se quando, a despeito do desaparecimento do ganho esperado

⁷⁵⁹ - “Dizem-se gratuitos os negócios jurídicos em que não há contraprestação. A contraprestação determina a onerosidade. Quem presta sem que outrem contrapreste, ou prometa contraprestar, aliena a título gratuito. O que importa é a relação jurídica entre os figurantes do negócio jurídico de que se trata. (...) Ensina o STJ que ‘a classificação dos contratos em onerosos ou gratuitos leva em conta a existência ou não do ônus recíproco: onerosos são gratuitos em que ambas as partes suportam um ônus correspondente à vantagem que obtêm; e gratuitos são os contratos em que a prestação de uma parte se dá por mera liberalidade, sem que a ela corresponda qualquer ônus para a outra parte’ (STJ, EREsp 1.104.363/PE, Corte Especial, j. 29.06.2010, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe 02.09.2010)” (PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Negócios jurídicos bilaterais e negócios jurídicos plurilaterais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 506-508). No mesmo sentido: “[e]ncarandos quanto ao objeto perseguido pelas partes, os contratos são: onerosos, aqueles dos quais ambas as partes visam a obter vantagens ou benefícios, impondo-se encargos reciprocamente em benefício uma da outra” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, Contratos...*, p. 56).

⁷⁶⁰ - RODRIGUES, Sílvia. *Dos contratos...*, p. 31.

por uma das partes contratantes, a outra continua a auferir vantagens com o negócio celebrado. A análise, a nosso ver, é feita em termos dinâmicos: a vantagem torna-se extrema, porque, no contexto da onerosidade excessiva, o ente econômico que não foi lesado pela inesperada alteração de circunstâncias, certamente, despenderia muito mais recursos para obter a vantagem contratual, houvessem as partes considerado o risco imprevisível e extraordinário na fase de negociação.

Por oportuno, apenas destaque-se, conforme já sublinhado no item 2.2.1, que a análise comparativa entre vantagens recíprocas, para fins de onerosidade excessiva, deve atentar ao fenômeno da coligação contratual, sendo insuficiente a verificação pontual das prestações contidas em contrato inserido em contexto de operação econômica mais ampla. Em casos tais, cada vez mais usuais em negócios empresariais, a análise de ganhos/perdas deve ser feita considerando os aspectos globais da transação.

Vale destacar, nesse tocante, que o Projeto de Lei n. 1572/2011, em seu artigo 273, em nada acrescenta ao dispor que “[n]ão é suficiente para a revisão judicial de qualquer obrigação contraída por empresário a onerosidade excessiva de seu cumprimento ou a vantagem excepcional da outra parte”. Parece haver aqui mera redundância do que já consta do artigo 478, o qual exige, em conjunto à superveniência de fatos imprevisíveis e extraordinários, tanto a onerosidade excessiva quanto à vantagem excessiva à contraparte, para que se permita o socorro ao remédio legal.

Assim, por tudo o que foi exposto neste item até o momento, pode-se concluir que, em se tratando de contratos empresariais, o suporte fático do artigo 478 encontra-se presente nos casos em que, a despeito de haver cumprido, diligentemente, o ônus de se informar, aferível com base no *standard* do homem ativo e probo do segmento de atuação, o agente econômico tenha a sofrido ou virá a sofrer prejuízos com o negócio celebrado em decorrência de risco imprevisível e extraordinário, persistindo, de outro lado, vantagens à contraparte.

3.3 Aplicação do modelo da onerosidade excessiva aos contratos empresariais

Conforme já adiantado no item 2.2.2, somos da opinião de que, em se constatando hipótese de onerosidade excessiva, a solução legal autorizada ao julgador é, meramente, a de resolver o contrato e não de promover qualquer espécie de revisão e/ou readequação das prestações contratuais, sob pena de impor às partes (ou, ao menos, a uma delas) obrigação

não convencionada. Esta solução, além de ilegal pela redação do artigo 478, seria verdadeira agressão à autonomia da vontade dos contrantes,⁷⁶¹ perfil contratual de destaque nos negócios empresariais, consoante, largamente, referido na presente exposição (item 1).

Não se olvida de posições, como a de MEKKI, o qual defende que a revisão contratual pelo julgador garantiria a intangibilidade dos pactos, eis que seria justamente a ligação entre a vontade das partes no passado e o momento futuro em que houve a *hardship*. Diz o autor que, se, por um motivo imprevisível, a prestação tornou-se mais difícil, onerosa ou desvantajosa para uma das partes, a vontade delas somente será respeitada – e, portanto, a força obrigatória do que se contratou – se houver o reajuste do equilíbrio econômico à nova realidade (dado que esta não estava presente no momento da contratação).⁷⁶² Dessa forma, a intervenção na vontade das partes em caso de alteração das circunstâncias não seria vista como uma afronta ao princípio da intangibilidade do contratado; mas, antes, uma forma de assegurar seu cumprimento, reajustando as prestações aos termos, originalmente, pactuados.

O argumento, entretanto, não nos convence. Não nos parece que se possa reconduzir a intervenção contratual à vontade das partes, se elas, efetivamente, jamais acordaram sobre determinado ponto. Há, efetivamente, uma integração do programa contratual pelo julgador, com base em fonte alheia à vontade das partes. Em matéria de contratos empresariais, a integração das lacunas contratuais se dá por meio dos usos e costumes cristalizados na práxis mercantil, em prol da tutela do mercado e da livre concorrência (item 3.1).

Sob esse aspecto, vale ressaltar que o partilhamento dos prejuízos resultantes da resolução contratual em caso de onerosidade excessiva decorre, a nosso ver, precisamente,

⁷⁶¹ - “(...) vigora a faculdade de contratar e de não contratar, isto é, o arbítrio de decidir, segundo os interesses e conveniências de cada um, se e quando estabelecerá com outrem um negócio jurídico contratual. (...) a liberdade de contratar espelha o poder de fixar o conteúdo do contrato, redigidas as suas cláusulas ao sabor do livre jogo das conveniências dos contratantes. De regra, este lhes imprimem a modalidade peculiar ao seu negócio, e atribuem ao contrato redação própria, estipulando condições, fixando obrigações, determinando prestações etc. (...) Em linhas gerais, eis o princípio da autonomia da vontade, que genericamente pode enunciar-se como a faculdade que têm as pessoas de concluir livremente seus contratos” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Contratos, Declaração...*, pp. 21-22).

⁷⁶² - MEKKI, Mustapha. *Hardship...*, p. 2. No mesmo sentido, vale destacar que RIBEIRO e GALESKI JUNIOR defendem a revisão dos contratos, especialmente quando se tratar de contratos empresariais: “[c]om relação aos contratos empresariais, a preferência deve estar na revisão do contrato com sua manutenção tanto mais quanto o contrato estiver relacionado ao exercício da atividade profissional das partes, prestigiando-se a continuidade da empresa” (Teoria Geral..., p. 31).

da aceitação do agente econômico em participar do mercado. Como já dito, para atuar em mercado, os entes econômicos abrem mão de parte de sua autonomia privada, em prol da tutela externa do mercado.⁷⁶³ Este, além de ser o ambiente que propicia a celebração dos contratos,⁷⁶⁴ é ainda essencial para a atividade empresarial, cuja destinação é-lhe *in re ipsa*: é esperado que tudo que se produz seja destinado ao consumo por terceiros (i.é., ao mercado).⁷⁶⁵

BUONOCORE, inclusive, destaca que a atividade econômica de produção apenas se torna relevante para o Direito, na medida em que passa a ser voltada ao mercado. Seria, neste momento, em que a atividade de produção, que está no mundo dos fatos, torna-se fato jurídico e surge ao legislador a necessidade de tutelar os interesses aí envolvidos. A destinação ao mercado é o que confere tom empresarial à atividade econômica desenvolvida.⁷⁶⁶

⁷⁶³ - FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral...*, p. 76.

⁷⁶⁴ - “Si è appena accennato ai contratti d’impresa e si può ora proseguire il discorso scrivendo che una seconda funzione del mercato riguarda proprio il momento della contrattazione, nel senso che il mercato è stato giustamente considerato sia come il luogo in cui si svolgono le contrattazioni e in cui viene elaborato il diritto contrattuale, in discipline che hanno forza espasiva perché riprese anche nei contratti conclusi fuori del mercato; sia come luogo strutturato nel quale sono appunto allocate le strutture sociali, economiche e giuridiche che rendono possibili ed organizzano le contrattazioni medesime. Bene è stato spiegato che la funzione costante del mercato è quella di favorire l’incontro degli operatori e quindi la conclusione dei contratti, nonché quella di garantirne l’esecuzione e di accelerare, semplificandoli, la circolazione e il trasferimento delle posizioni contrattuali” (BUONOCORE, Vincenzo. *L’impresa...*, pp. 158).

⁷⁶⁵ - “In realtà, la destinazione al mercato dell’attività e del prodotto, pur non essendo richieste dalla norma dell’art. 2082, è, per così dire, *in re ipsa*, essendo naturale, non tanto e non solo che si produca per chi consuma, ma anche, e soprattutto, che ogni iniziativa economica abbia una ricaduta positiva sulla comunità. In primo luogo, è dal complesso degli altri elementi connotanti l’impresa, e che dall’art. 2082 risultano con evidenza, che scaturisce l’essenzialità della destinazione del prodotto al mercato: l’impresa – sembrerà ovvio il ripeterlo – è un organismo produttivo e, nell’immaginario collettivo prima che giuridico, l’organismo produttivo di beni e di servizi, e quindi la ricchezza, per antonomasia, attraverso il quale si produce per vendere e non per autoconsumare” (BUONOCORE, Vincenzo. *L’impresa...*, p. 150). GOODE comenta ainda acerca da relevância da “descoberta” do mercado para o direito comercial: “[y]et if commercial law had rested simply on a series of disconnected bilateral contracts it would have remained a puny child indeed. What gave it force was the organised market, the physical meeting place – and, in more recent times, the electronic communication network – administered by organizations of merchants or bankers, with its rules of membership, its facilities for the introduction of sellers to buyers and lenders to borrowers, its development of standard contracts which could themselves be traded on the market isolated, as it were, from the underlying commodities, its code of conduct for the transaction of business and its system for the clearing and settlement of transactions and for currency exchanges” (GOODE, Roy. *Commercial Law in the Next...*, p. 38).

⁷⁶⁶ - BUONOCORE, Vincenzo. *L’impresa...*, pp. 152-153. Nesse sentido, confirma-se o que menciona o autor: “[è] in questo momento che «il fatto semplice diventa fatto giuridico», poiché è in questo momento che si giustifica realmente l’intervento del legislatore di fronte all’esercizio sistematico dell’attività. Nascono, infatti, in questo momento nuovi interessi da tutelare: l’interesse a sorvegliare, da um lato, e ad agevolare, dall’altro, l’opera di questo nuovo fattore che si inserisce nel tessuto dell’economia di produzione e di scambio; l’interesse a conservarlo in vita e a proteggerlo; l’interesse alla tutela dei diritti dei terzi per i quali e con i quali opera l’imprenditore. (...) La colorazione così data all’attività dell’imprenditore prescinde

Assim, considerando a relevância do mercado à atividade empresarial e a intrincada relação entre ambos, parece ser, absolutamente, natural que, a fim de que se preserve o bom funcionamento do mercado, imponha-se aos agentes econômicos partilhamento das perdas, caso verificada hipótese de onerosidade excessiva, conforme delineado no item anterior.

Sobre os efeitos da resolução contratual em contratos empresariais, há que se mencionar ainda interessante referência de PISU à possibilidade de o modelo da onerosidade excessiva vir a ser aplicado a contratos plurilaterais (muito usuais no meio empresarial – ex.: contratos de sociedade). Segundo ela, dado que, nos contratos plurilaterais, também podem existir prestações corresponsivas entre os contratantes, não há qualquer impedimento para que se conceda aos contratantes o remédio resolutório por alteração de circunstâncias, o que, nos casos de contratos de sociedade, por exemplo, traduzir-se-ia no exercício do direito de recesso.⁷⁶⁷

Acerca dos efeitos da onerosidade excessiva, mencione-se que o Projeto de Lei n. 1572/2011 prevê a possibilidade de o julgador não apenas resolver, como também, de fato, revisar os contratos empresariais. No entanto, conferir-se amplo e irrestrito poder de revisão aos julgadores parece ser medida de extrema agressão à autonomia da vontade, razão pela qual melhor seria que, caso se prossiga com o Projeto, sua redação seja alterada para que se permita tão somente a resolução contratual. Até mesmo porque, se a regra geral do artigo 478, aplicável aos contratos celebrados entre partes não-empresárias, prevê apenas a resolução como remédio à onerosidade excessiva, seria ainda mais inadequado admitir-se maior intervenção exógena em contratos celebrados entre entes mercantis.

No tocante à possibilidade de se rever ou não contratos interempresariais, há que se dar especial atenção a uma variante que vem se firmando em doutrina e cuja ideia consiste, basicamente, em manter os efeitos obrigatórios do contrato e impor às partes o dever de renegociar os termos do contrato. O funcionamento desta técnica seria semelhante a das

dalla quantità del prodotto che viene destinata al mercato; così questa circostanza incide solo sul profilo dimensionale e non su quello teleologico: sarà, perciò, imprenditore, magari piccolo, anche colui che destina allo scambio una quantità minima del prodotto stesso”.

⁷⁶⁷ - PISU, Luciana Cabella. *I rimedi contro...*, p. 544. A autora menciona ainda caso da jurisprudência italiana que permitiu a aplicação do instituto da lesão a contrato social, em que o sócio havia integralizado com bens novas ações emitidas pela Companhia. Embora não se trate de caso de alteração de circunstâncias, PISU diz que “*cio potrebbe significare un’apertura verso l’esperibilità anche il rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta*”.

cláusulas de renegociação (*hardship clauses*) inseridas, voluntariamente, pelas partes, com a diferença de que referido dever tornar-se-ia obrigatório seja por força de lei, seja por meio da cláusula geral de boa-fé.⁷⁶⁸

Em realidade, grande parte da doutrina defensora do dever de renegociar fundamenta o entendimento, especialmente, na boa-fé objetiva.⁷⁶⁹ Esta corrente encontra-se em linha com o que vem se desenvolvendo no âmbito do direito do comércio internacional, conforme lição de VENEZIANO:

“The right to renegotiations granted in Article 6.2.1 could be considered a derivation from the good faith provision in Article 1.7, which in its turn must be seen as one of the fundamental ideas underlying the UNIDROIT Principles, as well as other international instruments such as the UNIDROIT Principles of Contract Law (PECL) (for more qualified recognition of the principle of good faith in contractual relationships, see the recently published Draft Common Frame of Reference on European Private Law (DCFR)). The UNIDROIT Principles may finally be of use in determining what is the exact meaning of ‘right to renegotiate’ and what are the consequences, if any, of a failure to conduct renegotiations in good faith. In particular, there is no obligation to reach any agreement but ‘both parties

⁷⁶⁸ - LORENZENTTI, Ricardo Luis. *Tratado...*, 2010, p. 531.

⁷⁶⁹ - Acerca da relação entre o dever de renegociar o dever de boa-fé, ALPA comenta: “[d]i recente si è anche sostenuto come proprio sulla buona fede contrattuale integrativa si possa incardinare il fondamento dell’obbligo di rinegoziazione del contratto (di durata) in caso di sconvolgimento dell’economia contrattuale dovuto a cause esterne che rendano impossibile o più gravosa l’esecuzione della prestazione originariamente assunta da una parte, e che l’altra quindi non possa giovare dell’intervento di una causa esterna per pretendere immediatamente lo scioglimento del rapporto. Questa idea è stata ulteriormente sviluppata, nel senso che, anche al di là della categoria dei contratti di durata, la buona fede integrativa implica comunque l’inclusione nel contratto di una clausola di rinegoziazione, qualora le parti non l’abbiano prevista per mera distrazione o perché abbiano preferito la scelta di un testo lacônico, ma non l’abbiano tuttavia esclusa esplicitamente. (...) La tesi riportata riconosce già fin d’ora alle disposizioni di codice (in particolare al combinato disposto degli art. 1374 e 1375) questo significato, sicché non sarebbe necessario ricorrere ad un nuovo testo normativo per poter pretendere l’impegno delle parti alla rinegoziazione del contratto, restando escluso però l’intervento del giudice inteso a riformulare il testo contrattuale in caso di insuccesso della nuova trattativa. Questa conclusione, che costituisce l’estrema applicazione della norma, non ha trovato numerosi fautori, ma solo perché non è ancora molto diffusa. Gli ostacoli all’uso della buona fede ai fini di integrazioni del contratto sono ancora persistenti in dottrina. Ma si tratta di resistenze che non sono in sintonia con l’origine storica delle disposizioni” (La completezza del contratto..., p. 121). Para FIN-LANGER, inclusive, boa-fé objetiva conduziria apenas ao dever de renegociar, sem permitir a adaptação do programa contratual pelo julgador (*L’équilibre contractuel...*, pp. 441-443). ROPPO também defende a existência de um dever de renegociar advindo da boa-fé objetiva (*Il Contratto...*, p. 1046). No Brasil, TOMASEVICIUS já indicou que “[a] invocação do princípio da boa-fé objetiva para reequilibrar o contrato, em vez do uso da cláusula *rebus sic stantibus*, é exemplo de dever de cooperação, porque não é uma postura cooperativa exigir o adimplemento do contrato, sabendo que isso poderá provocar a ruína da parte contrária, ou fazer com que esta receba uma prestação sem o mesmo valor e, portanto, sem a mesma utilidade. O dever de renegociar é colaborar com a outra parte, para ajudá-la a não sofrer tanto com a inversão da situação” (TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *Informação Assimétrica, Custos de Transação, Princípio da Boa-fé*. Tese de doutorado apresentada ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007, p. 416). No mesmo sentido, PENTEADO defende que “o dever de renegociar, ou duty to renegotiate, é antes de mais nada um dever de fonte legal. Ainda que modulado pela autonomia privada quanto ao modo de ser exercido, decorre da cláusula geral de boa-fé” (PENTEADO, Luciano Camargo. *Integração de...*, p. 334).

