LUIZ PHILIPPE TAVARES DE AZEVEDO CARDOSO

**A ONEROSIDADE EXCESSIVA NO DIREITO CIVIL
BRASILEIRO**

Dissertação de mestrado

PROFESSOR ORIENTADOR:
ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO
(JAN/2007-NOV/2009)
CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY
(NOV/2009-MAR/2010)

FACULDADE DE DIREITO DO LARGO SÃO FRANCISCO
UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2010

LUIZ PHILIPPE TAVARES DE AZEVEDO CARDOSO

**A ONEROSIDADE EXCESSIVA NO DIREITO CIVIL
BRASILEIRO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito do Largo São Francisco da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de mestre em Direito Civil, iniciada e desenvolvida sob a orientação do Professor Titular Antonio Junqueira de Azevedo, de janeiro de 2007 a novembro de 2009, e finalizada sob a orientação do Professor Associado Claudio Luiz Bueno de Godoy, de novembro de 2009 a março de 2010.

SÃO PAULO

2010

LUIZ PHILIPPE TAVARES DE AZEVEDO CARDOSO

**A ONEROSIDADE EXCESSIVA NO DIREITO CIVIL
BRASILEIRO**

Dissertação de mestrado em Direito Civil

BANCA EXAMINADORA

FACULDADE DE DIREITO DO LARGO SÃO FRANCISCO

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2010

*A meus pais,
Maria Inês e Luiz Reynaldo*

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Associado Claudio Luiz Bueno de Godoy, por ter aceito finalizar a orientação desta dissertação, e que com suas observações contribuiu de maneira determinante para a melhoria de seu conteúdo e estrutura.

Ao Professor Doutor Renan Lotufo, pelas observações no exame de qualificação, pelos ensinamentos no convívio diário e, principalmente, por ter dado o impulso decisivo para minha pós-graduação e o apoio constante durante a feitura deste trabalho acadêmico.

Ao Professor Doutor João Alberto Schützer Del Nero, por todo o conhecimento que me propiciou, desde as aulas ministradas na graduação, passando pela pós-graduação e pela oportunidade de estágio em docência, até o exame de qualificação.

Aos funcionários das bibliotecas e da secretaria de pós-graduação da Faculdade de Direito do Largo São Francisco da Universidade de São Paulo, por terem viabilizado o estudo e as formalidades necessárias a esta jornada.

Aos colegas de escritório, Professora Doutora Maria Alice Zaratin Lotufo, Ana Flávia, João Luís e, especialmente, à Valéria e ao Gilberto, pelo saudável convívio diário e por toda ajuda durante esse período.

Aos meus pais, meu irmão, meu avô, minha namorada, e toda minha família, pelo incentivo, pelas inúmeras ajudas e pela necessária paciência.

Aos colegas mestrands e doutorandos, pela superação e ajuda mútuas na pós-graduação.

E a todos os professores, colegas, amigos, que fizeram parte desta caminhada, agradeço.

Agradeço, enfim, ao Professor Antonio Junqueira de Azevedo (*in memoriam*). Somente uma narrativa daria conta de expressar sua importância para mim, o quanto e por quanto lhe sou grato. Este estudo, por sua vez, nasceu de suas aulas, de sua orientação, de seus escritos, de sua sabedoria, de sua amizade. É ainda um texto de um iniciante. Um dia, se Deus quiser, poderei dedicar ao querido Professor Junqueira um escrito à sua altura.

RESUMO

Esta dissertação tem como tema a onerosidade excessiva no direito civil brasileiro. Primeiramente, fazem-se necessários uma noção inicial da figura, uma delimitação conceitual do problema e uma síntese de seu desenvolvimento histórico no direito civil brasileiro. Feito isso, são apresentadas as teorias utilizadas para sua fundamentação pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras antes do advento de texto legal expresso sobre a matéria. Concluída essa fase preparatória, adentra-se no direito positivo vigente, precisamente no Código Civil, para explicar o conteúdo da onerosidade excessiva, de seus pressupostos e de suas consequências. São diretamente estudados os artigos 478, 479, 480, 317 e ainda outros específicos de alguns tipos contratuais. São abordados ainda alguns tópicos correlatos que finalizam o entendimento da matéria, como os pressupostos negativos da figura, sua incidência em contratos de sinalagma indireto e nos contratos aleatórios e as diferenças nos pressupostos para sua configuração no Código de Defesa do Consumidor.

Palavras-chave: Onerosidade excessiva – desequilíbrio econômico superveniente do contrato – onerosidade – equivalência das prestações – imprevisível – cláusula *rebus sic stantibus* – teoria da imprevisão – revisão e resolução do contrato.

ABSTRACT

The theme of this dissertation is known in english as hardship, which means the fundamental alteration of the equilibrium of the contract. Firstly, it is necessary to make an introductional notion of the figure, a conceptual delineation of the problem and a summary of its historical evolution in the brazilian civil law. After that, it is presented the theories used by authors and courts to reason the solution of the problem before the existence of legal text about the issue. Then, we study the related articles of the brazilian Civil Code to explain the content of hardship, the content of its requirements, and the content of its consequences. The articles 478, 479, 480, 317 are directly studied, and also other articles from particular named contracts. Some related issues finalize the understanding of the theme, as the negative requirements of the figure, its incidence in some particular categories of contracts, and the difference of its requirements in the Consumer Defense Code.

Keywords: hardship – alteration of the equilibrium of the contract – unpredictable – *rebus sic stantibus* clause – adaptation and termination of the contract.

ÍNDICE

<i>Introdução</i>	11.
-------------------------	-----

Capítulo I.

<i>Delimitação conceitual do problema</i>	15.
---	-----

Capítulo II.

<i>Síntese do desenvolvimento histórico da onerosidade excessiva no direito civil brasileiro</i>	26.
--	-----

Capítulo III.

A cláusula REBUS SIC STANTIBUS

<i>Introdução</i>	34.
-------------------------	-----

Seção 1ª

<i>Antigüidade clássica</i>	36.
-----------------------------------	-----

Seção 2ª

<i>Direito romano</i>	39.
-----------------------------	-----

Seção 3ª

<i>Glosadores</i>	48.
-------------------------	-----

Seção 4ª

<i>Canonistas</i>	52.
-------------------------	-----

Seção 5ª

<i>Pós-glosadores</i>	55.
-----------------------------	-----

Seção 6ª

<i>A primeira teoria sobre a cláusula REBUS SIC STANTIBUS: ALCIATO, humanismo jurídico</i>	58.
--	-----

Seção 7ª

<i>Jusracionalismo, consensualismo, codificações e o declínio da cláusula REBUS SIC STANTIBUS</i>	61.
---	-----

Capítulo IV.

<i>Desenvolvimento da alteração das circunstâncias no positivismo jurídico alemão: pressuposição e base do negócio.....</i>	<i>64.</i>
---	------------

Capítulo V.

<i>Os fatos supervenientes e o PACTA SUNT SERVANDA no positivismo jurídico francês: a teoria da imprevisão.....</i>	<i>75.</i>
---	------------

Capítulo VI.

<i>O superveniente desequilíbrio econômico do contrato no positivismo jurídico italiano: a excessiva onerosidade.....</i>	<i>80.</i>
---	------------

Capítulo VII

<i>Fundamento da onerosidade excessiva.....</i>	<i>84.</i>
---	------------

Capítulo VIII.

Onerosidade excessiva no direito civil vigente.

Seção 1ª

<i>Conceito, pressupostos e conseqüências da onerosidade excessiva: art. 478 do Código Civil.</i>	
---	--

<i>Subseção I. Introdução.....</i>	<i>87.</i>
<i>Subseção II. Contratos de execução continuada ou diferida.....</i>	<i>87.</i>
<i>Subseção III. Prestação excessivamente onerosa e extrema vantagem.....</i>	<i>89.</i>
<i>Subseção IV. Acontecimentos extraordinários e imprevisíveis.....</i>	<i>112.</i>
<i>Subseção V. Resolução.....</i>	<i>125.</i>

Seção 2ª

<i>Conservar ao invés de resolver: a oferta do réu de modificação eqüitativa.....</i>	<i>129.</i>
---	-------------

Seção 3ª

<i>Se NO CONTRATO as obrigações COUBEREM a apenas uma das partes.....</i>	<i>135.</i>
---	-------------

Seção 4ª

<i>O valor real da prestação: artigo 317.....</i>	<i>143.</i>
---	-------------

Seção 5ª

<i>Pressupostos negativos.....</i>	<i>150.</i>
------------------------------------	-------------

Seção 6ª

<i>Contratos aleatórios.....</i>	<i>158.</i>
----------------------------------	-------------

Seção 7ª

<i>Contratos de sinalagma indireto</i>	163.
Seção 8ª	
<i>Regras específicas sobre onerosidade excessiva nos tipos contratuais do Código Civil</i>	168.
Seção 9ª	
<i>Pedido direto de revisão</i>	173.
Seção 10ª	
<i>A onerosidade excessiva no Código de Defesa do Consumidor</i>	179.
Capítulo IX.	
<i>Considerações finais sobre a onerosidade excessiva no direito civil brasileiro</i>	187.
<i>Referências bibliográficas</i>	191.

INTRODUÇÃO

A onerosidade excessiva significa, em termos simples, o desequilíbrio econômico entre as prestações de um contrato. Parte-se do pressuposto de que todo contrato oneroso envolve uma troca econômica ajustada pelas partes numa relação de equivalência. Contudo, quando o escambo de prestações não se dá no instante exato do acordo, quando as relações contratuais são firmadas para perdurarem no tempo, pode ocorrer que o equilíbrio originário objetivado pelos contratantes perturbe-se ou até se rompa, em virtude de fatos supervenientes, de modo a destruir ou frustrar a eqüitativa troca econômica.

Percebe-se assim que a onerosidade excessiva não se colocaria não fossem os efeitos do decurso do tempo nas relações contratuais. Ela refere-se, portanto, ao compasso entre a conclusão e o término da execução do contrato, sempre que o cumprimento da obrigação contratual não se dê instantânea e imediatamente após seu nascimento.

A essa realidade corresponde a distinção conceitual entre sinalagma genético e funcional. Sinalagma é o liame entre obrigações de determinado contrato. O genético dá-se na formação do vínculo e refere-se às promessas recíprocas. O funcional considera a vida de relação que se estabelece entre as prestações nascidas¹. A onerosidade excessiva é própria, portanto, do sinalagma funcional dos contratos.

Se após a conclusão do contrato sobrevierem fatos que tornem a obrigação impossível de cumprimento, caracteriza-se a impossibilidade superveniente da prestação, extinguindo-se a relação contratual, se não houve culpa do devedor. A onerosidade excessiva só ocorre quando a obrigação mantém-se *possível* de ser cumprida, mas excessivamente onerosa com relação a prestação contrária: o tempo causa somente a perda da equivalência entre elas. Nessas circunstâncias, o direito pode autorizar a extinção da relação contratual, ou sua adaptação ao novo contexto, dependendo para isso de vários pressupostos.

Diante desse quadro, várias perguntas podem ser feitas: como se identifica o equilíbrio e o superveniente desequilíbrio econômico de um contrato? Há uma medida para ele? Pode ser aplicado a todos os tipos contratuais? Quais fatos supervenientes autorizam a

¹ A. TRABUCCHI. *Istituzioni di Diritto Civile*, 43ª ed, a cura di G. TRABUCCHI. Padova, CEDAM, 2007, pp. 702-703.

intervenção no sinalagma funcional? O que seria um fato imprevisível? Quais os critérios para que o juiz determine sua extinção ou modificação?

O direito brasileiro resolveu² algumas dessas questões principalmente com os artigos 478 a 480 e 317³ do Código Civil vigente, além de outros subsidiariamente relacionados.

Estudar tais dispositivos, a fim de compreender os conceitos jurídicos neles presentes e, assim, ter uma noção clara do conteúdo da onerosidade excessiva e de seu caráter é o objetivo desta dissertação.

A escolha do tema justifica-se principalmente por dois aspectos essenciais. A imprevisão, como é comumente conhecida a onerosidade excessiva no Brasil, é uma figura que flexibiliza a força obrigatória dos contratos e sua intangibilidade. Por meio dela, autoriza-se ou a liberação do devedor, ou uma intervenção heterônoma no contrato, feita seja por um juiz, seja por um árbitro, para modificar seu conteúdo. Só isso já significa muito para o direito contratual, no qual, como princípio, os pactos existem para serem cumpridos tal como foram constituídos pela autonomia das partes.

Esse princípio fundamental e paradigmático consiste em um alicerce não só do direito das obrigações, como também o transcende e constitui-se numa das principais bases de todas as relações sociais. Desse modo, verificar quando um contrato pode deixar de ser cumprido é uma tarefa de interesse técnico para o jurista e de fundo moral para qualquer pessoa.

Mas além disso, a razão que faz com que o devedor libere-se do pacto tem um conteúdo de justiça material. É o equilíbrio, a equivalência, enfim, o justo contratual no

² Vale lembrar o ensinamento do Professor Antonio Junqueira de Azevedo, costumeiramente proferido em sala de aula: “lei não adota teoria, lei dá a solução”.

³ Os artigos do Código que normatizam o tema são os seguintes: Na parte geral dos contratos, no capítulo II, referente à extinção do contrato, seção IV, Da resolução por onerosidade excessiva: 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. Na parte geral das obrigações, capítulo I, referente ao pagamento: 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. Também no regramento dado aos contratos típicos de locação, empreitada e seguro, existem disposições relativas ao problema: arts. 567, 572, 619, 620, 621, 625, 770.

sentido de igualdade entre as trocas que impõe a flexibilização do pacto dentro de certos pressupostos. Descobrir, portanto, como esse conteúdo material é entendido e tutelado pelo direito é uma atividade norteadada pela valoração da justiça econômica em casos concretos. Tal investigação é, desse modo, digna de todo interesse.

Apresentadas tais considerações iniciais, resta explicar a estrutura e o conteúdo dos capítulos da dissertação.

A primeira coisa a fazer para compreender melhor a onerosidade excessiva é apartá-la de outras matérias do direito das obrigações que com ela fazem fronteira, identificadamente a questão da impossibilidade superveniente da prestação e a alteração das circunstâncias como um gênero que inclui a onerosidade excessiva.

Feito isso, é preciso situar o estudo diante do desenvolvimento histórico do tema no direito civil brasileiro até então. Apesar do tratamento legislativo expresso e geral somente advir com o diploma de 2002, a imprevisão está longe de ser uma novidade por aqui. Tanto a doutrina, como a jurisprudência, estudaram-no no decorrer do século XX, estabelecendo-lhe pressupostos, conseqüências e fundamento, de forma que chega a ser possível identificar certa linha evolutiva no seu desenvolvimento histórico.

Uma vez que não havia texto legal que a consagrasse, muitas teorias foram utilizadas para fundamentá-la. As principais teorias utilizadas, quais sejam, a cláusula *rebus sic stantibus*, as teorias alemãs da pressuposição, bases do negócio subjetiva e objetiva, a teoria francesa da imprevisão e a solução italiana da onerosidade excessiva, serão, então, objeto de breve estudo.

Tal se justifica, pois foram teorias utilizadas no direito brasileiro para solução do problema. Portanto, não se trata de analisar direito estrangeiro. A divisão feita de acordo com os países de origem das teorias é apenas um modo de expor. Além disso, não há dúvida que a pesquisa de tais referências teóricas propicia uma compreensão melhor do problema, de forma a preparar a parte mais importante do estudo, que diz respeito ao direito civil brasileiro vigente.

Ao debruçar-se sobre o direito positivo, mister se faz expor um fundamento para a figura que oriente a identificação de todos os seus elementos.

Vai-se, então, ao Código Civil brasileiro para tirar dele, principalmente do artigo 478, o conceito, os pressupostos e as consequências da onerosidade excessiva. Nas seções subseqüentes serão analisadas as disposições subsidiárias (arts. 479, 480, 317), bem como outros tópicos indispensáveis à sua completa caracterização, como os pressupostos negativos, os contratos aleatórios, os contratos de sinalagma indireto, as regras específicas sobre onerosidade excessiva nos tipos contratuais e a possibilidade do pedido direto de revisão. Por fim, identificam-se as diferenças fundamentais nos pressupostos da onerosidade excessiva disposta no Código de Defesa do Consumidor.

Depois de todo o caminho percorrido, será possível tecer considerações finais em que sejam identificados os principais pontos para o entendimento da excessiva onerosidade no direito civil brasileiro.

CAPÍTULO I

DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DO PROBLEMA

Esta seção visa enquadrar o tema da dissertação frente a outras matérias do direito obrigacional que com ele fazem fronteira.

Assim, o problema da onerosidade excessiva coloca-se, primeiramente, em relação com a impossibilidade superveniente da prestação. Num segundo momento, a onerosidade excessiva apresenta-se como uma espécie do gênero alteração das circunstâncias.

Por fim, mas com bem menor ênfase, como existem posicionamentos segundo os quais o enriquecimento sem causa e a boa-fé objetiva cobririam também as hipóteses de onerosidade excessiva, cumprirá apontar pontualmente porquê nesse trabalho não se procede assim.

A idéia é a de recortar a figura da onerosidade excessiva desses outros institutos para melhor compreendê-la. É o que se passa a fazer.

A onerosidade excessiva aparece quando a obrigação não tenha se tornado impossível, mas tão somente excessivamente onerosa. Essa delimitação conceitual é importante, pois alguns tópicos que são tratados como “onerosidade excessiva” na verdade não possuem essa natureza.

Exemplo disso é o aresto julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 42.885-3-SP, 4ª Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 21/3/1995, DJ 8/5/1995. Nele, o problema tratado é o de compromissários-compradores que, em razão do bloqueio e da indisponibilidade monetária gerada com o advento do chamado *Plano Collor*, não puderam utilizar os recursos de poupanças e outras aplicações financeiras que contavam para pagar suas dívidas. Na instância ordinária, os julgadores referiram a teoria da imprevisão para julgar o caso. Entretanto, na corte especial, o Relator fez constar de seu voto a seguinte explicação:

“Assim, a apreciação da questão deu-se sob o enfoque da ocorrência de força maior e não à luz da teoria da onerosidade excessiva ou cláusula rebus sic stantibus, isso a despeito, repise-se, da equivocada referência constante do aresto atacado”.

“Com efeito, o que ocorreu foi um factum principis, que, conquanto sem interferir no equilíbrio e na comutatividade contratuais, sem, em outras palavras, colocar uma das partes em situação de vantagem frente a outra, certamente impossibilitou o cumprimento do contrato nas condições e prazos avençados, pelo menos para os contratantes – e isso se aplica também à construtora recorrente – que contavam com recursos de poupança ou de outras aplicações financeiras para fazê-lo”.

Ou seja, quando a obrigação torna-se impossibilitada, não se pode falar em onerosidade excessiva. Esta só ocorre quando o problema concreto é o desequilíbrio superveniente entre as prestações. As hipóteses são excludentes: ou se diz que há impossibilidade, ou que há onerosidade excessiva.

Mister se faz adentrar um pouco mais no tópico da impossibilidade, pois ele tem ainda outro desdobramento que servirá também para delimitar conceitualmente o tema do trabalho.

O trato da impossibilidade da prestação se divide em dois: a impossibilidade originária – que se dá no momento de formação do contrato e interessa à sua validade – e a impossibilidade superveniente, que pode extinguir a obrigação. Como a onerosidade excessiva superveniente se refere tão somente ao sinalagma funcional do contrato, esta seção deixará de lado o problema da impossibilidade originária. Da mesma forma, nesta seção se cogita apenas da impossibilidade superveniente inimputável ao devedor, pois se se tratasse da imputável, adentrar-se-ia no terreno da responsabilidade civil.

É preciso distinguir, pois, a impossibilidade objetiva da subjetiva, bem como a absoluta da relativa⁴.

A prestação torna-se impossível quando o comportamento exigível do devedor, segundo o conteúdo da obrigação, torna-se inviável⁵. Se a inviabilidade diz respeito a

⁴ Segundo PONTES DE MIRANDA, a matéria da impossibilidade da prestação é uma das mais árduas do direito brasileiro das obrigações, porque o Código Civil só se refere às modalidades de prestações (artigos 233 a 251 do Código vigente) (F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, t. XXII, 2ª ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1958, p. 69).

todos, eis que a conduta devida é impossível para qualquer um, a impossibilidade é objetiva. Se somente o devedor não pode efetuar a prestação, mas outros podem executá-la, a impossibilidade é subjetiva⁶.

Tal distinção é extremamente importante. Só a impossibilidade objetiva exonera o devedor⁷. Mas nas obrigações infungíveis, em que o devedor deve cumprir pessoalmente a prestação, a impossibilidade subjetiva se equipara à objetiva⁸.

Nesse sentido, A. M. FONSECA:

“Sem dúvida que, às vezes, quando se trata de obrigação tendo por objeto um facere infungível, há impedimentos pessoais do devedor que se refletem necessariamente sobre a própria prestação, impossibilitando-a. Assim, v. g., no exemplo da elaboração de um livro por determinado intelectual, a doença ou morte do escritor inibindo-o de cumprir a obrigação assumida. Em tais casos, não nos parece verificar-se impossibilidade subjetiva ou relativa, mas verdadeira impossibilidade objetiva, como, com razão, salientou Giovene. Não assim se a impossibilidade decorrer de outras condições pessoais do devedor, sem relação necessária com a prestação, como, por exemplo, no caso figurado, a falta de dinheiro para comprar obras indispensáveis à elaboração do trabalho”⁹.

E também PONTES DE MIRANDA:

“A impossibilidade objetiva e a impossibilidade subjetiva (impossibilidade subjetiva do devedor) são inconfundíveis: aquela é a impossibilidade por falta do objeto, inclusive a impossibilidade do fazer ou do não fazer; essa é a inaptidão do devedor para prestar, impossibilidade que só diz respeito ao sujeito passivo. (...) No tocante a algumas prestações, elas coincidem. Por exemplo, se a prestação só pessoalmente pode ser prestada (cp.

⁵ J. M. ANTUNES VARELA. *Das obrigações em geral*, v. II, 7ª ed., 3ª reimpr. Coimbra, Almedina, 2007, p. 67.

⁶ Idem, ibidem, p. 68.

⁷ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, t. XXII, cit., pp. 68-70; A. M. FONSECA. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*, 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 1958, pp. 152-7; J. M. ANTUNES VARELA. *Das obrigações em geral*, v. II, cit., p. 72. Em sentido oposto, C. COUTO E SILVA. *A obrigação como processo*, reimpr. Rio de Janeiro, FGV, 2007, pp. 99-100; R. R. AGUIAR JR. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, 2ª ed., rev., atual. Rio de Janeiro, AIDE, 2003, p. 99.

⁸ M. J. ALMEIDA COSTA. *Direito das obrigações*, 3ª ed., refund. Coimbra, Almedina, 1979, p. 463 e pp. 775-6; R. LOTUFO. *Código civil comentado: obrigações: parte geral (arts. 233 a 420)*, v. 2. São Paulo, Saraiva, 2003, p. 50; O. GOMES. *Obrigações*, 17ª ed., 2ª tir., rev., atual., e aum., de acordo com o Código Civil de 2002, por E. BRITO. Rio de Janeiro, Forense, 2007, pp. 178-9.

⁹ A. M. FONSECA. *Caso fortuito...*, 3ª ed. cit., p. 154.

Código Civil, art. 880, 2ª parte), inaptidão do devedor impossibilidade objetiva também é^{10 11}.

Por outro lado, entende-se, também, que somente a impossibilidade *absoluta*¹² extingue a obrigação. Com essa expressão pretende-se dar relevância à idéia de que a mera dificuldade, ainda que fora do comum, a *difficultas praestandi*, não basta para liberar o devedor¹³.

No Brasil, contudo, consagrou-se o uso indistinto de impossibilidade absoluta como impossibilidade objetiva, e impossibilidade relativa como impossibilidade subjetiva¹⁴.

Assim, quando se diz que a impossibilidade relativa é suficiente para liberar o devedor, não se está referindo à impossibilidade relativa como sinônimo de mera dificuldade de prestar, mas como sinônimo de impossibilidade subjetiva.

E aqui se faz necessário um segundo esclarecimento: o significado de impossibilidade relativa funcionalizou-se¹⁵ e passou a designar também, não uma simples impossibilidade subjetiva em prestação infungível, mas também aqueles casos em que, por força do princípio da boa-fé, a prestação fungível, ainda que objetivamente possível, deveria ser considerada impossível¹⁶. Não se trata, repita-se, de dar importância à mera

¹⁰ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado, t. XXIII, 2ª ed.* Rio de Janeiro, Borsoi, 1958, pp. 104-5.

¹¹ AGOSTINHO ALVIM traz exemplo bastante esclarecedor evidenciando que a impossibilidade liberadora é sempre a objetiva: “Outras vezes a confusão aparece ao se tratar de saber qual é, precisamente, a obrigação do devedor. Também aqui cumpre distinguir. Suponhamos que Tício promete entregar a Caio, em tal data, mil sacas de arroz. Na ocasião da entrega, escusa-se, alegando que as irregularidades do tempo lhe impediram a colheita. Supostas essas irregularidades, estará aperfeiçoada a escusa do art. 1.058, parágrafo único? Depende. Pode acontecer que o negócio tenha sido feito sem atenção ao fato de Tício ser plantador de arroz. O credor podia ignorar esta circunstância, ou, mesmo conhecendo-a, não ter combinado a compra do arroz que Tício viesse a colher. Neste caso, este último somente se exonerará se provar a inexistência da mercadoria na ocasião da entrega e, portanto, a impossibilidade de obtê-la no mercado. Logo, as inclemências do tempo que atingiram a sua lavoura não o impedirão de cumprir a obrigação que assumira, uma vez que ao credor não interessa saber onde o devedor obterá a coisa que prometeu entregar. Mas se as circunstâncias do caso denunciarem que o negócio foi entabulado em torno da colheita de Tício, já então se escusará ele com o mau tempo que lhe tenha impedido, ou prejudicado, a colheita” (*Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, 5ª. ed. São Paulo, Saraiva, 1980, p. 327).

¹² J. M. ANTUNES VARELA pondera que a expressão “impossibilidade absoluta” consiste em pleonasma (*Das obrigações em geral, v. II, cit.*, p. 68).

¹³ J. M. ANTUNES VARELA. *Das obrigações em geral, v. II, cit.*, p. 68; F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado, t. XXIII, cit.*, p. 105; A. ALVIM. *Da inexecução...*, cit., p. 328; A. M. FONSECA. *Caso fortuito...*, 3ª ed. cit., pp. 154-6; O. GOMES. *Obrigações*, cit., p. 176.

¹⁴ A. M. FONSECA. *Caso fortuito...*, 3ª ed. cit., p. 153; O. GOMES. *Obrigações*, cit., p. 44; C. COUTO E SILVA. *A obrigação...*, cit., pp. 98-9; R. R. AGUIAR JR. *Extinção dos contratos...*, cit., p. 97. No mesmo sentido, o texto legal do art. 106 do Código Civil.

¹⁵ O. GOMES. *Obrigações*, cit., pp. 176-7.

¹⁶ A. ALVIM. *Da inexecução...*, cit., pp. 328-9; F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado, t. XXIII, cit.*, pp. 105-6.

difficuldade: impossibilidade relativa não é dificuldade¹⁷. Trata-se, na verdade, de avaliar a impossibilidade de acordo com circunstâncias especiais de cada caso¹⁸.

AGOSTINHO ALVIM traz o seguinte exemplo:

“Suponha-se que alguém, obrigado a despachar grande quantidade de mercadorias, vê-se diante de uma greve de ferroviários. Se lhe for possível enviar as mercadorias por estrada de rodagem, a isso está obrigado, ainda que o ônus seja maior, ou muito maior. Todavia, se não houver serviço regular por estrada de rodagem, não está ele obrigado a adquirir caminhões, ou a fretá-los de particulares, a qualquer preço”¹⁹.

O. GOMES, por sua vez, exemplifica:

“O exemplo clássico de impossibilidade, segundo sua conceituação jurídica, é o da obrigação de transportar mercadorias através de rio que gelou; logicamente, a prestação pode ser satisfeita, por isso que o devedor teria o recurso de usar um quebra-gelo, mas, juridicamente, tornou-se impossível, porque o obrigaria a gastos vultosos, exigindo esforço excedente dos limites razoáveis”²⁰.

E também PONTES DE MIRANDA:

“O transportador prometeu levar à montanha o material de construção; a ponte sobre o rio caiu; para levá-lo até o lugar que se designou seria preciso dar a volta à montanha e entrar por outro caminho, o que custaria muitíssimo mais do que o preço dos transportes (...). Se A promete construir a casa no terreno de B, mas, ao começar as obras, descobre que a fonte que se conhecia na parte inferior do terreno passa por baixo do lugar em que teria de construir, exigindo pilastras ou estacas alicerciais de dez metros ou mais, a impossibilidade está caracterizada, porque essa não era a prestação em que A e B acordaram ao concluir o contrato de empreitada”²¹.

Esses interessantes exemplos foram listados, pois é provável que no direito vigente fossem alguns deles mais corretamente subsumidos à hipótese de onerosidade excessiva, sem descuidar, é claro, dos outros requisitos a ela necessários. Na realidade, quando a prestação não se torna impossível, mas apenas mais custosa (transportes mais

¹⁷ R. R. AGUIAR JR. *Extinção dos contratos...*, cit., p. 99.