*must conduct the renegotiations in a constructive manner’, ‘by refraining from any form of obstruction and by providing all the necessary information’, taking also the duty of cooperation into account (Article 5.1.3. PICC). Though not expressly stated, a failure to comply with the above-mentioned provisions should give rise to a right to recover damages in favour of the other party”.*⁷⁷⁰

Com efeito, os Princípios UNIDROIT preveem, expressamente, o direito da parte em desvantagem pela alteração de circunstâncias de pleitear a renegociação dos termos pactuados. O item (1) do artigo 6.2.3, intitulado “*Efeitos da Hardship*”, de referido conjunto de disposições, estabelece que “[e]m caso de hardship, a parte em desvantagem tem direito de pleitear renegociações”. Consta ainda do texto dos princípios que tal pedido deverá ser efetuado sem atrasos, indicando os fundamentos em que se baseia, e que não suspenderá, por si só, a execução da obrigação. Seria somente no insucesso da renegociação entre as partes que o julgador estaria autorizado a intervir no negócio afetado pela alteração de circunstâncias, extinguindo o vínculo ou adaptando-o.⁷⁷¹

PISU sublinha que, graças à reiterada prática dos agentes econômicos em incluírem cláusulas de renegociação nos contratos, principalmente aqueles celebrados na esfera do comércio internacional (nova *lex mercatoria*), há uma tendência de que a revisão contratual seja admitida, na maior parte dos casos de alteração de circunstâncias. No entanto, segundo a autora, até o momento a jurisprudência das cortes italianas mantém-se fiel à redação do artigo 1467 do *Codice*, o qual, em semelhança ao artigo 478, permite

⁷⁷⁰ - VENEZIANO, Anna. UNIDROIT Principles and CISG: Change of Circumstances and Duty to Renegotiate according to the Belgium Supreme Court. *Uniform Law Review*, 2010, pp. 146-147.

⁷⁷¹ - Confira-se o texto integral do item que trata da *Hardship* nos Princípios UNIDROIT:

“SEÇÃO 2: *HARDSHIP*

ARTIGO 6.2.1 (Obrigatoriedade do contrato). Quando o cumprimento de um contrato torna-se mais oneroso para uma das partes, tal parte continua, ainda assim, obrigada a cumprir o contrato, ressalvadas as disposições seguintes a respeito de hardship.

ARTIGO 6.2.2 (Definição de hardship). Há hardship quando sobrevêm fatos que alteram fundamentalmente o equilíbrio do contrato, seja porque o custo do adimplemento da obrigação de uma parte tenha aumentado, seja porque o valor da contra-prestação haja diminuído, e (a) os fatos ocorrem ou se tornam conhecidos da parte em desvantagem após a formação do contrato; (b) os fatos não poderiam ter sido razoavelmente levados em conta pela parte em desvantagem no momento da formação do contrato; (c) os fatos estão fora da esfera de controle da parte em desvantagem; e (d) o risco pela superveniência dos fatos não foi assumido pela parte em desvantagem.

ARTIGO 6.2.3 (Efeitos da hardship). (1) Em caso de hardship, a parte em desvantagem tem direito de pleitear renegociações. O pleito deverá ser feito sem atrasos indevidos e deverá indicar os fundamentos nos quais se baseia. (2) O pleito para renegociação não dá, por si só, direito à parte em desvantagem de suspender a execução. (3) À falta de acordo das partes em tempo razoável, cada uma das partes poderá recorrer ao Tribunal. (4) Caso o Tribunal considere a existência de hardship, poderá, se for razoável, (a) extinguir o contrato, na data e condições a serem fixadas, ou (b) adaptar o contrato com vistas a restabelecer-lhe o equilíbrio”.

apenas que a parte não onerada pela alteração de circunstâncias abra espaço para a renegociação, oferecendo-se para modificar, equitativamente, as condições do contrato.⁷⁷²

Por meio da técnica da renegociação, as partes teriam um papel atuante na resolução do desequilíbrio contratual (*“the parties’s will remain then at the heart of this construction”*)⁷⁷³, sendo que ao Judiciário restaria um papel subsidiário. Em linhas gerais, a técnica prevê que, na hipótese de alteração das circunstâncias, os contratantes seriam submetidos a um período obrigatório de renegociação, em que haveria a obrigação (de meio) de se apresentar propostas concretas de negociação. Não se aceitaria a simples recusa à negociação ou o comportamento malicioso, sob pena de responsabilização daquele que assim se portasse. Num segundo momento, inexistindo consenso entre as partes, haveria duas hipóteses: (i) as partes, amigavelmente, resiliam o pacto; ou (ii) submeteriam a avença à análise do Judiciário. A atuação deste seria vista, porém, como uma medida extrema e não obrigatória, de modo que os Tribunais poderiam se recusar a rever o contrato até mesmo sem apresentar qualquer justificativa. Ao final, caso essa intervenção fizesse-se necessária, deveria ela buscar o original intento dos contratantes, redescobrimo a equação econômica construída inicialmente.⁷⁷⁴

Tal técnica, inclusive, já foi utilizada em caso de arbitragem internacional, cuja legislação aplicável sequer previa o dever de renegociação, frente à alteração de circunstâncias. O Tribunal Arbitral constituído perante a Corte Internacional de Arbitragem, em dezembro de 2001, em caso de alteração de circunstâncias decorrente de modificação de regras aplicáveis por agência regulatória, impôs às partes a obrigação de renegociar, entendendo, inclusive, que esta decorreria da cláusula de boa-fé objetiva existente no Código Civil Francês, sendo, deste modo, obrigatória. O Tribunal fez referência ainda aos artigos 6.2.2 e 6.2.3 dos Princípios UNIDROIT.⁷⁷⁵⁻⁷⁷⁶

⁷⁷²- PISU, Luciana Cabella, *I rimedi contro...*, p. 565.

⁷⁷³- MEKKI, Mustapha. *Hardship...*, p. 18.

⁷⁷⁴- MEKKI, Mustapha. *Hardship...*, pp. 19-21.

⁷⁷⁵- Corte internacional de Arbitragem, Caso n. 9994, j. em 12.2001 (retirado, em 21 de outubro de 2011, de <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1062>). O texto original do resumo do caso foi assim redigido: *“Claimant, a French company, entered into a license and sales agreement with Defendant, a US company, whereby the latter was granted the right to make, use and sell products derived from raw material supplied by the former. When after a certain period of time Claimant considerably increased the price of the raw material due to the more stringent conditions imposed upon Claimant by a Governmental Agency for the collection of human placenta from which the raw material was extracted, Defendant terminated the contract. According to Claimant the termination was unlawful because Defendant should have agreed to*

De fato, é mesmo na esfera do comércio internacional que as cláusulas de *hardship* parecem ter maior frequência, havendo ainda tendência na tentativa de que seu mecanismo seja internalizado pelo direito positivo, impondo às partes um período obrigatório de renegociação. Para GALLO, a cada vez mais usual utilização de cláusulas de *hardship* pelos entes econômicos justificaria, inclusive, a concessão de amplos poderes de revisão ao julgador.⁷⁷⁷

Segundo definição trazida por GOMES, “*por cláusulas de hardship entendem-se as cláusulas que estabelecem um dever de renegociação do contrato caso ocorra uma modificação substancial das circunstâncias, modificação essa que afeta o equilíbrio global do contrato.*”⁷⁷⁸ Para alguns, referidas cláusulas seriam o aperfeiçoamento da milenar cláusula *rebus sic stantibus*.⁷⁷⁹

As cláusulas de *hardship*, em geral, têm sua estrutura fundada no seguinte esquema: em um primeiro momento, prescrevem-se as situações em que se deverá proceder à renegociação (*hardship*); e, após, descreve-se o método que deverá ser utilizado para se implementar o esforço cooperativo.⁷⁸⁰ Nessas hipóteses, a interferência judicial incidiria apenas na hipótese de impossibilidade de acordo para renegociação.⁷⁸¹

renegotiate the price so as to adapt it to the new circumstances. The contract was governed by French law. In deciding in favour of Claimant, the Arbitral Tribunal, after stating that ‘French law requires from each party to perform the agreement in good faith (cf. Article 1134(2)- rectius: 1134(3) - of the French civil code) [and] good faith imposes upon the parties the duty to seek out an adaptation of their agreement to the new circumstances which may have occurred after its execution in order to ensure that its performance does not cause, especially when the contract at stake is a long-term agreement, the ruin of one of the parties’, pointed out that ‘this principle is also prevailing in international commercial law (see UNIDROIT Principles Articles 6.2.2 and 6.2.3)’.”

⁷⁷⁶ - VENEZIANO comenta que, na prática, já existem diversas decisões de jurisdição doméstica (em especial, na França) que aplicam os artigos 1.7 e 6.2.2(1) dos Princípios UNIDROIT, referentes à boa-fé objetiva e ao dever de renegociar, respectivamente, para a solução de litígios, a despeito de, em regra, aquele corpo de normas ter natureza, meramente, persuasiva frente aos ordenamentos jurídicos nacionais (VENEZIANO, Anna. UNIDROIT Principles..., pp. 147-149).

⁷⁷⁷ - GALLO, Paolo. *Sopravvenienza Contrattuale*..., p. 390.

⁷⁷⁸ - GOMES, Júlio. *Cláusulas de Hardship*. In MONTEIRO, António Pinto (Coord.). *Contratos: Actualidades e Evolução*. Porto? Universidade Católica Portuguesa, 1997, pp. 188-189.

⁷⁷⁹ - “*Como explica Alterini, a cláusula de hardship ou de adaptação de contrato dispõe sobre a revisão do mesmo, quando sobrevierem circunstâncias que afetem ao que ele chama de equação econômica do contrato, cabendo também a sua adequação e revisão periódica diante de novas circunstâncias de ordem técnica e comercial. Por isso, Alterini considera-se a cláusula de hardship um aperfeiçoamento da cláusula rebus sic stantibus*” (TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *Informação Assimétrica*..., p. 415).

⁷⁸⁰ - GOMES, Júlio. *Cláusulas de Hardship*..., pp. 188-189.

⁷⁸¹ - TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *Informação Assimétrica*..., p. 415.

As cláusulas em comento podem ter espectro mais amplo do que as hipóteses legais de revisão contratual. Assim, sua aplicação não se cinge apenas e tão somente a eventos *imprevisíveis*; eventos *incertos* também estão aptos a desencadear os efeitos nelas previstos. “*Em consequência, uma vez desencadeada a sua atuação, não se há de perquirir sobre a ‘imprevisibilidade e extraordinariedade’ do evento que caracteriza o hardship, nem se esse evento integra ou não o risco próprio do negócio; nem se cogitará sobre o âmbito da diligência empresarial no cálculo dos riscos; ou, muito menos, sobre a ‘excepcionalidade’ dos eventos que deflagram a eficácia revisiva da cláusula. No mais das vezes, se estará a tratar, justamente, de eventos previsíveis e previstos, e, na medida em que previstos no contrato, por expressa declaração de vontade das partes dão causa ao dever de renegociar, a fim de ser mantido o sinalagma contratual tal qual configurado no momento da conclusão do ajuste.*”⁷⁸² Portanto, o fundamento das cláusulas de *hardship* é mesmo a autonomia da *vontade*.

Convém ressaltar, ainda, que estas cláusulas preveem tão só a obrigação de renegociar. Assim, em geral, entende-se que não há qualquer obrigatoriedade em se alcançar determinado resultado.⁷⁸³⁻⁷⁸⁴ O que não se permite à contraparte é a recusa, “*direta ou disfarçada sob a forma de proposições inaceitáveis pela outra parte (considerados os dados objetivos da economia contratual e os subjetivos, atinentes à pessoa dos contraentes)*”⁷⁸⁵, sob pena de se caracterizar o inadimplemento culposos de obrigação contratual.⁷⁸⁶ Todavia, ainda nessa hipótese, qualquer indenização que venha a ser fixada, não se deve furtar a analisar a forma com que as partes partilharam,

⁷⁸² - MARQUES, Cláudia Lima. A Cláusula de Hardship e a Obrigação de Renegociar nos Contratos de Longa Duração. *Revista de Arbitragem e Mediação*. v. 25, Abr., 2010, pp 15-16.

⁷⁸³ - FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral...*, pp. 188-189. Também nesse sentido, PENTEADO: “[é] certo que o dever de renegociar não é orientado ao êxito na renegociação, menos ainda ao êxito de uma parte em detrimento da outra. O dever de renegociar pode ser incluído entre as obrigações que a doutrina denomina de meio ou de diligência, em que as partes devem envidar seus melhores esforços (best efforts) em desempenhar determinado comportamento. É ‘dever de procedimento’” (PENTEADO, Luciano Camargo. *Integração de...*, p. 336).

⁷⁸⁴ - ROPPO, no entanto, em posicionamento por ele mesmo considerado “audacioso”, entende que, ante o inadimplemento da obrigação de renegociar, a parte que teria direito a exigir o cumprimento de referida obrigação poderá pleitear ao julgador a constituição do adequamento contratual, conforme razoabilidade e boa-fé, impondo a obrigação à contraparte. Explica o autor que, ainda que isso não confira a certeza de que a prestação será cumprida, haverá, ao menos, a garantia de que o inadimplemento gerará a possibilidade de se pedir o pagamento de indenização (*Il contratto...*, p. 1047). Não podemos partilhar do entendimento do autor, na medida em que solução tal significaria a possibilidade de se impor, unilateralmente, alteração contratual não vislumbrada pelas partes, em flagrante violação à autonomia da vontade.

⁷⁸⁵ - MARQUES, Cláudia Lima. A Cláusula de Hardship..., p 17.

⁷⁸⁶ - MARQUES, Cláudia Lima. A Cláusula de Hardship..., p 17.

contratualmente, os riscos contratuais, bem como a forma como a inserção da cláusula de *hardship* influenciou na composição do preço final em discussão.⁷⁸⁷

Acerca da relação entre o preço e a inserção da cláusula, GOLDBERG destaca que “as partes têm um incentivo para incorporar no contrato um mecanismo que desencoraja esta busca dispendiosa de informação [antes da celebração do contrato] e os mecanismos de ajustamento do preço podem desempenhar, precisamente, essa função, reduzindo o valor de tal informação.”⁷⁸⁸ Percebe-se, deste modo, mais um motivo para que esta técnica tenha se difundido, amplamente, no meio negocial.

GOMES assevera, ainda, que essa cláusula assume especial importância, no âmbito dos contratos internacionais de longa duração, em razão, dentre outros aspectos, de que os benefícios de renegociação superam os custos em que se incorreria na busca por um novo parceiro comercial.⁷⁸⁹

É inegável, nessa medida, que difusão das cláusulas de *hardship*, especialmente no âmbito do comércio internacional, decorre, justamente, do sentimento de *insegurança* das partes contratantes com relação às legislações nacionais acerca das técnicas de revisão. Nesse tocante, MEKKI explicita que “in England as in France, we are even under the impression that the lack of a general mechanism allowing judicial modification actually invites the parties to take their precautions while drawing up the terms and conditions of

⁷⁸⁷ - Essa é a indicação de MARQUES: “[a] indenização deve abranger o dano emergente e o lucro cessante derivados, causalmente, da recusa injustificada em negociar (arts. 389, 393, 394, 395, 402 a 407, do CC/2002 (LGL 2002/400). Sinala-se, ainda deve-se ter em conta, no cálculo do montante da indenização, o fato de as partes, no ‘balanceamento de interesses’ que antecede a conclusão contratual - isto é, no cálculo dos pesos e contrapesos, riscos e garantias, vantagens e ônus mútuos - terem assumido a expectativa legítima à readequação, tal qual pactuada e como é próprio dos ‘contratos evolutivos’. Essa expectativa legítima pode ser traduzida em termos econômicos, pois, certamente, impacta na estipulação do preço contratual. Fiado na possibilidade de renegociar preços, em caso de *hardship*, o contraente pode ter deixado de ‘embutir’ valores que compensassem, ou quando menos mitigassem, o risco assumido” (A Cláusula de *Hardship*..., p 21).

⁷⁸⁸ - GOLDBERG, Victor P. Price-Adjustment in Long-Term Contracts. *Wisconsin Law Review*, 1985, p. 532.

⁷⁸⁹ - GOMES, Júlio. Cláusulas de *Hardship*..., p. 184. Nesse sentido: “[a] própria possibilidade de rescisão é, freqüentemente, ilusória: a procura de um novo parceiro pode revelar-se difícil e onerosa ou, inclusive (como quando p. ex. o mercado se acha dominado por um pequeno número oligopólios ou a oferta é escassa e os produtores já têm relações preferenciais ou exclusivas com outros compradores) condenada de antemão ao fracasso ou desaconselhável por razões políticas (p. ex. em virtude da solidariedade entre os países desenvolvidos) ou econômicas (p. ex. em razão do montante de investimento já realizado)”.

the contract. It is definitely a way to encourage 'the parties to take into their hands their contractual destiny'. Those clauses have become standard in international contracts."⁷⁹⁰

Percebe-se, deste modo, a importância que tais formas de *fuga do juiz* têm assumido no cotidiano negocial das empresas, especialmente no âmbito da alocação de riscos e alteração de circunstâncias negociais. A ideia é afastar do negócio a imprevisibilidade passível de advir de decisões judiciais e/ou arbitrais.

Na contramão dessa tendência, JUNQUEIRA DE AZEVEDO, em artigo que analisa o modelo da revisão contratual brasileiro, destaca que as cláusulas de *hardship* não são usuais na prática jurídica nacional. Atribui a baixa frequência de utilização da cláusula nos negócios nacionais à instabilidade de fatores jurídicos e econômicos relacionados à composição do preço, ao custo elevado para sua negociação e por força de elementos relacionados à cultura jurídica. Ressalta que o obstáculo principal à difusão da cláusula na práxis brasileira relaciona-se, principalmente, à garantia de efetividade do mecanismo, sendo que até mesmo grandes empresas são obrigadas a se socorrer do poder jurisdicional para fazer valer a obrigação de renegociar.⁷⁹¹

Nessa medida, a despeito de considerarmos louvável a tentativa de buscar sempre a composição entre as partes, até mesmo porque a colaboração tende a elevar os ganhos com a transação econômica,⁷⁹²⁻⁷⁹³ aspectos de ordem prática, principalmente pela baixa

⁷⁹⁰- GOMES, Júlio. Cláusulas de Hardship..., p. 190.

⁷⁹¹- AZEVEDO, Antonio Junqueira. Relatório Brasileiro..., pp. 187-188.