¹⁸ C. M. S. PEREIRA. *Instituições de direito civil, v. II, Teoria geral de obrigações*, 12ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1993, p. 246.

¹⁹ A. ALVIM. *Da inexecução...*, cit., p. 328.

²⁰ O. GOMES. *Obrigações*, cit., pp. 176-7.

²¹ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado, t. XXIII*, cit., pp. 105-6.

caros, construção mais complexa) e, conseqüentemente, deixa de ser remunerada equivalentemente pela contraprestação, o problema é o da onerosidade excessiva. Há impossibilidade relativa quando, por circunstâncias especiais, a impossibilidade subjetiva, em prestação fungível, deve também liberar o devedor.

O aresto acima citado²² é um exemplo concreto disso. No caso, a prestação era de pagamento de certo preço. Tal prestação não é objetivamente impossível. Contudo, o é, subjetivamente, para o devedor que está com seu dinheiro bloqueado. Nesse caso, tal impossibilidade relativa foi considerada suficiente para liberá-lo da obrigação.

Tal peculiaridade constou inclusive do voto do Min. Ruy Rosado de Aguiar que assim expôs:

“Gostaria de registrar que, no nosso sistema, a impossibilidade que se admite para escusar o devedor de cumprimento da sua obrigação é a impossibilidade absoluta, no caso, inócurrenre. Depois do plano Collor, as obrigações continuaram sendo cumpridas, porque não se aplicou o princípio da impossibilidade absoluta, que não existiu. Por isso, parece-me mais conveniente examinar, caso a caso, a impossibilidade relativa do devedor, nas circunstâncias objetivas do negócio e de acordo com as suas condições pessoais, de acordo com a teoria objetiva da alteração da base do negócio”.

Na mesma toada, não configuram ainda onerosidade excessiva outros casos também lembrados em exemplos doutrinários de impossibilidade subjetiva ou relativa. W. B. MONTEIRO entende que prestações infungíveis que impliquem risco para a saúde ou vida do devedor excedente ao risco normal inerente à sua atividade, se reputam impossíveis²³. O. GOMES trata como prestação impossível a inexigibilidade psíquica, correspondente àquela que obrigue o devedor a suportar intolerável constrangimento moral. O exemplo dado é o do ator que entre em cena enquanto sua esposa está moribunda²⁴. M. J. ALMEIDA COSTA pondera que se enquadrariam no regime da alteração das circunstâncias positivado em Portugal, não apenas os casos de onerosidade excessiva econômica da prestação, mas aqueles que envolvessem grandes riscos pessoais ou excessivos sacrifícios de natureza não

²² STJ, REsp nº 42.882-3-SP, 4ª Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 21/3/1995, DJ 8/5/1995.

²³ W. B. MONTEIRO. *Curso de direito civil: direito das obrigações*, 1º vol. São Paulo, Saraiva, 1960, p. 100.

²⁴ O. GOMES. *Obrigações*, cit., p. 178.

patrimonial ao devedor²⁵. Neste grupo de casos também se encontraria o exemplo trazido por A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO: o do jornalista que escreve para periódico de linha editorial católica, o qual é vendido e modifica sua linha editorial para atéia e contrária à Igreja. Tal jornalista teria de arcar com sacrifício insuportável.

Em nenhum desses casos o problema é de ordem patrimonial. Todos esses exemplos conferem uma flexibilização do conceito de impossibilidade, relativizando-o em torno de uma impossibilidade que pode ser denominada moral²⁶ e assim devem ser resolvidos. Nenhum deles aproxima-se da hipótese da onerosidade excessiva do direito brasileiro, que como visto inicialmente e que será aprofundado, refere-se ao desequilíbrio econômico, objetivo, entre prestações.

Por outro lado, não se enquadra como onerosidade excessiva, (e como visto, nem como impossibilidade relativa), a doutrina alemã, muito divulgada e acolhida naquele país após a primeira guerra mundial, da “*impossibilidade econômica*”, como nos casos de aumentos imprevistos de preços, de tal modo que a prestação resulte insuportável para o devedor do ponto de vista econômico²⁷. Em virtude da imprecisão de seus critérios valorativos, foi ainda defendida a teoria do limite do sacrifício, com o intento de fundamentá-la.

De todo modo, cumpre esclarecer que não se trata nesse trabalho de estudar impossibilidade econômica ou limite do sacrifício. O tema da ruína do devedor não faz parte desse trabalho. Ele só terá relevância aqui, indireta e eventualmente, na medida em que ocorra o seguinte: a prestação que leva o devedor à ruína perdeu sua relação de equivalência com a contraprestação. Nesses termos, o problema se enquadra na onerosidade excessiva e deverá ser examinado de acordo com seus pressupostos próprios²⁸.

²⁵ M. J. ALMEIDA COSTA. *Direito das obrigações*, cit., p. 251.

²⁶ A. MENEZES CORDEIRO. *Da modernização do direito civil v. I (aspectos gerais)*. Coimbra, Almedina, 2004, p. 111.

²⁷ K. LARENZ. *Derecho de obligaciones, t. I., version espanhola y notas de J. S. BRIZ*. Madrid, Revista de Derecho Privado, 1958, pp. 310-31.

²⁸ Vale aqui a colação do seguinte trecho de C. C. COUTO E SILVA. *A obrigação...*, cit., p. 108: “É preciso salientar que não obsta o exercício da pretensão a possibilidade de ser o devedor levado à ruína. Aqui, não se cuida de saber se a pretensão poderia ser obstaculizada em virtude de resultar de seu exercício a ‘morte econômica’ do devedor. Essas objeções, de nenhum modo, podem impedir o exercício de uma pretensão. Os motivos que aí poderiam ocorrer seriam metajurídicos, ditados, talvez, em razão de um sentimento de piedade, e de nenhuma influência. Ai, poder-se-ia falar de um *aequitas bursalis*. O princípio é o de que o devedor responde com o bem determinado (proeque agere) ou com seu patrimônio, e, por esse motivo, existe o concurso de credores”.

Por outro lado, a onerosidade excessiva (=desequilíbrio econômico) pode ocorrer ainda quando o devedor não tenha nenhuma dificuldade em adimplir sua prestação.

Distinto de tudo quanto foi tratado até aqui, é ainda o caso da jurisprudência alemã de direito constitucional, trazido por C.W. CANARIS, referente à responsabilidade de familiares de um devedor por fianças prestadas, de valor altíssimo. Aqui, o problema era o de que o fiador, por não ter quase nenhum patrimônio, se via numa dificuldade financeira sem perspectiva de saída. O Tribunal Constitucional Federal viu nisso, em detrimento da liberdade de contratar, violação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, efeito irradiador dos direitos fundamentais, por meio do princípio da boa-fé, positivado no Código Civil²⁹.

Tal caso, apesar de envolver uma obrigação extremamente gravosa para uma das partes, não configura a onerosidade excessiva, tampouco impossibilidade superveniente. O entendimento de sua solução tal como formulada depende da relação entre o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e sua incidência no direito privado, por via de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais dispostos no Código Civil³⁰. Essa temática não é, por sua vez, objeto do presente estudo.

Por fim, não se trata de onerosidade excessiva a matéria relatada em alguns casos jurisprudenciais nacionais envolvendo compromisso de compra e venda³¹. Tratava-se de contratos de longa duração para aquisição de unidades habitacionais, nos quais os compromissários compradores alegavam insuportabilidade das prestações, reajustadas por índices superiores aos adotados para a atualização dos salários. Observe-se tão somente que o problema não era de desequilíbrio entre as prestações. Elas permaneciam

²⁹ C.W. CANARIS. *A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha*, in *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado/I. W. SARLET (Org.)*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003, pp. 223-243, pp. 228-9.

³⁰ V. A. SILVA. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, 1ª ed., 2ª tir. São Paulo, Malheiros, 2008, p. 147.

³¹ Como exemplo: TJ/SP, Ap. Civ. nº 226.264-2, 13ª Câm. civ., rel. Des. Marrey Neto, j. 12/4/1994, JTJ 159/34; TJ/SP, Ap. civ. nº 256.637-2, 12ª Câm. civ., rel. Des. Carlos Ortiz, j. 30/5/1995, JTJ 178/47; STJ, REsp nº 200.019-SP, 3ª Turma, rel. Min. Waldemar Zveiter, rel. p/ acórdão Min. Ari Parglender, j. 17/5/2001, DJ 27/8/2001; STJ, REsp nº 132.903-SP, 4ª Turma, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 16/9/1997, DJ 19/12/1997; STJ, REsp nº 109.960-RS, 4ª Turma, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 24/2/1997, DJ 24/3/1997. Tais casos tiveram uma pluralidade de fundamentos para justificar a possibilidade de resolução pelo devedor que não podia mais cumprir o pactuado, como por exemplo, a base do negócio, o art. 53 do Código de Defesa do Consumidor, a alternatividade da cláusula resolutória, circunstâncias do caso concreto, a inimputabilidade do inadimplemento.

equivalentes. O problema ocorria tão somente na esfera de um dos devedores que, por força da correção monetária, se via vinculado a uma prestação muito gravosa e que não iria conseguir cumprir. R. R. AGUIAR JR. apresenta tais exemplos dentre os casos especiais de resolução do contrato pelo devedor, utilizando-se para tanto, da teoria da perda da base objetiva do negócio, no seu aspecto de frustração da finalidade contratual³². Essa possibilidade de resolver não se dá, portanto, pela onerosidade excessiva e assim, não será examinada em pormenores neste trabalho.

Dadas essas primeiras coordenadas relacionadas à delimitação da onerosidade excessiva frente à impossibilidade superveniente, cumpre agora delimitá-la dentro do conjunto maior de casos de alteração das circunstâncias³³.

Como já dito, a onerosidade excessiva configura-se pelo desequilíbrio contratual superveniente. Esse tipo de caso é uma espécie de alteração das circunstâncias. Há outros grupos de casos em que não ocorre desequilíbrio superveniente, mas são apresentados como exemplos de alteração das circunstâncias³⁴.

A idéia que une esse grupo de casos é a da perda do sentido do contrato.

Alguns exemplos são recorrentes na doutrina para ilustrá-los. São eles o do aluno, a quem o professor dava aulas de canto, que ensurdece por completo³⁵; ou o exemplo de K. LARENZ, da encomenda de uma porta para uma igreja que resta destruída pela guerra³⁶; também os *coronation cases*, em que pelo cancelamento da coroação do Rei Eduardo III perderam sua finalidade uma série de contratos de locação pactuados justamente para que os interessados pudessem apreciá-la de algumas sacadas que estavam no itinerário do cortejo³⁷.

Além destes, há o caso em que a finalidade do contrato se cumpre por outra via que não a prestação, tornando-a inútil, como no caso do barco de resgate que deveria

³² R. R. AGUIAR JR. *Extinção dos contratos...*, cit., p. 165. Mais a frente, nesta seção, esse ponto será retomado.

³³ A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO. *Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant*, in *Novos estudos e pareceres de direito privado/A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO*. São Paulo, Saraiva, 2009, pp. 182-198, p. 184.

³⁴ C. L. B. Godoy. *Função social do contrato*. São Paulo, Saraiva, 2004, p. 61.

³⁵ J. M. ANTUNES VARELA. *Das obrigações em geral*, v. II, cit., p. 75.

³⁶ K. LARENZ. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Madrid, Revista de Derecho Privado, 1956, p. 168.

³⁷ A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO. *Negócio jurídico e declaração negocial (noções gerais e formação da declaração negocial)*, tese para o concurso de professor titular de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1986, p. 219.

rebocar um navio encalhado, que acaba por desencalhar por força da maré³⁸. A prestação – o reboque – ainda é possível, mas perdeu seu sentido diante do navio desencalhado.

Em todos esses casos não há, evidentemente, desequilíbrio entre as prestações de um contrato. O fato superveniente gera uma perturbação mais central, que é da perda da finalidade, da utilidade do contrato.

Vale até lembrar que R. R. AGUIAR JR. refere os casos acima citados dos compromissários compradores que alegavam insuportabilidade das prestações pelos reajustes inflacionários como exemplos de perda da finalidade contratual, utilizando-se da teoria da base objetiva do negócio para justificá-la³⁹.

Para A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, tais casos hoje têm solução legislativa no direito brasileiro, pois podem ser resolvidos pela perda da função social contrato, positivada no art. 421 do Código Civil⁴⁰. Inseridos sob o comando normativo da função social ainda estariam outros grupos de casos em que a alteração das circunstâncias, sem causar desequilíbrio, violasse a dignidade da pessoa humana, privando-a de itens necessários a sua subsistência⁴¹.

Alguns exemplos que serão mencionados nas seções seguintes, principalmente no tocante a referências históricas da cláusula *rebus sic stantibus*, serão melhor entendidos se compreendidos nesse campo maior que é o da alteração das circunstâncias, e não propriamente no campo mais delimitado da onerosidade excessiva.

Ante tais considerações, portanto, resta delimitar que o objeto desse estudo não abrange todo o conteúdo da alteração das circunstâncias. Ele limita-se à onerosidade excessiva entendida como desequilíbrio econômico superveniente.

Para R. R. AGUIAR JR., o Código Civil tratou de maneira muito limitada a onerosidade excessiva e, ao contrário, tratou de forma superior a boa-fé objetiva, além do enriquecimento sem causa e da função social. Nesse sentido, propõe o autor que o art. 478

³⁸ K. LARENZ. *Derecho de obligaciones*, t. I, cit., p. 322.

³⁹ R. R. AGUIAR JR. *Extinção dos contratos...*, cit., p. 165.

⁴⁰ A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO. *Relatório...*, cit., p. 184.

⁴¹ Idem, *ibidem*, p. 184. Os exemplos acima trazidos de impossibilidade subjetiva ou relativa a respeito de prestações que acarretem riscos pessoais aos devedores são trazidos por A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO como casos de “onerosidade excessiva psicológica”.

seja utilizado de forma subsidiária a esses comandos normativos, somente naquilo que a elas não for ajustado⁴².

Diante de tal posicionamento, é imperioso advertir que a delimitação do âmbito desse trabalho é feita da forma oposta. Os casos de desequilíbrio econômico superveniente devem ser subsumidos à hipótese legal de onerosidade excessiva que, por sua vez, possui natureza e pressupostos próprios, cujo conteúdo é o objeto da dissertação. Justamente por isso, já se delimitou aqui a incidência da função social aos outros casos de alteração das circunstâncias que não configuram onerosidade excessiva.

Com relação à boa-fé objetiva, J. O. ASCENSÃO explica que ela foi na verdade um expediente utilizado para dar relevância à alteração anormal de circunstâncias na ausência de fundamentação legal para tal. Quando o Código Civil brasileiro deixa de utilizar a boa-fé e consagra dispositivo legal próprio, procede de maneira mais desenvolvida. E isso é positivamente justificável: a boa-fé se traduz em regras de conduta, enquanto na onerosidade excessiva tem-se uma valoração do próprio conteúdo do negócio, tomado por si⁴³.

Outros julgados, quando não havia legislação específica a respeito, nortearam a aplicação da imprevisão pelo princípio que veda o enriquecimento sem causa⁴⁴. A peculiaridade que aqui deve ser ressaltada, apenas para evitar qualquer tipo de confusão, é que o aspecto do enriquecimento sem causa que incidiria na onerosidade excessiva seria tão só o de princípio, como “pano de fundo” e não o de fonte obrigacional⁴⁵. A onerosidade excessiva tem natureza própria que não se confunde com o enriquecimento sem causa.

A idéia é justamente essa: o foco não é a onerosidade excessiva vista sob o prisma do enriquecimento sem causa ou da boa-fé, mas a onerosidade excessiva vista por si só. Assim, passa-se a proceder uma breve aproximação histórico-conceitual de seu conteúdo.

⁴² R. R. AGUIAR JR. *Extinção dos contratos...*, cit., p. 148.

⁴³ J. O. ASCENSÃO. *Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil*, in *Revista trimestral de direito civil*, v. 25, ano 7, jan./mar. 2006, p. 93-118, p. 111: “A nosso ver, continuar a recorrer à boa-fé havendo preceito legal, é anacrônico. Mantém como explicação atual o que foi um mero expediente. Não se regula a conduta. Valora-se diretamente o conteúdo, e é em decorrência da valoração negativa deste que se cria a impugnabilidade da relação, no sentido da resolução ou modificação desta”.

⁴⁴ Como exemplo, TJ/SP, Ap. civ. n° 86.569-4/0, 4ª Câmara de Direito Privado, rel. Fonseca Tavares, j. 12/8/1999. Mesmo depois do advento do Código civil de 2002, há julgados que continuam embasando a questão no enriquecimento sem causa: TJ/SP, Ap. n° 992.06.003851-8, 25ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Marcondes D’Angelo, j. 22/10/2009.

⁴⁵ G. E. NANNI. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo, Saraiva, 2004, p. 374.

CAPÍTULO II

SÍNTESE DO DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DA ONEROSIDADE EXCESSIVA NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Para cumprir a função de situação, essa linha evolutiva será traçada com base apenas nos estudos doutrinários, por três razões. A primeira é a de que, entendido o direito como sistema de segunda ordem⁴⁶, doutrina e jurisprudência se alimentam uma a outra, de tal modo que os resultados encontrados em uma delas não seriam divergentes em essência, daqueles encontrados na outra.

A segunda é a de que, especificamente no tema da onerosidade excessiva, a maioria dos estudos doutrinários sempre trouxe, por causa da ausência de lei, ao lado do aprofundamento teórico, apoio jurisprudencial. Quando, ao final do século XX, foi possível à doutrina concluir quais os requisitos para a revisão ou resolução de um contrato por fato superveniente, o fez pautando-se em grande parte nas decisões judiciais⁴⁷.

Por fim, a escolha pelo exame da doutrina para essa função introdutória se dá porque parece ser o modo como se evidencia melhor e mais sinteticamente a linha evolutiva do direito brasileiro. Os julgados serão citados neste trabalho no decorrer do texto nas seções seguintes, principalmente para ilustrar entendimentos acerca do direito vigente.

⁴⁶ A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO. (*parecer*) *O direito como sistema complexo e de 2ª ordem; sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil*, in *Estudos e pareceres de direito privado*/A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO. São Paulo, Saraiva, 2004, pp. 25-37, pp. 26-27. Sistema de 2ª ordem significa que o direito, em primeiro lugar, está diretamente relacionado à realidade social. Ele não existe independentemente dela, mas só a partir dela. Os mundos jurídico e social não estão separados. Além disso, no sistema de direito, entre seus elementos componentes, como a norma, as instituições, os operadores e a jurisprudência, há um mecanismo de *feed-back*, pelo qual cada parte integrante retro-alimenta uma a outra, de tal modo que, por exemplo, uma conquista da jurisprudência é revelada pela doutrina, da qual um juiz toma conhecimento e a re-aplica em nova decisão.

⁴⁷ Exemplar nesse sentido é o estudo de RENATO JOSÉ DE MORAES. *Cláusula “rebus sic stantibus”*. São Paulo, Saraiva, 2001.

Desta forma, é possível começar afirmando que o sentido da investigação sobre o superveniente desequilíbrio contratual no direito brasileiro fundou-se inicialmente na autonomia da vontade das partes, no início do século XX, e teve depois outras formas de fundamentação, por volta ainda da metade do século passado, em torno da noção de equilíbrio contratual. O tema nasceu sendo tratado mais comumente como “cláusula *rebus sic stantibus*”, ou “Teoria da Imprevisão”.

Embora nas Ordenações Filipinas possam ser encontrados dispositivos que remetam a idéia de alteração das circunstâncias⁴⁸, o trato da cláusula *rebus* só iniciou mesmo posteriormente. O Código civil de 1916, por sua vez, dela não tratou expressamente, e por isso, saber se ele lhe dava ou negava acolhida sempre foi motivo de debate. Nesse contexto, tem-se como o primeiro trabalho de um jurista brasileiro sobre a cláusula, o parecer de CASTRO MAGALHÃES, publicado em 1920⁴⁹, que negou a possibilidade de sua invocação perante o direito brasileiro, em nome da certeza do contrato como lei entre as partes. Mas logo em 1923, foi publicado o artigo em que JAIR LINS defendia a adoção da cláusula pelo direito brasileiro, baseado no art. 85 do Código Civil e no argumento de que ocorrendo profundas alterações de circunstâncias, o próprio consentimento – e em decorrência, o contrato – deixaria de existir. É tido, por isso, como o primeiro adepto da teoria no país⁵⁰.

Em seqüência foram publicados, já na década de 30, artigos e livros em defesa e em oposição à invocação da cláusula ou da teoria no direito brasileiro⁵¹. O debate se dava

⁴⁸ P. C. MAIA. *Da cláusula rebus sic stantibus*. Monografia para concurso à Cátedra de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1959, pp. 53-54: o autor traz o seguinte dispositivo das Ordenações Filipinas (que tiveram vigência no Reino de Portugal a partir de 11 de janeiro de 1603 e que vigoram no Império do Brasil pelo art. 1º, da Lei de 20.10.1823), livro IV, título XXI, sob a intitulação “em que moedas se farão os pagamentos do que se compra, ou deve”: “Posto que alguns compradores e vendedores, e outros contrahentes se concertem, que se haja de pagar certa moeda de ouro, ou de prata, será o vendedor obrigado a receber qualquer moeda corrente lavrada de nosso cunho, ou dos Reis, que ante Nós forão, na valia, que lhe per Nós for posta”. Também, do mesmo livro, os títulos XXIV, XXVII, LXV. O autor assinalou também, em outra oportunidade, e atribuindo a causa ao individualismo, o fato de que Teixeira de Freitas não tratara do tema: P. C. MAIA. *Cláusula “rebus sic stantibus”*, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*/R. L. FRANÇA (Coord.), v. 15. São Paulo, Saraiva, 1977, p. 144.

⁴⁹ J. C. MAGALHÃES. (*parecer*) *A cláusula rebus sic stantibus*, in *Revista Forense*, v. XXXIII, jan./jun. 1920, pp. 45-46. R. J. MORAES. *Cláusula...*, cit., p. 89.

⁵⁰ J. LINS. *A cláusula “rebus sic stantibus”*, in *Revista Forense*, v. XL, 1923, p. 512-516. R. J. MORAES, *Cláusula*, cit., p. 91.

⁵¹ Como ilustração do período, os seguintes importantes artigos: O. NONATO. *Aspectos do modernismo jurídico e o elemento moral na culpa objetiva*, in *Revista Forense*, v. LVI, jan./jun. 1931, pp. 5-26, no qual o autor ponderava que para resolver a tensão entre direito e justiça, juristas vinham utilizando a teoria da imprevisão; J. AMERICANO. “*Cláusula Rebus Sic Stantibus*”, in *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. XXIX, 1933, pp.345-351; C. BEVILÁQUA. *Evolução da teoria dos contratos em nossos dias*, in *Revista de Crítica Judiciária*, ano XVI, v. XXVIII, nº III, Set. 1938, pp. 137-143, em que o autor apontava para a socialização do direito e para que o conflito entre *pacta sunt servanda* e *rebus sic stantibus* fosse

em torno de quais artigos do Código Civil serviriam como bases para defesa⁵². Pode-se observar como tanto os que se opunham à cláusula, como os que a defendiam, nessa época, utilizavam argumentos fundados, preponderantemente, no critério último da autonomia da vontade⁵³, e entendiam o contrato como simples acordo de vontades.

Nas décadas de 40 e 50 deu-se o estabelecimento da cláusula *rebus sic stantibus* na doutrina brasileira⁵⁴, principalmente por duas importantes obras: A segunda edição do livro de ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA, no qual o autor mudou de posicionamento – na primeira edição de seu livro negara a aplicabilidade da figura, em nome do *pacta sunt servanda*⁵⁵ – e o estudo de PAULO CARNEIRO MAIA⁵⁶.

Quanto à obra de A. M. FONSECA, a mudança de posicionamento deu-se por motivos interessantes de observar: dado que do Código Civil não se deduzia a aplicação da teoria da imprevisão (como havia defendido na primeira edição do trabalho), o fundamento para sua utilização se deu pelo advento da legislação da Revolução de 30, como a Lei da Usura, a Lei de Locações e a própria Lei de Introdução ao Código Civil, que davam novas

resolvido pela boa-fé e moral; e o livro de A. ROCHA. *Da intervenção do estado nos contratos concluídos*. Rio de Janeiro, Irmãos Porgetti, 1932. Também os seguintes livros, porém em sentido de negação da cláusula: A. M. FONSECA. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. Rio de Janeiro, Tip. Jornal do Commercio, 1932; J. M. CARVALHO SANTOS. *Código Civil brasileiro interpretado*, v. XV, 2ª ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1938, pp. 212-234. J. X. CARVALHO DE MENDONÇA. *Tratado de direito commercial brasileiro*, v. VI, 1ª parte, 3ª ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1938, pp. 61-64.

⁵² Alguns artigos do Código Civil de 1916 citados como base legal para aplicação da cláusula: Art. 85. Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem; Art. 762. A dívida considera-se vencida: I – Se, deteriorando-se, ou depreciando-se a coisa dada em segurança, desfaltar a garantia, e o devedor, intimado, a não reforçar; Art. 1.059. Salvo as exceções previstas neste Código, de modo expreso, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar; Art. 1092, alínea. Se, depois de concluído o contrato sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio, capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a parte, a quem incumbe fazer a prestação em primeiro lugar, recusar-lhe a esta, até que a outra satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la.

⁵³ Em sentido de negar aplicação à teoria da imprevisão, J. M. CARVALHO SANTOS, *Código...*, cit., p. 230: “A lei não exige o consentimento senão para a formação do contrato. O ato de vontade, que se faz preciso para a sua execução, já não cabe no campo do direito”. Em sentido de defesa da cláusula, A. ROCHA. *A intervenção...*, cit., pp. 48-49: “Seja qual foi o conceito deste ou daquele escriptor entre os muitos que expõem idéas e deduções, a base de sistemas e theorias é sempre a mesma psychologia da vontade contractual, e de qualquer modo se conclue que a doutrina italiana é inteiramente baseada na lei natural do consenso, segundo a qual todo negócio jurídico é condicionado por um pressuposto econômico de limite ordinário; e em consequencia o Estado, responsável pela ordem jurídica ou tutela dos negócios alienados de senso bilateral, tem de levar em conta a impotência da vontade para realizar um acordo preventivo de todos os riscos; de modo que a sua assistência não atinge a autoridade dos contractos e antes obedece ao princípio de autonomia da vontade. Em outros termos, a incompatibilidade do regimen do contracto com a superveniência é uma presumpção *juris et de jure*, limitando a questão ao reconhecimento do meio externo, - originário a posterior -, para estabelecer a diferença entre os dois e por esta graduar as obrigações. A vontade, não é demais repetir, foi estabelecida pelo meio exterior, porque ella não tinha outro meio de concepção, e a questão é só de prova ou identidade de coisas.

⁵⁴ R. J. MORAES. *Cláusula...*, cit., p. 98..

⁵⁵ A. M. FONSECA. *Caso fortuito...*, cit., p. 187-188. R. J. MORAES. *Cláusula...*, cit., p. 89.

⁵⁶ P. C. MAIA. *Da cláusula...*, cit.

luzes para o entendimento da intangibilidade do contrato⁵⁷. O legislador determinava, então, que se atentasse às exigências de fins sociais e de bem comum. Na conclusão da obra foi trazida uma espécie de síntese dos requisitos para a aplicação da teoria, com recurso analógico de precisões aritméticas⁵⁸. Tal obra exerceu forte influência sobre as futuras gerações de juristas brasileiros, chegando a significar um marco na doutrina nacional⁵⁹.

Nesse período há também uma primeira tentativa de trato legislativo geral para o problema com o Anteprojeto da Parte Geral do Código das Obrigações de 1941, que contemplava a possibilidade de revisão contratual em termos próximos ao que vinha sendo discutido até então no seu art. 322⁶⁰. Complementam essa fase estudos de vários autores, nos quais se fundamenta a solução do problema, principalmente, na socialização do direito frente ao individualismo ou solidarismo⁶¹, na relativa equivalência de prestações⁶² ou ainda pela associação à figura da lesão subjetiva⁶³. O que ressoa mais forte, contudo, é a tendência a não se utilizar mais argumentos focados exclusivamente na vontade das partes⁶⁴.

Durante as décadas de 60 e 70, todos os grandes tratadistas do direito civil brasileiro se manifestaram sobre a imprevisão e a cláusula *rebus*, admitindo sua aplicação

⁵⁷A. M. FONSECA. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*, 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 1958, pp. 329-330.

⁵⁸A. M. FONSECA. *Caso fortuito...*, 3ª ed. cit., pp. 345-346: “ (...) a superveniência de acontecimentos imprevisos e imprevisíveis, alterando profundamente o ambiente objetivo existente ao tempo da formação do contrato e acarretando para um dos contratantes uma onerosidade excessiva e não compensada por outras vantagens auferidas anteriormente, ou ainda esperáveis, diante dos termos do ajuste, pode dar lugar à intervenção judicial para resolver o vínculo contratual. Para isso, porém, exige-se que, às duas primeiras condições, acima fixadas, se alie uma terceira: o lucro inesperado e injusto do credor, excedente a um quinto do valor normal da prestação a que teria direito, limite esse estabelecido em disposições análogas de nosso direito positivo”.

⁵⁹R. J. MORAES. *Cláusula...*, cit., p. 103.

⁶⁰Tal Anteprojeto foi uma iniciativa do governo Vargas de empreender a reforma do Código Civil, unificando as obrigações civis com as comerciais, em subordinação aos interesses da ordem social, mitigados os excessos do individualismo. O art. 322 assim dispunha: Quando por força de acontecimentos excepcionais e imprevisos ao tempo da conclusão do ato, opõe ao cumprimento exato deste dificuldade extrema, com prejuízo exorbitante para uma das partes, pode o Juiz, a requerimento do interessado e considerando com equanimidade a situação dos contraentes, modificar o cumprimento da obrigação, prorrogando-lhe o termo, ou reduzindo-lhe a importância. C. ZANETTI, *Direito contratual contemporâneo: a liberdade contratual e sua fragmentação*. São Paulo, Método, 2008, pp.145-148.

⁶¹F. C. SANTIAGO DANTAS. *Evolução contemporânea do direito contratual*, in *Problemas de direito positivo*. Rio de Janeiro, Forense, 1953, pp. 13-33; C. M. SILVA PEREIRA. *Cláusula “rebus sic stantibus”*, in *Revista Forense*, v. 92, out. 1942, pp. 797-800.

⁶²E. ESPÍNOLA. *A cláusula “rebus sic stantibus” no direito contemporâneo*, in *Revista Forense*, v. 137, Set. 1951, pp. 281-292.

⁶³P. C. MAIA. *Da cláusula...*, cit., p. 210.

⁶⁴R. J. MORAES. *Cláusula...*, cit., p. 114.

no direito brasileiro, mas sempre com rigor⁶⁵. Houve questionamentos sobre qual teoria fundamentaria melhor a figura, com aprofundamento nas teorias alemãs⁶⁶. As alusões às noções de equivalência de prestações como base dos contratos comutativos foram intensificadas nessa época⁶⁷. Também o problema da inflação mereceu atenção especial no que tange ao tema⁶⁸, enquanto nova tentativa de legislar a matéria restou infrutífera mais uma vez⁶⁹.

Novas visões do contrato, que integravam tanto o aspecto de instrumento econômico como a noção de equivalência elementar aos contratos comutativos, foram manifestadas, chegando-se a afirmação do equilíbrio econômico como fonte de sentido do contrato⁷⁰. Outros estudos, sintetizando conclusões, sempre com apoio na jurisprudência, ou trazendo novas contribuições ao tema foram publicados⁷¹. E foi até possível proceder a uma divisão classificatória de teorias que a fundamentam: as com base na vontade, como a da imprevisão, a da pressuposição, a da vontade marginal, a da base do negócio, a do erro, a da situação extraordinária, a do dever de esforço; as fundamentadas na prestação, como a do estado de necessidade e do equilíbrio das prestações; e as extrínsecas ao contrato, como

⁶⁵ M. M. SERPA LOPES. *Curso de direito civil*, v. III, (Fontes das obrigações: contratos), 4ª ed. rev. e aum. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1962, pp. 109-117; S. RODRIGUES. *Direito civil*, v. 3 – dos contratos e das declarações unilaterais da vontade, 26ª ed. rev. São Paulo, Saraiva, 1999, pp. 20-24; W. B. MONTEIRO. *Curso de direito civil*, v. 5, *Direito das obrigações*, 2ª parte, *Contratos*, 31ª ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 1999, pp. 10-11. C. M. SILVA PEREIRA. *Instituições de direito civil*, v. 3, *Fontes de obrigações*, 7ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1984, pp. 108-113. D. BESSONE. *Do contrato: teoria geral*, 4ª ed. São Paulo, Saraiva, 2007, pp. 213-224. O. GOMES. *Contratos*, 10ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1984, pp. 38-42 e pp.199-202. F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, t. XXV, 2ª ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1959, pp. 215-265.

⁶⁶ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado...*, cit., pp. 215-231. O. GOMES. *Introdução ao problema da revisão dos contratos*, in *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1967, pp. 45-64.

⁶⁷ D. BESSONE. *Do contrato...*, cit., p. 223.

⁶⁸ O. GOMES. *Influência da inflação nos contratos*, in *Transformações...*, cit., pp. 125-140.

⁶⁹ O Anteprojeto de Código de Obrigações de 1965 fazia parte de mais um plano de reforma do Código civil. Na seção IV – Resolução por onerosidade excessiva constava: Art. 346. Nos contratos de execução deferida ou sucessiva, quando, por força de acontecimento excepcional e imprevisível ao tempo de sua celebração, a prestação de uma das partes venha a tornar-se excessivamente onerosa, capaz de lhe ocasionar grande prejuízo e para a outra parte lucro desmedido, pode o juiz, a requerimento do interessado, declarar a resolução do contrato. Parágrafo único. Os efeitos da sentença, então proferida, retroagem à data da citação da outra parte. Art. 347. A resolução do contrato poderá ser evitada, oferecendo-se o réu, dentro do prazo da contestação, a modificar razoavelmente o cumprimento do contrato. Art. 348. Aos contratos aleatórios não se aplica a resolução por onerosidade excessiva. Art. 349. Não se resolverá por onerosidade excessiva o contrato em que uma só das partes haja assumido obrigações, limitando-se o juiz, neste caso, a reduzir-lhe a prestação. Sobre o Anteprojeto, C. ZANETTI, *Direito contratual...* cit., pp.149-152.

⁷⁰ M. REALE. (parecer) *Compra e venda – Equilíbrio econômico do contrato*, in *Revista Forense*, v. 231, jul./ago./set. 1970, pp. 54-60.

⁷¹ Como exemplo: J. M. O. SIDOU. *A Revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas*, 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1984. F. Q. B. CAVALCANTI. *A teoria da imprevisão*, in *Revista Forense*, v. 260, out./nov./dez. 1977, pp. 109-116.

a do fundamento na moral, na boa-fé, na extensibilidade do fortuito, na socialização do direito, na equidade e na justiça⁷².

A linha evolutiva prossegue passando às décadas de 80 e 90, que constituem o último estágio do desenvolvimento do tema até então, no direito brasileiro. A década de 80 é marcada pelo cenário de grave crise econômica, que acarretou a desvalorização da moeda e fortes intervenções estatais na economia. Esse contexto repercutiu no estudo do tema, principalmente pelo enfoque dado na relação entre ele e a correção monetária, dívidas de valor, cláusulas de escala móvel, chegando-se a afirmar que em todo contrato há um direito subjetivo do contratante ao equilíbrio econômico⁷³.

Após a Constituição de 1988, outras contribuições foram dadas ao tema. Em nome da denominada corrente do direito civil-constitucional, foram revistos posicionamentos a respeito da inflação, quando esta, a despeito de previsível, se mostrava em índices fora de qualquer cogitação⁷⁴. Deu-se enfoque profundo tanto à relação entre o contrato e o mundo exterior a ele⁷⁵, quanto à relação entre temporalidade, segurança, proporcionalidade e equivalência⁷⁶. A teoria da base do negócio foi bastante utilizada para justificar tais posicionamentos⁷⁷. E a jurisprudência acompanhava e influenciava tal desenvolvimento⁷⁸.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, também houve novas idéias lançadas sobre o tema. O Código tratava expressamente da revisão por onerosidade

⁷² A. J. OLIVEIRA. *A Cláusula “Rebus sic Stantibus” através dos tempos*. Belo Horizonte, 1968, pp. 87-133.

⁷³ A. WALD. *Revisão de valores no contrato: a correção monetária, a teoria da imprevisão e o direito adquirido*, in *Revista dos Tribunais*, v. 647, set. 1989, pp. 23-34. Também sobre essas relações, M. KLANG. *A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos*, 2ª ed., rev. e ampl. São Paulo, RT, 1991. Julgados desta fase foram colacionados no Capítulo VIII, Seção 1ª, Subseção IV.

⁷⁴ G. TEPEDINO. *Efeitos da crise econômica na execução dos contratos*, in *Temas de Direito Civil/G. TEPEDINO*. Rio de Janeiro, Renovar, 1999, pp. 73-111, pp. 77-8.

⁷⁵ J. B. VILLELA. *O Plano Collor e a teoria da base negocial*, in *Repertório IOB de Jurisprudência*, nº 19/90, São Paulo, p. 382.

⁷⁶ J. MARTINS-COSTA. *A teoria da imprevisão e a incidência dos planos econômicos governamentais na relação contratual*, in *Revista dos Tribunais*, v. 670, ago. 1990, p. 41-42.

⁷⁷ C. COUTO E SILVA. *A teoria da base do negócio jurídico no direito brasileiro*, in *Revista dos Tribunais*, v. 655, mai. 1990, pp. 7-11.

⁷⁸ A.V.AZEVEDO. *Teoria da imprevisão e revisão judicial nos contratos*, in *Revista dos Tribunais*, v. 733, nov. 1996, pp. 109-119. Um julgado bastante citado que data desse contexto é o seguinte: TJ/RS Ap. nº 586053548, 6ª Cam., rel. Des. Adroaldo Furtado Fabrício, j. 24/3/1987, RT 630/176.

excessiva em termos objetivos, e abriu portas para a via revisionista do contrato, como mostram importantes monografias do período⁷⁹.

Terminando o período até o advento do Código Civil de 2002, foi possível enunciar-se o princípio do equilíbrio econômico do contrato levando à admissão da figura da onerosidade excessiva⁸⁰. Nesse contexto, o estudo de RENATO JOSÉ DE MORAES, além de servir de seguro guia para traçar essa evolução histórica, trouxe também os requisitos exigidos para revisão dos contratos, os quais eram o decurso temporal, a imprevisibilidade do fato modificante, o desequilíbrio acentuado causado e a ausência de culpa da parte prejudicada. O fundamento dado para a figura, por sua vez, foi a justiça comutativa⁸¹.

Até aqui é possível notar como além da diversidade de fundamentos que propicia aprofundamento teórico e além de toda gama de recursos utilizados pelos juristas brasileiros para resolver casos concretos, tais como o solidarismo da legislação extravagante, as interpretações extensivas de dispositivos legais, a utilização das mais diversas teorias em profundidade, o apelo à equidade, o princípio do equilíbrio econômico, o direito civil brasileiro enfrentou diversos problemas práticos e pôde, então, construir um conhecimento sobre eles. Assim o problema da inflação, da correção monetária, das relações de consumo.

Com o Código Civil de 2002, vários artigos e estudos monográficos já foram apresentados sobre o tema⁸², cujo objetivo preponderante foi o de estudar os dispositivos

⁷⁹ L. R. F. SILVA. *Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro, Forense, 1999. R. F. DONNINI. *A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor*. São Paulo, Saraiva, 1999.

⁸⁰ A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO. (parecer) *Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual*, in *Estudos e pareceres de direito privado/A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO*. São Paulo, Saraiva, 2004, p. 141.

⁸¹ R. J. MORAES. *Cláusula...*, cit., p. 273.

⁸² Como exemplo: J. B. ALMEIDA. *Resolução e revisão dos contratos*, in *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias*, R. A. C. Pfeiffer e A. Pasqualotto (Coord.), p. 232-246. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005. J. O. ASCENSÃO. *Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil*, in *Revista trimestral de direito civil*, v. 25, ano 7, jan./mar. 2006, p. 93-118. Rio de Janeiro, Padua, 2004. A. V. AZEVEDO. *O Novo Código Civil Brasileiro: Tramitação; Função Social do Contrato; Boa-fé Objetiva; Teoria da Imprevisão e, em Especial, Onerosidade Excessiva (laesio Enormis)*, in *Questões Controvertidas no novo Código Civil*, v. 2, M. L. Delgado e J. F. Alvez (Coord.), p. 9-29. São Paulo, Método, 2004. N. BORGES. *Aspectos positivos e negativos da revisão contratual no novo Código Civil*, in *Revista dos Tribunais*, n° 849, jul. 2006, 95° ano, p. 80-110. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006. J. A. DÍAZ. *A teoria da imprevisão no novo Código Civil brasileiro*, in *Revista de direito privado*, n° 20, ano 5, out./dez., 2004, p. 197-216. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004. R. F. DONNINI. *Revisão de contratos bancários*, in *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*, n° 26, ano 7, out./dez. 2004, p. 41-54. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004. L. C. FRANTZ. *Bases dogmáticas para*

legais vigentes. *Esse trabalho também se insere nessa fase de estudo dos textos legais vigentes.* Antes disso, será necessário proceder a um breve panorama das teorias estrangeiras até então *utilizadas no direito brasileiro* para resolver o problema da onerosidade excessiva. Tal exame tem a finalidade de contextualizar os temas envolvendo a figura, compreender o porquê de seu aspecto às vezes problemático, investigar os fundamentos trazidos para sua solução e, se possível, evitar alguns equívocos no entendimento dos textos legais vigentes.

interpretação dos artigos 317 e 478 do novo Código Civil brasileiro, in *Questões Controvertidas no direito das obrigações e dos contratos*, M. L. Delgado e J. F. Alvez (Coord.), p. 157/217. São Paulo, Método, 2005. J. HORA NETO. *A resolução por onerosidade excessiva no novo Código Civil: uma quimera jurídica*, in *Revista de direito privado*, n° 16, ano 4, out./dez., 2003, p. 148-160. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003. A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO. *Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant*, in *Novos estudos e pareceres de direito privado/A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO*. São Paulo, Saraiva, 2009, pp. 182-198. J. MARTINS-COSTA. *A revisão dos contratos no código civil brasileiro*, in *Roma e América. Diritto Romano Comune*, v. 16, Mucchi, 2003, pp. 135-172. A. P. MONTEIRO. *Erro e teoria da imprevisão*, in *Revista trimestral de direito civil*, v. 15, ano 4, jul./set., 2003, p. 3-20. Rio de Janeiro, Padma, 2003. A. C. F. PUGLIESE. *Teoria da imprevisão e o novo Código Civil*, in *Revista dos Tribunais*, n° 830, dez. 2004, 93° ano, p. 11-26. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004. O. L. RODRIGUES JR. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. São Paulo, Atlas, 2002. J. SADDI. *Teoria da imprevisão no contrato bancário sob a égide do novo Código Civil*, in *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*, n° 21, ano 6, jul./set. 2003, p. 184-210. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003. F. TARTUCE. *A revisão do contrato pelo novo Código Civil. Crítica e proposta de alteração do art. 317 da Lei 10.406/02*, in *Questões Controvertidas no novo Código Civil*, M. L. Delgado e J. F. Alvez (Coord.), p. 125-148. São Paulo, Método, 2003.

CAPÍTULO III

A CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

INTRODUÇÃO

Há dois sentidos principais para o uso da expressão *rebus sic stantibus*.

O primeiro e mais amplo é utilizado para designar que todos os atos jurídicos têm sua eficácia subordinada a certa permanência do estado das coisas no momento em que foram formados. Essa concepção não está preocupada em afirmar requisitos, em especificar remédios, ou delimitar o âmbito de abrangência da figura. Ela é colocada mais no âmbito das idéias jurídicas, do que propriamente como uma figura jurídica de traços definidos⁸³. Perceba-se que nem mesmo atrelada ao instituto do contrato ela está. Se aplicada ao campo contratual, estaria mais próxima de uma noção geral de alteração das circunstâncias do que da onerosidade excessiva.

O segundo e mais estrito sentido da expressão tem cabimento para designar a seguinte situação: a cláusula *rebus sic stantibus* é aquela pela qual os contratos de duração, ou de execução diferida, podem ser revisados ou resolvidos, devido à ocorrência de fato superveniente, com algum grau de imprevisibilidade, que desequilibra a relação contratual de maneira grave⁸⁴. Esse é o sentido que, já adstrito ao campo contratual, também se aproxima da onerosidade excessiva.

O processo que vai do nascimento da utilização da expressão nas fontes jurídicas, nos séculos XI e XII, até sua delimitação, nos séculos XV e XVI, pode ser compreendido como o movimento da concepção ampla da expressão *rebus sic stantibus* à delimitação conceitual da cláusula *rebus sic stantibus*.

Como já mencionado, a razão primordial de se estudar aqui a cláusula *rebus sic stantibus* reside na evidência de que ela foi e ainda é citada tanto em obras específicas

⁸³ R. J. MORAES. *Cláusula...*, cit., p. 29.

⁸⁴ Idem, *ibidem*, p. 30.

como pela própria jurisprudência⁸⁵, como uma figura capaz de conduzir à revisão ou resolução do contrato por desequilíbrio superveniente. Dado esse motivo, poderia se objetar o porquê de se mencionar esse sentido amplo da expressão *rebus sic stantibus*, que ultrapassa o próprio campo contratual, e não se limitar tão somente ao seu sentido estrito. Tal empreitada se justifica, em primeiro lugar, pela busca de precisão conceitual. Em segundo, mas não menos importante, porque também pretende-se compreender intrinsecamente o caráter da onerosidade excessiva. E quanto a esse último, a retomada das idéias originárias pode muito contribuir.

Cabe aqui também uma justificativa do estudo do sistema contratual romano, conduzido intencionalmente de forma bastante horizontal, a partir do período clássico. Seu objetivo primordial é o de identificar uma característica essencial que o diferencia do direito contratual moderno e que está diretamente relacionada com a questão da cláusula *rebus sic stantibus*: a distinção entre contratos e pactos. Como tal aspecto apenas se mostra claramente a partir do período clássico, bem como as referências a textos germes da futura cláusula *rebus* datam apenas daí em diante, o período pré-clássico não constou da exposição. Além disso, o sistema contratual romano clássico foi fielmente reconstituído pelos pós-glosadores, os mesmos que também se ocupariam de forjar a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*. Daí o interesse numa visão panorâmica dele.

Os elementos novos que se agregaram com o passar de épocas à noção de contrato herdada dos romanos fizeram com que a cláusula *rebus* só nascesse definitivamente entre os medievais e logo se transformasse no alvorecer da modernidade. A compreensão de tal processo irá favorecer o entendimento dos pressupostos para configuração da onerosidade excessiva, como por exemplo, a imprevisibilidade do fato superveniente.

⁸⁵ Apenas para dar um exemplo de como a alusão à cláusula *rebus sic stantibus* é recorrente, um julgado recente que examinou profundamente a questão do desequilíbrio econômico superveniente em contrato de *leasing* no TJ/SP, inicia sua fundamentação com menção à cláusula *rebus*: TJ/SP, Embgos Infring. c/rev., 29ª Cam., rel. Des. Pereira Calças, j. 25/10/2006.

SEÇÃO 1ª

ANTIGÜIDADE CLÁSSICA

É comum trazer como fonte da cláusula *rebus sic stantibus* as noções estoicas trazidas nos pensamentos de CÍCERO (106-43 a.C.) e SÊNECA (4a.C. – 65), nos seguintes trechos, muitas vezes citados⁸⁶.

De CÍCERO, na obra *De Officiis*, livro III: “*Portanto, nem sempre é bom cumprir as promessas ou devolver depósitos. Se alguém te confiou a espada quando são pedi-la quando insano, entregá-la seria insensatez e retê-la, um dever. Se aquele que te confiou o dinheiro fizer guerra contra a pátria, devolverás o depósito? Não, penso eu, pois assim agirias contra a república, que deve constituir a principal afeição. Assim, muitas coisas que parecem honestas por natureza tornam-se, conforme as circunstâncias, desonestas. Cumprir as promessas, aferrar-se aos acordos e devolver os depósitos deixam de ser ações honestas quando já não são úteis*”⁸⁷.

De SÊNECA, na obra *De Beneficiis*, Livro IV: “*A menor mudança deixa-me inteiramente livre para modificar minha determinação, desobrigando-me da promessa. Prometi-vos minha assistência de advogado: porém, verifiquei que sua pretendida ação era contra meu pai. Prometi-vos acompanhar em viagem: certifiquei-me, ao depois, que ladrões infestavam a estrada; prometi-vos patrocínio: no entanto meu filho adoeceu ou minha mulher é acometida de dores de parto. Todas essas coisas devem estar na mesma situação que a do momento em que vos prometi, para que possais reclamar essa promessa como obrigatória. Ora, que maior mudança pode advir do que a certeza adquirida por mim desde que vos tornastes um homem maldoso e ingrato? O que vos prometi como a uma pessoa que o merecesse,*

⁸⁶ O. L. RODRIGUES JR. *Revisão...*, cit., pp. 49-50; L. C. FRANTZ. *Bases dogmáticas...*, cit., pp. 158-159. G. OSTI mostra a ligação entre o pensamento dos filósofos e a glosa canônica. *La così detta clausola...*, cit., pp. 185-186. A. M. R. MENEZES CORDEIRO os traz como autores da idéia de que as circunstâncias devem ser levadas em conta para a exigibilidade de um acordo, mas ainda em campo filosófico ou de oratória, não jurídico. *Da boa-fé no direito civil*, II. Coimbra, Almedina, 1984, pp. 938-939.

⁸⁷ Tradução de O. L. RODRIGUES JR. *Revisão...*, cit., p. 50. Consultado também em CICERÓN. *Sobre los deberes, Libro III*, n. 95, trad. esp. J. GUILLÉN. Madrid, Alianza, 2008, p. 240.

recusar-vos-ei por indigno, e ainda poderei me lastimar de ter sido enganado”⁸⁸.

As citações acima, contudo, não são as únicas antecedentes do tema. Ele foi objeto da observação de outros filósofos e pensadores não ligados ao estoicismo. Assim, MENEZES CORDEIRO traz o seguinte fragmento de POLYBIOS (203-120 a.C.), transcrito de discurso:

*“Se a situação agora ainda fosse a mesma do que antes, na altura em que vocês concluíram a aliança com os Aetólios, então vocês deveriam decidir-se a manter firme o vosso convênio pois a isso vos teríeis obrigado; caso ela esteja, contudo totalmente modificada, então ser-vos-á justificado retomar, sem quaisquer dúvidas, a questão...”*⁸⁹.

M. VILLEY, ao trazer o pensamento de PLATÃO (428-347 a.C.), informa que para o filósofo, em direito privado, seria injusto estabelecer que o depósito deve ser sempre restituído, uma vez que pode se tratar do depósito de uma arma entregue a um louco. Esse exemplo, tornado clássico, será retomado por ARISTÓTELES (384-322 a.C.) e por SANTO TOMÁS DE AQUINO (1225-1274)⁹⁰. No diálogo *A República*, Livro I, consta como fala de SÓCRATES:

*“As tuas palavras estão cheias de beleza, Céfalos – admiti. – Mas essa virtude, a justiça, afirmaremos simplesmente que consiste em dizer a verdade e restituir o que se recebeu de alguém ou que agir deste modo é umas vezes justo e outras injusto? Eu explico-o assim: toda a gente concorda que, quando se recebem armas de um amigo são de espírito que, tendo enlouquecido, as reclama, não se lhes devem restituir e quem lhes restituísse não seria justo, como não o seria quem quisesse dizer toda a verdade a um homem nesse estado”*⁹¹.

Destarte, importa fazer como MENEZES CORDEIRO, referindo-se aos trechos de CÍCERO e SÊNECA, e tê-los como textos de natureza filosófica e oratória, não textos estritamente jurídicos⁹², com o que a afirmação de fonte da cláusula *rebus* deve ser

⁸⁸ Tradução de O. L. RODRIGUES JR. *Revisão...*, cit., pp. 50-51. Consultado também em SENECA. *Moral essays*, v. III. *On benefits*, Book IV, n. 35, trad. ing. J. W. BASORE. Cambridge, Harvard University, 2006, pp. 277-79.

⁸⁹ A. M. R. MENEZES CORDEIRO. *Da boa-fé...*, cit., p. 938.

⁹⁰ M. VILLEY. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo, Martins Fontes, 2005, p. 34.

⁹¹ PLATÃO. *A República. Diálogos – I. Livro I*. Publicações Europa-América, s.d., pp. 9-10.

⁹² A. M. R. MENEZES CORDEIRO. *Da boa-fé...*, cit., p. 939.

entendida tendo em vista esse distanciamento. Já os outros exemplos, o de POLYBIOS e o de PLATÃO, este último retomado por ARISTÓTELES, não permitem, por sua vez, afirmar uma exclusividade do estoicismo no trato original com o problema.

No mais, tais exemplos não configuram ilustrações de desequilíbrio contratual superveniente, mas de alteração das circunstâncias num sentido bem largo, e até de impossibilidade relativa. O que se pode deles depreender é que, de acordo com certas circunstâncias, uma modificação ou um não cumprimento de uma promessa também pode ser um ato de moralidade. O que não é pouco.

SEÇÃO 2ª

DIREITO ROMANO

O direito romano é o conjunto de normas que regeram a sociedade romana, desde a sua fundação, lendária, em 754 a. C., até a morte de JUSTINIANO, Imperador do Império Romano do Oriente, em 565 d. C. A codificação por este ordenada é tida como conclusiva⁹³.

Após sua morte, o direito romano teve destinos diversos. No Oriente desenvolveu-se o direito bizantino, a partir de compilações ordenadas pelos imperadores para facilitar a aplicação da obra de JUSTINIANO⁹⁴.

No ocidente, após a queda do Império (476 d. C., data convencional), o estudo do direito romano decaiu, sendo as noções jurídicas ensinadas de modo bastante imperfeito e pouco profundo. O que perdurou até o século XI, época conhecida como a do ressurgimento do direito romano, na Universidade de Bolonha, pela *Escola dos Glosadores* (séc. XI a XIII), fundada por IRNÉRIO⁹⁵.

Foi a *Escola dos Pós-Glosadores* ou *dos Comentadores* (séc. XIII a XV) que cuidou da aplicação prática do direito romano descoberto às necessidades de seu tempo. Fundindo as normas de direito romano com as de direito canônico e com as dos direitos locais, criou o denominado direito comum, que do século XIII até às codificações de direito privado vigorou em diversos países europeus, como Itália, Alemanha, França, Espanha e Portugal⁹⁶.

O *Corpus Iuris Civilis* (denominação dada pelo romanista DIONÍSIO GODOFREDO em 1538 à codificação de JUSTINIANO) foi, portanto, a base do direito da Europa ocidental por mais sete séculos, até o advento das codificações. Ele é formado pelo *Codex* (leis emanadas dos imperadores, inclusive JUSTINIANO, em 529 d. C.), o *Digesto* ou *Pandectas* (que é a seleção da obra dos jurisconsultos clássicos, composto de 50 livros –

⁹³ T. MARKY. *Curso elementar de direito romano*, 8ª ed. São Paulo, Saraiva, 1995, p. 5.

⁹⁴ J. C. MOREIRA ALVES. *Direito Romano*, I, 2ª ed., rev. e acresc. Rio de Janeiro, Borsoi, 1967, p. 67.

⁹⁵ Idem, ibidem, p. 69.

⁹⁶ Idem, ibidem, p. 70-71.

nele estão presentes também as interpolações, alterações feitas pelos compiladores para harmonizar os textos escolhidos com os princípios então vigentes), as *Institutas* (um manual de direito para estudantes) e as *Novelas* (novas leis baixadas por JUSTINIANO entre 535 e 565 d. C.)⁹⁷.

Para melhor compreender a evolução ocorrida no direito romano desde sua criação até sua codificação, costuma-se dividi-lo em períodos. O período do direito antigo ou pré-clássico, (das origens de Roma à aproximadamente 149 e 126 a.C.), o período clássico, (daí até 305 d. C.), e o período pós-clássico ou romano-helênico, (daí até 565 d.C., sendo que o período em que reinou JUSTINIANO, de 527 a 565 d.C., é conhecido por direito *justinianeu*)⁹⁸.

O direito do período clássico foi construído em sentido contrário ao formalismo e materialismo do período anterior em razão da atuação dos pretores urbano e peregrino. Como o *ius civile* só se aplicava aos cidadãos romanos, surgiu a necessidade de se disciplinarem as relações envolvendo estrangeiros (pelo desenvolvimento do comércio), em virtude do que foi criada a pretura peregrina, e desenvolveu-se o *ius gentium*, fundado no costume comercial e respeito à boa-fé (palavra dada)⁹⁹.

O pretor, tanto urbano (que cuidava dos conflitos entre romanos) como o peregrino, tinha o poder de conceder e negar ações. Tais ações passaram a ser concedidas a situações que não eram, no período anterior, protegidas. É desta maneira que ao lado do *ius civile* vai se construindo o *ius honorarium* ou *praetorium*, pelo trabalho dos pretores. Paralelamente, o pretor urbano vai acolhendo também as soluções dadas pelo pretor peregrino aos conflitos comerciais.

Com o desenvolvimento ocorrido no período clássico já se pode falar da concepção romana de contrato que, por sua vez, é diferente da moderna. Com base em texto de GAIO (séc. II d.C.) sobre a constituição das obrigações, os intérpretes do direito romano classificaram os tipos contratuais também quanto a sua constituição¹⁰⁰. Podem ser eles verbais, literais, reais ou consensuais.

⁹⁷ T. MARKY. *Curso...*, cit., p. 9-10.

⁹⁸ J. C. MOREIRA ALVES. *Direito Romano*, I, cit., p. 10.

⁹⁹ Idem, *ibidem*, p. 80-82.

¹⁰⁰ J. C. MOREIRA ALVES. *Direito Romano*, II. Rio de Janeiro, Borsoi, 1966, p. 146.

Por tal classificação se pode bem entender os contratos entre os romanos. Em primeiro lugar, não havia a noção geral e abstrata de contrato, mas certos tipos contratuais, como a compra e venda, o mútuo, a *stipulatio*. Em segundo lugar, cada tipo contratual não se definia apenas como um acordo de vontades.