⁷⁹²- O estudo da Teoria dos Jogos deixa claro que, havendo um número indefinido de "jogadas", tal qual, usualmente, ocorre nos contratos empresariais de longa duração, a jogada ótima é aquela em que os jogadores colaborem entre si, elevando o nível de confiabilidade e reduzindo custos de transação. As soluções cooperativas são, em regra, menos custosas do que aquelas em que há disputa entre as partes. Para maiores informações a respeito, ver DA COSTA, Francisco Araújo; SANDER, Luis Marcos (trad.). COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia...*, pp. 56-59. Ao tratar da Teoria dos Jogos, MACNEIL vale-se ainda do "Chicken game" para expor a relevância do aspecto colaborativo nos contratos empresariais: "[o] Chicken game, também conhecido como Hawk-Dove game, é um modelo famoso de conflito para dois jogadores na Teoria do Jogo. O princípio do jogo é que embora cada jogador prefira não se render ao outro, o resultado em que nenhum jogador se rende é o pior possível para ambos. O nome 'chicken' tem sua origem em um jogo em que dois motoristas dirigem em direção um ao outro em uma rota de colisão: um tem de desviar ou ambos morrerão no acidente, mas se um motorista desviar e o outro não, ele ou ela serão chamados de 'chicken' (covarde)" (MACNEIL, Ian R. *O novo contrato social*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 96, nota de rodapé 61). TOMASEVICIUS FILHO, em alusão a ROBERT AXELROD, também destaca a relevância da reiterada interação entre as partes, como fator que propicia o surgimento da cooperação. Nesse sentido, cita a estratégia "viva e deixe viver" dos soldados entrincheirados na Primeira Guerra Mundial. Conta-se, basicamente, que, pouco a pouco, os soldados perceberam que, se não atacassem seu inimigo, não seriam contra-atacados. Então, diante desse reiterado comportamento, a cooperação emergiu em cenário extremamente hostil, permitindo até mesmo a confraternização dos inimigos durante época de Natal (*Informação Assimétrica...*, p. 390).

frequência de utilização na prática comercial brasileira, parecem desaconselhar a imposição genérica de um dever de renegociar aos contratantes. É nesse sentido que FORGIONI comenta ser “*defeso à parte abusar de sua prerrogativa de não modificar o contrato*”, sendo, no entanto, “*notórias as dificuldades de se impedir o oportunismo, em virtude das fronteiras que separam o abuso do direito de não se vincular*”.⁷⁹⁴ A autora alerta outrossim para o fato de que o comportamento oportunista, na renegociação, ao invés de manter o vínculo contratual, pode ter o efeito oposto, levando a contraparte a evitar fazer maiores investimentos no negócio.⁷⁹⁵

MONTEIRO, igualmente, destaca que “[n]o plano das cláusulas de renegociação pode, por exemplo, revelar-se delicada a questão de saber se, de facto, uma alteração das circunstâncias dificultou e, no caso afirmativo, em que medida, o cumprimento do contrato por uma das partes ou, se, ao invés, se trata, na invocação da referida alteração, de um comportamento oportunista”.⁷⁹⁶

Mas, não bastasse isso, fato é que, conforme já referido em relação ao artigo 1467 do *Codice*, a redação do artigo 479 do Código Civil deixa expresso que a iniciativa para evitar a resolução contratual deve partir do réu da demanda resolutória. O teor da regra parece, a *contrario sensu*, afastar qualquer pretensão por parte do contratante lesado de exigir, previamente, a renegociação contratual.

O mecanismo da lei parece ser até mesmo mais eficiente do que a exigência de prévio dever de renegociação. Por meio da ação judicial, dá-se notícia da onerosidade excessiva ao réu, cabendo a este avaliar se lhe é ou não conveniente renegociar o equilíbrio contratual. Em sendo, abre-se espaço para a renegociação, com o oferecimento para alteração das condições do contrato; do contrário, prossegue-se com a demanda resolutória.

⁷⁹³- PENTEADO é, plenamente, favorável às tentativas de composição entre as partes: “*a alternativa de renegociar o contrato é a melhor maneira de preservar o que a doutrina do séc. XIX diria ser a vontade dos contratantes, dito de outro modo, seria o melhor modo de manter o pactuado, revendo o que deve ser revisto diante da alteração de circunstâncias. Não apenas em termos de pretensão respeito a valores éticos como o sentido da palavra dada, mas seria a solução dotada de maior grau de eficiência, visto que é pouco custosa e pode arranjar novamente e realocar riscos, as partes integrando por si próprias, com base nos parâmetros com os quais concordem trabalhar, para a integração do contrato incompleto diante de uma determinada vicissitude*” (PENTEADO, Luciano Camargo. *Integração de...*, p. 334).

⁷⁹⁴- FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral...*, p. 188, nota de rodapé 78.

⁷⁹⁵- FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral...*, pp. 188-189.

⁷⁹⁶- Cláusulas de Hardship..., p. 182.

Como dito (item 2.2.4), talvez a melhor solução seja introduzir um efetivo procedimento de mediação nesse momento processual.

Vale destacar que a técnica da lei, inclusive, protege os interesses do autor, dado que, como já visto, o simples pedido de renegociação não suspende a exigibilidade do contrato: é somente com a citação válida do réu na ação resolutória que o autor, caso, efetivamente, esteja a se tratar de caso de onerosidade excessiva, poderá ver afastado os efeitos do inadimplemento, conforme parte final do artigo 478 (item 0).

Ademais, é notório que, na prática comercial, as partes, antes de dar início a um litígio, sempre tentam renegociar a questão sobre a qual estão em desacordo. É somente quando não se compõem, amigavelmente, que partem para a opção litigiosa. Assim, uma prévia exigência legal de renegociação seria, no mais das vezes, redundante.

No que toca à aplicação do artigo 479 aos contratos empresariais, parece-nos que o julgador estaria autorizado a homologar eventual proposta de alteração contratual apresentada pelo réu, ainda que a contragosto do autor, sempre que esta trouxesse o contrato para nível em que o lesado deixasse de sofrer prejuízos com o negócio. O contrato, nesse caso, teria sido readequado à sua álea normal, razão pela qual não haveria mais fundamento para que se determinasse a resolução contratual. É nesse senso que GALGANO, em referência a excerto jurisprudencial da Corte de Cassação Italiana, expõe que a proposta de alteração das condições contratuais pode ser considerada equitativa quando fossem eliminados os requisitos para o pedido de resolução por onerosidade excessiva.⁷⁹⁷

Não nos parece, assim, existir fundamentos para que, no atual panorama jurídico-econômico nacional, imponha-se um dever prévio de renegociação aos contratantes. Em nossa opinião, eventual renegociação dos termos contratuais pode ser feita, extrajudicialmente, entre as partes, ou mesmo, durante o curso da demanda, por meio da faculdade prevista no artigo 479.

3.4 Contratos entre partes empresárias Iguais e Desiguais.

De especial destaque dentro do rico quadro das relações interempresariais, há ainda a questão da dependência econômica de um agente econômico frente a outro, com reflexos inegáveis ao programa contratual. Muito tem se discutido a respeito das distinções entre as

⁷⁹⁷ - GALGANO, Francesco. *Il Contratto*. Milão: Cedam, 2007, p. 521, nota de rodapé 67.

negociações firmadas entre partes empresárias de igual paridade de forças (contrato entre iguais) e aquelas celebradas entre um agente econômico em posição dominante sobre o outro (contrato entre desiguais).

Sob esse aspecto, alguns autores têm defendido a necessidade de uma tutela diferenciada do empresário tido como parte *vulnerável* da relação, com a aplicação extensiva de dispositivos do Código de Defesa do Consumidor.⁷⁹⁸ Tal proposta é corroborada por comercialistas de renome, como COELHO, segundo o qual, nos contratos entre empresários *desiguais*, “o mais adequado, a rigor, seria a atualização do direito positivo brasileiro, de modo que os contratos entre empresários ficassem sujeitos a regras próprias”, mas, “enquanto a atualização não se realiza, justifica-se a aplicação analógica da legislação consumerista em favor do empresário vulnerável.”⁷⁹⁹

Em posicionamento semelhante, LIMA MARQUES também acredita que o Código de Defesa do Consumidor pode ser aplicado a relações entre partes empresárias, quando uma das partes vier a se equiparar à condição de consumidor. Argumenta, nesse tocante, que “[a] entrada em vigor do Código Civil de 2002 representa assim uma chance para a teoria finalista”.⁸⁰⁰

Nessa toada, no que toca à alteração de circunstâncias em contratos interempresariais firmados entre desiguais, COELHO entende que a problemática resolver-se-ia de modo bastante simples: entre contratantes “com recursos para entabular negociações devidamente informados sobre a exata extensão dos direitos e obrigações em contratação”, “aplica-se o regime cível; entre empresários desiguais, aplicam-se as normas especificamente editadas para o contrato (p. ex., as da lei sobre representação comercial) ou o regime do direito do consumidor (...).”⁸⁰¹ Como consequência desse raciocínio, alguns poderiam vir a concluir que, entre contratantes iguais, “o contrato é lei entre as partes”⁸⁰²; porém, entre os desiguais, uma vez que se entendeu pela possibilidade de aplicação analógica do Código de Defesa do Consumidor, a revisão seria permitida

⁷⁹⁸ - MIGUEL, Paula Castello. *Contratos entre empresas...*, p. 162.

⁷⁹⁹ - COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito...*, p. 20.

⁸⁰⁰ - MARQUES, Cláudia Lima. *A chamada nova...*, pp. 81-82.

⁸⁰¹ - COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito...*, p. 20.

⁸⁰² - COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito...*, p. 20.

amplamente, até mesmo em hipótese de inexistência de fato imprevisível (art. 6º, inc. V, Código de Defesa do Consumidor).

Nada obstante, discordamos de referido posicionamento. A toda evidência, não há como se equiparar contratos de consumo a contratos interempresariais, sob pena de se atrapalhar o fluxo econômico com a aplicação de regramento, absolutamente, descasado da realidade negocial dos contratos empresariais.⁸⁰³ O espírito protecionista de mencionado corpo legal em nada se coaduna com a tônica da atividade empresarial (obviamente, no que se refere às relações *interempresariais*, e não às *relações empresário-consumidor*). Os empresários, homens, nas palavras de LISBOA, “*hábeis, atilados, e perspicazes na condução de seus negócios*”,⁸⁰⁴ jamais poderiam ter tratamento semelhante ao dos indefesos consumidores.⁸⁰⁵

Assim, proposta mais bem sucedida parece ser aquela já mencionada, que traz a lei Antitruste (Lei 12.529 de 30.11.2011) como fundamento à proteção do empresário.⁸⁰⁶ É nesse sentido a advertência de FORGIONI:

⁸⁰³ - Com relação a esse aspecto, estamos, absolutamente, de acordo com FORGIONI acerca da “*premente [necessidade de se] resgatar os contratos comerciais para impedir sua absorção pelo consumerismo e, conseqüentemente, o alvitamento da racionalidade própria ao direito empresarial*” (FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral...*, p. 44).

⁸⁰⁴ - SILVA, José da Silva. *Princípios de direito mercantil e leis da Marinha*, Rio de Janeiro: Typographia Academica, 1874, p. 504 *apud* FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral...*, 2009.

⁸⁰⁵ - Assim já se posicionou a jurisprudência do Tribunal paulista: “[s]eria, se fosse verdadeira a afirmativa, uma autocondenação da ingenuidade, atípica dos empresários do setor. (...) Porém, ainda que com os ventos abrandando os conceitos da *pacta sunt servanda* em favor dos hipossuficientes que sofrem com os contratos de adesão, na hipótese falta literalidade do afirmado pacto que proporcionou o abuso de direito por parte da concedente. Veja-se que o litígio envolve empresas sólidas e que são ativas no mercado por obra de um longo passado comercial e por contar com apoio de departamentos estratégicos de cálculo de riscos dos investimentos. Como situar a apelante como parte fraca ou dominada em relação não escrita? (...) Aqui não há espaço para julgamentos de equidade ou interpretação analógicas, data venia. Ou merece o concedente a condenação pelo dolo voltado ao rompimento do elo de confiança comercial que surgiu por fatos concretos, ou não. Não existe meio termo. Dúvidas são eliminadas quando o juiz interpreta um contrato de adesão e opta pelo consumidor (art. 47 da Lei 8078/90) e não quando decide uma controvérsia derivada de um projeto comercial de empresas que rasgam o sudeste brasileiro em busca de progresso. (...) A autora assumiu um risco enorme com o empreendimento e não conseguiu provar que a derrocada deveu-se ou agravou-se devido a rompimento de promessas ou obrigações de trato comercial recíproco celebrado de maneira informal. A responsabilidade, portanto, é exclusiva da autora.” (TJ-SP, 3ª Câmara de Dir. Privado, Apel. n. 82.608.4/0, Rel. Des. ÊNIO SANTARELLI ZULIANI, j. 30.11.1999).

⁸⁰⁶ - Sobre a relação entre direito contratual e direito da concorrência, observe-se como se manifestou VETTORI: “[l]a verità è che nell’intero settore dei contratti fra imprese occorre una riflessione attenta e puntuale sul rapporto fra disciplina del contratto e regole di concorrenza, con una precisa consapevolezza. Le asimmetrie di potere sono frutto spesso delle imperfezioni del mercato che non offre alle imprese dipendenti alternative per sottrarsi alla dominazione. Sicché le strade dell’antitrust e del diritto dei contratti possono intrecciarsi dato che l’efficienza e la repressione degli abusi sono obiettivi condivisi da entrambi. Ciò non

*“A exposição até aqui empreendida não deve levar à conclusão de que o empresário em posição de sujeição ao poder do outro não seja digno de tutela. Finque-se bem, contudo, a seguinte advertência: essa proteção deverá se dar em conformidade com as regras e os princípios do direito mercantil e não da lógica consumerista, incompatível com as premissas daquele sistema.”*⁸⁰⁷

Desse modo, em casos de contratação realizada no contexto de dependência econômica (contrato entre desiguais), é a tutela da legislação antitruste que deve ser aplicada, sendo, sem razão, a nosso ver, o socorro à legislação consumeirista.⁸⁰⁸ É nesse mesmo sentido que RIBEIRO e GALESKI JUNIOR defendem que “[a]penas o abuso de poder econômico permite que se imiscua na relação contratual para que haja o nivelamento das partes”, não se compreendendo “necessário invocar-se diplomas como o Código de Defesa do Consumidor para que possa haver a equiparação das partes empresárias”.⁸⁰⁹

Conforme explica SALOMÃO FILHO, a dependência econômica é a “*verdadeira fonte jurídico-concorrencial da coerção*”, critério chave para a caracterização de prática ilícita pelo agente econômico. A coerção impede a concretização da livre escolha, “*elemento central organizativo de todo o funcionamento do mercado*”, forçando a aquisição de produtos que, em contexto diverso, não viria a ocorrer (negociação compulsória). Essa situação caracteriza-se, essencialmente, pela ausência de alternativas razoáveis e suficientes ao agente econômico dependente, o qual, nessas condições, vê-se obrigado a concluir determinado negócio jurídico com a contraparte.⁸¹⁰

significa negare la rispettiva autonomia ma valorizzare le connessioni laddove siano evidenti e utili” (VETTORI, Giuseppe. Il diritto..., p. 2159).

⁸⁰⁷ - FORGIONI, Paula Andrea *Teoria Geral...*, p. 35.

⁸⁰⁸ - Talvez a remissão a legislação do consumidor, deva-se à falta de familiaridade da lei Antitruste na esfera nacional. Como destaca FORGIONI, “[a]inda são poucas as faculdades de direito que mantém cursos dedicados à matéria concorrencial. Igualmente, os exames para habilitar os bacharéis ao exercício da advocacia não exigem que o candidato se debruce sobre essa área do direito tão importante para a proteção dos consumidores e das empresas” (FORGIONI, Paula Andrea. *Os Fundamentos do Antitruste*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 155).

⁸⁰⁹ - *Teoria Geral...*, p. 214.

⁸¹⁰ - SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial - As condutas*. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 204-205. Sobre este ponto, explica SALOMÃO FILHO que: “[c]omo foi visto antes, a constatação da insuficiência da explicação marginalista leva à reafirmação do subjetivismo da escolha econômica. Se assim é, a possibilidade efetiva de escolha (concorrência) é o elemento central organizativo de todo o funcionamento do mercado. Então, é fundamental que essa escolha seja livre. Ela não pode ser determinada por qualquer força externa que não seja a vontade do consumidor. Daí o valor da coerção como critério de determinação da existência de ilícito. (...) A coerção é jurídica, no sentido de que leva o consumidor a praticar ato jurídico (aquisição de produto) que em outras situações não praticaria. Apesar de produzir efeitos na esfera jurídica, sua fonte está, no entanto, nos fatos da vida econômica. Sua verificação prática é, portanto, eminentemente casuística”.

Ainda consoante lição de SALOMÃO FILHO, a relação de dependência econômica gera a presunção relativa de existência de coerção na celebração do negócio. Tal presunção somente pode ser afastada por meio de argumento econômico que dê cabo à possível relação causal entre dependência econômica e a realização (ou não-realização) de determinada transação.⁸¹¹ Nessa toada, a fim de afastar a ilicitude da conduta, há que ficar, inequivamente, demonstrado que a concretização do negócio não ocorreu tão somente em razão da objetiva falta de alternativas ao agente econômico.⁸¹²

Dentre as diversas práticas de negociação compulsória passíveis de serem adotadas em mercado é relevante destacar a denominada “dependência empresarial”, classificada por SALOMÃO FILHO, como uma das modalidades de dependência relativa.⁸¹³ A dependência empresarial estaria presente nas relações contratuais, de fato ou de direito, de longa duração, em que se estabelecem fortes vínculos econômicos entre as partes. Ilustrações típicas, nesse tocante, seriam a do contrato de fornecimento de longo prazo, em que o fornecedor faz investimentos em suas instalações em função de necessidades específicas do comprador, ou ainda a do contrato de distribuição, em que o distribuidor cria sua reputação em torno da marca do produtor.⁸¹⁴

É nesse sentido que GORDON faz referência à “*face escura*” dos contratos relacionais (muitos contratos interempresariais têm essa característica). Discorre o autor que “*what starts out as a mere inequity in market power can be deepened into persistent domination on one side and dependence on the other...this is not slavery, since the parties are legally free to exit; but the whole perspectiv of relational contract suggests that sunk*

⁸¹¹ - SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial...*, p. 206.