O acordo de vontades existia e era o elemento subjetivo pressuposto em cada contrato. Mas além dele, havia mais um elemento objetivo, que podia ser a entrega de uma coisa, ou a observância de uma forma prescrita, responsável por criar a obrigação, por fazer com que o contrato obrigasse¹⁰¹.

Ilustrando tal concepção pela classificação apontada, aparecem em primeiro lugar os contratos verbais. A *stipulatio*, era o contrato verbal por excelência, e o mais importante de todos os contratos no direito romano. Por sua simplicidade e por ter natureza de negócio jurídico abstrato (a obrigação surgia apenas da prolação das palavras solenes), era imenso seu campo de aplicação. Pela *stipulatio* era possível tornar obrigatória qualquer convenção. Foi justamente por causa da amplitude do seu uso que os romanos não necessitaram superar a tipicidade contratual: todo e qualquer acordo de vontade seria obrigatório se feito através dela¹⁰².

No período clássico, ainda se celebrava através de pergunta e resposta, em termos orais e solenes, entre os futuros credor e devedor, empregando-se o verbo *spondere*. Perceba-se aqui, portanto, o elemento subjetivo – acordo de vontades – e o elemento objetivo – pronúncia das palavras solenes que faz gerar a obrigação. No período pós-clássico, nela incidiram mudanças gradativas, com conseqüências importantes para a concepção romana de contrato.

Os contratos literais, por sua vez, também tinham em uma forma – a escrita – o seu elemento objetivo gerador da obrigação. Entretanto, são mal conhecidos, pela escassez de fontes a seu respeito e por não serem muito utilizados pelos romanos. Eram eles o contrato literal romano, os contratos literais estrangeiros (GAIO) e contrato literal *justinianeu*¹⁰³.

¹⁰¹ Idem, ibidem, p. 138.

¹⁰² Idem, ibidem, p. 173-4.

¹⁰³ Idem, ibidem, p. 181-2.

Os contratos reais tinham como elemento objetivo gerador da obrigação a entrega efetiva de uma coisa, além do acordo de vontades, pressuposto subjetivo. Eram eles o mútuo, o comodato, o depósito e o penhor¹⁰⁴.

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

Para completar o quadro dos contratos e dos acordos de vontade no período clássico do direito romano, resta falar sobre os pactos. Se contrato não era sinônimo de acordos de vontade no direito romano, por outro lado, havia outros acordos de vontade que não eram contratos: eram os pactos. De acordo com A. CORRÊA e G. SCIASCIA, os pactos eram, ontologicamente, acordos sem formalidades¹⁰⁵.

O conceito de *pactum* variou nas diferentes etapas de evolução do direito romano. No tempo da lei das XII Tábuas, *pactum* trazia a idéia de celebração de paz, como o acordo de vontades que visava extinguir um vínculo jurídico entre as partes, para eliminar a pretensão de uma delas contra a outra. No período clássico, continuava-se a reconhecer apenas a eficácia negativa do *pactum*: não se podia criar, através dele, obrigação, nem era ele protegido por uma *actio*. Apenas se permitia que ele fosse tutelado por uma *exceptio*, um meio de defesa indireto¹⁰⁶. Mas, ainda no direito clássico, ao lado desse entendimento, passou-se a atribuir ao *pactum* eficácia positiva, para que as partes pudessem modificar uma relação obrigacional, através de um pacto adjeto¹⁰⁷.

Pouco a pouco, os juristas clássicos começaram a analisar os elementos que constituíam os pactos, dando especial atenção ao acordo de vontades. Os jurisconsultos do século III d. C. esclareceram que tanto no pacto como no contrato havia acordo de vontades, mas que as figuras se distinguíam porque no *contractus* (com exceção dos consensuais) o acordo de vontades se agregava a um elemento objetivo (causa, ou *causa civilis*, segundo T. MARKY¹⁰⁸), enquanto que, no *pactum*, havia apenas acordo de vontades sem a causa, sendo certo que a causa era o elemento que gerava a obrigação. Isso foi se alterando a partir do período clássico, com alguns pactos recebendo proteção por ações.

¹⁰⁴ Idem, ibidem, p. 150.

¹⁰⁵ A. CORRÊA. G. SCIASCIA. *Manual de direito romano*, 6ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988, p. 207.

¹⁰⁶ J. C. MOREIRA ALVES. *Direito Romano*, II, cit., p. 242.

¹⁰⁷ Idem, ibidem, p. 242.

¹⁰⁸ T. MARKY. *Curso...*, cit., p. 119.

Eram os *pacta uestita* (vestidos – denominação dos glosadores), que podiam ser adjetos (acessórios), pretorianos (criação do pretor), ou legítimos (decorrentes de constituições imperiais)¹⁰⁹.

Pelo exposto até aqui, pode-se perceber como no direito romano nem todo acordo de vontades gerava obrigação: contratos ou pactos eram acordos, mas em regra só aquele produzia obrigações. Ou seja, não vigorava o chamado princípio do consensualismo.

O acordo de vontade era pressuposto fático do contrato (esse entendimento é formulado no período *justinianeus*, mas ele é presente no período clássico). Utilizando-se da fórmula de J. C. MOREIRA ALVES, [contrato = acordo de vontade + elemento objetivo que faz surgir a obrigação]¹¹⁰, com exceção dos contratos consensuais.

Alguns textos de jurisconsultos clássicos, colacionados no *Digesto*, são costumeira e inadvertidamente referidos como um germe romano daquilo que se tornaria a cláusula¹¹¹.

O primeiro deles é um trecho de NERATIIUS (*Neratius Priscus*, jurisconsulto do final do século I ao início do século II), (D. 12, 4, 8):

“O que Sêrvio escreve no livro dos dotes, que se entre as pessoas que contrairam núpcias uma delas não tivesse atingido a idade legal, pode ser restituído o que entretanto lhe fora dado a título de dote, assim deve ser entendido, sobrevindo o divórcio antes que ambas as pessoas tenham a idade legal, seja feita a restituição daquele dinheiro, porém, permanecendo no mesmo estado matrimonial, não é possível mais esta restituição, também daquilo que a esposa haja dado ao esposo a título de dote, tanto que perdure entre eles a afinidade; porque aquilo que se dá por esta causa, não se tendo consumado todavia a conjunção carnal, como era preciso que acontecesse a fim de que chegasse a constituir o dote, ou enquanto isso possa vir a suceder, não haverá restituição”¹¹².

¹⁰⁹ J. C. MOREIRA ALVES. *Direito Romano*, I, cit..., p. 243-45.

¹¹⁰ J. C. MOREIRA ALVES. *Direito Romano*, II, cit., p. 139.

¹¹¹ C. L. B. GODOY. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo, Saraiva, 2004, p. 54.

¹¹² Tradução de O. L. RODRIGUES JR. *Revisão...*, cit., p. 51.

Outro é o de AFRICANO (*Sextus Caecilius Africanus*, jurisconsulto do século II), (D. 46, 3, 38):

“Quando alguém tiver estipulado que se dê a ele ou a Tício, se diz ser mais certo que se há de entender, que se paga bem a Tício, somente se perdurar o mesmo estado quando se assentou a estipulação. Mas, se o foi por adoção, ou tiver sido desterrado, ou se pôs interdição pela água e pelo fogo, ou foi feito servo, se há de dizer que não se lhe paga bem, porque se considera que tacitamente é inerente à estipulação esta convenção, desde que permaneça no mesmo estado”¹¹³.

Há também um trecho de PAULO (*Julius Paulus*, jurisconsulto do final do século II ao início do século III), (D. 28, 6, 43), referente à sucessão testamentária, no qual se estipulava a caducidade da disposição que substituiu herdeiro mudo e sem descendentes devido à sua deficiência física, que depois da morte do pai, casou e teve filho¹¹⁴.

No primeiro caso, o problema se refere ao dote e à possível mudança de estado matrimonial. No segundo deles, é a mudança de estado do sujeito que se coloca como um problema. No terceiro, a controvérsia gravita em torno de um motivo expreso da declaração de vontade, que vem a se mostrar, em momento superveniente, equivocado. No mais, as expressões *rebus sic stantibus* ou *rebus sic se habentibus* não foram utilizadas. Logo, pode-se concluir com R. J. MORAES que tais fragmentos apenas apresentam modos de se lidar com modificações no estado de fato das coisas que interferem em relações jurídicas¹¹⁵. Eles aproximariam-se da concepção ampla de *rebus sic stantibus*, do gênero alteração das circunstâncias, mas não da sua concepção estrita, que é a que guarda relação com a onerosidade excessiva. Passemos então ao período pós-clássico.

O período pós-clássico foi marcado por ser o direito elaborado quase que exclusivamente pelo Estado, através das constituições imperiais, desaparecendo a distinção entre *ius civile*, *praetorium* e *extraordinarium* (este último era o termo usado para se referir ao direito criado pelos imperadores). Tinha caráter doutrinário e não formalista e alguns juristas bizantinos entendiam que o acordo de vontade, de *mero pressuposto de fato dos contratos*, passava a ser seu *elemento juridicamente relevante*, com o que se concluiria que

¹¹³ Tradução de O. L. RODRIGUES JR. *Revisão...*, cit., p. 52.

¹¹⁴ O texto original foi colacionado por R. J. MORAES. *Cláusula...*, cit., p. 44.

¹¹⁵ R. J. MORAES. *Cláusula...*, cit., p. 45.

o sistema contratual romano estaria completamente modificado. Assim, algumas figuras merecem atenção especial¹¹⁶.

Em 472 d.C., uma constituição imperial de LEÃO, O FILÓSOFO, determinou que *stipulatio* poderia ser celebrada sem as palavras solenes e sem a seqüência de pergunta e resposta, desde que houvesse o acordo em realizá-la. Segundo J. C. MOREIRA ALVES, com isso o elemento gerador da obrigação deslocava-se das palavras solenes para o *consensus*.¹¹⁷ O término dessa evolução foi dado por JUSTINIANO, ao flexibilizar, em constituição imperial de 531 d.C., até mesmo o requisito da presença das partes no ato estipulatório¹¹⁸. Dessa forma, tornava-se desnecessária a observância das exigências do período clássico. Por isso, na *stipulatio justinianeia*, segundo a opinião dominante e cercada de divergências, encontra-se o germe antigo do princípio de que todo acordo de vontades gera obrigação¹¹⁹.

Os contratos inominados também contribuíram, mas em menor grau, para a mudança do panorama contratual. Consistiam na convenção sobre duas prestações correlativas, que só é obrigatória a partir do momento em que uma das partes efetua sua prestação. No direito *justinianeu* essa categoria é admitida amplamente. Eram eles identificados nas categorias *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias*.¹²⁰ Mesmo a vontade não sendo ainda o elemento juridicamente relevante nesses contratos, é certo que ela ganha papel mais importante, pois abalava a tipicidade contratual, que era a regra no direito romano.

Por fim, alguns juristas bizantinos eliminaram a diferença entre contrato e pacto, uma vez que de qualquer acordo de vontades surgiam obrigações. Os contratos consensuais deixariam de ser uma exceção, apontada a *stipulatio justinianeia* como um exemplo categórico desta nova situação. Este entendimento não é majoritário¹²¹, mas não se nega que o estudo sobre os pactos tenha contribuído decisivamente para que o acordo por si só gerasse obrigações¹²².

¹¹⁶ J. C. MOREIRA ALVES. *Direito Romano*, I, cit., p. 82.

¹¹⁷ J. C. MOREIRA ALVES. *Direito Romano*, II, cit., p. 178.

¹¹⁸ Idem, ibidem, p. 178.

¹¹⁹ Idem, ibidem, p. 179.

¹²⁰ J. C. MOREIRA ALVES. *Direito Romano*, II, cit., pp. 229-235.

¹²¹ Idem, ibidem, pp. 139-40.

¹²² A. CORRÊA. G. SCIASCIA. *Manual*, cit., p. 207.

As referências específicas do período pós-clássico à superveniente alteração do estado de fato subjacente a um ato jurídico são as seguintes: no *Digesto* é que foram encontrados aqueles fragmentos de jurisconsultos clássicos citados anteriormente. Somam-se a eles alguns fragmentos legais que também são trazidos como similares da cláusula *rebus sic stantibus* entre os romanos.

O primeiro deles é a disposição do *Codex*, 5, 1, 5, 4, que determinava a devolução das arras sponsalícias, em caso de arrependimento da esposa por justo motivo¹²³.

Tratando de matéria especificamente contratual está a disposição contida no *Codex* 4, 65, 3, sobre a permissão dada ao locador para reaver a coisa antes do prazo estabelecido, em nome da necessidade do proprietário, denominada *jus poenitendi*¹²⁴.

No Baixo Império, correspondente ao período que vai de antes do final do período clássico até o final do período pós-clássico, J. B. VILLELA aponta que o direito de arrependimento servia de instrumento adaptativo do contrato a dificuldades supervenientes. Com JUSTINIANO, esse *jus poenitendi*, utilizado por meio da *condictio ob causam datorum*, teria tido uma amplidão a ponto de abranger a totalidade dos contratos inominados¹²⁵. Ele serviria para o caso de um dos contratantes se encontrar em dificuldades para adimplir sua prestação e assim, facultava ao outro que já tivesse executado a sua, retirá-la¹²⁶. Aqui sim poderia se falar, portanto, de algo mais próximo à idéia da cláusula *rebus sic stantibus* em sentido estrito, um pouco mais perto do conteúdo que viria a ter a onerosidade excessiva.

Em via de finalização desta seção, pode-se notar como no período pós-clássico o elemento consensual ganhou força na *stipulatio*, praticamente abolindo a necessidade de elementos objetivos formais. Os pactos, por sua vez, desde o período clássico ganharam tutela por ações, ou seja, o simples acordo passou a gerar obrigação, sendo que havia juristas bizantinos afirmando a desnecessidade da distinção entre contrato e pacto. Logo, percebe-se que o direito romano alargou durante sua história o uso do consenso como elemento juridicamente relevante.

¹²³ O texto original foi colacionado por R. J. MORAES. *Cláusula...*, cit., p. 44: C. 5, 1, 5, 4.

¹²⁴ O texto original foi colacionado por R. J. MORAES. *Cláusula...*, cit., p. 44-5: C. 4, 65, 3.

¹²⁵ J. B. VILLELA. *O Plano Collor...*, cit., p. 385.

¹²⁶ R. J. MORAES. *Cláusula...*, cit., p. 44.

Segundo G. OSTI, autor que estudou com profundidade as raízes históricas da cláusula, a razão principal para o direito romano não ter formulado a cláusula *rebus sic stantibus* é justamente a de que como nele não penetrou o princípio do consensualismo, não havia a necessidade de condicionar o puro acordo de vontades à permanência de um determinado estado de fato¹²⁷.

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

É possível, pois, com o estudo do direito romano, fazer uma espécie de sugestão: a cláusula *rebus sic stantibus* não tem sentido num sistema de direito em que a vontade não ocupe um lugar de destaque no vínculo obrigacional. Uma afirmação de R. J. MORAES converge também para esta idéia:

“A razão de os jurisconsultos e legisladores romanos não terem formulado um princípio geral, semelhante à cláusula REBUS SIC STANTIBUS em sentido estrito, pode estar na ausência do dogma da eficácia da vontade contratual entre eles. O direito romano, como foi dito, privilegiava a relação objetiva entre bens e obrigações que se dava entre as partes; assim, o contrato não era uma estrutura estática que precisasse ser flexibilizada pela cláusula REBUS SIC STANTIBUS¹²⁸.”

Quando, no início da modernidade, o problema do superveniente desequilíbrio contratual for mais precisamente delineado, ver-se-á como ele estará ligado principalmente ao elemento consensual. E essa vinculação permanece até o direito vigente, constituindo um dos elementos centrais para a tutela da onerosidade excessiva, uma das suas essências. O breve estudo do direito romano ilustra a ausência desta essência. Pode-se dizer, assim, que as alusões citadas nesta seção a respeito de modificações supervenientes no estado de fato das coisas revelam apenas uma pré-história da cláusula *rebus sic stantibus*. Esse choque é o que importa.

¹²⁷ G. OSTI. *La così detta clausola “rebus sic stantibus” nel suo sviluppo storico*, in Giuseppe Osti: *Scritti Giuridici/P. RESCIGNO*. Milano, Giuffrè, 1973, p. 179.

¹²⁸ R. J. MORAES. *Cláusula...*, cit., p. 46.

SEÇÃO 3ª

GLOSADORES

O direito romano no ocidente, a partir do século V, com as invasões bárbaras, não foi mais estudado e praticado como na civilização romana. Dos séculos V ao XI, ele permaneceu sendo aplicado mais pela tradição herdada, do que pelo seu estudo e desenvolvimento. Nesse período, somaram-se a ele certos costumes bárbaros, certas práticas contratuais advindas das circunstâncias históricas da idade média. O processo histórico não foi tanto de fusão entre o elemento romano e o germânico, mas de assimilação pelos bárbaros da civilidade jurídica romana, e de formação de uma nova civilidade, extremamente complexa e plural¹²⁹.

A baixa idade média muda esse panorama. Com o advento da renascença do estudo do direito romano *justinianeu* e a conseqüente renovação da cultura e da vida jurídica medieval, assinala-se o início da idade do direito comum, do século XII ao século XVIII¹³⁰, no qual nascerá a cláusula *rebus sic stantibus*.

Durante este período histórico, um fator fundamental de desenvolvimento do direito é constituído pela atividade da jurisprudência teórica e prática. O sistema contratual desenvolvido pelo pensamento dos glosadores e pós-glosadores, do séc. XII ao XV, na lição de G. ASTUTI, reconstruiu substancialmente o sistema romano *justinianeu*, e a ele permaneceu fielmente ligado¹³¹.

No direito contratual, dos glosadores aos intérpretes do século XV, prevalece a antítese entre contrato e pacto, a classificação destes em pactos vestidos e pactos nus, as figuras contratuais típicas, e as quatro categorias segundo o critério de constituição da obrigação contratual. O pacto nu daria origem à obrigação natural e à *exceptio*. O contrato

¹²⁹ G. ASTUTI. *Contratto (Diritto intermedio)*, in *Enciclopédia del Diritto*, IX. Varese, Giuffrè, 1961, p. 767. A necessária diferenciação dos variados sentidos da palavra “causa” será procedida ainda nesta seção, mais abaixo.

¹³⁰ Idem, ibidem, p. 770.

¹³¹ Idem, ibidem, p. 770.

é uma espécie do gênero dos pactos, é um pacto vestido, e nele apresenta maior importância o conceito de causa¹³².

A escola dos glosadores que se inicia em Bolonha, no final do século XI, é a precursora desse renascimento. IRNÉRIO é considerado seu fundador, pelo curso de direito romano que ali ministrara. Seu método consistia em escrever notas ou comentários – *glosas* – intercalados a fragmentos de textos jurídicos¹³³. Constitui um marco dessa escola a chamada *Glosa ordinária*, de ACÚRSIO (1185-1263?), que reuniu os comentários ao *Digesto* de épocas anteriores à sua¹³⁴.

É deste documento que consta um comentário ao fragmento de NERATIO, anteriormente citado, no qual se utilizou a expressão *rebus sic se habentibus*. Em síntese, o que se ensina é que, se pelo fragmento romano, não seria de direito a restituição do dote dado em virtude de esponsais, enquanto houvesse possibilidade de os nubentes se casarem, para os juristas medievais, essa possibilidade não poderia se estender pela vida toda, mas somente enquanto perdurasse um certo estado de coisas, isto é, enquanto nenhum deles tivesse se casado. Essa permanência do estado das coisas é que foi designada pela expressão *rebus sic se habentibus*: permanecendo as coisas assim¹³⁵.

Essa foi, portanto, uma primeira utilização da famigerada expressão – ainda em forma diferente da que hoje é conhecida – constante de uma fonte jurídica, mas ainda no seu sentido amplo e fora do âmbito contratual. Não havia aqui qualquer indício de generalidade e menos ainda de teoria sobre ela. A inovação significativa parece se dar apenas no campo da terminologia.

A palavra “causa” utilizada parágrafos acima possui muitos significados aos quais não se pode permanecer indiferente. Assim, convém ilustrá-los antes de prosseguir. São três os sentidos de causa objeto de estudo pelos juristas do baixo medievo: (i) causa da

¹³² Idem, ibidem, p. 771. Os diferentes sentidos da palavra causa serão abordados ainda nesta seção, a seguir.

¹³³ O. L. RODRIGUES JR. *Revisão...*, cit., p. 54.

¹³⁴ R. J. MORAES. *Cláusula...*, cit., p. 48.

¹³⁵ G. OSTI. *La così detta clausola “rebus sic stantibus” nel suo sviluppo storico*, in Giuseppe Osti: *Scritti Giuridici/P. RESCIGNO*. Milano, Giuffrè, 1973, p. 185.

juridicidade dos atos, (ii) causa da atribuição patrimonial e (iii) causa como fim pretendido pelo agente de determinado ato. Cada um deles, possui, por sua vez, variantes¹³⁶.

O primeiro desses sentidos originou-se de uma dúvida dos glosadores diante do direito contratual romano: qual seria a razão de certos acordos obrigarem, enquanto que outros, os pactos, não geram tais efeitos? A diferença encontrada foi a de que os primeiros têm causa, seja ela natural, seja ela civil. Causa natural é a que surge da natureza das coisas. Alguém torna-se obrigado a certa prestação por ter recebido algo anteriormente e assim deve ou restituir, ou retribuir com um equivalente. A causa civil, por sua vez, não possui essa origem lógica, racional, natural. Tem, na verdade, fonte nas convenções de cada cidade. Como exemplo, tem-se que a pronúncia de determinadas palavras é capaz também de gerar obrigação¹³⁷.

A razão, portanto, desse primeiro sentido de “causa”, assenta-se sobre um questionamento a respeito da juridicidade dos atos, surgido a partir da redescoberta do direito romano¹³⁸.

O segundo sentido de “causa” decorre deste primeiro, mas com ele não se confunde. Tomado um ato com causa civil, é possível que o devedor possa ser liberado de sua prestação caso esteja ausente a causa natural. Trata-se, portanto, da “causa” apreciada em um segundo momento, posterior ao reconhecimento da juridicidade do ato. Nesse segundo sentido, o ato já é jurídico, mas é preciso ainda que o deslocamento patrimonial que ele impulsiona de uma parte a outra, ou seja, a atribuição patrimonial realizada, apresente também uma causa que a justifique, sob pena de os efeitos do negócio serem obstados¹³⁹.

A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO distingue entre os planos ou momentos da existência e da eficácia para explicar o uso da palavra “causa” nos dois sentidos até então analisados. No primeiro deles, a causa está no plano da existência, pois sua ausência faria com que o ato não fosse sequer reconhecido como jurídico. Já no segundo, a causa está no

¹³⁶ Esses três sentidos e ainda outros relativos à palavra causa foram aqui ilustrados com base em capítulo da Tese de Titularidade de A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Negócio jurídico e declaração negocial*, cit., pp. 121-29. Dentre toda a extensa bibliografia sobre causa, tal estudo apresenta-se claro, completo e sintético. Em razão disso, foi aqui utilizado para ilustrar os diferentes sentidos da palavra causa e a razão de terem adquirido maior importância dentre os medievais. Os conteúdos aqui colhidos ainda terão serventia ao se tratar do fundamento da onerosidade excessiva.

¹³⁷ Idem, ibidem, pp. 122/23.

¹³⁸ Idem, ibidem, pp. 122.

¹³⁹ Idem, ibidem, 123/24.

momento da eficácia, pois sua ausência pode acarretar a supressão dos efeitos do ato já tido por jurídico¹⁴⁰.

Dentre as possíveis espécies de causas da atribuição patrimonial (segundo sentido) as mais conhecidas e importantes são a *causa credendi*, que se dá quando ambas as partes são credor e devedor uma da outra, a *causa solvendi*, que exige uma dívida anterior, e a *causa donandi*, que acoberta os deslocamentos patrimoniais cuja razão é uma liberalidade. A razão de ser deste segundo sentido da palavra “causa” é moral. Significa que não basta a causa civil para justificar uma atribuição patrimonial. É preciso ainda uma causa diferenciada, própria para ela¹⁴¹.

Essa mesma razão de ordem moral possibilitou ainda o surgimento de um terceiro sentido de “causa” entre os medievais. Trata-se da investigação sobre o fim pretendido pelo sujeito com determinado ato. Apesar dessa exigência moral ser mais evidente no direito canônico, por conta de sua finalidade transcendental¹⁴², ela é presente também entre os juristas leigos. Nesse aspecto jurídico-moral, tem a causa final um significado próximo ao de um motivo psicológico¹⁴³.

São esses, portanto, os três sentidos da palavra “causa” que ganham maior importância no direito medieval¹⁴⁴.

¹⁴⁰ Idem, ibidem, p. 124.

¹⁴¹ Idem, ibidem, pp. 123/24.

¹⁴² As características do direito canônico serão ilustradas na seção 4ª deste capítulo.

¹⁴³ Idem, ibidem, p. 126.

¹⁴⁴ Dentro desse terceiro sentido, de causa final, aparecem ulteriores e relevantes variantes. A primeira delas é a de causa subjetiva, entendida como o motivo próximo e determinante. Trata-se de uma concepção pertinente ao âmbito da vontade do sujeito. Paralelamente, há o sentido subjetivo-objetivo da causa, mais próximo da noção de fim. Seria, no contrato, o fim comum procurado pelos contratantes. Tal causa revela-se integrada no próprio negócio, ou seja, ela não é causa da obrigação ou da atribuição patrimonial, mas causa do negócio. Numa concepção apenas objetiva, ela seria ainda a função do negócio, ou sua causa típica, ou sua causa abstrata. Todos esses sentidos não esgotam ainda todos os significados possíveis para a palavra causa. Causa poderia ainda ser utilizada como sinônimo de fato jurídico, ou com o significado de motivo, seja este psicológico (como no art. 140 do Código Civil e que estaria próximo da concepção de causa como fim pretendido pelo agente), seja este objetivo, como na expressão “justa causa”. Todos esses sentidos relativos à palavra causa podem ser aprofundados na obra de A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO. *Negócio jurídico e declaração negocial*, cit., pp. 121-29.

SEÇÃO 4ª

CANONISTAS

Em suas origens, as primeiras comunidades de cristãos parecem ter querido diferenciar suas regras das do direito secular, pagão, chamando-as não de leis, mas de cânones. Estes se referiam às regras da vida eclesial e às condutas dos cristãos, no pressuposto de não existir verdade de fé sem conseqüências práticas e jurídicas. Essas disposições constituíam o direito que regia a vida da Igreja, do povo de Deus, nas comunidades eclesiais. O próprio termo “direito”, na expressão “direito canônico”, só apareceu a partir do século XII, em conseqüência do renascimento do estudo do direito romano, e serviu para distinguir as regras da Igreja das regras civis¹⁴⁵.

O direito canônico, como direito de uma sociedade religiosa, tem também fundamento e finalidade condizentes com a origem e fim da própria Igreja. Ele é revelado, na medida em que a Igreja nasce da revelação histórica de Deus em Jesus Cristo¹⁴⁶. E é orientado pela missão salvífica da Igreja, onde reside a diferença entre o ordenamento civil e o ordenamento canônico, o qual se dirige não a fins terrenos ou temporais, mas ao fim supremo, espiritual e transcendente, da salvação da alma.

Da mesma forma que se faz com o direito romano, costuma-se dividir o direito canônico em quatro períodos: (a) o inicial, que engloba as primeiras manifestações do cristianismo (fontes) e as sucessivas coleções canônicas, que se estende entre os séculos I e XI; (b) o de estabilização do direito canônico, entre os séculos XI e XII; (c) o de consolidação do ordenamento jurídico canônico, dos séculos XIII ao XV; e, finalmente, (d) o de renovação do direito canônico, a partir do século XVI até os nossos dias¹⁴⁷.

Durante o período de estabilização do direito canônico, o *Decretum* do MONGE GRACIANO (falecido em 1179), ou *Concordia discordantium canonum*, elaborado em 1140,

¹⁴⁵ A. BORRAS. *Bíblia e direito canônico*, in *Bíblia e direito. O espírito das leis* (F. Mies/Org.). Trad. port. Paula S. R. C. Silva. São Paulo, Loyola, 2006, pp. 123-124.

¹⁴⁶ Idem, ibidem, p. 125.

¹⁴⁷ J. R. CRUZ E TUCCI. L. C. AZEVEDO. *Lições de Processo Civil Canônico (história e direito vigente)*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 22.

é considerado a pedra angular da codificação do direito canônico, servindo à construção de uma ciência jurídica canônica autônoma, não sujeita ao poder temporal¹⁴⁸.

No *Decretum*, GRACIANO afirma que nem sempre o descumprimento de uma promessa configura um ato ilícito para o direito canônico. O exemplo utilizado pelo autor do *Decretum*, o mesmo de PLATÃO e de CÍCERO, é o de que não mentiria quem não devolvesse uma espada guardada a pedido de seu dono, se este ao reclamar sua restituição estivesse em estado de insanidade mental, podendo usar da espada para matar a si ou a outrem¹⁴⁹.

Também os estudiosos do direito canônico, ainda na baixa idade média, socorreram-se da idéia e agora da expressão *rebus sic stantibus* ao glosar trechos do *Decretum* que traziam o problema da alteração superveniente do estado de fato subjacente aos atos jurídicos¹⁵⁰. Dentre outros exemplos trazidos por G. OSTI, merece destaque a glosa de GIOVANI D'ANDREA (falecido em 1348) que utiliza da expressão consagrada de forma sólida e com uma abrangência geral¹⁵¹.

Deve ser dado relêvo, contudo, à necessária premissa sobre a diferença entre o ordenamento civil e o ordenamento canônico. Sobre a base de ensinamentos que remontam a SANTO AGOSTINHO (354-430) e a *Patrística*¹⁵², é enunciado o princípio que o não

¹⁴⁸ Idem, ibidem, p. 49.

¹⁴⁹ O texto original foi colacionado por R. J. MORAES. *Cláusula...*, cit., p. 50. *Decretum Gratiani*, segunda parte, C.22, q.2, c.14: “si forte gladium suum repetat furens, manifestum est non esse reddendum, ne vel se occidat vel alium; donec ei sanitas restituatur”.

¹⁵⁰ R. J. MORAES. *Cláusula...*, cit., p. 50. Segundo VICENTE DE PAULO SARAIVA, *Expressões latinas jurídicas e forenses*, 1999, apud O. L. RODRIGUES JR. *Revisão...*, cit., p. 52, a cláusula *rebus sic stantibus* pode ser traduzida por “permanecendo as coisas assim (= no estado em que se encontram)”: “*Rebus* acha-se no abl. (pl.) – ablativo plural –, como sujeito da oração subordinada adverbial reduzida de particípio: daí que *stantibus* (particípio presente do verbo *stare*) deva ser considerado no abl. pl. f. – ablativo plural feminino – concordando com *rebus* em gênero, número e caso, dada a natureza adjetiva dessa forma nominal verbal. Trata-se de uma construção sintática latina, chamada de ‘ablativo absoluto’, típica dessas orações reduzidas participiais. Criticada que seja a formulação latina, observe-se que o verbo *esse* (=ser, estar) não tinha particípio presente. Por isso, justificável o uso do verbo *stare* (=estar de pé, manter-se), conceitos que transmitem a idéia de permanência. Anote-se que, em português, não existe uma forma adjetiva que traduza esse particípio presente latino *stantibus*, devendo-se socorrer do nosso gerúndio permanecendo para sua versão, como é normal acontecer inúmeras vezes. Por último, *sic* é mero advérbio de modo, exprimindo o respectivo adjunto adverbial”.

¹⁵¹ G. OSTI. *La così detta clausola...*, cit., p. 191. O texto original colacionado pelo autor em latim é o seguinte: “Voluntatis mutatio non praesumitur... Limitatur haec conclusio (o haec praesumptio, ecc.) ut procedat rebus sic stantibus”.

¹⁵² A *Patrística*, de acordo com J. MARÍAS, é o conjunto de ensinamentos e especulações dos Padres da Igreja nos primeiros séculos do cristianismo, expressando uma nova ordem de idéias. Envolve uma

cumprimento de uma promessa é mentira, um atentado contra o próximo e, conseqüentemente, pecado¹⁵³.

A cláusula *rebus sic stantibus* foi utilizada, então, para salvaguardar o valor dos princípios morais e religiosos consistentes na repressão do pecado e na saúde da alma, quando por fatos supervenientes o cumprimento de uma promessa não levasse ao bem. Nesse sentido, o fundamento e o limite da flexibilização da obrigatoriedade do pacto é a *ratio peccati*. Não é a *utilitas* privada, mas a *utilitas* pública da sociedade eclesiástica, cuja preocupação é o pecado, o objeto de tutela. Desobriga-se a consciência, de modo que não seja pecado o não cumprimento da promessa nos termos em que foi forjada¹⁵⁴.

É inegável que a preocupação dos juristas canônicos com a mentira contribuiu para uma maior relevância do papel da vontade no campo jurídico. A partir daí é possível até sugerir, com apoio na citada tese de G. OSTI, que o emprego mais abrangente da cláusula pelos canonistas pode ser justificado pela ligação que ela tem com o maior destaque da vontade como elemento jurídico. Essa seria uma grande contribuição do direito canônico para o desenvolvimento do tema. Cumpre observar, entretanto, que ainda não se trata do uso da cláusula *rebus sic stantibus* em sentido estrito.

formulação intelectual dos dogmas e uma justificativa racional para eles tendo em vista o diálogo com hereges e pagãos. Tem SANTO AGOSTINHO como seu maior nome. *História da filosofia*, trad. port. C. BERLINER. São Paulo, Martins fontes, 2004, p. 117.

¹⁵³ G. ASTUTI. *Contratto...*, cit., p. 774.

¹⁵⁴ Idem, ibidem, p. 775.

SEÇÃO 5ª

PÓS-GLOSADORES

Os *Pós-Glosadores* (séc. XIII a XV) cuidaram da aplicação prática do direito romano, então redescoberto, às necessidades de seu tempo. Fundindo as normas de direito romano com as de direito canônico e com as dos direitos locais, criaram o denominado direito comum, que do século XIII até às codificações de direito privado vigorou em diversos países europeus, como Itália, Alemanha, França, Espanha e Portugal¹⁵⁵.

Pela utilização do método da dialética escolástica na interpretação dos textos romanos, revolucionaram o direito da época, superando seus antecessores¹⁵⁶. Acabaram por construir um conhecimento jurídico sólido e grandioso que influenciou a aplicação prática do direito¹⁵⁷. BARTOLO DE SAXOFERRATO (1313-1357) foi o líder da escola, considerado o “jurista por antonomásia”¹⁵⁸.

BARTOLO, ao comentar a *Glosa* – no trecho em que fazia menção, por sua vez, ao fragmento de NERATIO – utiliza a expressão *rebus sic se habentibus* num contexto diferente daquele tratado por ACÚRSIO, mas ainda dentro do campo civil, privado. Segundo R. J. MORAES, o conteúdo de seu comentário é o de que “quando alguém renuncia a alguma coisa ou direito que tenha, ou possa ter, pudesse ter, isso deve ser entendido segundo se têm as coisas por ocasião da renúncia, isto é, do que se tem no presente como realidade ou como esperança”¹⁵⁹.

O segundo nome mais importante dessa escola e posterior a BARTOLO, BALDO DE UBALDIS (1327-1400) eleva paradigmaticamente a utilização da noção *rebus sic stantibus*, ao colocar, tanto nos seus comentários à *Glosa* de ACÚRSIO, como ao *Decretum*, que todas as promessas devem ser entendidas *rebus sic se habentibus*¹⁶⁰. Outros juristas da

¹⁵⁵ J. C. MOREIRA ALVES. *Direito Romano*, I, cit., pp. 70-71.

¹⁵⁶ O. L. RODRIGUES JR. *Revisão...*, cit., p. 54.

¹⁵⁷ R. J. MORAES. *Cláusula...*, cit., p. 50.

¹⁵⁸ J. R. L. LOPES. *As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno*. São Paulo, 34/Edesp, 2004, p. 47.

¹⁵⁹ R. J. Moraes. *Cláusula...*, cit., p. 51.

¹⁶⁰ O texto de BALDO referente à *Glosa* foi colacionado por R. J. MORAES. *Cláusula...*, cit., p. 51: “quia rebus sic se habentibus loquimur, et si promissiones intelliguntur rebus sic se habentibus”. E o referente ao *Decretum*: “Item nota quod cum simpliciter loquimur, rebus sic se habentibus loquimur, si non supervenerit contraria ratio”.

mesma escola ainda se pronunciaram sobre o tema, mostrando como então, seu estudo deixara de ser algo ligado a uns poucos estudiosos¹⁶¹.

Nesse período há algo de definitivo. Trata-se da consagração da cláusula *rebus sic stantibus* em sentido amplo tanto no direito comum, quanto no direito canônico. E nos dois casos, de modo abrangente.

Mas cumpre também apontar que ao lado da primazia na utilização da cláusula, os pós-glosadores deixaram de estabelecer seu conteúdo, omitiram seu delineamento doutrinário e não estabeleceram uma teoria geral sobre o tema¹⁶².

Esse ponto levou G. OSTI a criticar a falta de rigor com que esses juristas trataram do problema¹⁶³. Mas pode-se balancear essa carência tão sentida pelo estudioso do início do século XX, com o que J. R. L. LOPES ensina sobre o método dos pós-glosadores:

“(...) Aplicar regras não é, desse ponto de vista, algo aleatório e assistemático, mas sistemático de uma outra maneira. O aprendizado seria, então, um exercício constante de relações do todo com a parte, do caso com as regras, e a formulação de casos seria inerente ao método. Tudo isso serve de alerta para que, embora nos últimos tempos se fale de um pensamento dilemático em oposição ao pensamento sistemático, parece que antes de o jusracionalismo se impor, feita uma investigação histórica mais precisa, pode-se dizer que os juristas pré-modernos não imaginavam seu saber como algo ‘aleatório’ e, nesse sentido, assistemático ou ‘sem saída’. Definições do direito que incorporavam finalidades comuns, uma idéia qualquer de felicidade ou de cooperação, que não colocavam em dúvida o caráter social dos seres humanos e que davam por natural a vida política e assim por diante eram pontos de partida de um sistema de direito. Definições assim foram princípios da ‘ciência’ ou da jurisprudência”¹⁶⁴.

Segundo R. J. MORAES, o que avulta na construção dos pós-glosadores é o estabelecimento sólido da cláusula *rebus sic stantibus*, em virtude de serem eles juristas práticos preocupados em encontrar soluções justas para as controvérsias utilizando-se do direito romano como fonte de idéias e instrumento de trabalho. Nota também que a

¹⁶¹ R. J. MORAES traz os exemplos de três juristas, Tartagni (+1477), Giason de Mayno (+1519) e Tiraquello (+1558), que estendem a aplicação da cláusula para testamentos, procurações, disposições de leis, contratos, juramentos, privilégios, renúncias, estatutos, enfim, todos os atos e disposições. *Cláusula...*, cit., p. 52.

¹⁶² O. L. RODRIGUES JR. *Revisão...*, cit., p. 54.

¹⁶³ G. OSTI. *La così detta clausola...*, cit., pp. 173 e 197.

¹⁶⁴ J. R. L. LOPES. *As palavras e a lei...*, cit., p. 46.

cláusula *rebus sic stantibus* não tinha fundamento na vontade da partes, mesmo porque o próprio contrato não o tinha, mas ela era

*“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”*¹⁶⁵.

A cláusula *rebus sic stantibus* não foi uma figura criada em oposição à força obrigatória dos contratos. Também não há indícios de teorizações entre os pós-glosadores sobre o equilíbrio entre as prestações de um contrato. A cláusula *rebus sic stantibus* parece mais uma regra de interpretação para os atos jurídicos, isto é, uma regra dizendo como esses atos deveriam ser entendidos para terem um sentido correto, um sentido de acordo com o direito da época.

O contexto explorado por J. R. L. LOPES serve de base para entender como elementos da moral e do direito canônico adentraram no campo do direito comum. Os juristas medievais foram construtores de definições do direito que incorporavam finalidades às coisas, um sentido de bem comum e davam por natural tanto o caráter político da sociedade como o social dos seres humanos. Isso permitiu a construção da cláusula *rebus sic stantibus* sem grandes obstáculos a serem ultrapassados, nem profundas formulações teóricas e gerais que lhe dessem fundamento.

Por outro lado, apesar da vontade já desenvolver um papel de maior importância nas relações jurídicas, sobretudo no direito canônico, não havia ainda o dogma da vontade como única fonte necessária do vínculo obrigacional. Por isso não havia contradição entre a cláusula *rebus sic stantibus* e a força obrigatória dos contratos. Era ela uma regra jurídica de interpretação, forjada de acordo com as circunstâncias morais da época.

¹⁶⁵ R. J. MORAES. *Cláusula...*, cit., pp. 52-54.

SEÇÃO 6ª

A PRIMEIRA TEORIA SOBRE A CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*: ALCIATO, HUMANISMO JURÍDICO

Ao investigar as fontes históricas da escola dos humanistas, ou ainda jurisprudência culta ou elegante, pelas obras de DONELLUS (1527-1591) e CUJÁCIO (1522-1590), J. R. L. LOPES intitula o respectivo pensamento como o “prenúncio das mudanças” e “alvorecer da modernidade” para o direito. Expõe que o humanismo foi uma primeira forma de crítica à produção intelectual e à forma de vida dos medievais, e destacou-se como uma forma mais sofisticada de expor o direito, o *mos gallicum*¹⁶⁶.

De fato, a partir dos humanistas novos elementos apareceram, ainda que de modo secundário, nas definições de direito e lei, como por exemplo, o direito como faculdade subjetiva e como lei, e esta como vontade e consenso¹⁶⁷. Também R. J. MORAIS, apoiado na obra de M. VILLEY, dá grande importância à noção de contrato feita pelo humanismo jurídico, embasada no elemento do consenso, para marcar a passagem entre o direito da pré-modernidade e o da modernidade nascente¹⁶⁸.

ALCIATO (1482-1550), um dos iniciadores dessa escola, é o autor de um trecho considerado por G. OSTI como a primeira teoria sobre a cláusula *rebus sic stantibus*¹⁶⁹. R. J. MORAES, assim explica o papel do precursor:

“O jurista milanês, ao tratar da presunção de, no decorrer do tempo, permanecer igual a vontade de um sujeito, afirma que essa presunção deve ser entendida sob o princípio REBUS SIC STANTIBUS. A partir disso, ele procura definir esse princípio, distinguindo em quais atos de vontade e sob quais circunstâncias se alterariam”.

“Primeiramente, se o ato depende ex voluntate unius, isto é, da vontade de um só, os efeitos dele poderiam ser modificados, caso seja verossímil que o sujeito teria disposto de forma diversa se soubesse que as circunstâncias se alterariam. No caso de ser o ato derivado da vontade de dois

¹⁶⁶ J. R. L. LOPES. *As palavras e a lei...*, cit., p. 97.

¹⁶⁷ Idem, *ibidem*, pp. 96-99.

¹⁶⁸ R. J. MORAES. *Cláusula...*, cit., pp. 6-9.

¹⁶⁹ G. OSTI. *La così detta clausola...*, cit., p. 197.

sujeitos, a cláusula REBUS SIC STANTIBUS não deveria, em regra, ser levada em conta, não sendo permitido então modificar os efeitos da declaração de vontade”.

“Entretanto, a utilização da cláusula nos atos bilaterais seria justificável nos seguintes casos: se a vontade de uma das partes tivesse procedido de erro; se a possibilidade de modificação da vontade constasse da própria natureza do contrato; quando a lei considerasse a cláusula inserta na vontade dos contraentes; surgindo alguma causa superveniente inconsiderada, a respeito da qual as partes não tinham se precavido”¹⁷⁰.

Além da notável diminuição do campo de aplicação da cláusula com respeito à escola anterior, é importante considerar que ALCIATO eleva a importância da declaração de vontade, imputando-lhe a característica de imutabilidade. Ou seja, somente quando a vontade passa a desempenhar um papel mais central no fundamento do contrato, é que a teoria da cláusula vai ser elaborada. Além disso, a cláusula aparece como uma figura em sentido contrário à manutenção do vínculo, portanto como uma exceção a ser utilizada em casos singulares.

Os principais autores humanistas, DONELLUS e CUJÁCIO, por sua vez, não cuidaram da cláusula, com o que se mostra também uma tendência de seu desenvolvimento histórico: no momento em que foi construída a teoria jurídica da figura, é dado a ela caráter de contrariedade e exceção ao sentido normal das coisas, com o que passaria a receber cada vez menos prestígio e utilidade.

É importante notar também uma certa contradição nos próprios termos em que tal teoria foi forjada. Para ALCIATO, presume-se uma cláusula onde as partes não a haviam disposto. Não se trata mais de uma regra de interpretação e sim de uma cláusula. Uma cláusula que não havia constado do conteúdo do contrato, mas que o interprete inseria posteriormente. Só que o conteúdo dela versa justamente sobre aquilo que as partes não haviam sequer pensado, imaginado, representado. Ora, a presunção de uma *cláusula* sobre algo que não havia sido previsto não seria uma contradição?

A transformação na natureza da expressão *rebus sic stantibus* é algo relevante. De regra de interpretação passou a ser cláusula.

¹⁷⁰ R. J. MORAES. *Cláusula...*, cit., p. 56-57.

O contexto dos pós-glosadores que favoreceu o uso da expressão *rebus sic stantibus* em sentido amplo como regra de interpretação passava a ser objeto de crítica pelos humanistas. Já não se tinha a mesma certeza a respeito da finalidade das coisas, do sentido de bem comum, da natural cooperação entre os seres humanos.

Uma vez que aquela base estava se modificando, uma nova construção teórica que sustentasse o uso da cláusula, com novo fundamento, necessitava ser formulada. Ela o foi, e o fundamento escolhido passou a ser a vontade, presente nos conceitos de direito e de lei formulados pelos humanistas.

Ora, ao passo que a idéia de *rebus sic stantibus* deixa de ser uma simples regra de interpretação atrelada à finalidade das coisas, e passa-se a seguir uma linha de pensamento em que a vontade exerce o papel mais importante na definição de direito e na força obrigacional do contrato, a superveniente modificação das circunstâncias torna-se um problema jurídico. Esse caráter de problema é uma novidade que não estava na concepção da cláusula tal qual formulada pelos pós-glosadores.

Desenvolve-se nesse período, portanto, o sentido estrito de cláusula *rebus sic stantibus*. É como se houvesse um divisor de águas entre os pós-glosadores de um lado, e os humanistas, de outro. O caminho seguido por esta última corrente constitui o modo como até hoje em dia se tenta resolver o desequilíbrio contratual superveniente: sua tutela constitui uma exceção, e sempre requer outros pressupostos, além da mudança do estado de fato.

Só que por ser a formulação teórica da cláusula *rebus sic stantibus* portadora de inerente contradição, acabou ela por provocar o seu declínio¹⁷¹. Assim, a teoria caiu, mas as idéias sobreviveram, principalmente a tensão entre vontade intangível e modificação superveniente.

¹⁷¹ Idem, ibidem, p. 59.

SEÇÃO 7ª

JUSRACIONALISMO, CONSENSUALISMO, CODIFICAÇÕES E O DECLÍNIO DA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

Uma nova teoria dos contratos se ergueu na Europa no começo do século XVII por obra da *Escola do Direito Natural Racionalista ou Jusracionalismo*. Não mais ligada aos princípios teóricos tradicionais e ao ordenamento positivo histórico, desapegada da teoria romana do direito contratual, no seu racionalismo anti-histórico, pôde ela pela primeira vez, enunciar o abstrato princípio *solus consensus obligat*, ou *solus consensus inducit obligationem*, como *princípio dogmático de direito natural*. Conseqüentemente, concretizou-se um novo sistema contratual, fundado sobre a concepção unitária e atípica do contrato como acordo de vontades. Foi precisamente SAMUEL PUFENDORF (1631-1694) que de modo definitivo afirmou que só a vontade é que pode limitar a liberdade¹⁷².

F. CALASSO, justificando essas mudanças ocorridas no âmbito do direito contratual privado, entende que uma das causas mais decisivas para a formação dessa corrente de pensamento foi, entre os séculos XVI e XVII, a penetração do pensamento filosófico na ciência do direito¹⁷³.

O direito natural racionalista de HUGO GRÓCIO (1583-1645), saindo do campo teológico, laicizou todo o direito, reivindicando o predomínio da razão humana, e sob a influência da doutrina protestante, teorizou uma concepção voluntarista do direito. Essa nova teoria veio a sedimentar a pedra angular da nova ordem social: o hipotético contrato social que os indivíduos fizeram entre eles, consentindo em abandonar o primitivo estado de natureza e constituir a sociedade¹⁷⁴.

Todas essas circunstâncias levavam a uma intensa meditação sobre as categorias civilistas dos pactos e dos contratos, que exerceram sobre os jusracionalistas uma autêntica sugestão: a origem da promessa de obrigação. Seria absurdo que a lei, que nasce do encontro das vontades individuais num *pacto*, que cria o Estado, pudesse dar

¹⁷² G. ASTUTI. *Contratto...*, cit., p. 779.

¹⁷³ F. CALASSO. *Il Negozió giuridico, Lezioni di storia del diritto italiano*, 2ª ed. (ristampa). Milano, Giuffrè, 1967, pp. 333-335.

¹⁷⁴ Idem, *ibidem*, p. 335.

força obrigatória a outros *pactos*, e o mesmo não pudesse fazer a vontade individual dos sujeitos por si só. Não há lógica em que o ordenamento, o Estado, faça algo que o indivíduo não faça. É desse modo que a vontade passará, com fundamento filosófico, a ser fonte de obrigação por si só¹⁷⁵.

Cumpre observar, entretanto, que o pensamento dos fundadores da *Escola do Direito Natural Racionalista*, ao enunciar uma nova concepção voluntarista do direito e do contrato, estava voltado não aos problemas de direito privado, mas essencialmente àqueles de direito público, interno e internacional, e precisamente, à idéia de contrato social, em função da afirmação e defesa dos direitos naturais do homem frente ao Estado e ao fundamento de um novo direito das gentes¹⁷⁶.

É nesse contexto que GRÓCIO e PUFENDORF trataram da cláusula *rebus sic stantibus* e entenderam-na sempre como uma questão de consenso e de proteção da vontade querida pelas partes, admitindo-a de maneira restrita, em caráter de exceção, exigindo requisitos pré-determinados, sem permitir sua necessária flexibilidade¹⁷⁷.

De acordo com R. J. MORAES, “a principal razão parece ser a preocupação com a segurança dos contratos, que WEBER (1784) considera estar em perigo pelo abuso da cláusula *rebus sic stantibus*, uma vez que ela só deveria ser admitida nos excepcionais casos em que a lei leva em conta a mudança de circunstâncias”¹⁷⁸. Percebe-se, assim, que os mais importantes jusracionalistas seguiram mais a linha de pensamento de ALCIATO do que a dos pós-glosadores.

Foi desse modo que as seguintes legislações da Baviera, da Prússia e da Áustria chegaram a estabelecer regras para a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*. Contudo, após esse momento considera-se que a cláusula entra numa espécie de ocaso na doutrina germânica, tanto é que os pandectistas anteriores a WINDSCHEID não trataram dela de modo efetivo¹⁷⁹.

Na França iluminista, por sua vez, JEAN DOMAT (1625-1696) e ROBERT JOSEPH-POTHIER (1699-1772) cuidaram de colocar a tradição do direito comum sob o império da razão, aplicando o princípio agora existente do consensualismo, que por essa

¹⁷⁵ Idem, ibidem, pp. 336-338.

¹⁷⁶ G. ASTUTI. *Contratto...*, cit., p. 780.

¹⁷⁷ R. J. MORAES. *Cláusula...*, cit., p. 63.

¹⁷⁸ Idem, ibidem, pp. 63-64.

¹⁷⁹ Idem, ibidem, p. 65.

via alimentaria o Código civil francês¹⁸⁰, e a partir dele todos os outros códigos que o seguiram.

Nenhum dos dois juristas tratou da cláusula *rebus sic stantibus*, evidenciando o desprezo pelo seu uso medieval, pela teoria formulada no âmbito da escola anterior e, de modo oposto, consagrando os conceitos jusracionalistas. Desse modo, somente o princípio do consensualismo restou acolhido no artigo 1.134 do *Code*, que determina que as convenções têm força de lei entre as partes. Além de não acolher a cláusula, a disposição do Código civil francês tornou-se um empecilho insuperável à modificação de qualquer contrato, eis que nenhum juiz poderia intervir na relação entre as partes¹⁸¹.

A influência deste diploma legal fez-se sentir também na Itália. Apesar de haver ali uma jurisprudência favorável à aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* durante todo o período que vai do final do direito comum ao início das codificações, numa linha que seguia ainda a tradição dos pós-glosadores, o Código civil de 1865 colocaria um ponto final nesse desenvolvimento¹⁸². Além de contar com artigo semelhante ao do Código francês, silenciava a respeito da cláusula.

Pode-se entender esse período de declínio como aquele em que após o advento do jusracionalismo, a exaltação do princípio do consensualismo, e as primeiras codificações, a cláusula *rebus sic stantibus* deixava de ser estudada e utilizada na Alemanha, França e Itália, três dos mais importantes países da família jurídica romano-germânica¹⁸³.

Em cada um desses países haverá num momento seguinte a construção de novas teorias para então tentar solucionar o problema da alteração das circunstâncias, o que será objeto dos capítulos seguintes. Mais do que um ressurgimento, o advento de novas teorias para o mesmo problema reforça mais a idéia de que a cláusula *rebus sic stantibus*, tal como concebida pelos pós-glosadores, era fruto de um outro modo de aplicação do direito.

¹⁸⁰ F. CALASSO. *Il Negozio giuridico...*, cit., p. 340.

¹⁸¹ R. J. MORAES. *Cláusula...*, cit., p. 67.

¹⁸² P. TARTAGLIA. *Onerosità eccessiva*, in *Enciclopedia del Diritto*, v. XXX. Varese, Giuffrè, 1980, p. 155. A. M. R. MENEZES CORDEIRO. *Da boa-fé...*, cit., pp. 980-982.

¹⁸³ R. J. MORAES. *Cláusula...*, cit., p. 68.

CAPÍTULO IV.

DESENVOLVIMENTO DA ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS NO POSITIVISMO JURÍDICO ALEMÃO: PRESSUPOSIÇÃO E BASE DO NEGÓCIO

As teorias da pressuposição e da base do negócio são aqui brevemente tratadas pois foram utilizadas, tanto por doutrinadores quanto pela jurisprudência brasileira, para explicar o problema do superveniente desequilíbrio econômico do contrato. Por isso, não é pretensão deste capítulo apresentar a evolução do tema no direito alemão. O que se pretende é traçar uma rápida visão das teorias para identificar seus elementos principais.

Importa observar, ainda, que o problema do superveniente desequilíbrio econômico do contrato foi tratado, por meio dessas teorias, inserido no campo maior da alteração das circunstâncias.

Se a teoria da base do negócio tem sido citada até com certa frequência pela nossa jurisprudência¹⁸⁴, o mesmo não ocorre com a pressuposição¹⁸⁵. Apesar disso, sua menção justifica-se pois a base do negócio pode ser entendida como uma retomada da pressuposição em termos mais objetivos. Portanto, o problema pode ser melhor apresentado partindo-se da pressuposição como marco inicial¹⁸⁶.

Além disso, diferentemente da teoria da cláusula *rebus sic stantibus* tal como formulada por ALCIATO, que utilizava termos de uma época passada numa nova

¹⁸⁴ Como exemplos: TJ/SP, Ap. civ. nº 419.044.4/5, 4ª Câm. dir. priv., rel. Des. Francisco Loureiro, j. 16/4/2009; STJ, REsp nº 135.151-RJ, 4ª Turma, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 8/10/1997, DJ 10/11/1997; STJ, REsp nº 42.882-3-SP, 4ª Turma, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 21/3/1995, DJ 8/5/1995.

¹⁸⁵ Há julgado do STJ que refere a pressuposição: REsp nº 165.514-SP, 4ª Turma, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 7/5/1998, DJ 26/6/1998.

¹⁸⁶ L. R. F. DA SILVA entende também a pressuposição como o manancial do qual decorre a teoria da base. *Causas de revisão judicial dos contratos*. Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, s.d.

formulação, a pressuposição não apresenta esse problema. Ela se insere coerentemente dentro de uma nova concepção de direito que tem a vontade como elemento principal. Contudo, permanece a aludida dificuldade teórica de se lidar com a intangibilidade do pactuado e as conseqüências disso para a segurança jurídica.

A teoria da pressuposição foi elaborada por BERNARD WINDSCHEID (1817-1892), o célebre jurista da *Pandectista*, a sucessora da *Escola Histórica* alemã, que representava o positivismo científico¹⁸⁷. Para os pandectistas, o direito é um todo no qual todas as peças possuem coerência interna entre si e com seu fundamento, a vontade.

WINDSCHEID assenta o sistema de direito civil na vontade humana. Todos os direitos subjetivos derivariam, em último grau, dessa vontade. Além disso, no tocante a declaração negocial, WINDSCHEID a entende tão somente como meio de conhecimento e prova da vontade. Portanto, é a vontade verdadeira o que constitui o cerne da busca por uma solução justa¹⁸⁸.

Por outro lado, como expoente máximo da *Pandectista*, WINDSCHEID entendia que as normas jurídicas eram deduzidas e aplicadas exclusivamente a partir do sistema, dos conceitos jurídicos, sem nenhuma concessão a valores extra-jurídicos: “Considerações de caráter ético, político ou econômico não são assunto dos juristas, enquanto tais”¹⁸⁹.

A fundamentação ética desta convicção foi extraída da teoria jurídica de KANT (1724-1804), segundo a qual a ordem jurídica não constitui uma ordem ética, mas apenas a possibilita, tendo portanto, existência independente da realidade social. Dos conceitos jurídicos, por sua vez, poder-se-ia extrair normas jurídicas por dedução, num processo puramente abstrato. O sistema de conceitos, por fim, seria dotado de plenitude, de forma que qualquer caso pensável pudesse ser subsumido à correta hipótese legal, formando uma plena sistemática da justiça. Assim, a coerência lógica, conceitual e abstrata asseguraria a justiça material¹⁹⁰.

Dentro desse contexto, WINDSCHEID concebeu, ao lado da condição e do termo, e em lugar do encargo, como autolimitações dos efeitos negociais, a figura da

¹⁸⁷ F. WIEACKER. *História do direito privado moderno*, 2a. ed. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, pp. 491-492.

¹⁸⁸ A. M. R. MENEZES CORDEIRO. *Da boa-fé...*, cit., p. 977.