⁸¹² - SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial...*, p. 206. Nesse sentido: “[a]qui é importante fazer duas ressalvas. Em primeiro lugar, é preciso deixar claro que a coerção presume-se da dependência – e por uma razão muito simples. Exatamente porque o direito concorrencial constitui uma proteção institucional da concorrência, e não uma proteção individual de determinados agentes econômicos, a coerção concorrencial é teórica, caracterizada pela inexistência de alternativas econômicas. Pouco importa se, no caso concreto, o consumidor se sentiu ou não coagido. A possibilidade de coerção de um consumidor desconhecido e indeterminado leva à limitação efetiva da concorrência. (...) A segunda ressalva é ainda mais importante. O que foi dito acima não torna e nem poderia transformar o conceito de dependência em algo subjetivo. A inexistência de alternativas não é determinada a partir das preferências subjetivas de um determinado agente econômico, mas baseada em rica casuística que permite a determinação empírica da inexistência objetiva de alternativas”.

⁸¹³ - O autor explica que a dependência relativa dá-se nos casos em que “*determinado agente ou grupo de agentes econômicos torna-se, por específicas relações negociais, vinculado, sem possibilidade de escolha, à empresa que pratica a negociação compulsória*”, sendo que, sob tal rubrica, seria possível identificar-se as seguintes modalidades: dependência de sortimento, dependência empresarial e dependência conjuntural. Para maiores informações a respeito, consultar SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial...*, pp. 213-216.

⁸¹⁴ - SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial...*, pp. 215-216.

costs can matter tremendously, that the trauma of abandoning a relationship around which company has structured all its operations, hiring investment, and planning decisions, can keep it tied into a dependence that its members experience as all the more corrupting because it is in some sense voluntary.”⁸¹⁵

A esse respeito ainda, FORGIONI faz referência ao *buyer's power* dos grandes conglomerados varejistas sobre seus fornecedores. Segundo ela, as grandes redes de supermercados têm, crescentemente, abusado da posição dominante no mercado em que atuam, estrangulando a margem de lucro de seus fornecedores, elevando, excessivamente, sua própria margem de lucro e aniquilando o comércio tradicional de pequeno e médio porte. De acordo com a autora, no âmbito da União Europeia, já foram tomadas diversas iniciativas voltadas ao combate dessas práticas anticoncorrenciais.⁸¹⁶

Portanto, haveria hipóteses em que, não obstante ambas as partes sejam empresárias, um nível mais elevado de intervenção estatal seria aceitável. O intuito dessa interferência, contudo, não seria a de tutelar um ente considerado *hipossuficiente* na relação, tratando o empresário como um *toló irresponsável* e objetivando a correção de erros por ele perpetrados no exercício de sua atividade. No entendimento de FORGIONI, “*eventual situação de dependência econômica não autoriza a pressuposição de hipossuficiência, apenas ilumina a compreensão do contexto contratual e a interpretação da avença*”.⁸¹⁷

Em muitos casos, a dependência econômica está relacionada ao abuso do poder econômico⁸¹⁸ que o agente econômico, de posição dominante, pratica em determinado segmento de mercado. Nas palavras de SALOMÃO FILHO, “[a]buso é uso anormal, além da finalidade (do latim *abutere*). A expressão ‘abuso do poder econômico’, entendida como desvio de função do poder, sem dúvida significa conduta estratégica, visando à obtenção dos efeitos anticoncorrenciais (dominação dos mercados, eliminação da concorrência e

⁸¹⁵ - GORDON, Robert W. Macaulay, Mcneil and the Discovery of Solidarity and Power in Contract Law. *Wisconsin Law Review*, 1985, p. 570 *apud* GOMES, Júlio. *Cláusulas de Hardship...*, 1997.

⁸¹⁶ - FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral...*, p. 329.

⁸¹⁷ - FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral...*, p. 420-421.

⁸¹⁸ - “A primeira – mas não a única, e nem talvez a mais comum – forma de coerção dá-se através do exercício do poder econômico. Em face da ausência de concorrência, isto é, da impossibilidade de escolha no mercado do produto primário e da inviabilidade de sua substituição, o consumidor ou agente econômico se vê constrangido a aceitar o produto secundário vinculado à aquisição do bem principal” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial...*, p. 111).

aumento arbitrário dos lucros)”.⁸¹⁹ Em geral, os agentes econômicos, em posição dominante, passam a se portar de forma indiferente aos demais participantes do mercado, agindo como se não houvesse concorrência, em comportamento similar ao do monopolista.⁸²⁰

A ação estatal, nesse sentido, visaria apenas a “*coibir os abusos propiciados pela dependência econômica de um em relação ao outro, sob pena de consagrarmos igualdade meramente formal.*”⁸²¹ A tutela do empresário, sob essa ótica, fundar-se-ia, essencialmente, em garantir-lhe o livre acesso ao mercado, conforme promessa constitucional (art. 170, inc. IV, Constituição Federal) e nos termos da Lei Antitruste (Lei 12.529 de 30.11.2011).

O prejuízo do dependente somente é tutelado ante condutas que deixem de beneficiar a eficiência de todo o sistema de trocas.⁸²² Deixam-se de lado, pois, as hipóteses em que o interesse do dependente é prejudicado, em prol do lucro egoístico do contratante de maior poder. Visa-se, nesse sentido, evitar comportamentos oportunistas dos fornecedores, viabilizando-se a sanção de condutas abusivas (artigo 187, Código Civil),⁸²³

⁸¹⁹ - SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial...*, p. 111.

⁸²⁰ - FORGIONI, Paula Andrea. *Os Fundamentos...*, pp. 256-257. Conforme destaca a autora, “[o] comportamento do monopolista é caracterizado pela ausência de riscos, ou seja, o detentor da posição dominante pode dar-se à adoção de estratégia de mercado que, se não coroada de sucesso, não lhe trará prejuízos de monta, como ocorreria em um mercado competitivo. Diante do ‘erro estratégico’ do monopolista, não haverá agentes econômicos que dele poderão aproveitar-se, penalizando o engano cometido”.

⁸²¹ - FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral dos Contratos...*, p. 94.

⁸²² - FORGIONI, ao tratar da dependência econômica de pequenos e médios distribuidores com relação a grandes fornecedores, leciona que “*essa proteção deve ser temperada pela eficiência do sistema de distribuição globalmente considerado. De nada adianta proteger a realização de investimentos se a distribuição indireta for transformada em um sistema ineficaz de escoamento de produtos. Não podemos liberar o distribuidor dos riscos inerentes à sua empresa, mesmo porque essa conta seria paga por toda a sociedade, e não apenas pelo fornecedor*” (FORGIONI, Paula Andrea. *Contrato de Distribuição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 360).

⁸²³ - FORGIONI explica que a utilização da teoria do abuso de direito é apenas uma das formas de explicar a licitude (ou ilicitude) do abuso de posição dominante. Outra forma a que a autora faz referência é a do pensamento da Escolha de Chicago, segundo a qual “*a eliminação de empresas menos eficientes serviria ao propósito da Lei Antitruste*” (FORGIONI, Paula Andrea. *Os Fundamentos...*, p. 263). É válido destacar que, a despeito da menção feita à teoria do abuso de direito, FORGIONI aponta algumas críticas que podem ser feitas a esta corrente: “[o] poder econômico não é um direito, mas sim um fato, uma situação (fática) que proporciona ao agente econômico indiferença e indendência em relação aos outros agentes, às leis de mercado. O ‘abuso do poder econômico’ não trataria do abuso de um direito, mas sim do abuso de um ‘fato’, de uma posição (e não de um poder derivado de um direito, assegurado pelo ordenamento jurídico). Em outras palavras, quando se diz que há abuso do direito de propriedade, identifica-se um mau uso de um direito que é atribuído ao sujeito pelo ordenamento jurídico (o direito de propriedade). Ao invés, quando falamos de ‘abuso do poder econômico’, não há um direito a que possamos nos referir e que atribua ao agente o ‘poder econômico’ ou sua situação de independência e indiferença. No máximo, o poder econômico deriva da utilização de uma liberdade econômica (v.g., liberdade de concorrência), mas não é por esta instituído” (p. 265).

em situações de dependência econômica. Assim, “*longe de ser uma atitude protecionista, esse ponto de vista trabalha a favor da eficiência do sistema como um todo, na medida em que coíbe o oportunismo e aumenta o grau de segurança e previsibilidade jurídicas*”.⁸²⁴

Ressalte-se que situações de dependência econômica devem ser analisadas com grande parcimônia pelo julgador, de forma a evitar a dar tratamento equivocado aos casos de onerosidade excessiva em contratos empresariais. Afinal, a aplicação do “*regime dos desiguais a empresários iguais, na medida em que afasta o cumprimento do contratado, causa imprevisibilidade e dificulta o cálculo empresarial*”.⁸²⁵

De outra banda, é importante salientar, conforme apontamento de FORGIONI, que a simples situação de dependência econômica não é causa suficiente para que se altere o conteúdo do pacto (em se tratando de alterações de mercado dentro das áleas normais do contrato). Autorizar-se-ia o juiz a condenar o abuso do estado de dependência econômica;⁸²⁶ mas sem que lhe fosse concedido os poderes para negociar em nome das partes.⁸²⁷ Esta prerrogativa seria exclusiva das partes, pois “*quem deve decidir sobre a melhor forma de atuar no mercado é o agente econômico, não o juiz.*”⁸²⁸ Portanto, qualquer alteração sobre o teor do contrato somente pode ocorrer por meio do consenso das partes.⁸²⁹

No entanto, isso não quer dizer que a situação de dependência econômica não tenha qualquer relevância para fins de aplicação do modelo da onerosidade excessiva constante

⁸²⁴ - FORGIONI, Paula Andrea. *Contrato de Distribuição...*, p. 431.

⁸²⁵ - COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito...*, p. 22.

⁸²⁶ - “*Sempre com base no art. 47 da Lei 12.529/2011, bem assim nas regras gerais do Código Civil, as partes que experimentam prejuízos em decorrência de práticas empresariais que configuram atentado à ordem econômica possuem legitimidade para requerer, junto ao Poder Judiciário, a condenação das infratoras ao pagamento de perdas e danos*” (FORGIONI, Paula Andrea. *Os Fundamentos...*, p. 155).

⁸²⁷ - FORGIONI, Paula Andrea. *Contrato de Distribuição...*, p. 438. Explica a autora, na mesma página que “*o contrato de distribuição não implica uma sociedade entre fornecedores e distribuidores, não se acordou a divisão de áleas comuns. Se assim é, na contratação (ao contrário do que acontece na constituição de uma sociedade) cada parte assume apenas e tão-somente os riscos relativos ao seu negócio. É verdade que há uma interdependência de áleas, mas também é certo que elas não se confundem e uma parte não pode ser forçada a arcar com os riscos da outra. Afinal, tem-se apenas a instauração de um contrato de colaboração, relacional, de longa duração – e não de uma sociedade*”.

⁸²⁸ - FORGIONI, Paula Andrea. *Contrato de Distribuição...*, p. 439.

⁸²⁹ - FORGIONI, Paula Andrea. *Contrato de Distribuição...*, p. 439. Acrescente-se ainda a seguinte ideia situada na mesma página: “*[o] dogma da vinculação ao texto constitucional deve ser respeitado não por apreço a um princípio ultrapassado, mas por proteção do sistema, que requer segurança e previsibilidade para o funcionamento do mercado: a autonomia privada e o respeito aos vínculos contratuais possibilitam o fluxo de relações econômicas*”.

dos artigos 478 a 480 do Código Civil. Como visto (item 3.2), em se tratando de contratos firmados entre partes empresárias, a resolução contratual estaria autorizada nos casos em que, a despeito de o ente econômico ter cumprido, diligentemente, com o ônus de se informar, concretizou-se (ou será concretizado) determinado risco, que extirpar-lhe-á a possibilidade de auferir ganhos com o negócio, sem que haja perdas à contraparte. Nessa medida, parece-nos que a averiguação do ônus de se informar deverá ser atenuada frente à possível situação de dependência econômica: o dependente, em razão da coerção exercida pela contraparte, ainda que tenha buscado informações suficientes a respeito do negócio, não teve a chance de barganhar e exercer, amplamente, sua autonomia negocial.

O julgador, em casos tais, parece-nos, deverá ser menos rigoroso na verificação do cumprimento ao ônus de se informar, o que significa dizer que, em razão da situação do ilícito concorrencial, o nível de diligência do contratante empresário poderá ter sido abaixo daquele esperado para o homem ativo e probo de determinado setor de mercado, influenciando, portanto, na prévia repartição dos riscos entre as partes.

Não nos afigura ainda que resolução por onerosidade excessiva, nesses casos, elimine o direito a pedir indenização pela coerção exercida. As pretensões são diversas e atuam em planos distintos: a resolução visa a sanar e/ou a impedir a materialização de perdas decorrentes da alteração de circunstâncias; já a indenização tem como efeito recompor eventuais danos que a situação de dependência econômica, como um todo, tenha gerado ao agente econômico dependente.

Note-se que isso não significa tratar o empresário dependente como hipossuficiente, igualando-o ao consumidor. Diversamente da analógica aplicação da regra consumerista, que permitiria a efetiva revisão do contrato apenas em razão do desequilíbrio das prestações (art. 6º, V, Código de Defesa do Consumidor), o que se vislumbra é um critério diverso para se preencher os conceitos legais indeterminados do artigo 478, mais, especificamente, o que trata da imprevisibilidade do evento superveniente. Se, para identificar a hipótese de onerosidade excessiva, o julgador deve buscar integrar o contrato com elementos da prática mercantil, não poderá ele olvidar do estado de dependência econômica, sob pena de proferir decisão descolada da realidade social.

Atento a essa nuance do mundo negocial, o redator do Projeto de Lei nº 1572/2011, ao abordar os princípios gerais dos contratos empresariais afastou a aplicabilidade do

Código de Defesa do Consumidor das relações interempresariais e, tratou, expressamente, das relações contratuais assimétricas oriundas da dependência econômica:

“Art. 298. No que não for regulado por este Código, aplica-se aos contratos empresariais o Código Civil.

Parágrafo único. O Código de Defesa do Consumidor não é aplicável aos contratos empresariais”.

“Art. 306. A proteção que este Código libera ao contratante economicamente mais fraco, nas relações contratuais assimétricas, não pode ser estendida para preservá-lo das consequências econômicas, financeiras, patrimoniais ou administrativas de suas decisões na condução da empresa.

§1º A assimetria das relações contratuais entre empresários será considerada pelo juiz em razão direta da dependência econômica entre a empresa de um contratante em relação à do outro.

*§ 2º Mesmo nos contratos empresariais assimétricos, a vantagem excessiva de uma das partes relativamente à da outra não é causa de revisão judicial, invalidação do negócio jurídico ou desconstituição de obrigação”.*⁸³⁰

Neste passo, a proposta parece ter andado bem. FIN-LANGER, a esse propósito, bem destaca que a utilização do direito da concorrência para tutelar contratantes dependentes, a despeito de defendida por diversos autores, revela, em realidade, o fracasso do direito contratual em combater esse desequilíbrio de posições entre os entes econômicos. Assim, conclui que *“[c]’est parce que le droit du contrat ne protège pas le professionnels contre de tels déséquilibres, qu’ils utilisent ce droit de la concurrence. (...) Utiliser le droit de la concurrence pour protéger l’équilibre contractuel de certains contrats conclus entre professionnels permet ainsi de comploter les lacunes du droit du contrat, voulues pour éviter un bouleversement de ce droit”.*⁸³¹

No entanto, FIN-LANGER sublinha a incompatibilidade do direito da concorrência em tutelar direitos contratuais dos empresários. Isso porque, segundo ele, a finalidade do direito concorrencial não seria a tutela dos direitos individuais de cada um dos agentes econômicos, mas sim do mercado como um todo.⁸³² É, por essa razão, que FIN-LANGER alerta para o fato de que o direito da concorrência não deve ser mais do que um remédio

⁸³⁰ - O § 1º do texto do dispositivo já foi objeto de emenda supressiva (EMC 57/2013) proposta pelo Deputado Federal Laércio Oliveira. A justificativa apresentada para a supressão foi assim posta: “o dispositivo deve ser suprimido porque é impreciso”.

⁸³¹ - FIN-LANGER, Laurence. *L’équilibre contractuel* ..., pp. 490-497.

⁸³² - Nesse sentido, também afirma FORGIONI: “Ora, não toca ao direito antitruste a disciplina do respeito mútuo às esferas de direito dos sujeitos, mas sim a regulamentação do mercado. Não interessam os concorrentes, mas sim a concorrência” (FORGIONI, Paula Andrea. *Os Fundamentos...*, p. 265).

temporário para combater a dependência econômica, concluindo que o direito contratual deve se completar, a fim de que se evite a utilização de outras searas do direito para resolver questões contratuais.⁸³³

Assim, conclui-se que, no tocante às relações interempresariais assimétricas, é mais adequado que se valham dos vetores do direito concorrencial às regras de direito do consumidor, inclusive para fins de identificação das hipóteses de onerosidade excessiva, sob pena de se subverter a lógica do mundo empresarial e serem proferidas decisões de baixa aderência à realidade social.

3.5 O panorama jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça

Em nossas pesquisas (consolidadas no Anexo 3.5), foram identificados 21 julgados do Superior Tribunal de Justiça questionando a aplicação dos dispositivos pertinentes à onerosidade excessiva (artigos 478 a 480 do Código Civil).⁸³⁴ Destes, a maior parte dos casos (12) referiam-se à revisão de contratos de compra e venda antecipada de soja, em decorrência da variação do preço do produto no mercado *spot*.

A análise a seguir centrar-se-á apenas em referidos casos, em razão da exiguidade do presente trabalho, bem como frente à relevância da temática da revisão de contratos agrícolas, notadamente se se considerar a importância do agronegócio na balança comercial brasileira e o potencial desenvolvimento do setor nos próximos anos, impulsionando o PIB nacional. Com efeito, a despeito do Superior Tribunal de Justiça, aparentemente, já ter posicionamento firme acerca da matéria, há decisões recentes sobre a questão, indicando sua atualidade.⁸³⁵

⁸³³ - FIN-LANGER, Laurence. *L'équilibre contractuel* ..., pp. 490-497.