¹⁸⁹ F. WIEACKER. *História...*, cit., p. 492.

¹⁹⁰ Idem, ibidem, pp. 492-499.

pressuposição, entendida como uma condição não desenvolvida: quem declara vontade sob pressuposição, quer que os efeitos jurídicos se produzam somente se persistir um certo estado de coisas¹⁹¹. MENEZES CORDEIRO assim a explica:

*“A pressuposição pertence às auto-limitações da vontade. A doutrina habitual enumera como fatos através dos quais uma vontade expressa se pode limitar a si própria, a condição, o termo e o modus. Penso que essa 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 sem, ou melhor, contra a vontade do declarante (...). A pressuposição é uma condição não desenvolvida (uma limitação da vontade que não se desenvolve para condição). O interessado só pode alegar a pressuposição (...) quando da sua declaração de vontade se possa reconhecer que sob a sua declaração de vontade está uma outra, a verdadeira, isto é, quando, na sua declaração de vontade, o motivo se tenha elevado a pressuposição”*¹⁹².

Percebe-se que, para WINDSCHEID, qualquer problema com a pressuposição acarretaria na ausência de vontade real e verdadeira no negócio declarado, o que quer dizer que faltaria ao negócio seu elemento definidor e único fator determinante de efeitos jurídicos. Mas sua teoria recebeu muitas críticas da doutrina e o Código Civil alemão não trouxe nenhum dispositivo que remetesse à pressuposição.

Além das várias hipóteses muito díspares a que a pressuposição se aplicaria, outro ponto fundamental para sua não aceitação no BGB decorre de que a pressuposição se dá por circunstâncias percebidas ou *perceptíveis* pela outra parte, donde se origina a crítica de excesso de subjetivismo da teoria. A intenção de conferir mais objetividade à pressuposição foi, como citado, a causa das teorias seguintes formuladas para o problema, especialmente a da base do negócio¹⁹³.

¹⁹¹ A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO. *Negócio jurídico e declaração negocial (noções gerais e formação da declaração negocial)*, tese para o concurso de professor titular de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1986, pp. 220-221.

¹⁹² A. M. R. MENEZES CORDEIRO. *Da boa-fé...*, cit., p. 970.

¹⁹³ A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO. *Negócio jurídico e declaração negocial...*, cit., p. 222.

Esse foi o ponto principal de críticas à teoria, sendo decisiva a movida por LENEL, segundo a qual não existe meio termo entre os motivos e a condição, de tal modo que a pressuposição seria uma forma de se abrir a porta aos motivos, e com isso, introduzir insegurança ao direito. Importa lembrar, contudo, que se o critério último é a vontade verdadeira, e a outra parte tinha condições de conhecê-la, a teoria é consistente¹⁹⁴, tanto é que teve utilização na Itália¹⁹⁵.

Mas pode-se dizer que a pressuposição teve mesmo o papel de reintroduzir o tema da alteração das circunstâncias no contexto do positivismo, agora sob o fundamento da teoria da vontade e com obstáculos conceituais. Foi vencida, contudo, em nome da segurança do tráfego. Essa tomava as vezes de um valor preponderante do direito dos contratos. Como notam J. M. ITURRASPE e M. A. PIEDECASAS, a segurança jurídica se identificava com o cumprimento dos contratos e tudo que fosse em sentido contrário semeava a insegurança e a desconfiança, sendo que “*más vale um poco de injusticia que sembrar la inseguridad*”¹⁹⁶.

F. WIEACKER reconheceu que a *pandectista* não evitou o mau uso do direito privado, quando este foi utilizado somente no interesse da burguesia empresarial¹⁹⁷. Mas fica a ressalva do pensamento atento e criativo de WINDSCHEID com sua pressuposição, cuja flexibilidade lembra a utilização que os pós-glosadores fizeram da cláusula *rebus sic stantibus*.

Diante das críticas que sua teoria recebera, WINDSCHEID, numa última tentativa de defesa, lançou uma espécie de profecia sobre a solução do tema: “*é minha firme convicção que a pressuposição tacitamente declarada, o que quer que se possa objetar, se fará sempre valer. Expulsa pela porta, voltará pela janela*”¹⁹⁸. No contexto de se intentar conferir maior objetividade à solução do problema da alteração das circunstâncias, a profecia se cumpriu, eis que houve uma retomada da pressuposição, apresentada pelo nome de teoria da base do negócio, de autoria de PAUL OERTMANN¹⁹⁹.

¹⁹⁴ A. M. R. MENEZES CORDEIRO. *Da boa-fé...*, cit., pp. 974-977.

¹⁹⁵ Idem, ibidem, p. 980.

¹⁹⁶ J. M. ITURRASPE e M. A. PIEDECASAS. *Responsabilidad civil y contratos: la revisión del contrato*. Santa Fé, Rubinzal Culzoni, 2008, pp. 21-22.

¹⁹⁷ F. WIEACKER. *História...*, cit., pp. 504-505.

¹⁹⁸ A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO. *Negócio jurídico e declaração negocial...*, cit., p. 221.

¹⁹⁹ Idem, ibidem, p. 221.

Segundo MENEZES CORDEIRO, OERTMANN explica que os negócios se firmam sobre fundamentos – a base – que apesar de serem menos que os motivos, por não conduzirem à decisão de contratar, não podem ser ignorados, pois têm o alcance negativo de que, sem eles, não se teria contratado. Essa base representa, ao contrário dos motivos unilaterais, algo comum a ambas as partes. Não se trata de pressuposição, pois não é auto-limitação da vontade negocial, nem faz parte do conteúdo contratual. Tem, contudo, aspecto subjetivo, uma vez que somente pode ser determinada pelas próprias partes, com o objeto e o conteúdo do negócio²⁰⁰.

É o que se vê da citada definição de base do negócio:

“A representação mental de uma das partes no momento da conclusão do negócio jurídico, conhecida em sua totalidade e não rechaçada pela outra parte, ou a comum representação das diversas partes sobre a existência ou aparição de certas circunstâncias, nas quais se baseia a vontade negocial”²⁰¹.

Apesar de não ser uma auto-limitação da vontade, e de ter natureza bilateral, na essência a base do negócio tal como elaborada por OERTMANN se aproxima muito da pressuposição de WINDSCHEID uma vez que utiliza a via de representação das partes sobre certo objeto: o caráter de subjetividade é inegável, ainda que se tente conferir objetividade por estar relacionada ao estado comum das coisas ao se contratar.

Para OERTMANN, pela incidência da boa-fé na relação obrigacional, o devedor não estaria mais obrigado à prestação se desaparecesse a base do negócio. Entretanto, como se torna obrigatória a busca pela vontade dos contratantes, o problema de uma das partes se opor a reconhecer a base subjetiva do negócio tornaria a figura bastante frágil. Do contrário, volta o risco da insegurança jurídica. Mais do que isso, se nenhuma das partes houvesse verdadeiramente tido uma representação das circunstâncias negociais, o problema do desequilíbrio contratual restaria sem solução também²⁰².

Por outro lado, OERTMANN traz interessantes exemplos de figuras legalmente consagradas que poderiam ter sua fundamentação no desaparecimento ou inexistência da base negocial, e que aqui servem também de ilustração de seu pensamento: a inversão na situação patrimonial capaz de pôr em risco o pagamento da contraprestação (art. 477 do

²⁰⁰ A. M. R. MENEZES CORDEIRO. *Da boa-fé...*, cit., p. 1033.

²⁰¹ K. LARENZ. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Madrid, Revista de Derecho Privado, 1956, p. 23.

²⁰² A. M. R. MENEZES CORDEIRO. *Da boa-fé...*, cit., p. 1040.

Código civil); os vícios redibitórios (art. 441) e a nulidade da transação do litígio decidido por sentença transitada em julgado (art. 850)²⁰³.

A teoria teve desenvolvimentos em outros autores alemães, mas sem chegar a fazer uma diferença considerável com relação à obra pioneira de OERTMANN²⁰⁴. O passo mais importante seria mesmo dado posteriormente por K. LARENZ com sua diferenciação entre bases subjetiva e objetiva do negócio. Importa mencionar também que uma razão para a teoria de OERTMANN ter tido tanta repercussão foi o fato de que, ao contrário do que ocorreu nos tempos de WINDSCHEID, o advento da I Guerra Mundial e a conseqüente alta inflacionária na Alemanha chamaram a atenção para o problema da alteração das circunstâncias, num contexto econômico diverso dos anteriores²⁰⁵.

Um outro ponto importante decorre da delimitação do tema da alteração das circunstâncias contratuais. Como nota J. B. VILLELA, a base negocial é um conceito novo, que guarda relação com a figura do erro, uma vez que a “base” alcança não só o domínio do que acontece, como também o domínio do que é, ou seja, uma circunstância do passado que, não tomada em conta, pode alterar o equilíbrio contratual. A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO também já havia notado a relação entre as figuras, trazendo exemplos por ele então denominados de erro quanto à pressuposição²⁰⁶.

No direito civil brasileiro, entendeu-se preponderantemente que a base do negócio, tal como formulada por OERTMANN, da mesma forma que a pressuposição, não poderia ser aplicada sem que se adentrasse no delicado tema dos motivos²⁰⁷, cujo tratamento obedece a vários comandos legais, dentre eles, o erro sobre o motivo expresso como razão determinante, o erro sobre qualidade essencial da coisa ou da pessoa, o dolo

²⁰³ O. GOMES. *Introdução ao problema da revisão dos contratos*, in *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo, RT, 1967, p. 50.

²⁰⁴ A. M. R. MENEZES CORDEIRO. *Da boa-fé...*, cit., p. 1035. MENEZES CORDEIRO cita outros autores que desenvolveram a teoria da base, sempre tentando um viés mais objetivo, como LOCHER, KRÜCKMANN, RHODE e FULTERER.

²⁰⁵ R. J. MORAES. *Cláusula...*, cit., p. 70.

²⁰⁶ J. B. VILLELA. *O Plano Collor...*, cit., p. 382. A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO. *Negócio jurídico e declaração negocial...*, cit., p. 222-3. Os exemplos são os seguintes: “a) A doa a B um imóvel, porque julga morto seu único filho, e, depois, verifica que isto não é verdade; b) aberto o testamento de C, D, nomeado herdeiro, ordena a construção de um túmulo para C, porque C, ainda em vida, manifestara esse desejo; posteriormente se descobre outro testamento de C, em que D não é herdeiro (...) Ora, a inexistência do filho de A ou o fato de D ser herdeiro de C só indiretamente podem ser considerados motivos da doação ou da construção do túmulo. O erro é sobre a pressuposição”.

²⁰⁷ A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO. *Negócio jurídico e declaração negocial...*, cit., pp. 223-224. C. COUTO E SILVA. *A obrigação como processo*, reimpr. Rio de Janeiro, FGV, 2007, p. 108. Sem distinguir entre base objetiva e subjetiva, J. B. VILLELA entendia que o art. 1.091 do Código civil de 1916 possibilitava o uso da base do negócio. *O Plano Collor...*, cit., p. 381.

sobre os motivos, a coação, alguns tipos de doação e a ilicitude do motivo determinante, comum a ambas as partes²⁰⁸.

As observações de J. M. ITURRASPE e M. A. PIEDECASAS, segundo os quais na teoria contratual formada no século XIX e até hoje influente, há uma indiferença sobre o “não declarado”, sobre motivos e circunstâncias, e uma prevalência do “dito” frente ao “calado”, presumido que a declaração, vinda de sujeitos livres, continha toda a vontade real dos contratantes²⁰⁹, têm validade como expressão de um sentido geral das regras vigentes, e assim explicam bem a situação até aqui descrita. No direito brasileiro, contudo, devem ser entendidas levando-se em conta as exceções acima apontadas a respeito da relevância dos motivos em certos casos.

Note-se, a título de exemplo, que há alusões a tais teorias por outros autores alemães, a evidenciar a continuidade entre elas. Assim é que J. W. HADEMAN explica que no século XVIII, a resolução por alteração das circunstâncias tinha por fundamento a cláusula *rebus sic stantibus*, tacitamente contida no acordo em que se assumia uma obrigação. Depois da Primeira Guerra mundial, sua fundamentação passou para a idéia de base do negócio, de cunho mais objetivo, mas a idéia central de uma e de outra permaneceu a mesma: a desproporção entre prestações com relação ao originariamente pactuado, a imprevisibilidade do evento alterador, e a não assunção de riscos pelo contrato²¹⁰.

Para L. ENNECCERUS, a idéia de equivalência propiciou o reconhecimento do direito de resolução por alteração das circunstâncias. Esse direito se fundamentou em parte, na cláusula *rebus sic stantibus*, e em parte, na teoria da pressuposição de WINDSCHEID. Já num outro patamar evolutivo, passou-se a fundamentá-lo na desapareição da base do negócio, entendida esta ainda no âmbito das representações dos interessados, ao tempo de conclusão de negócio, sobre certas circunstâncias básicas para a decisão de contratar, tal como a igualdade de valor, em princípio, entre prestação e contraprestação. Cita também o progresso de teoria tal como defendida por LOCHER, para quem a base do negócio são as circunstâncias indispensáveis para a consecução do fim do negócio com os meios do mesmo, ou seja, parte da importância objetiva das circunstâncias como meio pelo qual se

²⁰⁸ A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO. *Negócio jurídico e declaração negocial...*, cit., pp. 213-15.

²⁰⁹ J. M. ITURRASPE e M. A. PIEDECASAS. *Responsabilidad...*, cit., p. 27.

²¹⁰ J. W. HADEMANN. *Tratado de derecho civil, v. III, derecho de obligaciones*, trad. esp. J. S. Briz. Madrid, Revista de derecho privado, 1958, pp. 149-50.

alcança a finalidade do contrato. Por fim, acentua que com tal alteração as partes não podem ter contado nem poderiam contar de modo algum, excluindo assim, os negócios especulativos²¹¹.

MENEZES CORDEIRO sustenta ainda que a teoria da base obteve certa ressonância na jurisprudência alemã. Observa contudo, que esta muitas vezes não a aplicava rigorosamente do ponto de vista técnico, pois estaria na verdade julgando por critérios de equidade²¹².

Contribuição definitiva para o entendimento da base do negócio e que tem grande interesse para esse estudo foi dado por KARL LARENZ. Para ele, que ao contrário de OERTMANN, fez seus estudos apoiando-se diretamente em casos jurisprudenciais, há que se distinguir a base subjetiva e a base objetiva do negócio. A base subjetiva seria a comum representação da qual os contratantes partiram ao concluir o contrato e que influiu na decisão de ambos. É necessária uma esperança ou representação – bilateral – do estado das coisas ou de que as coisas vão se dar de certa maneira no futuro. Não basta uma ausência de esperança em variações das circunstâncias, nem que só uma das partes tenha feito a representação²¹³. Nas palavras de A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, a base subjetiva é o motivo comum determinante²¹⁴.

Já a base objetiva é:

“O conjunto de circunstâncias e estado geral das coisas cuja existência ou subsistência é objetivamente necessária para que o contrato, segundo o significado das intenções de ambos contratantes, possa subsistir como regulação dotada de sentido. A base objetiva terá desaparecido quando (a) a relação de equivalência entre prestação e contraprestação pressuposta no contrato tenha sido destruída de tal maneira que não se possa falar racionalmente de uma contraprestação e quando (b) (...) haja frustração da finalidade”²¹⁵.

²¹¹ L. ENNECCERUS. *Derecho de obligaciones*, v. I, *doctrina general*, 2ª ed, al cuidado de J. P. Brutau in *Tratado de derecho civil*, t. II/L. Enneccerus, T. Kipp, M. Wolff, undécima revisión H. Lehmann, trad. esp. da 35ª ed. alemã por B. L. González e J. Alguer. Barcelona, Bosch, 1954, pp. 211-14.

²¹² A. M. R. MENEZES CORDEIRO. *Da boa-fé...*, cit., p. 1046.

²¹³ K. LARENZ. *Base del negocio...*, cit., pp. 95-96.

²¹⁴ A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO. *Negócio jurídico e declaração negocial...*, cit., p. 224.

²¹⁵ K. LARENZ. *Base del negocio...*, cit., p. 225.

Aqui há uma nítida separação entre os casos de alteração das circunstâncias que geram desequilíbrio contratual (a primeira hipótese de quebra da base objetiva) e os outros casos, de perda da finalidade do contrato, mencionados no capítulo II.

Prossegue o autor afirmando que para averiguação da quebra da base objetiva não devem ser tomados em conta as circunstâncias que sejam pessoais ou que estejam na esfera de influência da parte prejudicada, as que repercutiram pois a parte estava em mora, e as que, sendo previsíveis, faziam parte do risco assumido no contrato²¹⁶.

A base objetiva, portanto, parte de considerações de que quem contrata atua numa dada situação, de que o contratante pode nem se aperceber, mas que integra pressupostos imanes do contrato, como a relação de equivalência entre prestação e contraprestação, a sua justiça contratual imanente²¹⁷.

K. LARENZ cita uma série de exemplos jurisprudenciais para ilustrar a destruição da relação de equivalência. O primeiro deles é o caso de um contrato de fornecimento de aguardente, no qual em virtude de aumento muito elevado e imprevisível de impostos, o preço a ser pago pelo adquirente se tornara menor que o preço de custo do produto fornecido. O segundo trata de contrato de arrendamento de imóvel, no qual o arrendador se comprometia também com fornecimento de vapor de água para a indústria do arrendatário. Por conta do aumento da inflação, os gastos com compra de carvão pelo arrendador se tornaram dez vezes superiores ao valor cobrado pelo arrendamento. O terceiro caso trata de uma venda de imóvel, na qual o vendedor se havia obrigado a cancelar uma hipoteca inscrita. Cumprida sua obrigação, nova lei revalorizou as hipotecas, de tal modo que o vendedor teria de pagá-la novamente, em quantidade notavelmente superior ao pago anteriormente. Em todos esses casos, os juízes determinaram o restabelecimento do equilíbrio original²¹⁸.

Como entende C. COUTO E SILVA, a base objetiva “*decorre de uma tensão ou polaridade entre os aspectos voluntaristas do contrato – aspecto subjetivo – e o seu meio econômico – aspecto institucional – o que relativiza, nas situações mais dramáticas, a aludida vontade, para permitir a adaptação do contrato à realidade subjacente*”.

²¹⁶ Idem, ibidem, p. 226.

²¹⁷ A. M. R. MENEZES CORDEIRO. *Da boa-fé...*, cit., pp. 1047-1048.

²¹⁸ K. LARENZ. *Base del negocio...*, cit., pp. 130-36.

Prossegue ainda afirmando que um dos setores mais importantes de sua aplicação é o da alteração das prestações em função da inflação e da intervenção do Estado na economia²¹⁹.

Percebe-se também que a relação de equivalência entre a prestação e contraprestação é dada como algo natural ao contrato, mas que sua determinação também é deixada à liberdade das partes. A base objetiva parece ser destruída em casos gravíssimos de desequilíbrio, ou como diz o próprio K. LARENZ, quando nem se possa mais falar em contraprestação. Além disso, percebe-se como conta para a teoria de K. LARENZ certo grau de imprevisibilidade pelas partes do evento causador da alteração das circunstâncias, pois do contrário, elas estariam assumindo esse risco contratual.

É preciso mencionar, por fim, que o debate doutrinário alemão ganhou, em 2002, importância maior devido à lei que reformou o seu direito das obrigações, introduzindo no art. 313 do BGB menção expressa à base do negócio:

“Se as circunstâncias que formam parte da base do negócio mudam consideravelmente depois da conclusão do contrato, de modo que as partes não houvessem concluído o contrato ou não com esse conteúdo se tivessem podido prever essa mudança, se pode solicitar a adaptação do contrato, sempre que não se possa exigir a uma parte a vinculação ao contrato tendo em conta as circunstâncias do caso, especialmente a repartição contratual ou legal do risco”²²⁰.

No direito brasileiro, C. COUTO E SILVA já entendia que a base objetiva vigia e era utilizável desde o Código de 1916, dada a sua ligação com a justiça comutativa imanente e a ausência de vedação tal como ocorria e ocorre com os motivos do negócio, obstando a aplicação da base subjetiva.

Com o advento do *Código de Defesa do Consumidor*, tornou-se quase unânime a afirmação de que seu art. 6º, inc. V havia adotado a teoria da base objetiva do negócio²²¹. Mas levando em conta o completo entendimento da figura delimitado por LARENZ, e todas

²¹⁹ C. COUTO E SILVA. *A teoria da base do negócio jurídico no Direito brasileiro*, in *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva/C. COUTO E SILVA; V. M. J. FRADERA (Org.)*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997, p. 94.

²²⁰ J. M. ITURRASPE e M. A. PIEDECASAS. *Responsabilidad...*, cit., p. 160.

²²¹ J. MARTINS-COSTA. *A revisão dos contratos...*, cit., p. 149. Código de Defesa do Consumidor: Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: (...) inc. V: a modificação ou revisão das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

as suas exigências, inclusive a de que riscos previsíveis não estão sob sua tutela²²², é possível sugerir que a disposição do CDC é mais específica e menos exigente do que a teoria da base. Além de referir-se apenas ao consumidor, qualquer fato superveniente – sem alusão à sua previsão – que cause excessiva onerosidade – e não descaracterização da contraprestação – já possibilitam a revisão. Em capítulo seguinte se fará melhor exegese do dispositivo, mas por ora é melhor afirmar, com R. R. AGUIAR JR., que sua disciplina tem *cunho meramente objetivo*²²³.

Como conclusão, pode-se realçar o importante papel da teoria da base objetiva no tocante à relação que faz entre o sentido do contrato e a relação de equivalência das prestações. Ainda que tal relação seja determinada em termos subjetivos num contrato concreto, todo contrato oneroso sempre terá, imanente a ele, uma relação de equilíbrio entre as prestações, perceptível objetivamente.

²²² C. L. B. GODOY entende que essa alusão à previsibilidade está mais num sentido de inserção do evento modificativo nos riscos normais do contrato do que vinculada à visão estritamente voluntarista: C. L. B. GODOY. *Função social do contrato*. São Paulo, Saraiva, 2004, p. 61.

²²³ R. R. AGUIAR JR. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, 2ª ed. rev., atual. Rio de Janeiro, AIDE, 2003, p. 153. O autor colaciona entre outras espécies especiais de resolução do contrato pelo devedor as fundamentadas na teoria da quebra da base objetiva. O exemplo é o dos contratos de aquisição de unidades habitacionais a prestações, em que se alega sua insuportabilidade por serem as prestações reajustadas por índices superiores aos de atualização dos salários da categoria profissional do devedor, p. 165.

CAPÍTULO V

OS FATOS SUPERVENIENTES E O *PACTA SUNT SERVANDA* NO POSITIVISMO JURÍDICO FRANCÊS: A TEORIA DA IMPREVISÃO

O direito francês tratou especificamente do problema do desequilíbrio contratual superveniente pelo nome de *teoria da imprevisão*. Trata-se, na verdade, de uma criação jurisprudencial, de aplicação no âmbito do direito administrativo, que encontrou resistência no direito civil, por causa do entendimento rígido do contrato como lei entre as partes, fundamentado no art. 1.134 do *Code*. Por meio da legislação extravagante é que se interveio nos negócios privados possibilitando sua revisão por imprevisão²²⁴.

MENEZES CORDEIRO traz uma série de casos de data posterior à promulgação do Código civil em que se negou revisão a contratos civis que sofreram desequilíbrios em virtude de alteração das circunstâncias²²⁵. O mais conhecido é o caso do *Canal de Craponne*, de 1876: tratava-se de um contrato por meio do qual *Adam Craponne* obrigara-se, em 1576, a construir um canal de irrigação e a fazer sua manutenção, em contrapartida de um preço recebido na conclusão, mais uma quantia a ser paga, por quanto durasse o uso do canal, pelos beneficiários. Ocorre que a importância a ser paga pelo uso foi se depreciando com o tempo, de modo que em 1778 já se relatava que o canal não poderia existir por muito tempo se o preço não fosse elevado. A sentença foi favorável à revisão do pacto em 1873, mas acabou cassada em 1876, com a seguinte fundamentação:

“atendendo a que a regra que ele consagra [o art. 1134 do Cód. Napoleão, segundo o qual as convenções legalmente formadas valem como lei] é geral, absoluta e rege os contratos cuja execução se estenda a épocas sucessivas, de igual modo que os de qualquer outra natureza; que, em caso algum, compete aos tribunais, por muito équa que lhes possa parecer a sua decisão, tomar em consideração o tempo e as circunstâncias para

²²⁴ Teoria da imprevisão talvez seja o nome mais comum que o desequilíbrio econômico superveniente recebeu no direito brasileiro. A maioria absoluta dos julgados citados nesse trabalho, ao examinarem o problema, o nomeiam de teoria da imprevisão. Como exemplo, o já citado acórdão TJ/SP, Embgos Infring. c/rev., 29ª Cam., rel. Des. Pereira Calças, j. 25/10/2006.

²²⁵ A. M. R. MENEZES CORDEIRO. *Da boa-fé...*, cit., pp. 955-959.

*modificar as convenções das partes e substituir por novas, cláusula que foram livremente aceitas pelos contratantes (...) cassam...*²²⁶.

Assim restou definitivamente assentado na jurisprudência, com o consentimento da doutrina, que o contrato, por ser lei entre as partes, jamais poderia ser modificado por um juiz. Da mesma forma que os tribunais deviam respeito à lei, assim deveriam proceder frente às convenções que eram lei entre as partes, pouco importando o tempo e as circunstâncias, por mais injusto que fosse o resultado. Nem mesmo as guerras Franco-prussiana e Primeira mundial mudaram o quadro então dado por definitivo²²⁷.

Por outro lado, na jurisprudência administrativa elaborou-se a teoria da imprevisão, que influenciaria até o direito público brasileiro. Nesse campo, o caso célebre é o da *Companhia de Iluminação de Bordeaux* contra a Prefeitura da cidade, datado de 1916, que já vinha na esteira de decisões jurisprudenciais anteriores. Em 1904, a Companhia citada celebrara um contrato de concessão de duração de 30 anos para fornecimento de gás e eletricidade para a cidade. Com a guerra e a conseqüente alta do carvão, as tarifas então contratadas não davam conta do custo do empreendimento, de modo que o próprio abastecimento da cidade começava a ficar em risco. Desse modo, o *Conselho de Estado*, frente à imprevista situação gerada pela guerra, a continuidade do serviço público e a necessidade de assegurar o interesse geral, não autorizou a Companhia a desobrigar-se do contratado, nem modificou seus termos, pois não arrogou para si esses poderes. Limitou-se a determinar a continuidade da execução do contrato, a renegociação de seus termos pelas partes, e uma indenização em favor da companhia pelos prejuízos que tinha sofrido²²⁸.

Percebe-se, pois, algumas especificidades nem sempre realçadas: o *Conselho de Estado* não interveio no que as partes contrataram, não modificou ou revisou o contrato; tampouco liberou o devedor de sua dívida contratual: determinou que as próprias partes o renegociassem, e se limitou a fixar uma indenização. É interessante também que o elemento fundamental para a tomada da decisão foi o interesse geral na continuação do serviço público, isto é, um critério estranho ao próprio contrato, que ditou o sentido da decisão.

²²⁶ CassFr 6-Mar-1876, apud A. M. R. MENEZES CORDEIRO. *Da boa-fé...*, cit., p. 956.

²²⁷ A. M. R. MENEZES CORDEIRO. *Da boa-fé...*, cit., p. 958.

²²⁸ J. GHESTIN. *Traité de Droit Civil: les effets du contrat*, 2ª ed. Paris, L.G.D.L., 1994, p. 331. A. M. R. MENEZES CORDEIRO. *Da boa-fé...*, cit., p. 961. Decisão do Conselho de Estado: ConsEt 30-Mar-1916.

Tal decisão faria jurisprudência posteriormente, de tal modo que foi possível ao *Conselho de Estado* elaborar os requisitos para a aplicação da teoria. Eram eles o advento de um fato imprevisível, estranho às partes e causador de uma verdadeira ruína na economia do contrato²²⁹. Tais requisitos são até hoje retomados no âmbito da teoria da imprevisão no direito administrativo brasileiro²³⁰.

Foi só pela via legislativa que se autorizou a revisão ou a resolução de algumas categorias de contratos civis, o que consiste numa outra especificidade do direito francês. A mais famosa entre elas foi a *Lei Failliot*, de 21 de janeiro de 1918, que permitiu que os contratos comerciais concluídos antes do início da guerra fossem resolvidos, desde que consistissem na entrega de mercadorias ou gêneros, em prestações sucessivas ou diferidas, e uma das partes provasse que em virtude da guerra sofrera prejuízos exagerados. Ao lado dela, outras leis, também em virtude da guerra de 1939-1945 e suas conseqüências, autorizaram a intervenção nos pactos privados, especificamente nos contratos de locação, comercial e rural²³¹.

É toda essa proliferação legal que causou o nascimento de uma literatura sobre a imprevisão, mesmo sendo reconhecido seu caráter de exceção no direito privado²³². Assim, em termos gerais, haveria imprevisão sempre que fatos de circunstâncias imprevistas, posteriores à conclusão do contrato, tornam sua execução extremamente onerosa, sem entretanto, torná-la impossível²³³.

Um aspecto importante desenvolvido no direito francês foi justamente a noção de imprevisibilidade. Esse requisito serve como critério para separação do poder conferido pelo legislador à vontade e o poder que é conferido pelo legislador ao juiz para intervenção no contrato. Somente naquilo que é tido por imprevisível o juiz poderá interferir. Naquilo que for previsível, é a vontade livre e consciente do contratante que deverá regular²³⁴.