⁸³⁴ - A pesquisa foi realizada com base na ferramenta de pesquisa de jurisprudência do *site* do Superior Tribunal de Justiça (<http://www.stj.jus.br/SCON/>), selecionando, no campo “legislação”, “Código Civil de 2002 (CC – 2002)”, artigos 478, 479 e 480. Foram selecionados ainda os campos “Acórdãos”, “Súmulas” e “Decisões monocráticas”. Os resultados da pesquisa encontram-se no Anexo 3.5. Com os termos referidos, foram identificados, em pesquisa, 25 julgados do Superior Tribunal de Justiça: (i) 12 referem-se à compra e venda futura de grãos e elevação de custos e/ou alteração do preço do produto negociado em mercado; (ii) 2 estão relacionados à contrato de seguro saúde empresarial e elevação do valor do prêmio; (iii) 1 relaciona-se à dação em pagamento de apartamento para aquisição de terreno; (iv) 1 refere-se à construção de usina hidrelétrica e elevação de custos ocasionados pela elevação da inflação; (v) 1 está relacionado à perda de aparelho celular e alterações no contrato de prestação de serviços de telefonia; (vi) 1 refere-se a contrato de investimentos em moeda estrangeira e desvalorização da moeda; (vii) 1 relaciona-se a descumprimento de acordo extrajudicial; (viii) 1 refere-se à revisão de contrato de locação; e (ix) 5 não tem relação com a temática da onerosidade excessiva. A tabela encontra-se atualizada até a data de 16/12/2014.

⁸³⁵ - A última decisão que consta do *site* do Superior Tribunal de Justiça data de 20 de junho de 2013.

Em reduzida síntese, o cenário subjacente às demandas está relacionado, na generalidade, a contratos de antecipação de compra e venda de soja verde,⁸³⁶ envolvendo, de um lado, grandes empresários brasileiros do *agrobusiness* e; de outro, multinacionais voltadas para a importação e exportação de *commodities* agrícolas (contratos interempresariais). No mais das vezes, há quebras contratuais decorrentes da extrema variação do preço da soja no mercado *spot*, gerando estímulos para que os produtores deixassem de cumprir o previamente acordado. Nesse sentido, fala-se que, na safra 2003/2004, os contratos de antecipação foram celebrados com o valor médio de US\$ 10 a saca de 60 quilos de soja, sendo que, no momento de liquidação do contrato, as cotações chegaram de US\$ 17 a US\$ 54.⁸³⁷ Foi, diante dessa oscilação de preços, que diversos produtores ingressaram com demandas judiciais, alegando a *imprevisibilidade* dessa alteração de mercado e pleiteando, portanto, o desfazimento do vínculo assumido.

Em adição, a causa de pedir de grande parte dos pedidos de revisão dos contratos de soja verde argumenta pela redução da produtividade gerada pela praga da ferrugem asiática e pelas condições climáticas adversas que atingiram a safra daquele período. Na tese dos produtores, estes infortúnios teriam causado a redução de sua produtividade, o que, em conjunto a alguns outros fatores,⁸³⁸ teria acarretado a elevação dos preços da soja.

Em parte dos tribunais estaduais, especialmente no Tribunal de Justiça do estado de Goiás, a tese dos produtores foi vitoriosa, admitindo-se que estes se desvinculassem da prestação, anteriormente, assumida. Já, em sede de recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça rechaçou, amplamente, a tese favorável aos produtores, compreendendo, em suma, que os riscos da variação de preços encontrava-se dentro da álea assumida pelos produtores e que, deste modo, não se deveria permitir que os produtores deixassem de cumprir com o

⁸³⁶ - O denominado contrato de soja verde consiste na antecipação da venda da soja, com vistas ao financiamento da safra (*no caso de pagamento antecipado*) e/ou à mitigação do risco de mercado, com a pré-fixação do preço do quilo da mercadoria. Em geral, os produtores rurais valem-se das Cédulas de Produto Rural (Título de Crédito instituído pela lei n. 8.929 de 22 de agosto de 1994), sendo que os preços a ela referentes podem ser pagos no ato de sua emissão (em antecipação) com a finalidade de financiamento das safras ou podem ser utilizadas, meramente, para fins de assegurar determinado preço futuro, afastando-se os riscos da oscilação de mercado.

⁸³⁷ - REZENDE, Christiane L.; ZYLBERSZTAJN, Decio. Quebras Contratuais e Dispersão de Sentenças. *Revista Direito GV*. São Paulo, jan.-jun., 2011, p. 158.

⁸³⁸ - Além destes, os produtores mencionam ainda a baixa produtividade do mercado de soja norte-americano em face de adversidades climáticas e a alta do dólar no mercado internacional.

acordo ou, na impossibilidade ou frustração dessa finalidade, não fossem responsabilizados.⁸³⁹

Nesse sentido, é relevante destacar a argumentação desenvolvida pelo Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, no julgamento de um dos casos identificados,⁸⁴⁰ *in verbis*:

⁸³⁹ - A seguir, observe-se a ementa de alguns acórdãos do Superior Tribunal de Justiça:

“DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE SAFRA FUTURA DE SOJA. CONTRATO QUE TAMBÉM TRAZ BENEFÍCIO AO AGRICULTOR. FERRUGEM ASIÁTICA. DOENÇA QUE ACOMETE AS LAVOURAS DE SOJA DO BRASIL DESDE 2001, PASSÍVEL DE CONTROLE PELO AGRICULTOR. RESOLUÇÃO DO CONTRATO POR ONEROSIDADE EXCESSIVA. IMPOSSIBILIDADE. OSCILAÇÃO DE PREÇO DA ‘COMMODITY’. PREVISIBILIDADE NO PANORAMA CONTRATUAL. 1. A prévia fixação de preço da soja em contrato de compra e venda futura, ainda que com emissão de cédula de produto rural, traz também benefícios ao agricultor, ficando a salvo de oscilações excessivas de preço, garantindo o lucro e resguardando-se, com considerável segurança, quanto ao cumprimento de despesas referentes aos custos de produção, investimentos ou financiamentos. 2. A ‘ferrugem asiática’ na lavoura não é fato extraordinário e imprevisível, visto que, embora reduza a produtividade, é doença que atinge as plantações de soja no Brasil desde 2001, não havendo perspectiva de erradicação a médio prazo, mas sendo possível o seu controle pelo agricultor. Precedentes. 3. A resolução contratual pela onerosidade excessiva reclama superveniência de evento extraordinário, impossível às partes antever, não sendo suficiente alterações que se inserem nos riscos ordinários. Precedentes. 4. Recurso especial parcialmente provido para restabelecer a sentença de improcedência” (STJ, 4ª T., REsp n. 945.166-GO, Min. Rel. LUIS FELIPE SALOMÃO, j. 28.2.2012); “DIREITO EMPRESARIAL. CONTRATOS. COMPRA E VENDA DE COISA FUTURA (SOJA). TEORIA DA IMPREVISÃO. ONEROSIDADE EXCESSIVA. INAPLICABILIDADE. 1. Contratos empresariais não devem ser tratados da mesma forma que contratos cíveis em geral ou contratos de consumo. Nestes admite-se o dirigismo contratual. Naqueles devem prevalecer os princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória das avenças. 2. Direito Civil e Direito Empresarial, ainda que ramos do Direito Privado, submetem-se a regras e princípios próprios. O fato de o Código Civil de 2002 ter submetido os contratos cíveis e empresariais às mesmas regras gerais não significa que estes contratos sejam essencialmente iguais. 3. O caso dos autos tem peculiaridades que impedem a aplicação da teoria da imprevisão, de que trata o art. 478 do CC/2002: (i) os contratos em discussão não são de execução continuada ou diferida, mas contratos de compra e venda de coisa futura, a preço fixo, (ii) a alta do preço da soja não tornou a prestação de uma das partes excessivamente onerosa, mas apenas reduziu o lucro esperado pelo produtor rural e (iii) a variação cambial que alterou a cotação da soja não configurou um acontecimento extraordinário e imprevisível, porque ambas as partes contratantes conhecem o mercado em que atuam, pois são profissionais do ramo e sabem que tais flutuações são possíveis. 5. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, 4ª T., REsp n. 936741 - GO, Min. Rel. ANTONIO CARLOS FERREIRA, j. 3.11.2011); “Civil. Recurso especial. Ação revisional de contratos de compra e venda de safra futura de soja. Ocorrência de praga na lavoura, conhecida como ‘ferrugem asiática’. Onerosidade excessiva. Pedido formulado no sentido de se obter complementação do preço da saca de soja, de acordo com a cotação do produto em bolsa que se verificou no dia do vencimento dos contratos. Impossibilidade. Direito Agrário. Contrato de compra e venda de soja. Fechamento futuro do preço, em data a ser escolhida pelo produtor rural. Ausência de abusividade. Emissão de Cédula de Produto Rural (CPR) em garantia da operação. Anulação do título, porquanto o adiantamento do preço consubstanciaria requisito fundamental. Reforma da decisão. Reconhecimento da legalidade da CPR. Precedentes. - Nos termos de precedentes do STJ, a ocorrência de ‘ferrugem asiática’ não é fato extraordinário e imprevisível conforme exigido pelo art. 478 do CC/02. - A Lei 8.929/94 não impõe, como requisito essencial para a emissão de uma Cédula de Produto Rural, o prévio pagamento pela aquisição dos produtos agrícolas nela representados. A emissão desse título pode se dar para financiamento da safra, com o pagamento antecipado do preço, mas também pode ocorrer numa operação de ‘hedge’, na qual o agricultor, independentemente do recebimento antecipado do pagamento, pretende apenas se proteger contra os riscos de flutuação de preços no mercado futuro. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, 4ª T., REsp n. 858785- GO, Min.ª Rel.ª NANCY ANDRIGHI, j. 8.06.2010).

⁸⁴⁰ - STJ, 4ª T., REsp n. 936741 - GO, Min. Rel. ANTONIO CARLOS FERREIRA, j. 3.11.2011.

“É preciso deixar claro que o caso dos autos refere-se a contratos empresariais e não a contratos de consumo, nos quais se tem defendido, atualmente, um maior dirigismo contratual, com a consequente relativização dos princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória das avenças.

Nos contratos empresariais, dada a simetria natural que há entre as partes contratantes, a situação é diferente. Não se pode tratá-los da mesma forma que os demais contratos de direito privado, tais como os contratos de trabalho, os contratos de consumo ou mesmo os contratos entre particulares.

O fato de o Código Civil de 2002 ter submetido os contratos cíveis e empresariais às mesmas regras gerais não significa que estes contratos sejam essencialmente iguais. Por isso, os estudiosos e operadores do Direito Empresarial têm defendido a necessidade de um novo Código Comercial, cujo projeto já está em trâmite no Congresso Nacional (PL n. 1.572/2001 da Câmara dos Deputados).

Vale ressaltar que o caso dos autos ainda traz algumas peculiaridades que impedem a aplicação da teoria da imprevisão, prevista no art. 478 do CC/2002 (...)”

No caso sub judice, deve-se reconhecer que: (i) os contratos em discussão não são de execução continuada ou diferida, mas contratos de compra e venda de coisa futura, a preço fixo, (ii) a alta do preço da soja não tornou a prestação de uma das partes excessivamente onerosa, mas apenas reduziu o lucro esperado pelo produtor rural e (iii) a variação cambial que alterou a cotação da soja não configurou um acontecimento extraordinário e imprevisível, porque ambas as partes contratantes conhecem o mercado em que atuam, pois são profissionais que atuam nessa área e sabem que tais flutuações são possíveis”.

Como se lê do excerto acima, a questão da contratação entre partes empresárias, felizmente, já foi apercebida pelos magistrados da instância especial. Especificamente no caso em tela, é de se notar que o relator valeu-se, corretamente, dos critérios da ausência de prejuízos (*“a alta do preço da soja não tornou a prestação de uma das partes excessivamente onerosa, mas apenas reduziu o lucro esperado pelo produtor rural”*), bem como do ônus de se informar (*“a variação cambial que alterou a cotação da soja não configurou um acontecimento extraordinário e imprevisível, porque ambas as partes contratantes conhecem o mercado em que atuam, pois são profissionais que atuam nessa área e sabem que tais flutuações são possíveis”*), para afastar a aplicação do modelo da onerosidade excessiva.

Digna de nota também é a análise realizada pelo Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, especificamente no que toca às considerações acerca da ferrugem asiática.⁸⁴¹ Em seu voto,

⁸⁴¹- STJ, 4ª T., REsp n. 945.166-GO, Min. Rel. LUIS FELIPE SALOMÃO, j. 28.2.2012.

o Ministro esmiúça questões técnicas⁸⁴² relacionadas à praga, de forma a identificar se, dentro do *standard* do mercado de soja, haveria, por parte do produtor, o ônus de adotar medidas de salvaguarda contra eventuais perdas relacionadas à ferrugem asiática. Sua conclusão, sobre esse aspecto, foi posta nos seguintes termos:

“Ademais, a ferrugem asiática na lavoura não é fato extraordinário e imprevisível, visto que, embora reduza a produtividade, é doença que atinge as plantações de soja no Brasil desde 2001, não havendo perspectiva de erradicação a médio prazo, mas sendo possível seu controle pelo agricultor. (...)”

Apesar do grande prejuízo observado nas áreas atingidas pela ferrugem, nota-se que, nas lavouras bem administradas e onde o controle da doença foi eficiente, houve aumento significativo da produtividade, em relação aos anos anteriores à ocorrência da ferrugem. Além de melhorar o manejo da lavoura, com maiores cuidados na adubação, na semeadura e nos demais tratamentos culturais, o controle da ferrugem está propiciando o controle de outras doenças da parte aérea. Essas doenças, quando não controladas, são responsáveis por perdas significativas. (...)”

É digno de realce, ainda, que a publicação também informa que, especialmente em relação a safra 2003/04, a doença em Goiás não chegou a ser tão severa quanto nos anos anteriores, pois ‘a experiência das perdas na safra anterior deixou os produtores de prontidão e ‘armados’, nas áreas atingidas, para o controle químico’”

Em outros termos, conclui o Ministro que, se os riscos já eram de pleno conhecimento por parte do produtor rural daquele determinado mercado, cabia a ele precaver-se do prejuízo, adotando medidas preventivas adequadas. Como não o fez, deve agora arcar com eventuais perdas e dar cumprimento ao contrato de compra e venda firmado.

Nessa linha, percebe-se que a questão levada ao STJ resolveu-se, essencialmente, na aferição do adequado cumprimento do ônus de se informar por parte dos produtores. Embora não se tenha expressado nesses exatos termos, os julgadores verificaram se foram adotadas as medidas de salvaguarda necessárias e esperadas, para assim decidirem sobre a aplicação ou não do modelo da onerosidade excessiva.

Com efeito, a nosso ver, parece não haver grandes dúvidas de que os produtores poderiam, facilmente, ter se precavido dos prejuízos acarretados por tais adversidades, valendo-se para tanto de diversos mecanismos. Dentre estes, cite-se: a contratação de

⁸⁴²- Nesse sentido, o Ministro vale-se de obra intitulada de “*Situação da Ferrugem Asiática da Soja no Brasil e na América do Sul*”, de publicação da EMPRESA BRASILEIRA DE PESQUISA AGROPECUÁRIA (EMBRAPA).

seguro rural; o monitoramento da produção (*collateral management*); aprimoramento técnico de sua mão-de-obra; investimentos em avanços tecnológicos, entre outros.⁸⁴³

O produtor está, cotidianamente, em contato com as lavouras e o trato e manejo destas perfazem a atividade central do negócio por explorado. Esta é sua especialidade (profissionalidade) e é com base nesse conhecimento específico que produz riquezas. Por outro lado, a *trading*, na qualidade de mera exportadora de *commodities*, tem pouco ou nenhum contato com a atividade produtiva (sequer lhes é permitido atuar na produção).⁸⁴⁴ Assim, percebe-se até mesmo que, em função da natural assimetria informacional existente entre o produtor e a *trading*, é muito menos custoso ao primeiro a prevenção ou mesmo contenção dos prejuízos decorrentes dos riscos mencionados. No caso da soja verde, o produtor, além de ter o ônus de se precaver dos riscos inerentes à sua atividade, é também o “*superior risk bearer*”⁸⁴⁵ e o “*cheaper insurer*”⁸⁴⁶ (poderia evitar os danos do risco a um menor custo).

⁸⁴³ - LOEW, Ricardo Ribeiro da Luz. Gestão de Risco Físico e Novo Seguro Rural e Seguro-Garantia na Gestão do Risco de Performance. In BURANELLO, Renato M. (Coord.). *Direito do Agronegócio, Mercado, Regulação, Tributação e Meio Ambiente*. São Paulo: Quartier Latin, p. 615.

⁸⁴⁴ - Segundo BURANELLO, “as trading companies são empresas que adquirem mercadorias no mercado interno, exclusivamente para exportação, não podendo explorar atividades de produção para exportação ou representação comercial internacional” (*Sistema Privado de Financiamento do Agronegócio*, São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 173).

⁸⁴⁵ - De acordo com o entendimento de COOTER e ULEN, a *eficiência* - para eles, um dos objetivos centrais do Direito Privado - exige que os riscos sejam alocados à parte que tem melhores condições de arcar com eles na hipótese de sua concretização. Em outros termos, quer-se dizer que os riscos devem ser deixados a cargo daquele que pode assumi-los ao *menor custo*, evitando-se, pois, o *desperdício de recursos*. Partindo-se dessa constatação, sugere-se, pois, que os riscos sejam alocados à parte que possa tomar *precauções* contra eles ou *diversificá-los* a um menor custo, de modo que em eventual hipótese de *impossibilidade* (em sentido lato, objetivamente ou subjetivamente) do cumprimento da obrigação ou *frustração do objeto do contrato* a responsabilidade civil deve ser atribuída ao “*superior risk bearer*” (COOTER, Robert, ULEN, Thomas. *Direito...*, p. 289).

⁸⁴⁶ - Segundo POSNER e ROSENFELD, em uma paráfrase elaborada por MELVIN A. EISENBERG, não é apenas a precaução *ex ante* do contraente que deve ser levada em consideração em uma análise acerca da alocação dos riscos contratuais; a possibilidade de contratação de *seguro* ou do *auto-seguro* também é algo extremamente relevante. Por meio da utilização destes instrumentos, a parte contratante diversifica seus próprios riscos, seja aderindo a uma determinada carteira de seguros oferecida por uma companhia privada (*contrato de seguro padrão*), seja poupando valores para o caso de eventual concretização do risco ou se valendo de outros mecanismos de diversificação de riscos (*auto-seguro*). Desse modo, conclui-se que aquele que pode diversificar determinado risco a um menor custo (*cheaper insurer*) é quem deve ser responsabilizado em caso de concretização de tal risco (EISENBERG, Melvin A. Impossibility, Impracticability and Frustration. *Journal of Legal Analysis*. v. I, n. I., 2009. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1349482>). PENTEADO faz um alerta quanto a estes critérios pautados pela eficiência econômica, no seguinte sentido: “[e]sse critério, do cheapest cost avoider, ou seja, daquele que tem condições de suportar o risco com menor custo, obedece às razões próprias da economia dos custos de transação, mas sua aplicação, em casos concretos, deve ser feita cum grano salis. Isto porque, por vezes, o critério de cláusulas gerais nem sempre será com ele condizente e elas modulam legalmente a tarefa de integração. O exemplo da boa-fé é paradigmático neste sentido, pois determinando uma atuação ética no

Por outro lado, a resolução contratual, com a alocação de prejuízo à *trading* e à exportadora, gerar-lhes-ia um prejuízo muito maior do que ao produtor rural, reduzindo, em consequência, o excedente obtido com toda a operação econômica. Permitindo a excussão da promessa de entrega, aquelas deverão buscar no mercado *spot* um produto para efetuar a entrega das *commodities*, em geral, já contratadas por terceiro importador. Sob essa circunstância, os prejuízos parecem ser muito maiores aos que compram, antecipadamente, do que as que vendem. Afinal, aqueles que venderam já sabiam de antemão qual era o valor a ser recebido no momento da liquidação da Cédula de Produto Rural⁸⁴⁷ (por vezes, o valor é recebido no ato da contratação) e, desse modo, tinham mais condições de planejar as despesas com a safra ou, ao menos, buscar meio de mitigá-las. Por esse raciocínio, empreendedores bem preparados não deveriam amargar prejuízos, com a alteração futura dos preços. No máximo, haveria uma redução de sua lucratividade.

No caso da safra de 2003/2004, em que houve uma variação máxima de US\$ 44,00 por saca de 60 quilos de soja entre o ato de emissão e o de liquidação da CPR, essa questão fica visível. Caso se permitisse o ulterior desfazimento do vínculo contratual firmado, uma *trading* ou exportadora que encomendou 100 sacas de soja teria que desembolsar cerca de US\$ 4.400,00 a mais, o que representaria uma variação de 440% (quatrocentos e quarenta por cento). Em tese, essa mesma variação não deveria atingir o produtor rural nesse patamar. Afinal, já antes da safra, o produtor teria adquirido os insumos e demais elementos necessários para a produção (ciente do valor que receberia no futuro), reduzindo eventuais prejuízos, comparativamente, ao promissário.

Nesse sentido, o posicionamento da instância especial, a nosso ver, encontra-se alinhada com as expectativas dos *players* do mercado de grãos de soja. No caso concreto, bem se sabe que as decisões liberatórias proferidas pelos tribunais estaduais acarretaram, ao final, em prejuízos aos próprios produtores que observaram a redução desse útil modelo contratual. Não é possível afirmar-se, peremptoriamente, a existência de uma relação de causalidade entre as decisões de liberação e a redução da quantidade de contrato de antecipação, mas há indícios de tanto. REZENDE e ZYLBERSZTAJN, em estudo focado no

relacionameto contratual, por vezes, pode imputar o risco a parte que o suportará com maior custo, mas esta ineficiência econômica se dá à vista de um bem coletivo maior, que é o padrão de probidade, o qual passa a estar assegurado” (PENTEADO, Luciano Camargo. *Integração de...*, pp. 314-315).

⁸⁴⁷- A Cédula de Produto Rural é título de crédito instituído pela Lei n. 8.929 de 22.8.1994 “*representativa de promessa de entrega de produtos rurais, com ou sem garantia cedularmente constituída*”.

estado de Goiás, mencionam que, em oficina por eles promovidas com agentes da região, “foi citado que, caso as decisões continuem a favor das rescisões contratuais, as empresas poderiam transferir suas atividades para outro Estado que lhes confiasse maior segurança jurídica”.⁸⁴⁸ Tal constatação merece ser digna de verossimilhança, dado que o ambiente de insegurança jurídica eleva os custos de transação, repelindo a celebração de novos negócios.⁸⁴⁹

Deve-se salientar, ainda, o aspecto *oportunista* que pode vir a contaminar contratos desse setor. Considerando-se o *auto-interesse* dos produtores, parece ser evidente que, caso se pacificasse o entendimento jurisprudencial em seu favor, haveria um estímulo para que se vendesse a soja antecipadamente, sem tomar as medidas de precaução necessárias para se evitar a perda da safra ou a contenção de despesas (*moral hazard*). Cientes de que, na hipótese de elevação de preços, não teriam dificuldades em se eximir do cumprimento de sua prestação, os produtores passariam descumpri-las com ainda mais frequência.

Vê-se, assim, que os acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça parecem estar em maior sintonia com o teor da norma legal e às expectativas dos agentes econômicos do que aqueles proferidos pelos tribunais estaduais. De fato, além de inexistir imprevisibilidade em eventos relacionados ao cotidiano da atividade desenvolvida pelo produtor rural, é de se ver que o custo para a obtenção de informações pertinentes aos riscos discutidos é muito maior às *tradings* ou exportadoras do que aos produtores rurais. Assim, era mesmo de se esperar que os produtores rurais houvessem se precavido contra referidos riscos, não podendo arguir qualquer imprevisibilidade nesse tocante.

Sobre esse aspecto, é relevante destacar o posicionamento de DUARTE. O ilustre professor, ao redigir artigo especificamente voltado para o tema da revisão de contratos no agronegócio, critica o entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça. Para ele, a exigência do critério da *imprevisibilidade* do evento superveniente ignora técnica amplamente desenvolvida pela dogmática jurídica e fundamentada, essencialmente, sobre a

⁸⁴⁸ - REZENDE, Christiane L.; ZYLBERSZTAJN, Decio. Quebras Contratuais... p. 173. Os autores falam em uma redução de 44% dos contratos de fixação de preços, entre a safra de 2003/2004 e a de 2004/2005 (p. 171).

⁸⁴⁹ - Esse também parece ser o entendimento de TIMM: “[a] previsibilidade, atingida pelo reforço do texto do contrato negociado pelas partes, tende a diminuir os custos de transação no mercado como visto. Se uma economia de mercado (e não há dúvida que o agronegócio se insira nessa realidade capitalista) se estrutura sobre as expectativas dos agentes econômicos, nada melhor para o desenvolvimento desse sistema que essas expectativas sejam formuladas em cima de bases o mais previsível possível” (Direito, Economia, Instituições e Arbitragem: o caso da ‘soja verde’. *Revista de Arbitragem e Mediação*. vol. 16, jan., 2008, p. 38).

cláusula geral da boa-fé objetiva. Segundo o autor, o elemento da *imprevisibilidade* não seria aceitável, nestes casos, em razão da complexidade do agronegócio. E assim conclui sua análise:

*“Esses argumentos podem servir de adminículo para solucionar controvérsias acerca dos requisitos para resolução ou revisão do contrato no campo do agronegócio, porque os demais critérios, especialmente o da imprevisibilidade, perdem oportunidade ante a sua complexidade, por fazer parte de uma rede, da qual nem sempre todos os participantes têm a necessária ciência. De fato, trata-se de uma circunstância que coloca o dever de informação recíproca entre os contratantes como pedra angular no exame da lealdade contratual, que se insere no conteúdo da boa-fé e será, portanto, o atendimento, ou não, dessa exigência de esclarecimento das partes, quando da celebração do contrato, que poderá dar, ou não, respaldo aos pedidos revisionais ou da resolução do contrato.”*⁸⁵⁰

Com a devida vênia ao entendimento acima retratado, a despeito de se concordar, parcialmente, com o raciocínio desenvolvido, não tomamos partido idêntico no que se refere à conclusão. Com razão, a distribuição da informação, tal qual já se defendeu, realmente é ponto crucial para a adequada análise da questão posta. É com base em tal ideia que a problemática parece equacionar-se melhor. Todavia, diversamente do que defende o professor em seu artigo, a assimetria informacional entre as partes, no caso em comento, não leva à conclusão de que o contrato deva ser desfeito. A situação é, justamente, oposta, conforme já se discorreu alhures. O posicionamento favorável à intervenção dos contratos, como também já visto, representa grave perigo ao setor econômico do agronegócio, em termos de desincentivo aos agentes econômicos de nele atuar.⁸⁵¹

⁸⁵⁰- DUARTE, Nestor. *Revisão Judicial dos Contratos no Agronegócio*. In BURANELLO, Renato et al. (Coord.). *Direito do Agronegócio, mercado, regulação, tributação e meio ambiente*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 682-683.

⁸⁵¹- Especificamente com relação aos casos de venda antecipada de safra julgados pelo Superior Tribunal de Justiça e a argumentação com esteio na função social, RIBEIRO e GALESKI JUNIOR explicam: “[i]magine-se que a decisão proferida reconheça o direito da parte vendedor não cumprir o contrato, libertando-a para que procure outros compradores. E, que a empresa compradora frustrada seja uma sociedade cujos acionistas tenham investido de forma a permitir ao capital da empresa financiar as condições materiais para aquisição da safra pactuada, nas condições previstas no contrato, e que a expectativa de compra não se concretize e que os mesmos não obtenham o retorno previsto e previsível – visto que formalizado num contrato. Tal decisão terá por consequência a redução da aplicação de recursos em investimentos ligados à indústria e comércio no país. Tanto a frustração dos empresários relacionados ao contrato desconsiderado, assim como os acionistas destas empresas, e, de forma geral, o mercado de investimentos no Brasil, são externalidades significativas que deverão ser consideradas numa hipótese de invocação da função social do contrato. Em síntese, ainda que não seja a tarefa mais simples de julgar um contrato que produza externalidades significativas, não menos difícil é a busca de um conceito concreto para a função social do contrato empresarial. Porém, o uso inadequado deste princípio pode se mostrar extremamente nocivo para justamente o bem que se pretende proteger, ou seja, para o interesse social acompanhar a formação e a execução de um contrato” (Teoria Geral..., p. 229).

Desse modo, percebe-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça encontra-se atenta à realidade dos negócios empresariais e tem adotado posicionamento que busca refletir a lógica de mercado do caso concreto, merecendo, por essa razão, nossos aplausos.

3.6 O projeto do novo Código Comercial e o modelo da onerosidade excessiva

No que se refere à onerosidade excessiva, o Projeto de Lei 1572/2011, que visa à edição de um novo Código Comercial, tratou, especificamente, da questão nos artigos 272, 273 e 305, acima já referidos.

Sem qualquer juízo de valor a respeito da necessidade de ser adotado novo Código Comercial (questão de alta complexidade que ultrapassa os limites do presente trabalho), fato é que, no que toca ao modelo da onerosidade excessiva, o projeto é, a nosso ver, sem razão de ser. Apesar de melhor iluminar a relação contratual firmada entre empresários, com destaque para os aspectos referentes à diligência do empresário, ao ônus de se informar e à contratação assimétrica, a verdade é que não nos afigura necessário um novo texto legal para tanto.

Como visto, a redação do artigo 478, com o manuseio adequado da técnica dos conceitos indeterminados, já possibilita ao intérprete a aplicação do modelo da onerosidade excessiva aos contratos firmados entre entes empresários. Não bastasse isso, fato é que a redação dos dispositivos do projeto de lei não traz, verdadeiramente, um modelo diferente de revisão contratual. Os mesmos requisitos apontados no artigo 478 estão presentes nos artigos do projeto do novo Código Comercial, mas com redação, a nosso ver, menos precisa e assistemática. Os requisitos estão espalhados entre dispositivos que tratam das obrigações e dos contratos comerciais, o que não facilita a compreensão e aplicação do modelo.

A principal inovação ficaria por conta da referência expressa à possibilidade de o julgador, efetivamente, revisar o programa contratual e não apenas resolvê-lo. No entanto, essa não parece ser a melhor solução, especialmente, para contratos firmados entre entes empresários, que, como já dito, deve privilegiar o princípio do *pacta sunt servanda*. Havendo desequilíbrio das prestações, o julgador, dificilmente, conseguirá reconstruir a equação econômica ao ponto em que as partes negociaram originalmente. Por essa razão, somos da opinião que a melhor solução é mesmo resolver o contrato.

Além disso, é criticável a exclusão do preceito contido no artigo 479, que abre portas para a negociação entre as partes, em hipóteses de onerosidade excessiva. A renegociação dos termos contratuais, quando possível, é, sob nosso ponto de vista, a solução mais eficiente para a questão da alteração de circunstâncias, especialmente, em contratos interempresariais, que muitas vezes têm caráter relacional. Assim, ao invés de excluir o dispositivo, pensamos que talvez ele merecesse ser sofisticado, para que fosse incluída a possibilidade de se realizar uma efetiva mediação entre as partes, em casos de onerosidade excessiva.

Assim, no tocante à onerosidade excessiva, a proposta do novo Código Comercial, em geral, não inova, é redundante, desnecessária e de menor sofisticação do que o modelo contido no artigo 478. Melhor opção, a nosso ver, é manter-se com a aplicação das regras do Código Civil, com o tratamento diferenciado para os contratos interempresariais, conforme defendido no decorrer do presente trabalho.

4 CONCLUSÕES

As principais conclusões alcançadas na análise realizada na presente dissertação encontram-se em resumo abaixo:

1. O Código Civil vigente, fundado no modelo do bem-estar social, em reação ao modelo individualista-oitocentista do Diploma Substantivo anterior, inseriu em seu bojo técnicas normativas lastreadas em cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados (conceitos vagos), dando grande relevância à figura do julgador. Foi também, nesse contexto, que se deu o ressurgimento das principais teorias revisionistas, impulsionado, principalmente, pelas grandes catástrofes da primeira metade do século XX. No entanto, diante da onda da hipercomplexidade, com o surgimento de diversos grupos sociais e a elevação da complexidade dos negócios celebrados no mercado globalizado, a aplicação do modelo da onerosidade excessiva previsto no Código Civil não atende de modo adequado às necessidades dos agentes econômicos, causando perturbações nos negócios celebrados. Há, por essa razão, a necessidade de se repensar o modelo, com foco, especialmente, nos negócios interempresariais.
2. Após a unificação da matéria das obrigações no Código Civil vigente, houve a impressão de que não haveria distinções entre as relações de escopo civil e aquelas de natureza comercial. Nada obstante, assim como ocorreu com os contratos firmados no âmbito das relações trabalhistas e das relações consumeiristas, os pactos plasmados entre empresas também estão a se destacar do regramento geral imposto pelo Código Civil. A clássica teoria contratual, desenhada sob o paradigma da contratação descontínua, não é mais suficiente para resolver os problemas oriundos dos complexos arranjos contratuais engendrados pelos agentes econômicos, para dar vestes às inúmeras transações por eles realizadas, em um mercado cada vez mais global. Fica flagrante, portanto, a necessidade de que os contratos interempresariais sejam analisados dentro de ótica própria, se não como uma categoria específica, ao menos como um grupo distinto de contratos, com traços diversos dos contratos civis e consumeiristas.
3. Dentre outros traços característicos dos contratos empresariais, o escopo de lucro é o que se sobressai com maior destaque. Dada sua relevância, a busca pelo lucro perfaz elemento objetivo inderrogável dos contratos empresariais, sendo, portanto, o traço que define a aplicação de um regime jurídico diferenciado aos negócios celebrados pelas

empresas, no exercício de sua atividade. Não havendo o intento de lucro por parte dos contratantes, o negócio não poderá ser qualificado como empresarial.

4. Elemento característico da atividade empresarial, o acentuado risco do negócio também se reflete nos contratos empresariais, tornando-os ainda mais “arriscados”. Na prática, isso significa um regime de menor interferência exógena nos contratos firmados entre empresas, de maneira que o grau da tutela que se concede ao ente empresário que amargou determinado prejuízo em razão da concretização do risco é inferior àquela conferida a consumidores e a trabalhadores. Assim, conforme lição de JUNQUEIRA DE AZEVEDO, uma entidade empresarial ineficiente pode, ou, até mesmo, deve, ser expulsa do mercado, ao contrário da pessoa humana, que não pode ser descartada. Ignorar esse relevante aspecto dos contratos empresariais pode ser, extremamente, prejudicial aos mercados, inclusive, com o desestímulo às contratações e a conseqüente redução do nível de negócios celebrados.

5. O requisito da profissionalidade, essencial para a atividade empresarial, também confere tonalidade diversas aos contratos empresariais, na medida que faz surgir uma exigência de tecnicidade das partes contratantes. Há a presunção de que os agentes econômicos conhecem o mercado em que atuam e obtiveram, diligentemente, todas as informações necessárias para a celebração de seus contratos. Pode-se falar, desse modo, na existência de ônus jurídico de se auto-informar existente para os entes empresários, de forma que seu descumprimento não poderá servir de escusa para que o agente econômico busque tutela exógena em razão de prejuízo que decorra de manifestação de vontade desinformada.

6. Em razão da intrincada teia de relações que se estabelece na cadeia produtiva, a segurança jurídica é elemento de grande relevância aos contratos empresariais. Para que o cálculo empresarial seja realizado, adequadamente, pelos agentes econômicos, estes precisam contar com certo grau de previsibilidade do cenário fático futuro. A jurisprudência tem papel de destaque, nesse tocante, garantindo o regular cumprimento dos contratos e a obediência dos agentes econômicos das regras, previamente, estipuladas para a participação do jogo do mercado. Assim, a regulação estatal, exercida por meio do direito, é fundamental para o bom funcionamento dos mercados, garantindo, não o lucro em si, mas sim a possibilidade abstrata de lucro.

7. Os usos e costumes praticados em mercado também têm especial relevância no que é atinente à regulação dos contratos empresariais. Como regras não escritas, os usos e costumes surgem, espontaneamente, da práxis comercial e, há muito, pautam o comportamento dos agentes econômicos, inclusive, desde períodos, em que sequer se cogitavam de normas escritas emanadas do Estado para regular a atividade comercial. Essas reiteradas práticas, aceitas como regras pelos participantes de mercado (memória de experiência), elevam o grau de confiança e, por conseguinte, reduzem os custos de transação. Por esse motivo, os usos e costumes devem sempre ser observados na resolução de conflitos envolvendo contratos empresariais, ficando o alerta, contudo, de que os operadores do Direito devem atentar a eventuais regras que atendam apenas aos interesses de determinado grupo ou classe, bem como às nuances das práticas que surjam em ordenamentos de determinado sistema (*common law* ou *civil law*) e sejam transplantados para outros de orientação distinta.