J. GHESTIN, por sua vez, ao tratar do tema, divide o regime jurídico da imprevisão entre a natureza das circunstâncias, o desequilíbrio criado e o momento de sua apreciação, e as sanções previstas.

²²⁹ J. GHESTIN. *Traité...*, cit., p. 331.

²³⁰ M. S. Z. DI PIETRO. *Direito administrativo*, 18ª ed. São Paulo, Atlas, 2005, pp. 269-272. C. A. B. MELLO. *Curso de direito administrativo*, 25ª ed. São Paulo, Malheiros, 2008, pp. 640-643.

²³¹ R. J. MORAES. *Cláusula...*, cit., pp. 78-79.

²³² J. B. VILLELA. *O Plano Collor...*, cit., p. 384.

²³³ J. GHESTIN. *Traité...*, cit., p. 310.

²³⁴ L. C. FRANTZ. *Bases dogmáticas...*, cit., p. 165.

Destaque-se que quanto ao primeiro item, o autor entende que os requisitos de novidade e imprevisibilidade do evento alterador das circunstâncias perderam importância frente à atribuição de riscos do contrato²³⁵. Já quanto ao desequilíbrio, em alguns casos o legislador optou por estabelecer um limite mínimo para sua verificação, enquanto que em outros, deixou ao juiz a apreciação de sua gravidade, tratada como matéria de fato, com incontestável risco de arbitrariedades²³⁶. Quanto aos remédios, também não há regra geral, variando conforme a lei a sanção de resilição, suspensão ou revisão²³⁷.

Cumprir trazer como subsídio a crítica de G. RIPERT à solução francesa do problema do desequilíbrio contratual superveniente. Seu ponto de partida é a incidência da regra moral sobre o direito civil. Desse ponto de vista, em primeiro lugar, o valor moral do contrato está justamente no cumprimento da palavra dada. Diante da alteração das circunstâncias, haveria uma injustiça por parte do credor que exigisse o cumprimento da palavra frente à situação do devedor. Essa injustiça, segundo RIPERT, é que deveria ser vedada pelo direito, não o valor verdadeiro do contrato. Nas suas palavras:

“(...) Não se aperceberam que se comprometia assim o próprio valor do contrato. O contrato operando mutações no patrimônio ou prevendo entregas de mercadorias ou prestações de serviços, assegura a um credor uma situação futura e garante-o contra as circunstâncias que se oporiam à sua satisfação. Contratar é prever. O contrato é um empreendimento sobre o futuro. Todo contrato contém uma idéia de segurança”.

“Admitir a revisão dos contratos, todas as vezes que se apresente uma situação que não foi prevista pelas partes, seria tirar ao contrato a sua própria utilidade que consiste em garantir o credor contra o imprevisto. Quando um industrial assegura por muitos anos a quantidade de carvão necessária à sua fábrica por um preço determinado, não sabe quais serão, no futuro, as dificuldades de aprovisionamento ou as flutuações do mercado, mas quer poder regular, em qualquer hipótese, a sua produção e fixar o preço dos seus produtos. Se uma guerra vem transtornar os preços do carvão, não se lhe pode dizer que este acontecimento não tinha entrado nas suas previsões; pois o contrato feito por vários anos tinha justamente por fim não deixar os preços ao sabor das flutuações posteriores do mercado”.

²³⁵ J. GHESTIN. *Traité...*, cit., p. 346.

²³⁶ Idem, *ibidem*, p. 349.

²³⁷ Idem, *ibidem*, p. 351.

“(...) Para 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 com 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”²³⁸.

Como conclusão, o aspecto que mais chama atenção no direito francês é o rigor com que são tratados os papéis da lei, da vontade das partes e dos juízes. Vale aqui também a observação de J. M. ITURRASPE e M. A. PIEDECASAS no sentido de que o contrato, na sua visão clássica, é obra da autonomia das partes combinada com os limites legais, mas nunca dos juízes²³⁹. Contudo, a apreciação do desequilíbrio como matéria de fato parece que faz compensar a extrema excepcionalidade com que o legislador delimita as hipóteses de imprevisão.

²³⁸ G. RIPERT. *A regra moral nas obrigações civis*, trad. port. O. OLIVEIRA. São Paulo, Livraria acadêmica/Saraiva, 1937, pp. 156-158.

²³⁹ J. M. ITURRASPE e M. A. PIEDECASAS. *Responsabilidad...*, cit., p. 24.

CAPÍTULO VI

O SUPERVENIENTE DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO DO CONTRATO NO POSITIVISMO JURÍDICO ITALIANO: A EXCESSIVA ONEROSIDADE

Na Itália, o Código civil de 1865 seguiu a tendência imposta pelo Código civil francês de imputar ao contrato o status de lei entre as partes, com o que se pode dizer que não havia ali qualquer remédio para o lesivo desequilíbrio superveniente, restando os contratantes presos à palavra dada.

Entretanto a jurisprudência, quando se viu obrigada a resolver problemas envolvendo o tema, tratou de utilizar as ferramentas de que dispunha na cultura jurídica dominante, que não era outra senão a elaborada por WINDSCHEID. Foi, portanto, a teoria da pressuposição utilizada pelos tribunais italianos, mesmo sem o rigor e a delimitação feitas por seu autor, e muitas vezes como uma justificativa para o uso da equidade²⁴⁰.

Houve também, por parte da doutrina, tentativas de construção de uma teoria que resolvesse o problema, principalmente com G. OSTI, fundamentando a solução na teoria da vontade²⁴¹. Consta dessa época a formação de um conceito, até hoje utilizado para designar o problema, denominado *sopravvenienze*, entendido como o fato que, intervindo depois da conclusão do contrato e antes da sua completa execução, muda o contexto no qual o contrato atua²⁴².

Contudo, foi a Primeira Guerra mundial que influiu decisivamente na concepção italiana da onerosidade excessiva, por meio de intervenção legislativa inovadora. O problema que havia de ser resolvido era o da ocorrência de um evento (no caso, a guerra) que não gerava a impossibilidade superveniente da prestação – que já tinha solução consagrada – mas justamente a onerosidade excessiva. Foi nesse sentido, e em manifesta relação com o tema da impossibilidade superveniente, que foi promulgada medida legislativa em 1915, dispondo que “ (...) a guerra é considerada caso de força maior

²⁴⁰ A. M. R. MENEZES CORDEIRO. *Da boa-fé...*, cit., pp. 980-984, 1100-1104.

²⁴¹ R. J. MORAES. *Cláusula...*, cit., pp. 80-81.

²⁴² V. ROPPO. *Il contratto. Trattato di diritto privato/G. IUDICA e P. ZATTI*. Milano, Giuffrè, 2001, p. 1015.

não só quando torne impossível a prestação, mas também quando a torne excessivamente onerosa (...)»²⁴³.

Embora essa norma tivesse caráter manifestamente transitório (foi revogada em 1920²⁴⁴), parte da doutrina já passava a aplicá-la para além do evento guerra, dando-lhe caráter mais geral. Por outro lado, a intervenção normativa obrigava a conclusão de que nenhuma figura próxima da cláusula *rebus sic stantibus*, pressuposição ou superveniência, havia sido positivada no código de 1865. De todo modo, a inovação foi bem sucedida e a figura da onerosidade excessiva veio definitivamente consagrada no Código civil de 1942^{245 246}.

Vigente o novo Código civil, aponta MENEZES CORDEIRO que a jurisprudência recorreu novamente à pressuposição para interpretá-lo. Entretanto, a doutrina se esforçou para construir o conceito próprio da onerosidade excessiva, com caracteres objetivos²⁴⁷.

Nesse contexto, A. BOSELLI primeiramente faz uma aproximação das noções já conhecidas de impossibilidade da prestação e dificuldade de prestar. Todo tipo de obstáculo à prestação pode ser considerado numa série gradativa de dificuldade. Há que se estabelecer, portanto, um limite em que a dificuldade se torna impossibilidade. É pacífico que a mera dificuldade não possui relevância jurídica, ao contrário da impossibilidade, que libera o devedor da prestação. Uma vez que para o direito italiano a impossibilidade era o

²⁴³ Art. I do *decreto luogotenenziale* de 27 de maio de 1915, n°. 739. P. TARTAGLIA. *Onerosità eccessiva...*, cit., p. 156.

²⁴⁴ *Regio decreto-legge* de 2 de maio de 1920, n° 663. P. TARTAGLIA. *Onerosità eccessiva...*, cit., p. 156.

²⁴⁵ Idem, ibidem, pp. 156-157.

²⁴⁶ Código civil italiano, artigos 1467, 1468 e 1469: *Sezione III. Dell'eccessiva onerosità*.

1.467. Contratto com prestazioni corrispettive. Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti é divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, com gli effetti stabiliti dall'articolo 1458.

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

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

1.468. Contratto com obbligazioni di una sola parte. Nell'ipotesi prevista dall'articolo precedente, se si tratta de um contratto nel quale uma sola delle parte há assunto obbligazioni, questa può chiedere uma riduzione della sua prestazione ovvero uma modificazione delle modalità de esecuzione, sufficiente per ricondurla as equità.

1.469. Contratto aleatorio. Le norme degli articoli precedenti non si applicano ai contratti aleatori per loro natura o per volontà delle parti.

²⁴⁷ A. M. R. MENEZES CORDEIRO. *Da boa-fé...*, cit., p. 1101.

impedimento de caráter absoluto e objetivo, a definição de dificuldade se deu por exclusão: tudo que não for impossibilidade²⁴⁸.

Por sua vez, o conceito de onerosidade excessiva não se encaixa como um *tertium genus* entre as já estabelecidas noções de impossibilidade e dificuldade. A onerosidade possui outra *ratio*, de natureza objetiva, que não se confunde de maneira alguma com qualquer dificuldade de natureza subjetiva. A onerosidade excessiva pode existir, inclusive, em casos que a execução de uma prestação não representa um sacrifício para o devedor, ao passo que a mesma prestação poderia significar a ruína para um contratante frágil economicamente, e nem assim configurar excessiva onerosidade²⁴⁹.

É somente no confronto entre prestação e contraprestação que se pode encontrar um limite objetivo ao dever de adimplemento, sem perturbar a noção de impossibilidade e sem trazer aspectos de dificuldade subjetiva que minam a força obrigatória dos pactos. Nas palavras de A. BOSELLI, a onerosidade vem concebida como aquele obstáculo ao adimplemento da prestação que deriva de uma diferença, ou melhor, de uma perturbação do equilíbrio patrimonial determinado entre a prestação devida e a contraprestação²⁵⁰. Adquire importância, para sua configuração, a noção de *sinallagma*, entendida como o liame entre as prestações recíprocas que surgem de um contrato²⁵¹, ou apenas como liame teleológico no caso de contratos unilaterais e onerosos²⁵².

Além da especificidade do conceito de onerosidade, a legislação italiana exige outros requisitos para autorizar a intervenção no contrato: que seja um contrato de execução continuada, periódica ou diferida no tempo; que a prestação ainda não tenha sido adimplida; que a onerosidade seja excessiva, relacionado este requisito com a álea normal do contrato; e que a onerosidade dependa da verificação de evento extraordinário e imprevisível²⁵³.

Assim, o desequilíbrio não pode fazer parte do risco implicitamente assumido pela parte ao contratar. Cada tipo contratual incorpora um plano diverso de repartição dos riscos entre os contratantes e a onerosidade excessiva não incide sobre esses riscos assumidos. É nesse sentido, inclusive, que a legislação italiana exclui do âmbito de

²⁴⁸ A. BOSELLI. *Eccessiva Onerosità*, in *Novissimo Digesto Italiano*, 3a. ed.Torino, VTET, 1975, p. 333.

²⁴⁹ Idem, ibidem, p. 334.

²⁵⁰ Idem, ibidem, p. 334.

²⁵¹ A. TRABUCCHI. *Istituzioni...*, cit., p. 702.

²⁵² A. BOSELLI. *Eccessiva Onerosità*, cit., p. 334.

²⁵³ V. ROPPO. *Il contratto*, cit., p. 1017.

aplicação da figura os contratos aleatórios. Vale, porém, a observação de V. ROPPO quanto ao limite dessa exclusão: aos contratos aleatórios são vedados os remédios legais somente enquanto a superveniência realize exatamente o risco jurídico-econômico que constitui a álea daquele determinado contrato²⁵⁴.

Por fim, avulta em importância os requisitos de imprevisibilidade e extraordinariedade do evento superveniente. Tal fato pode ser tanto natural, como humano, e dentre estes pode ser técnico, econômico, político, ou normativo. A previsibilidade não fica em torno somente do critério do homem médio, mas é sopesada à luz da natureza do contrato, da qualidade dos contratantes, das condições de mercado, de cada elemento componente de sua existência. Interessante notar que o juízo sobre sua ocorrência é tido como matéria de fato, mas duas variantes pautam seu modo de ser: o grau de especificidade e de probabilidade da ocorrência. Nota-se também os pontos de contato entre esse requisito e o juízo sobre a álea normal de contrato²⁵⁵.

Por outro lado, a lei italiana confere uma ordem de remédios para o problema. O primeiro deles é a resolução do contrato. Subordinada à propositura da ação, aparece o segundo remédio disposto: com a demanda de resolução nasce para a parte demandada um direito potestativo²⁵⁶ de evitar a resolução oferecendo-se a modificar equitativamente as condições contratuais. O juiz não pode por iniciativa própria modificar o pactuado²⁵⁷, com o que se nota ainda o respeito ao contrato como lei entre as partes e o grau mínimo possível de intervenção judicial. Por fim, para os contratos unilaterais, o remédio admitido é a revisão da prestação, com a sua redução ou modificação no modo de execução²⁵⁸.

A solução italiana parece ser tanto a mais completa quanto a mais simples. A onerosidade excessiva encerra em si mesma o requisito do desequilíbrio entre prestação e contraprestação, além de haver, ao seu lado, outros requisitos legais que dão relevo ao elemento consensual e de assunção de riscos. Por um lado, isso é bom para o direito brasileiro, que seguiu tendencialmente a codificação italiana. Por outro, o legislador brasileiro silenciou sob certos aspectos, bem como exigiu mais requisitos em outros, com o que a tarefa interpretativa pode levar a soluções diferentes.

²⁵⁴ Idem, ibidem, p. 1032.

²⁵⁵ Idem, ibidem, p. 1025.

²⁵⁶ Idem, ibidem, p. 1029.

²⁵⁷ R. SACCO. *Il contratto. Trattato di Diritto Civile Italiano/F. VASSALLI*, v. 6, t. 2. Torino, Torinese, 1975, p. 1003.

²⁵⁸ A. TRABUCCHI. *Istituzioni...*, cit., p. 713.

CAPÍTULO VII

FUNDAMENTO DA ONEROSIDADE EXCESSIVA

A. J. OLIVEIRA, no seu livro *A Cláusula “Rebus sic stantibus” através dos tempos*, procedeu a uma divisão classificatória de teorias que a fundamentavam: as com base na vontade, como a da imprevisão, a da pressuposição, a da vontade marginal, a da base do negócio, a do erro, a da situação extraordinária, a do dever de esforço; as fundamentadas na prestação, como a do estado de necessidade e do equilíbrio das prestações; e as extrínsecas ao contrato, como a do fundamento na moral, na boa-fé, na extensibilidade do fortuito, na socialização do direito, na equidade e na justiça²⁵⁹.

Como visto nas teorias já estudadas, e como será estudado em pormenores a seguir, a onerosidade excessiva tomada em conjunto com seus pressupostos tem uma natureza material, de desequilíbrio entre prestações, e simultaneamente dá relevância ao elemento consensual. Assim, seu fundamento deve ser flexível o bastante para dar unidade e sentido a esses dois aspectos.

Para R. J. MORAES, o fundamento da revisão dos contratos é o justo comutativo dos sinalagmas, entendido este na sua concepção aristotélica, de igualdade aritmética entre as prestações. Assim, a cláusula *rebus sic stantibus* seria “uma manifestação da justiça contratual, derivada da própria noção do direito como justo”²⁶⁰.

Esse fundamento parece dar maior importância ao elemento material, e praticamente ignora o elemento consensual. Além disso, como se verá, a igualdade aritmética não predomina na solução da onerosidade excessiva. Assim, o fundamento teria de ser outro.

R. R. AGUIAR JR. também enfrenta a questão do fundamento:

“A questão da excessiva onerosidade envolve todas as dificuldades comuns ao tema da modificação das circunstâncias e de seus efeitos sobre o contrato. Alguns a vêem como a aplicação do princípio da pressuposição, fundado na representação intelectual da parte a respeito do

²⁵⁹ A. J. OLIVEIRA. *A Cláusula “Rebus sic Stantibus” através dos tempos*. Belo Horizonte, 1968, pp. 87-133.

²⁶⁰ R. J. MORAES, *Cláusula...*, cit., p. 271.

futuro, motivo determinante da sua vontade; outros a consideram caso de aplicação do instituto da superveniência. Enquanto aqueles focam o centro da atenção no momento da celebração, estes o deslocam para a fase funcional, para o tempo da execução das prestações. O fundamento da resolução ora é posto na concepção ‘modificativa do contrato correspectivo’, passível de resolução por ocorrência de fatos externos a ele e unicamente por vontade da lei, de acordo com o princípio da solidariedade entre as partes, ora é concebido como um vício funcional da causa, fato da fenomenologia da causa, de caráter nitidamente econômico. Na verdade, a onerosidade excessiva justifica a resolução porque destrói a equivalência das prestações, não permitindo a uma das partes (ou às duas) a realização do fim legitimamente esperado”²⁶¹.

Essa concepção de fim já parece dar relevância tanto a troca concretamente realizada quanto ao elemento consensual, reunindo-os em torno da idéia de fim legitimamente esperado.

Nesse sentido, A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, na sua Tese de Titularidade, *Negócio Jurídico e Declaração Negocial*, explicando os vários sentidos da palavra causa, chega afinal, no significado da causa concreta, e assim expõe:

“No significado de causa final, há, porém, ainda, uma duplicidade. Se se adota a concepção de Capitant, ou outra próxima, em que causa é o fim que resulta objetivamente do negócio, a causa do negócio é a causa concreta, o fim de cada negócio individualizado. Se se adota a concepção de causa-função, trata-se da ‘causa abstrata’, causa típica. Ora, por uma questão de clareza, é preferível deixar a expressão causa final reservada a somente um desses significados, de preferência o último, em que a palavra ‘causa’ está mais generalizada e onde é mais difícil substituição”.

“No outro significado, a causa concreta é, na verdade, o ‘fim do negócio jurídico’. Esta é a melhor expressão. É importante que os juristas se dêem conta do fim último. Tem ele diversas funções: a) se ilícito, é, por ele, que se pode decidir pela nulidade dos negócios jurídicos simulados, fraudulentos, etc., como já dissemos; b) se se torna impossível, o negócio deve ser considerado ineficaz; ele explica, então, algumas das situações que, há algum tempo, autores alemães vêm tentando cobrir com diversas teorias (teoria da pressuposição de Windschied; teoria da base do

²⁶¹ R. R. AGUIAR JR. *Extinção dos contratos...*, cit., p.155.

negócio, de Oertmann; teoria da base do negócio, de Larenz); c) é ainda o fim último que explica a pós-eficácia das obrigações; d) serve, finalmente, para interpretar corretamente o negócio concreto realizado pelos declarantes”²⁶².

C. L. B. GODOY, por sua vez, afirma que todo o problema da alteração das circunstâncias, incluída aí a onerosidade excessiva, deve ser tratada do ponto de vista da necessidade de preservação da causa da prestação de cada parte, ou seja, da causa da atribuição patrimonial²⁶³.

Apesar de serem noções distintas de causa, a causa concreta e a causa da atribuição patrimonial, as duas têm algo em comum. A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, no mesmo estudo antes citado, assim esclarece: “*A própria causa da atribuição patrimonial, nos negócios sinalagmáticos, dificilmente se separa dos fins que os declarantes pretendem*”²⁶⁴. E prossegue: “*esse fim é objetivo, porque, no contrato, por exemplo, é o fim comum, e não, o de cada contratante*”²⁶⁵.

A partir da noção de fim contratual, pode-se dar relevância tanto à troca entabulada nos contratos ditos sinalagmáticos, quanto àquilo que era legítimo de ser objetivamente esperado pelas partes, enquanto perdurasse a relação contratual no tempo. É uma forma de dar unidade e sentido ao elemento material e consensual.

O fim último de todo negócio oneroso é realizar uma troca econômica. Esse fim é comum aos contratantes. Quando a relação jurídica se prolonga no tempo, a prestação de uma parte corre o risco de não permanecer devidamente remunerada pela prestação contrária, destruindo, por consequência, o fim comum objetivado. Alguns desses riscos são legítima e objetivamente assumidos, enquanto outros não.

É fim comum e, portanto, de cada um dos contratantes, que cada um deles realize uma troca equivalente, dentro de determinado contexto. Nenhum deles pretende um prejuízo ao outro, nem a si próprio, evidentemente. O fundamento é o de que no contrato oneroso uma parte pretende que a outra realize também uma troca justa, eis que contratada.

Paradoxalmente, deve permanecer algo de interessado e de gratuito em todo contrato. Em que termos isso se dará é o que será estudado nos capítulos seguintes.

²⁶² A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO. *Negócio jurídico e declaração negocial*, cit., pp. 189-9.

²⁶³ C. L. B. GODOY. *Função social...*, cit., p. 71.

²⁶⁴ A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO. *Negócio jurídico e declaração negocial*, cit., p. 127.

²⁶⁵ Idem, ibidem, p. 127.

CAPÍTULO VIII

ONEROSIDADE EXCESSIVA NO DIREITO CIVIL VIGENTE

SEÇÃO 1ª

CONCEITO, PRESSUPOSTOS E CONSEQÜÊNCIAS DA ONEROSIDADE EXCESSIVA:

ART. 478 DO CÓDIGO CIVIL

Subseção I

INTRODUÇÃO

O art. 478 do Código Civil é o mais completo dispositivo legal sobre a matéria em toda a história do direito positivo brasileiro. Ele principia a Seção da Resolução por Onerosidade Excessiva, do que se depreende sua importância central. Os dispositivos que o seguem tem o escopo de trazer desdobramentos da norma nele contida, principalmente no tocante às suas conseqüências, e não o de exigir outros ou menos rigorosos pressupostos. Assim, os elementos nele tratados constituem o núcleo do desequilíbrio econômico superveniente no direito civil brasileiro.

Subseção II

CONTRATOS DE EXECUÇÃO CONTINUADA OU DIFERIDA

O artigo 478 do Código Civil principia limitando sua incidência ao campo dos contratos de execução continuada ou diferida. A rigor, do ponto de vista da estrutura dos negócios jurídicos, o tempo é elemento geral extrínseco ou pressuposto de todo fato jurídico, visto que não há fato que não ocorra em determinado momento²⁶⁶. Mas para os

²⁶⁶ A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO. *Negócio Jurídico: existência, validade, eficácia*, 4ª ed., atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10.1.2002). São Paulo, Saraiva, 2002, p. 33.

efeitos da onerosidade excessiva do art. 478, o elemento temporal necessário refere-se àquele intervalo entre a conclusão e o término do cumprimento do contrato.

Assim, pode acontecer que o tempo integre a causa final do negócio²⁶⁷, isto é, que seja desejado pelas partes e que faça parte da própria natureza da prestação a ser adimplida²⁶⁸. É o que se dá nos contratos de duração, como no contrato de distribuição, de consórcio, de prestações de serviços com periodicidade fixa, de fornecimento, sendo os dois primeiros de execução continuada e os dois últimos de execução periódica, ou de trato sucessivo. As partes contratantes querem uma prestação que, por natureza, dure no tempo.

Pode acontecer também que o espaço temporal entre a conclusão e o adimplemento não faça parte da natureza da prestação, mas que a vontade das partes assim determine. É o caso dos contratos de execução diferida, em que o adimplemento poderia se dar instantaneamente, mas se prefere estipular um prazo, um marco temporal para sua ocorrência, como na venda a prestações e no mútuo²⁶⁹.

Há casos específicos ainda em que o adimplemento é instantâneo, mas ele exige, por sua vez, uma atividade preparatória anterior que, em regra, perdura no tempo, como ocorre na empreitada, por exemplo²⁷⁰.

Percebe-se, pois, que o Código alude, dentre todas as categorias contratuais em que o tempo exerce um papel, somente aos contratos de execução continuada ou diferida, deixando de lado os de trato sucessivo ou de execução periódica. Parece correto, assim, o entendimento de F. P. D. C. MARINO, segundo o qual nesse ponto o legislador tomou a parte pelo todo, e empregou a expressão contrato de execução continuada no sentido de contratos de duração²⁷¹. De fato, não faz qualquer sentido excluir-se da possibilidade de resolução por onerosidade excessiva os contratos de execução periódica, sendo de rigor aqui, a interpretação extensiva para incluí-los nesse grupo.

Isto porque é necessário um decurso de tempo para que possa ocorrer um fato superveniente que cause a excessiva onerosidade. A medida de duração desse período não é delimitada pela lei. Mas sabendo-se que o fato superveniente deve ser qualificado como

²⁶⁷ A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO. *Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant*, in *Novos estudos e pareceres de direito privado*/A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO. São Paulo, Saraiva, 2009, pp. 182-198, p. 188.

²⁶⁸ F. P. D. C. MARINO. *Classificação dos contratos*, in *Direito dos contratos*/G. H. JABUR E A. J. PEREIRA JÚNIOR (coord.). São Paulo, Quartier Latin, 2006, pp. 21-50, p.32.

²⁶⁹ Idem, ibidem, p. 32.

²⁷⁰ Idem, ibidem, p. 32.

²⁷¹ Idem, ibidem, p. 33.

imprevisível, como será visto a seguir, é razoável presumir que num decurso muito pequeno de tempo as chances de algo imprevisível ocorrer são bem menores.

Caso as prestações sejam instantaneamente cumpridas, isto é, concomitantemente à conclusão contratual, não há possibilidade do fato superveniente ocorrer e, conseqüentemente, não poderá haver excessiva onerosidade, entendida como desequilíbrio superveniente.

Caso haja desequilíbrio no momento de conclusão do ajuste, isto é, sem que para tal tenha concorrido um fato superveniente, tal fato deverá ser subsumido à hipótese de lesão, com a análise de seus pressupostos.

A lesão consagrada no art. 157 do Código Civil é um dos defeitos do negócio jurídico. Tem como pressupostos um elemento objetivo, consistente na desproporção manifesta entre prestação e contraprestação, e um elemento subjetivo, referente à premente necessidade ou inexperiência da parte prejudicada. Ocorre no momento de formação da declaração negocial e sua sanção é a anulabilidade²⁷².

A lesão, portanto, está ligada à ausência de equivalência no sinalagma genético, enquanto a onerosidade excessiva é uma perturbação no sinalagma funcional. A lesão exige que a vontade esteja fragilizada no momento da declaração, por conta da premente necessidade ou da inexperiência – daí sua natureza de defeito do negócio jurídico – o que não se cogita na excessiva onerosidade.

Em suma, conclui-se que não fossem os efeitos do decurso do tempo nas relações contratuais, nem se colocaria o problema da onerosidade excessiva.

Subseção III

PRESTAÇÃO EXCESSIVAMENTE ONEROSA E EXTREMA VANTAGEM

O antecedente lógico da figura da onerosidade excessiva é o conceito de onerosidade. É preciso, pois, encontrar seu conteúdo. Assim, em primeiro lugar, importa

²⁷² A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO. *Negócio jurídico e declaração negocial*, cit., pp. 205-9.

ter em mente que o problema da onerosidade ou gratuidade somente se coloca para os negócios de atribuição patrimonial²⁷³. O que significa, então, atribuição patrimonial?

Para os juristas italianos, embasados, por sua vez, em juristas alemães, atribuição patrimonial se dá quando um sujeito causa uma vantagem no patrimônio de outrem²⁷⁴. É o ato por meio do qual se obtém para outra pessoa, uma vantagem patrimonial²⁷⁵. Ou ainda é a vantagem proporcionada ao patrimônio de outra pessoa²⁷⁶.

Vantagem, aqui, não significa enriquecimento. Do ponto de vista econômico, pode consistir numa mudança definitiva do patrimônio, ou num simples uso provisório, como ocorre na locação de coisa ou no comodato. Do ponto de vista jurídico, pode configurar a transferência de um direito, a constituição de um direito, ou mesmo uma modificação material. São exemplos de atos de atribuição patrimonial a venda, a doação, o comodato, a plantação, a especificação, a prestação de um serviço²⁷⁷.

O negócio jurídico a título oneroso, por sua vez, é aquele em que há duas atribuições patrimoniais recíprocas ou correspectivas, de tal modo que cada uma das partes realiza a sua atribuição como sacrifício, com vistas a receber a atribuição correspectiva como uma vantagem²⁷⁸. Há uma relação causal ou sinalagmática entre as atribuições²⁷⁹. A onerosidade aparece justamente quando se busca algo em troca do que se dá. Se a atribuição é feita de graça, não há onerosidade.

A onerosidade pode se dar entre prestações, entre obrigações, ou entre uma prestação e uma obrigação²⁸⁰. É indiferente o modo como se dão as atribuições patrimoniais em cada tipo contratual. O importante é que entre as duas exista uma relação de troca, de intercâmbio, de sinalagma – *toma lá, dá cá*.