8. O agente econômico deve agir com determinada agilidade, para obter as melhores oportunidades de negócio no mercado. Como tal, os negócios celebrados precisam contar com certa flexibilidade, no tocante à forma e às regras aplicáveis, de forma a permitir a rápida celebração de contratos. Tal necessidade, porém, conflita com a segurança jurídica, outro elemento de extrema relevância para os contratos empresariais. Nessa medida, os usos e costumes parecem harmonizar essas duas necessidades dos agentes econômicos, permitindo a mutabilidade das regras de mercado, com certo grau de segurança aos participantes. Esse pauta de agilidade gera ainda o fenômeno de “standardização” dos contratos comerciais, o que acaba por encetar uma nova forma de colonialismo, com o transplante de instrumentos jurídicos de países de tradição anglo-saxã a todos os demais ordenamentos. Qualquer teoria geral que se queira construir aos contratos empresariais não poderá se olvidar desse fenômeno, cabendo ao Estado evitar que esses novos instrumentos atentem contra matérias de interesse público.

9. Nos contratos empresariais, a boa-fé objetiva serve como norma-ponte entre o contrato e os valores consagrados socialmente. Fica, por meio dela, estabelecido determinado padrão de conduta que deverá ser seguido por todos os agentes econômicos, elevando o grau de confiança e cooperação, o que, por sua vez, otimiza o tráfico comercial. Isso não significa exigir dos participantes do mercado qualquer comportamento altruístico, mas apenas que, na busca pela majoração do lucro próprio, ajam de maneira leal com relação à contraparte, sempre de acordo com o padrão do homem ativo e probo do

segmento em que atuam. A boa-fé objetiva assume, assim, caráter diferenciado na contratação entre partes empresárias, especialmente quando comparada a negócios de natureza existencial.

10. A alteração de circunstâncias é questão que atormenta juristas e filósofos há mais de milênios, sendo que os romanos já tinham regras específicas para tratar da problemática. São os glosadores, canonistas e pós-glosadores, contudo, que vêm a conferir caráter abstrato à ideia de *rebus sic stantibus*, a qual vigora como noção voltada, fundamentalmente, à busca de justiça ao caso concreto, até que, a partir do século XV, a cláusula passa a ser, paulatinamente, esvaziada. A discussão em torno da temática ressurgiu ao final do século XIX e início do século XX, potencializada, principalmente, pelos embates de 1914 e 1939. Apenas para mencionar as teorias mais relevantes, surgiram, assim, a (i) Teoria da Imprevisão, no Direito Francês, (ii) as Teorias da Pressuposição e da Base do Negócio em sentido subjetivo e objetivo, no Direito Alemão, e (iii) a Teoria da Onerosidade Excessiva, no Direito Italiano.

11. A extensa literatura jurídica acerca da alteração de circunstâncias, buscou diversos fundamentos para lastrear as teorias revisionistas propostas: vontade dos contratantes, função social dos contratos, moral, boa-fé, equidade etc. Em realidade, as teorias revisionistas já propostas estão relacionadas às racionalidades que, através dos tempos, orientaram o direito privado (concepção autonômica, concepção funcionalista e concepção aristotélica). Nenhuma dessas concepções rege, unicamente, o direito privado, razão pela qual o modelo jurídico da revisão, como estrutura normativa que é, ora se pautará por uma, ora por outra, variando conforme a área de incidência no caso concreto.

12. No Direito Brasileiro, a despeito de doutrina e jurisprudência, desde a primeira metade do século XX, já trataram de remédios à alteração de circunstâncias, é somente com a edição do Código de Defesa do Consumidor e, após alguns anos, do Código Civil vigente que a questão é, definitivamente, positivada, como instituto de aplicação geral ao direito dos contratos. Enquanto, no direito consumeirista, incorporou-se a Teoria da Base do Negócio em sentido objetivo, a matriz teórica de inspiração do Código Civil foi a Onerosidade Excessiva do Direito Italiano.

13. O modelo da onerosidade excessiva brasileiro é mais restrito que aquele presente no *Codice Civile* italiano. De acordo com o artigo 478 do Diploma Substantivo, são

requisitos para a concessão do remédio (i) contratação de execução continuada ou diferida, (ii) ônus excessivo para uma das partes, (iii) extrema vantagem para a contraparte, e (iv) superveniência de acontecimentos imprevisíveis e extraordinários. Há ainda, com base em entendimento doutrinário, o requisito negativo da inimputabilidade do desequilíbrio das prestações ao devedor.

14. A onerosidade excessiva pode ser alegada tanto em ação resolutória ajuizada pelo devedor, quanto em exceção em face de ação ajuizada pelo devedor tendente ao cumprimento do contrato e ao recebimento de perdas e danos. A distinção entre ambas reside nos efeitos das sentenças que virão a ser proferidas nas demandas com relação ao devedor: (i) tutela constitutiva negativa, na procedência da ação do devedor; e (ii) tutela declaratória negativa, na improcedência da ação do credor. No primeiro caso, o devedor pode valer-se, amplamente, dos efeitos *ex tunc* da resolução contratual, com a restituição do que houver prestado, conforme o caso. Já, no segundo, ao devedor apenas afasta a presunção de mora e fica desobrigado de cumprir a prestação que se tornou, excessivamente, onerosa. Há ao devedor, desta maneira, o ônus da ágil propositura da ação resolutória. Ademais, em prol da segurança jurídica, o direito potestativo à resolução do negócio deve ser exercido de boa-fé, dentro de um prazo razoável, sob pena ser atingido pelo fenômeno da *supressio*.

15. A oferta de redução *reductio ad aequitatem* pelo credor (réu na ação resolutória), na forma do artigo 479 do Código Civil, poderá opor-se à resolução do contrato, apresentando, por meio de reconvenção e/ou pedido contraposto, proposta certa e determinada de alteração do negócio. Esta poderá ou não ser homologada pelo julgador, caso este compreenda pelo reequilíbrio das prestações, mas jamais alterada sem o consentimento das partes. Seria interessante se pensar em uma fase de mediação, caso exercida a prerrogativa do artigo 479.

16. O modelo da onerosidade excessiva é, igualmente, aplicável aos contratos aleatórios. Isso porque, além da aléa específica do contrato aleatório (álea estrutural ou essencial), há ainda outros riscos contratuais passíveis de serem atingidos pela alteração de circunstâncias, razão pela qual não haveria motivo para se afastar o remédio para casos tais.

17. Nos contratos, em que somente há prestação a cargo de uma das partes, há, ao devedor, a prerrogativa de pleitear tanto a resolução do negócio, quanto a readequação de sua prestação, de maneira a evitar a onerosidade excessiva. Esta regra parece ser aplicável somente aos contratos unilaterais gratuitos, em tutela concedida, especificamente, àqueles que, por mera liberalidade, obrigaram-se em benefício exclusivo da contraparte.

18. O modelo da onerosidade excessiva presente nos artigos 478 a 480 é a resposta do legislador para lidar com o fenômeno da incompletude contratual e da racionalidade limitada dos agentes econômicos. Por meio de referidos dispositivos (norma exógena), o Estado interfere nas atividades de mercado, implementando política pública e catalisando o tráfico mercantil. Busca-se, por opção política do legislador, tutelar o agente econômico que age, eficientemente (i. é., dentro do padrão do homem ativo e probo), em prol do estímulo da livre-concorrência no mercado. Desse modo, o modelo da onerosidade excessiva parece ser, plenamente, aplicável aos contratos interempresariais, desde que atente às especificidades das relações dessa modalidade.

19. O suporte fático do artigo 478 do Código Civil traz em seu bojo conceitos legais indeterminados (*“acontecimentos extraordinários e imprevisíveis”*, *“excessivamente onerosa”* e *“extrema vantagem”*), a exigir do julgador seu preenchimento, a fim de que se autorize a consequência normativa prevista no dispositivo. A expressão de maior dificuldade é aquela que se refere aos conceitos *“acontecimentos extraordinários e imprevisíveis”*. Esta pode ser caracterizada como lacuna contratual deixada pelas partes, a qual deverá ser preenchida pelo julgador, com pauta, essencialmente, no ônus do agente econômico de se informar, que, por sua vez, é mensurado com base no padrão de conduta do homem ativo e probo do segmento de mercado considerado no caso concreto. Por meio deste procedimento, garante-se que a decisão proferida em determinada situação litigiosa seja, socialmente, aceita, afastando-se, ainda, o indesejável subjetivismo do intérprete. No que se refere às outras duas expressões com conceitos indeterminados (*“excessivamente onerosa”* e *“extrema vantagem”*), sua verificação deve-se dar em termos de comparação entre os sacrifícios e vantagens auferidos por cada uma das partes, após a concretização do risco decorrente da superveniência do evento imprevisível e extraordinário. Assim, determinada prestação tornar-se-ia, excessivamente, onerosa, na medida em que suprimisse qualquer possibilidade de lucro ao devedor (elemento característico dos contratos empresariais), impondo-lhe apenas prejuízos com o negócio contratado. De outro lado, a vantagem do credor afigurar-se-ia extrema tão somente em razão de ainda persistir, no

contexto da onerosidade excessiva: o ente econômico que não foi lesado pela inesperada alteração de circunstâncias, certamente, despenderia muito mais recursos para obter a vantagem contratual, houvessem as partes considerado o risco imprevisível e extraordinário na fase de negociação, e, por isso, há vantagem extrema.

20. A contratação entre entes empresários desiguais justifica uma tutela diferenciada, em prol daqueles que, por força de dependência econômica (dependência empresarial), celebraram contratos eivados de coerção. Em geral, no meio empresarial, essa forma de dependência relativa tende a surgir em contratos de longa duração, em que se estabelecem fortes vínculos econômicos entre as partes. Ilustração típica de tanto seriam os casos de contratos de fornecimento de longa duração. Tal hipótese, no entanto, não justifica a intervenção judicial no programa contratual, alterando o quanto negociado entre as partes. Para fins de onerosidade excessiva, a relação de dependência econômica parece reduzir o grau de exigência para verificação do cumprimento do ônus de se informar, eis que, em caso de coerção, o agente econômico não terá mesmo exercido, amplamente, sua autonomia negocial. O julgador não pode se olvidar desse importante aspecto da relação negocial, no caso concreto, ao realizar o preenchimento dos conceitos legais indeterminados do artigo 478, sob pena de vir a proferir decisão descolada da realidade social.

21. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no rol de casos analisados, parece já ter se apercebido das nuances dos contratos empresariais, especialmente para fins de onerosidade excessiva. Dentre os casos identificados, as decisões proferidas pela Instância Especial parecem estar em sintonia às expectativas dos *players* do mercado de grãos de soja, em benefício do fluxo de relações econômicas, contribuindo, por conseguinte, com o bom desenvolvimento do setor em questão, no caso concreto.

22. Apesar de o projeto do novo Código Comercial melhor iluminar a relação contratual firmada entre empresários, com destaque para os aspectos referentes à diligência do empresário, ao ônus de se informar e à contratação assimétrica, a verdade é que não nos afigura necessário um novo texto legal referente à onerosidade excessiva em contratos empresariais. A redação do artigo 478, com o manuseio adequado da técnica dos conceitos indeterminados, já possibilita ao intérprete a aplicação do modelo da onerosidade excessiva aos contratos firmados entre entes empresários. A redação dos dispositivos do projeto de lei não traz, verdadeiramente, um modelo diferente de revisão contratual, apresentando

apenas os mesmos requisitos apontados no artigo 478, mas com redação menos precisa e assistemática. É, ainda, criticável a inclusão de preceito permitindo a efetiva revisão do contrato empresarial, bem como a exclusão da oferta de renegociação prevista no artigo 479.

ANEXO 3.5

PANORAMA JURISPRUDENCIAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA⁸⁵²

	Recurso - Incidente	Número do processo	Relator	Órgão julgador	Data de julgamento	Questão envolvida
1	Recurso Especial	REsp 722130 / GO	Ari Pargendler	Terceira Turma	15.12.2005	Compra e venda de safra futura a preço certo. Variação de preço do produto em mercado.
2	Recurso Especial	REsp 831808 / SP	Nancy Andrichi	Terceira Turma	18.5.2006	Dação em pagamento por aquisição de terreno para construção de prédio residencial. Majoração da área de apartamento.
3	Conflito de Competência	CC 56215 / DF	José Delgado	Corte Especial	23.11.2006	Conflito de competência negativo entre seções do STJ. ⁸⁵³
4	Recurso Especial	REsp 803674 / GO	Ari Pargendler	Terceira Turma	07.12.2006	Compra e venda de safra futura a preço certo. Variação de preço do produto em mercado.
5	Recurso Especial	REsp 783520 / GO	Humberto Gomes de Barros	Terceira Turma	07.5.2007	Compra e venda de safra futura a preço certo. Variação de preço do produto em mercado. Elevação de custos com "ferrugem asiática".
6	Recurso Especial	REsp 803481 / GO	Nancy Andrichi	Terceira Turma	28.6.2007	Compra e venda de safra futura a preço certo e variação de preço do produto em mercado. Alteração do valor da moeda, em razão de eleição presidencial e iminência de guerra no Oriente Médio.

⁸⁵²- Atualizado até 16.12.2014.

⁸⁵³- Questão abordada em acórdão não relacionada à onerosidade excessiva.

7	Recurso Especial	REsp 866414 / GO	Humberto Gomes de Barros	Terceira Turma	6.3.2008	Compra e venda de safra futura a preço certo. Variação de preço do produto em mercado. Elevação de custos com "ferrugem asiática".
8	Recurso Especial	REsp 883990 / RJ	Fernando Gonçalves	Quarta Turma	1.4.2008	Rescisão de promessa de compra e venda, por inadimplemento contratual. ⁸⁵⁴
9	Recurso Especial	REsp 744446 / DF	Humberto Martins	Segunda Turma	17.4.2008	Contrato para construção de usina hidrelétrica. Elevação de custos em razão de inflação.
10	Embargos de declaração	EDcl no REsp 883990 / RJ	Fernando Gonçalves	Quarta Turma	16.9.2008	Embargos de declaração de Resp n. 883990 / RJ. ⁸⁵⁵
11	Recurso Especial	REsp 1087783 / RJ	Nancy Andrighi	Terceira Turma	1.9.2009	Resolução de contrato de prestação de serviços de telefonia celular, em razão de perda de aparelho subsidiado pelo consumidor, em caso de roubo ou furto.
12	Agravo Regimental no Agravo de Instrumento	AgRg no Ag 1200055 / SP	Massami Uyeda	Terceira Turma	19.11.2009	Contrato de investimentos em moeda estrangeira e repentina desvalorização da moeda, em razão de alteração de política cambial.
13	Recurso Especial	REsp 977007 / GO	Nancy Andrighi	Terceira Turma	24.11.2009	Compra e venda de safra futura a preço certo. Variação de preço do produto em mercado. Elevação de custos com "ferrugem asiática".
14	Embargos de declaração	EDcl no Ag 1125242 / MT	João Otávio de Noronha	Quarta Turma	13.4.2010	Compra e venda de safra futura a preço certo. Variação de preço do produto em mercado.

⁸⁵⁴ - Questão abordada em acórdão não relacionada à onerosidade excessiva.

⁸⁵⁵ - Questão abordada em acórdão não relacionada à onerosidade excessiva.

15	Recurso Especial	REsp 858785 / GO	Nancy Andrichi	Terceira Turma	8.6.2010	Compra e venda de safra futura a preço certo. Variação de preço do produto em mercado. Elevação de custos com "ferrugem asiática".
16	Recurso Especial	REsp 1169109 / DF	Eliana Calmon	Segunda Turma	22.6.2010	Contrato de concessão de direito real. Indenização por benfeitorias realizadas em bem público. ⁸⁵⁶
17	Recurso Especial	REsp 1102848 / SP	Nancy Andrichi	Terceira Turma	3.8.2010	Contrato de seguro de reembolso de despesas de assistência médica e hospitalar e onerosidade excessiva decorrente de reajuste de remuneração.
18	Recurso Especial	REsp 936741 / GO	Antonio Carlos Ferreira	Quarta Turma	3.11.2011	Compra e venda de safra futura a preço certo. Variação de preço do produto em mercado, em razão de variação cambial.
19	Recurso Especial	REsp 945166 / GO	Luis Felipe Salomão	Quarta Turma	28.2.2012	Compra e venda de safra futura a preço certo. Variação de preço do produto em mercado. Elevação de custos com "ferrugem asiática".
20	Recurso Especial	REsp 1288033 / MA	Sidnei Beneti	Terceira Turma	16.10.2012	Promessa de compra e venda de imóvel rural, posteriormente constituído em terra indígena.
21	Recurso Especial	REsp 1325666 / MT	Sidnei Beneti	Terceira Turma	20.11.2012	Descumprimento de acordo extrajudicial firmado em ação pelo rito ordinário.
22	Recurso Especial	REsp 866414 / GO	Massami Uyeda	Terceira Turma	20.11.2012	Compra e venda de safra futura a preço certo. Variação de preço do produto em mercado. Elevação de custos com "ferrugem asiática".

⁸⁵⁶- Questão abordada em acórdão não relacionada à onerosidade excessiva.

23	Agravo Regimental nos Embargos de Declaração	AgRg nos EDcl nos EDcl no AREsp 269274 / GO	Sidnei Beneti	Terceira Turma	14.5.2013	Contrato de seguro de reembolso de despesas de assistência médica e hospitalar e onerosidade excessiva decorrente de reajuste de remuneração.
24	Recurso Especial	REsp 866414 / GO	Nancy Andrighi	Terceira Turma	20.6.2013	Compra e venda de safra futura a preço certo. Variação de preço do produto em mercado. Elevação de custos com "ferrugem asiática".
25	Recurso Especial	REsp 1300831 / PR	Marco Buzzi	Quarta Turma	27.3.2014	Revisão de contrato de locação e adequação ao preço de mercado.

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos Contratos por incumprimento do devedor*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2003.

ALCÂNTARA GIL, Fábio Coutinho de. *A onerosidade excessiva em contratos de engineering*. Tese de doutorado apresentada ao Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2007.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das Obrigações*. 9ª ed. Coimbra: Almedina, 2006.

ALPA, Guido. La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità. In ALPA GUIDO et al. (coord.). *La riforma dei codici in Europa e il Progetto di Codici Civile Europeo*. Milão: Giuffrè.

_____. *Manuale di Diritto Privato*. Padova: Cedam, 2005.

ALPA, Guido et. al. *Corso di Diritto Contrattuale*. Milão: CEDAM, 2007.

ALPA, Guido et. al. *Rischio contrattuale e autonomia privata*. Napóles: Jovene, 1982.

ALTERINI, Atilio Aníbal. Teoría de la imprevisión y cláusula de hardship. In CARDILLI, Ricardo (coord.). *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di Diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*. Roma: Mucchi, 2002.

ANTONMATTEI, Paul-Henri. *Contribution à l'étude de la force majeure*. Paris: LGDJ, 1992.

ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*. v. 25, Ano 7, jan.-mar., 2006.

AZEVEDO, Antonio Junqueira. Considerações sobre a boa-fé objetiva em acordo de acionistas com cláusula de preferência: excertos teóricos de dois pareceres. In AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Novos estudos e pareceres de direito privado*, São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Direito Pós-moderno e a codificação. In AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Insuficiências, Deficiências e Desatualização do Projeto de Código Civil (atualmente, código aprovado) na questão da boa-fé objetiva nos contratos. In AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Negócio jurídico, existência, validade e eficácia*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Relatório Brasileiro sobre a revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. In AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASKIND, Eric et al. *Commercial Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

BDINE JR., Hamid Charaf. In PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil Comentado*. 6ª ed. Barueri: Manole, 2012

BELLANTUONO, Giuseppe. *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*. Milão: Cedam, 2000.

BLAISE, Jean-Bernard. *Droit des affaires, commerçants, concurrence, distribution*. 7ª ed. Paris: LGDJ, 2013.

BONELL, Michael J. Soft law and party autonomy: the case of the UNIDROIT's Principles. In *Loyola Law Review*, n. 51, 2005.

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

BUONOCORE, Vincenzo. *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*. Milano: Giuffrè, 2000.

_____. *I contratti d'impresa*. In BUONOCORE, Vincenzo et. al. (coord.). *Contratti d'impresa*. Milão: Giuffrè, 1993.

BURANELLO, Renato M. *Sistema Privado de Financiamento do Agronegócio*, São Paulo: Quartier Latin, 2009.

BUSNELLI, Francesco Donato. Notas en tema de buena fe y equidad. In CARDILLI, Ricardo (coord.). *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di Diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*. Roma: Mucchi, 2002.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In FARIA, José Eduardo. *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2010.

CAMPOBASSO, Gian Franco. *Diritto Dell'Impresa*. Turim: UTET, 2013.

CARBONE, Enrico. *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*. Turim: G. Giappichelli, 2007.

CARDILLI, Ricardo. *Soppravenienza e pericoli contrattuali*, apostila entregue em palestra realizada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 2012.

CARDOSO, Luiz Philipe Tavares de Azevedo. *A onerosidade excessiva no direito brasileiro*. Dissertação de mestrado apresentada ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 2010.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. vol. III. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAPO, Giovanni. *Attività d'impresa e formazione del contratto*. Milão: Giuffrè, 2001.

CECHI, Paolo. *Gli amministratori di società di capitali*. Milão: Giuffrè, 1999.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, vol. III. São Paulo: Saraiva.

COGO, Rodrigo Barreto. *A frustração do fim do contrato. O impacto dos fatos superveniente sobre o programa contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

COOTER, Robert et. al. The fiduciary relationship: its economic character and legal consequences. *New York University Law Review*. v. 66:1045.

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha Menezes. *Da Boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997.

CORDEIRO, Eros Belin de Moura. *Da Revisão nos Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. São Paulo: Editora FGV, 2007.

CRISTIANO, Romano. *Empresa é risco (como interpretar a nova definição)*. São Paulo: Malheiros, 2007.

DA COSTA, Francisco Araújo; SANDER, Luis Marcos (trad.). COOTER, Robert, ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DA FONSECA, Arnaldo Medeiros. *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943.

DA FONSECA, Arnaldo Medeiros. *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1958.

DE MELLO FRANCO, Vera Helena. *Teoria Geral do Contrato, confronto com o direito europeu futuro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIDIER JR., Fredie. Cláusulas gerais processuais. *Revista dos Tribunais*. v. 187, set., 2000.

DIDONE, Antonio. *Codice Civile Annotato con la dottrina e la giurisprudenza. Libro Quinto. Del Lavoro. Artt. 2060-2642*. In PERLINGIERI, Pietro (coord.). *Codice Civile Annotato con la dottrina e la giurisprudenza*. Bologna: Zanichelli, 1991.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. I, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. III, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DUARTE, Nestor. *Revisão Judicial dos Contratos no Agronegócio*. In BURANELLO, Renato et al. (Coord.). *Direito do Agronegócio, mercado, regulação, tributação e meio ambiente*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

DUQUE, Bruna Lyre. *O direito contratual e a intervenção do estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DUTILLEUL C., François et al. *Contrats civil et commerciaux*. Paris: Dalloz, 2011.

EINSENBURG, Melvin A. Impossibility, Impracticability and Frustration. *Journal of Legal Analysis*. v. I, n. I, 2009. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1349482>.

FEITOSA, Maria Luiz Pereira de Alencar Mayer. *Paradigmas Inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

FIN-LANGER, Laurence. *L'équilibre contractuel*. Paris: LGDJ, 2002.

FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do Direito Comercial Brasileiro. Da mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Contrato de Distribuição*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____. *Os Fundamentos do Antitruste*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FRANTZ, Laura C. *Revisão dos Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2007.

GALGANO, Francesco. *Il Contratto*. Milão: Cedam, 2007.

GALLO, Paolo. *Sopravvenienza Contrattuale e problemi di gestione del contratto*. Milão: Giuffrè, 1992.

GOLDBERG, Victor P. Price-Adjustment in Long-Term Contracts. *Wisconsin Law Review*, 1985.

GOLDSCHMIDT, Levin. *Storia universale del diritto commerciale*. Turim: Unione Tipografica, 1913.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Os contratos mercantis e o Código Civil. In NOVAES E FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e (Coord.). *Temas de Direito Empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor Luiz Gastão Paes Barros Leães*, São Paulo. Malheiros, 2014.

- GOODE, Roy. *Commercial Law*. Londres: Lexis Nexis UK, 2004.
- GOODE, Roy. *Commercial Law in the Next Millenium*. Londres: Sweet and Maxwell, 1998.
- GOMES, Júlio. Cláusulas de Hardship. In MONTEIRO, António Pinto (Coord.). *Contratos: Actualidades e Evolução*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Contratos e atos unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- _____. *O Estado, a Empresa e o Contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- IRTI, Natalino. A ordem jurídica do mercado. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 145, ano XLVI, jan.-mar., 2007.
- LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Notas sobre boa-fé e lealdade negocial. In BONELL, Michael Joachim et. al. (coord.). «*Principi per i contratti commerciali internazionali*» e il sistema giuridico latinoamericano». Padova: CEDAM, 1996.
- _____. Resolução por onerosidade excessiva. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, 140, Ano XLIV, out.-dez., 2005.
- LOEW, Ricardo Ribeiro da Luz. Gestão de Risco Físico e Novo Seguro Rural e Seguro-Garantia na Gestão do Risco de Performance. In BURANELLO, Renato M. (Coord.). *Direito do Agronegócio, Mercado, Regulação, Tributação e Meio Ambiente*. São Paulo: Quartier Latin.
- LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de Los Contratos*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2010.
- LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado – Obrigações*. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2004.
- LUCENA, Waldecy. *Das sociedades anônimas. Comentários à lei. (Arts. 121 a 188)*. São Paulo: Renovar, 2009.
- LUDWIG, Marcos de Campos. *Usos e Costumes no Direito Obrigacional: fundamentos e aplicação em face do novo código civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MACEDO, Ronaldo Porto. *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MACNEIL, Ian R. *O novo contrato social*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

MAIA, Paulo Carneiro. *Da Cláusula Rebus Sic Stantibus*. Monografia para concurso à Cátedra de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1959.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do Negócio Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. A Cláusula de Hardship e a Obrigação de Renegociar nos Contratos de Longa Duração. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 25, Abr., 2010

_____. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato?. In MARQUES, Cláudia Lima (coord.). *A nova crise do contrato, Estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES, Claudia Lima et. al. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARQUEZINI, Fernando. *Contribuição ao estudo dos riscos contratuais e de sua distribuição, no direito privado*. Dissertação de mestrado apresentada ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé como modelo (notas para a compreensão da boa-fé obrigacional como modelo doutrinário e jurisprudencial no direito brasileiro. In CARDILLI, Ricardo (coord.). *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di Diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*. Roma: Mucchi, 2002.

_____. A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações. In *Jurisprudência brasileira: cível e comércio*, n. 200. Curitiba: Juruá, 2003.

_____. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. A revisão dos contratos no código civil brasileiro. *Rivista di Diritto Dell'Integrazione e Unificazione del diritto in Europa e in América Latina*, n. 16, 2003.

_____. *Comentários ao Novo Código Civil*. vol. V, t. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. O direito Privado como um 'sistema em construção' – As cláusulas gerais no projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 753, jul., 1998.

_____. Os regimes do dolo civil no Direito Brasileiro: Dolo antecedente, vício informativo por omissão e por comissão, dolo acidental e dever de indenizar. *Revista dos Tribunais*, v. 923, set., 2012.

MARTINS, Frans. *Contratos e obrigações comerciais*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MÉNARD, Claude. The economics of hybrid organization. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, v. 160, 2004.

MEKKI, Mustapha. Hardship and Modification (or 'Revision') of the Contract. 2010. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1542511>.

MIGUEL, Paula Castello. *Contratos entre empresas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MORAES, Renato José de. *Cláusula Rebus Sic Stantibus*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MUGASHA, Agasha. Good Faith obligations in commercial contracts. *International Business Lawyer*, v. 27, n. 1-11, 1999.

NEGRÃO, Theotonio et. al. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 43ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NETO, Alfredo Sérgio Lazzareschi. *Lei das Sociedades por Ações Anotada*. São Paulo: Saraiva, 2012.

PARENTE, Flávia. *O dever de diligência dos Administradores de Sociedades Anônimas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PENTEADO, Luciano Camargo. *Integração de Contratos Incompletos*. Tese de Livre-Docência apresentada ao Departamento de Direito Privado e de Processo Civil da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo em 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, Teoria Geral das Obrigações*. vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Instituições de Direito Civil, Declaração unilateral de vontade e Responsabilidade civil*. vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *Instituições de Direito Civil, Contratos*. vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*. Naples: Scientifiche Italiane, 2003.

PISU, Luciana Cabella. I remedi contro l'eccessiva onerosità sopravvenuta. In VISINTINI, Giovanna. *Trattato della Responsabilità Contrattuale*. Padova: CEDAM, 2009.

PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Direito das Obrigações: extinção das dívidas e obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Eficácia jurídica, determinações inexas e anexas, direitos, pretensões, ações*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Introdução: pessoas físicas e jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Negócios Jurídicos, representação, conteúdo, forma, prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

REALE, Miguel. Visão Geral do Novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, v. 808, fev, 2003.

REZENDE, Christiane L.; ZYLBERSZTAJN, Decio. Quebras Contratuais e Dispersão de Sentenças. *Revista Direito GV*. São Paulo, jan.-jun., 2011.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria Geral dos Contratos, Contratos Empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

RIBEIRO, Renato Ventura. *Dever de diligência dos Administradores de Sociedades*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

RIPERT, George. *A regra moral nas obrigações civis*. Campinas: Bookseller, 2000.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil, Dos contratos e Das declarações unilaterais de vontade*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Parte Geral das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2002.

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

RODRIGUEZ, Carlos Fernandes (trad.). LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956.

ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. Milão: Giuffrè, 2001.

RUIZ, Manuel Olivencia. El concepto de mercado em el pensamiento jurídico del professor Aníbal Sánchez Andrés. In DE ALBIZU, Juan Carlos Sáenz García et. al. *Estudios de Derecho Mercantil en Memoria del professor Aníbal Sánchez Andrés*. Pamplona: Civita-Thomson Reuters, 2010.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial - As condutas*. São Paulo: Malheiros, 2007.

SCAFF, Fernando Campos. *Aspectos Fundamentais da Empresa Agrária*. São Paulo: Malheiros, 1997.

SCHUNK, Giuliana Bonanno. *A onerosidade excessiva superveniente no Código Civil: críticas e questões controvertidas*. São Paulo: LTR, 2010

SIDOU, J. M. Othon. *A revisão judicial dos contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SIRENA, Pietro. La categoria dei contratti d'impresa e il principio della buona fede. In AMATO, Cristina et. al. (coord.). *Global Law v. Local Law*. Turim: G. Giappichelli, 2005.

STIGLER, George. The economics of information. *Journal of Political Economy*, 1961

SZTAJN, Rachel. Direito e Economia dos Contratos. Os conceitos fundamentais. In VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*. vol. IV. São Paulo: Malheiros, 2011.

SZTAJN, Rachel. Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no novo Código Civil. *Revista de Direito Privado*, v. 22, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. *Evolução da autonomia privada e o papel da vontade na atividade contratual*. In NOVAES E FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e (Coord.). *Temas de Direito Empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor Luiz Gastão Paes Barros Leães*. São Paulo: Malheiros, 2014.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Os efeitos da Constituição em relação à cláusula geral da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. In *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro: EMERJ, v. 6, n. 23, 2003.

TEPEDINO, Gustavo et al. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TIMM, Luciano Benetti. Direito, Economia, Instituições e Arbitragem: o caso da 'soja verde'. *Revista de Arbitragem e Mediação*. vol. 16, jan., 2008

_____. *O novo paradigma contratual brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *Informação Assimétrica, Custos de Transação, Princípio da Boa-fé*. Tese de doutorado apresentada ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007.

VENEZIANO, Anna. UNIDROIT Principles and CISG: Change of Circumstances and Duty to Renegotiate according to the Belgium Supreme Court. *Uniform Law Review*, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil, Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. Rio de Janeiro: Atlas, 2008.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Contratos Mercantis e a Teoria Geral dos Contratos. O Código Civil de 2002 e a Crise do Contrato*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

VETTORI, Giuseppe. Il diritto dei contratti fra costituzione, codice civile e codici di settore. In ADDIS, Fabio et. al. (Coord.). *Studio in Onore di Giuseppe Benedetti*. Roma, Napoli: Scientifiche Italiane, 2008.

VILLELA, João Baptista. *Equilíbrio do contrato: os números e a vontade*. RT 900/85.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Mandatory Mediation: Is It The Best Choice?. *Revista De Processo*, v. 225/2013, Nov., 2013.

WILLIAMSON, Oliver E. Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structure Alternatives. *Administrative Science Quarterly*, v. 36, 1991

YARSHELL, Flávio Luiz. Resolução do contrato por onerosidade excessiva: uma nova hipótese de ‘ação dúplice’?. In YARSHELL, Flávio Luiz; DE MORAES, Maurício Zanóide (coord.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*, São Paulo: DPJ.

ZULIANI, Ênio Santarelli. Resolução do Contrato por Onerosidade Excessiva. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, ano VI, n. 36, dez.-jan., 2011.

LISTA DE CASOS⁸⁵⁷

TJ-SP, 3ª Câm. de Dir. Privado, Apel. n. 82.608.4/0, Rel. Des. ENIO SANTARELLI ZULIANI, j. 30.11.1999.

TJ-SP, 1ª Câm. Dir. Privado, AI n. 203386-4/5, Rel. Des. GILDO DOS SANTOS, j. 18.9.2001.

TJ-SP, 7ª Câm. Dir. Privado, Apel. n. 1654944/2-00, Rel. Des. PAULO EDUARDO RAZUK, j. 30.1.2006.

TJ-SP, 35ª Câm. Dir. do 8º Grupo, Apel. n. 9150744-44.2006.8.26.0000, Des. Rel. ARTUR MARQUES, p. 28.8.2006.

TJ-SP, 4ª Câm. de Dir. Privado, Apel. n. 014146-67.2008.26.066, Rel. Des. ENIO SANTARELLI ZULIANI, j. 12.5.2011.

TJ-SP, 1ª Câm. Res. Dir. Empresarial, Apel. n. 012662-25.208.8.26.0100, Rel. Des. ENIO SANTARELLI ZULIANI, j. 27.3.2012.

TJ-SP, 23ª Câm. de Dir. Privado, AI n. 0274416-38.2012.8.26.0000, Rel. Des. SÉRGIO SHIMURA, j. 24.4.2013.

TJ-SP, 28ª Câm. Dir. Privado, Apel. n. 062.01.2012.002917-1, Rel. Des. JÚLIO VIDAL, j. 29.4.2014.

TJ-SP, 5ª Câm. Extraordinária de Dir. Privado, Apel. n. 004247-83.205.8.26.0152, Rel. Des. ENIO SANTARELLI ZULIANI, j. 13.8.2014.

TJ-SP, 31ª Câm. de Dir. Privado, AI. n. 2067934-87.2013.8.26.0000, Rel. Des. FRANCISCO CASCONI, j. 18.3.2014.

TJ-SP, 28ª Câm. de Dir. Privado, Apel. n. 1047945-06.2013.8.26.0100, Rel. Des. GILSON DELGADO MIRANDA, j. 25.3.2014.

TJ-SP, 15ª Câm. de Dir. Privado, AI. n. 2062132-74.2014.8.26.00, Rel. Des. MOURÃO NETO, j. 10.7.2014.

TJ-SP, 17ª Câm. de Dir. Privado, Apel. n. 007108-3.2012.8.26.0011, Rel. Des. ÁLVARO TORRES JÚNIOR, j. 13.10.2014.

TJ-SP, 20ª Câm. de Dir. Privado, AI. n. 2160460-39.2014.8.26.00,, Rel. Des. LUIS CARLOS DE BARROS, j. 24.11.2014.

TJ-RJ, 2ª Câm. Cível, Apel. n. 2007.001.53556, Des. Rel. HELENO RIBEIRO PEREIRA NUNES, j. 24.7.2007

STJ, 4ª T., REsp n. 858785- GO, Min.^a Rel^a. NANCY ANDRIGHI, j. 8.06.2010

⁸⁵⁷ - Casos referidos no texto da dissertação. Essa lista não abrange os casos referidos no Anexo 3.5.

STJ, 4ª T., REsp n. 936741 - GO, Min. Rel. ANTONIO CARLOS FERREIRA, j. 3.11.2011

STJ, 4ª T., REsp n. 945.166-GO, Min. Rel. LUIS FELIPE SALOMÃO, j. 28.2.2012

STJ, 3ª T., REsp. n. 471.921-BA, Rel.^a Min.^a NANCY ANDRIGHI, j. 3.6.2013.

CONSEIL D'ETAT, Caso n. 59928, j. 30.3.1916. Disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CESTATEXT0000007629465&fastReqId=1243578234&fastPos=2>.

CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM, Caso n. 9994, j. em 12.2001. Disponível em <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1062>.