²⁷³ E. BETTI. *Teoria generale delle obbligazioni III. Fonti e vicende dell'obbligazione*. Milano, Giuffrè, 1954, p. 67; L. MOSCO. *Onerosità e gratuità degli atti giuridici con particolare riguardo ai contratti*. Milano, Francesco Vallardi, 1942, pp. 17-20; L. CARIOTA FERRARA. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli, Morano, s.d., p. 225.

²⁷⁴ L. MOSCO. *Onerosità e gratuità...*, cit., pp. 18-19.

²⁷⁵ L. CARIOTA FERRARA. *Il negozio giuridico...*, cit., p. 221.

²⁷⁶ O. GOMES. *Introdução ao direito civil*, 13ª ed. H. THEODORO JR/Atual. Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 337.

²⁷⁷ L. CARIOTA FERRARA. *Il negozio giuridico...*, cit., p. 221-2.

²⁷⁸ L. MOSCO. *Onerosità e gratuità...*, cit., p. 82; F. P. D. C. MARINO. *Classificação dos contratos...*, cit., p. 38; S. RODRIGUES. *Direito civil*, v. 3. *Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*, 28ª ed. São Paulo, Saraiva, 2002, p. 31; O. GOMES. *Contratos*, 26ª ed., A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, F. P. D. C. MARINO/Atual., E. BRITO/Coord. Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 87.

²⁷⁹ L. CARIOTA FERRARA. *Il negozio giuridico...*, cit., p. 225.

²⁸⁰ L. CARIOTA FERRARA. *Il negozio giuridico...*, cit., p. 226.

Assim, a onerosidade está presente quando há obrigações correspectivas, (como no caso dos contratos bilaterais ou sinalagmáticos, p. ex., compra e venda), ou quando há um valor a ser recebido em troca de uma prestação anterior, (como os juros no contrato de mútuo feneratício, contrato unilateral oneroso, no qual se dá o sinalagma com prestação constitutiva²⁸¹), ou mesmo numa cooperação associativa (como na sociedade ou consórcio), em que exista relação de correspectividade econômica entre as obrigações colaborativas²⁸². L. MOSCO apresenta classificação dos contratos onerosos em que os divide em contratos comutativos (certos, como a compra e venda, ou aleatórios, como a *emptio spei*), associativos (como a sociedade) e os de acerto ou liquidativos (como a divisão ou a transação)²⁸³. É dada, portanto, a mais ampla extensão ao conceito de onerosidade, a significar toda correspectividade econômica mediata ou imediata²⁸⁴.

O contrato gratuito, por sua vez, é aquele em que se dá uma única atribuição patrimonial não ligada a nenhuma atribuição correspectiva, realizada com a particular intenção ou causa de levar uma vantagem a quem a recebe²⁸⁵, como a doação, o comodato, ou o mútuo gratuito.

Os autores são unânimes ao afirmar que a onerosidade supõe uma equivalência *subjettiva* entre o sacrifício a que se é submetido e a vantagem que se almeja com ele²⁸⁶. Nisso consiste o equilíbrio contratual²⁸⁷. Há no contrato oneroso paridade de posições entre as partes que fazem um juízo acerca da conveniência entre a perda assumida e a vantagem almejada²⁸⁸.

Seguindo esse critério, na doação com encargo, o que falta é justamente o requisito da equivalência subjettiva entre a doação e o encargo, para ser considerada contrato oneroso²⁸⁹.

Poderia se questionar o uso da palavra equivalência acima empregado, uma vez que equivalência propriamente dita seria aquela concretizada em termos matemáticos²⁹⁰,

²⁸¹ E. BETTI. *Teoria generale delle obbligazioni III...*, cit., p. 70.

²⁸² F. P. D. C. MARINO. *Classificação dos contratos...*, cit., p. 59.

²⁸³ L. MOSCO. *Onerosità e gratuità...*, cit., p. 82.

²⁸⁴ E. BETTI. *Teoria generale delle obbligazioni III...*, cit., p. 69.

²⁸⁵ L. MOSCO. *Onerosità e gratuità...*, cit., p. 247.

²⁸⁶ S. RODRIGUES. *Direito civil*, v. 3..., cit., p. 31; O. GOMES. *Contratos*, cit., p. 87; G. OSTI. *Contratto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, v. IV. A. AZARA e E. EULA/Dir. Torino, Vnione Tipografico/Torinese, 1974, pp. 462-535, p. 489; L. MOSCO. *Onerosità e gratuità...*, cit., p. 82.

²⁸⁷ F. MESSINEO. *Contratto – Diritto privato – Teoria Generale*, in *Enciclopedia del Diritto*, v. IX. Varese, Giuffrè, 1961, pp. 784-979, p. 918.

²⁸⁸ E. BETTI. *Teoria generale delle obbligazioni III...*, cit., p. 71.

²⁸⁹ L. MOSCO. *Onerosità e gratuità...*, cit., p. 247.

condizente com a noção aristotélica de sinalagma²⁹¹, e que encontrou acolhida, por exemplo, na teoria do justo preço de SANTO TOMÁS DE AQUINO²⁹².

Segundo L. C. PENTEADO, o conceito de sinalagma foi cunhado por ARISTÓTELES não como um termo técnico-jurídico como as categorias acima, mas como uma noção necessária para manter a harmonia na cidade, que expressava a estrutura de proporção nas trocas, voluntárias ou não. O sinalagma indicava o justo, o equilíbrio, tanto numa troca como no contrato de sociedade²⁹³. Estava próximo da noção de equivalência matemática²⁹⁴.

ARISTÓTELES cunhou a justiça comutativa ao lado da justiça distributiva:

*“A justiça particular, por outro lado, e aquilo que é justo no sentido correspondente a ela, é dividida [por sua vez] em dois tipos. Um tipo é exercido na distribuição de honra, riqueza e os demais ativos divisíveis da comunidade, os quais podem ser atribuídos entre seus membros em porções iguais ou desiguais. O outro tipo é aquele que supre um princípio corretivo nas transações privadas. Essa justiça corretiva, por sua vez, apresenta duas subdivisões. Correspondentes às duas classes de transações privadas, a saber, as voluntárias e as involuntárias”*²⁹⁵.

A própria moeda, na construção do filósofo, cumpriria a função de intermediadora entre as proporções:

“A retribuição proporcional é efetuada numa conjunção cruzada. Por exemplo, suponhamos que A seja um construtor, B um sapateiro, C uma casa e D um par de sapatos; requer-se que o construtor receba do sapateiro uma porção do produto do trabalho deste e lhe dê uma porção do produto do seu. Ora, se a igualdade baseada na proporção entre os produtos for primeiramente estabelecida e então ocorrer a ação de reciprocidade, a exigência indicada terá sido atendida; mas se isso não foi

²⁹⁰ E. BETTI. *Teoria generale delle obbligazioni III...*, cit., p. 71.

²⁹¹ A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO. (parecer) *Natureza jurídica do contrato de consórcio. (sinalagma indireto). Onerosidade excessiva em contrato de consórcio. Resolução parcial do contrato*, in *Novos estudos e pareceres de direito privado/A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO*. São Paulo, Saraiva, 2009, pp. 345-374, p. 363; F. CAMILLETI. *Profili del problema dell'equilibrio contrattuale*. Milano, Giuffrè, 2004, p. 41.

²⁹² F. CAMILETTI. *Profili del problema dell'equilibrio contrattuale*, cit., p. 3.

²⁹³ L. C. PENTEADO. *Doação com encargo e causa contratual*. Campinas, Millennium, 2004, p. 7.

²⁹⁴ A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO. (parecer) *Natureza jurídica do contrato de consórcio...*, cit., p. 363.

²⁹⁵ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, Livro V, n. 2, 1130b30-1131a9. Trad., textos adicionais e not. E. BINI. Bauru, Edipro, 2ª ed., 2007, p. 151.

feito, o acordo comercial não apresenta igualdade e o intercâmbio (sinalagma) não procede, pois pode acontecer que o produto de uma das partes tenha mais valor do que aquele da outra e, nesse caso, por conseguinte, terão que ser equalizados, o que também é verdadeiro no que se refere às demais artes, pois uma associação que visa ao intercâmbio de serviços não é formada por dois médicos, mas por um médico e um agricultor e geralmente por pessoas que são diferentes e que é possível serem desiguais, ainda que nesse caso tenham que ser equalizadas. Conseqüentemente, todas as coisas permutadas têm que ser de alguma forma comensuráveis. Foi para entender a essa exigência que os seres humanos, introduziram o dinheiro; de uma certa forma o dinheiro constitui um termo médio, já que ele é uma medida de todas as coisas e, assim, do valor superior ou inferior destas, o que vale dizer, quantos pares de sapato equivalem a uma casa ou a uma dada quantidade de alimento. A quantidade de pares de sapato trocados por uma casa ou {por uma dada quantidade de alimento} tem, por conseguinte, que corresponder à proporção de reciprocidade entre o construtor e o sapateiro; na ausência dessa proporção recíproca, não haverá qualquer comércio e nenhuma associação e tal proporção não poderá ser assegurada a não ser que as mercadorias em questão sejam iguais de alguma forma”²⁹⁶.

É com base nessa noção aristotélica que A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO reconhece uma diferença entre o que considera o sinalagma à grega, e o sinalagma à romana:

“‘Sinalagma’, em grego, tem o significado de ‘contrato’ e visa especialmente o que se poderia chamar de contrato de troca, mas com equivalência ou proporcionalidade entre as prestações. Já no direito romano, bastava a reciprocidade, ainda que sem equivalência; são sinalagmáticos os contratos do ut des, do ut facias, facio ut des e facio ut facias. No Digesto 50, 16, 19, Ulpiano explica o vocábulo latino ‘contractum’, dizendo que significa ‘ultra citroque obligationem’, as obrigações recíprocas, ‘que os gregos chamam de ‘sinalagma’”²⁹⁷.

Essa concepção aristotélica foi utilizada por SANTO TOMÁS DE AQUINO na construção da doutrina do justo preço, como também traz à lume, A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO:

²⁹⁶ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, Livro V, n. 5, 1133a7-1133a27, cit., pp. 157-8.

²⁹⁷ A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO. *(parecer) Natureza jurídica do contrato de consórcio...*, cit., p.

“A visão medieval do iustum pretium costuma vir associada sobretudo à obra de São Tomás de Aquino. A expressão técnica preço justo tem, pois, uma longa tradição. Dentre outras passagens da Suma Teológica, destaca-se a questão LXXVII (2ª Parte da 2ª Parte), intitulada De fraudulentia quae committitur in emptionibus et venditionibus. Nela, respondendo à questão da possibilidade de vender licitamente algo por preço mais alto do que vale, afirma S. Tomás: ‘Respondo: (...) Não havendo fraude, podemos falar da compra e venda de duas maneiras. Primeiro, em si mesma. E, então, a compra e venda foi introduzida para utilidade comum das duas partes cada uma precisando daquilo que a outra possui, como esclarece o filósofo (Aristóteles). Ora, o que está instituído para utilidade comum não deve ser mais oneroso para um do que para o outro. Por isso, se há de estabelecer entre as partes um contrato que mantenha a igualdade das coisas. Ora, a quantidade das coisas que servem ao uso do homem se mede pelo preço; para isso, se inventou a moeda, diz o Filósofo (Aristóteles). Portanto, se o preço exceder o valor da mercadoria, ou esta exceder o preço, desaparece a igualdade da justiça. E, assim, vender mais caro ou comprar mais barato do que vale a mercadoria é em si injusto e ilícito. (...) Quanto ao primeiro argumento, (o justo é determinado pelas leis civis) portanto, deve-se dizer que, como já se explicou, a lei é dada a uma sociedade, em que há pessoas desprovidas de virtude, e não se destina somente aos virtuosos. Ela não pode proibir tudo que é contrário à virtude, bastando-lhe proibir o que destruiria a convivência em sociedade. O resto é tido como lícito, não porque seja aprovado, mas porque não é punido pela lei. É assim que, não infligindo pena, a lei permite que o vendedor venda, sem fraude, o que é seu, supervalorizando o preço, ou que o comprador o adquira abaixo do preço. Salvo se houver excessos, porque, então mesmo a lei humana obriga a restituir, por exemplo, se alguém foi enganado em mais da metade do preço justo. (...) O que assim digo, porque o preço justo das coisas não é rigorosamente determinado, mas se estabelece por certa estimativa, de modo que um pequeno aumento ou uma pequena diminuição do preço não parece destruir a igualdade da justiça’”²⁹⁸.

O conceito de equilíbrio contratual em sentido objetivo é caracterizado, portanto, pela equivalência substancial entre as prestações. O contrato é tido como

²⁹⁸ A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO. (parecer) *Contrato de opção de venda (put option) de ações. Conflito entre o critério de determinação do valor das ações e o piso mínimo estipulado para transferência. Interpretação do conceito de preço justo. A boa-fé e os usos, visando evitar o enriquecimento sem causa*, in *Novos estudos e pareceres de direito privado/A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO*. São Paulo, Saraiva, 2009, pp. 273-286, pp. 276-7.

instrumento de circulação da riqueza, cumprindo uma utilidade prática de substituição de um bem pelo outro dentro de cada patrimônio, sendo que os valores econômicos de cada bem são sempre iguais. Essa concepção supõe também a cristalização da massa patrimonial de cada contratante, e evidencia que a função comutativa do sinalagma coincide com a noção de justiça distributiva²⁹⁹. Ou seja, o contrato, nessa visão objetiva, realizava também a justa distribuição da riqueza na sociedade³⁰⁰.

Segundo C. B. MACPHERSON, a partir dos séculos XV e XVI, a ordem feudal foi aos poucos sucumbindo, junto com sua doutrina de justiça econômica herdada, em parte, de ARISTÓTELES, sem que, contudo, outra teoria sobre o justo econômico ocupasse seu lugar. Citando HOBBS, explica que o valor de todas as coisas contratadas seria medido, a partir dessa época, pelo apetite dos contratantes, sendo o justo o que eles acertassem entre si. E conclui: “*todas as trocas comerciais são, por definição, trocas de valores iguais, ou seja, valores considerados iguais por ambas as partes*”³⁰¹.

É por isso que a partir da modernidade, o equilíbrio contratual passou a ser concebido sempre subjetivamente, ou seja, fundamentado na autonomia das partes – juízas de si mesmas – enquanto o mercado por elas constituído se encarregaria da distribuição de riqueza³⁰². Por isso a equivalência aludida não é aquela traduzida em termos matemáticos, mas sim aquela construída subjetivamente pelos contratantes. Este o equilíbrio contratual que será protegido pelo direito em caso de onerosidade excessiva.

Assim, já em sentido subjetivo, a expressão equilíbrio contratual significa que a relação sinalagmática é concebida como uma troca entre prestações, às quais cada contratante atribui um significado econômico que entende oportuno, e não como troca de valores objetivos. Assim, numa compra e venda o preço não se identifica com o valor intrínseco do bem vendido, mas pode ser inferior ou superior a ele, dependendo do que as partes pactuem³⁰³.

²⁹⁹ F. CAMILETTI. *Profili del problema dell'equilibrio contrattuale*, cit., pp. 40-1.

³⁰⁰ Idem, ibidem, p. 43.

³⁰¹ C. B. MACPHERSON. *Ascensão e queda da justiça econômica*, in *Ascensão e queda da justiça econômica e outros ensaios: o papel do Estado, das classes e da propriedade na democracia do século XX*/C.B. MACPHERSON, trad. port. L. A. MONJARDIM. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1991, pp. 13-35, pp. 21-2.

³⁰² Idem, ibidem, p.22.

³⁰³ F. CAMILETTI. *Profili del problema dell'equilibrio contrattuale*, cit., pp. 42-3.

F. CAMMILETI conclui que a escolha do Código Civil italiano de 1942 foi pela concepção subjetiva do equilíbrio contratual, em que a autonomia das partes constitui livremente a troca entre prestações³⁰⁴.

Entre nós, F. R. MARTINS, em recente trabalho sobre a justiça contratual, identifica na noção de comutatividade (que como será analisado adiante, deriva da onerosidade) essa mesma perspectiva subjetiva do equilíbrio contratual:

*“Interessa nesse postulado a idéia de que cada parte é juiz de suas conveniências e, nesse sentido, a idéia de justiça contratual a partir da comutatividade evidencia também um aporte de caráter subjetivo. Nessa óptica, seria necessário que, na avaliação das partes, cada qual recebesse benefícios iguais ou maiores do que os sacrifícios que estivesse assumindo”*³⁰⁵.

Portanto, é o conceito de onerosidade, entendido como relação de correspondência entre atribuições patrimoniais, que implica em equivalência subjetiva de sacrifícios e vantagens, e assim, em equilíbrio contratual, a pedra angular da onerosidade excessiva. Onerosidade é troca econômica: perder algo, com vistas a ganhar uma compensação subjetivamente equivalente.

Ora, essa idéia de onerosidade esteve presente, ainda que formalizada por outros termos, em todas as teorias estudadas anteriormente que fundamentaram a intervenção no sinalagma funcional dos contratos no direito civil brasileiro. Vale, então, recapitular antes de prosseguir.

Foi visto que, após os primeiros estudos debatendo a possibilidade de aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* no direito brasileiro, houve um período de estabelecimento da teoria da imprevisão, que iniciou-se pela publicação das monografias de A. M. FONSECA e P. C. MAIA, e teve como desenvolvimento a manifestação de todos os grandes tratadistas do direito civil brasileiro sobre a matéria, reconhecendo sua aplicação, mas com bastante rigor.

Nesse contexto, um dos elementos fundamentais trazidos para caracterização do problema era a noção de desequilíbrio entre as prestações, ou de perda da equivalência, de onerosidade excessiva, ou até mesmo de quebra do equilíbrio econômico do contrato. Para fundamentá-la, foram feitas remissões à cláusula *rebus sic stantibus*, à pressuposição,

³⁰⁴ Idem, ibidem, p. 52.

³⁰⁵ F. R. MARTINS. *Princípio da justiça contratual*. São Paulo, Saraiva, 2009, p. 277.

à base do negócio, à teoria da imprevisão francesa, ou à onerosidade excessiva italiana. Cada uma dessas teorias foi, somente por conta disso, objeto de breve exame, em que se confirmou como todas elas davam relevo ao elemento do desequilíbrio contratual.

Foi salientado também que muitos estudos posteriores que defenderam a possibilidade de invocação da onerosidade excessiva no direito brasileiro, o fizeram embasados na jurisprudência. Nesse sentido, merece destaque a citada dissertação de mestrado de R. J. MORAES. Nesta obra, comprova o autor que um dos requisitos examinados pelos tribunais era também o desequilíbrio acentuado entre as prestações, pressupondo, para isso, que os contratos comutativos realizam uma troca subjetivamente equitativa³⁰⁶.

Dentre muitos julgados que aludem explícita ou implitamente ao equilíbrio contratual³⁰⁷, pode-se citar, pela clareza de idéias, o acórdão do Recurso Especial nº 5.723-MG, julgado em 25/6/1991 pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Ministro Eduardo Ribeiro, publicado no DJU 19/8/1991:

“A observância da regra pacta sunt servanda não deve conduzir à ruína econômica de um dos contratantes, quando fatores imprevistos e imprevisíveis alteraram de tal sorte a situação de fato que se possa ter como rompido o equilíbrio contratual, assentado na equivalência das prestações. Equivalência essa, não como possa eventualmente entender o juiz, mas como a avaliaram os contratantes”.

Em razão de todo esse contexto, aprofundou-se acima a noção de onerosidade, primeiramente pelos autores brasileiros e depois pelos italianos, diante do que se pôde descobrir que seu significado é o de troca econômica e que o contrato oneroso implica numa relação de equivalência subjetiva entre as atribuições patrimoniais que envolve. Esse é o equilíbrio contratual, do qual deriva o princípio do equilíbrio econômico do contrato. Desta forma, se pode agora adentrar a noção de onerosidade excessiva.

Se onerosidade significa, em último grau, equilíbrio econômico, excessiva onerosidade é a perturbação desse equilíbrio em desfavor de um contratante. A onerosidade surge quando se busca algo em troca do que se dá, numa relação de

³⁰⁶ R. J. MORAES. *Cláusula...*, cit., pp. 193-195.

³⁰⁷ Aludem especificamente ao equilíbrio contratual, ou equivalência originária: REsp 42.862-3-SP, Quarta Turma, STJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 21/3/1995, DJU 8/5/1995; TJ/SP, Apel. Civ. Nº 419.044.4/5, 4ª Cam., rel. Des. Francisco Loureiro, j. 16/4/2009, reg. 11/5/2009; TJ/SP, Apel. nº 7.039.183-6, 20ª Cam. dir. privado, rel. Des. Francisco Giaquinto, j. 6/4/2009.

equivalência. A onerosidade excessiva faz com que se destrua a relação de equivalência que existia entre o que se dava e o que se recebia em troca, pois se acaba dando muito mais do que se recebe. Ainda em outras palavras: quando há onerosidade excessiva, o que se recebe não renumera o que se dá.

O que causa essa perturbação não é uma situação subjetiva do devedor, mas a relação entre as atribuições patrimoniais. Ou seja, é um desequilíbrio objetivo, no sentido de que uma atribuição não se compensa mais pela outra. O custo de uma atribuição patrimonial deverá ser sopesado em razão das vantagens que sobrevirão com a atribuição patrimonial correspondente.

É preciso esclarecer, nesse ponto, o uso dos termos subjetivo e objetivo. A onerosidade traz consigo uma idéia de equivalência subjetiva. Ou seja, são os contratantes que entendem que os bens trocados são equivalentes. Essa concepção bilateralmente subjetiva adquire objetividade a partir do momento que é cristalizada na declaração negocial. Nesse instante, é como se aquela relação de equilíbrio ganhasse existência própria, independente das vontades subjetivas que lhe deram origem.

Isso quer dizer que as prestações dispostas no contrato oneroso, depois que este está formado, têm entre si uma necessária relação de equivalência. O intérprete, ao se deparar com o contrato oneroso, tem a pré-compreensão de que está diante de algo que guarda relação de equivalência. A partir dessa relação constituída é que se pode analisar se, supervenientemente, ela permanece na mesma proporção ou se foi desequilibrada. Isso é que quer dizer que o desequilíbrio é objetivo.

A equivalência é subjetiva na origem. A partir de quando haja contrato ela transforma-se num dado objetivo. E assim, o desequilíbrio só poderá ser objetivo também.

Dizer que o desequilíbrio é objetivo significa dizer que sua avaliação dá-se a partir da relação entre prestação e contraprestação dispostas no contrato.

Significa ainda que ele terá os seguintes aspectos: sua avaliação não se dará entre a prestação e o patrimônio do devedor, nem entre a prestação e o grau de dificuldade que enfrenta o devedor para cumpri-la. Se assim fosse, ter-se-ia desequilíbrio subjetivo, o que não é o caso.

Nesse sentido, L. MOSCO afirma categoricamente que na onerosidade excessiva a prestação de uma das partes torna-se muito gravosa a ponto de não encontrar mais correspondência na outra prestação. Prossegue o autor afirmando que essa ausência de

correspetividade dá-se de um ponto de vista objetivo, enquanto se manifesta uma forte desproporção entre as duas prestações. Num segundo momento, o desequilíbrio objetivo faz com que aquela relação originária de equivalência subjetiva também restasse, conseqüentemente, rompida³⁰⁸. Perceba-se: o rompimento da relação de equivalência subjetiva é mera conseqüência no plano das idéias. O dado empírico, sensível ao intérprete, é o desequilíbrio entre prestações.

Essa é a idéia contida no pensamento de L. I. A. ARANZADI, para quem o intérprete, apesar de mover-se sobre uma equivalência subjetivamente concebida, busca encontrar um fenômeno objetivo, consistente na *desproporção* ocorrida após evento superveniente³⁰⁹.

Na mesma linha, A. PINO entende que a valoração da perturbação da onerosidade só pode ser feita a partir de uma confrontação do equilíbrio econômico originário com o que aparece no momento da execução. Na determinação desse equilíbrio devem ser levados em conta todos os fatores acessórios e instrumentais, bem como as obrigações acessórias, além da principal, de forma que o equilíbrio contratual constitua um todo orgânico, o meio jurídico de atuação do fenômeno econômico da troca. Há que se identificar, pois, que a igualdade de valor econômico que as partes atribuíram aos objetos de suas prestações perdeu-se³¹⁰.

E. BETTI, por sua vez, descreve a excessiva onerosidade como uma valoração comparativa do ônus econômico, entre o custo da prestação e o rendimento da contraprestação, ou entre sacrifício e correspondente vantagem, no momento de conclusão e de execução do contrato³¹¹.

Esses posicionamentos são confirmados em obras mais recentes, como por exemplo, de R. SACCO, para quem a excessiva onerosidade é considerada objetivamente,

³⁰⁸ L. MOSCO. *Onerosità e gratuità...*, cit., p. 354.

³⁰⁹ L. I. A. ARANZADI. *La equivalencia de las prestaciones em el derecho contractual*. Madrid, Montecorvo, 1978, p. 231.

³¹⁰ A. PINO. *La excessiva onerosidad de la prestación*. F. MALLOL/trad. e not. esp. Barcelona, Bosch, 1959. pp. 56; 83-86.

³¹¹ E. BETTI. *Teoria generale delle obbligazioni I. Prolegomeni: funzione economico-sociale del rapporti d'obbligazione*. Milano, Giuffrè, 1953, pp. 190-194. Necessário pontuar que Emilio Betti tem uma concepção da onerosidade excessiva mais voltada para a situação do devedor que, em virtude do aumento do custo de sua prestação, sofreria um peso maior em seu patrimônio. Ele, portanto, se desvia da noção estritamente técnica de onerosidade: pp. 197-199.

com base no equilíbrio entre os valores originários e atuais das prestações devidas, sem referir à situação subjetiva do devedor³¹².

M. BIANCA sintetiza seu entendimento da seguinte forma: a onerosidade excessiva, nos contratos com prestações correspectivas, consiste numa superveniente desproporção entre valores, que se dá quando uma prestação não é suficientemente remunerada pela outra. É a excepcional desproporção entre sacrifício econômico da parte onerada e a vantagem que deriva do contrato. Compreende, pois, um aumento do custo da prestação, pelo aumento da complexidade da execução ou de preços, ou a diminuição do valor da contraprestação, por exemplo, pela desvalorização monetária³¹³.

Essa última hipótese trazida por M. BIANCA é denominada na Itália de *svilimento* (aviltamento) da contraprestação. Apesar de encontrar opositores, essa posição é corroborada pacificamente pela jurisprudência local, como testemunham R. SACCO e A. GAMBINO³¹⁴. V. ROPPO se posiciona também pela objetividade da averiguação da onerosidade excessiva, seja ela direta ou indireta (aviltamento).

Julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo examinou pedido de onerosidade excessiva por conta do envilecimento da prestação a ser recebida. Apesar da revisão ter sido negada no caso concreto, o pedido foi admitido como juridicamente possível. No mais, interessante notar o racínio ali externado de que para se averiguar o desequilíbrio devem ser cotejadas prestação e contraprestação no momento de conclusão do contrato e a mesma relação após o fato superveniente. Não se pode pretender relacionar uma das prestações no momento de conclusão e outra em momento posterior. Há que se verificar se os reajustes de uma prestação não foram acompanhados pelos reajustes no valor do bem objeto da contraprestação³¹⁵.

Essas menções à doutrina italiana fazem o papel de desdobrar e precisar noções já utilizadas no direito brasileiro, por doutrina e jurisprudência, e que agora receberam consagração legal. Parece-nos, ainda, que tais desdobramentos auxiliam no próprio entendimento da equivalência contida na teoria da base objetiva do negócio de K.

³¹² R. SACCO. *Il contratto...*, cit., p. 998.

³¹³ C. M. BIANCA. *Diritto Civile*, v. V, *La responsabilità*. Milano, Giuffrè, 1994, p. 395.

³¹⁴ R. SACCO. *Il contratto...*, cit., p. 998. Em oposição à configuração de excessiva onerosidade pelo *svilimento*, A. GAMBINO. *Eccessiva onerosità della prestazione e superamento dell'alea normale del contratto*, in *Rivista del Diritto Commerciale*, n. 11-12, nov./dez. 1963, pp. 424-463, p. 437.

³¹⁵ TJ/SP, Ap. Cív. nº 281.151/4/4-00, 4ª Câm. dir. priv., rel. Des. Francisco Loureiro, j. 26/10/2006.

LARENZ³¹⁶. No direito francês, embora haja interessantes subsídios para o entendimento dos contratos comutativos, não há, posteriormente, balizas mais precisas que as desenvolvidas na Itália para apreciação do desequilíbrio contratual superveniente na teoria da imprevisão³¹⁷.

Na doutrina brasileira mais recente, inclusive, o desequilíbrio superveniente na onerosidade excessiva tem sido caracterizado em termos mais próximos aos italianos. Assim é que F. R. MARTINS, em doutorado sobre a justiça contratual, identificou que a onerosidade excessiva reflete um problema de desequilíbrio econômico do contrato³¹⁸. L. C. FRANTZ demonstra também atenção ao problema de se enxergar a economia global de um contrato, para encontrar seu eventual desequilíbrio³¹⁹. Essa compreensão da economia do contrato é bem realçada em pareceres recentes de A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO a respeito da onerosidade excessiva³²⁰.

O importante, em primeiro lugar, para a caracterização da excessiva onerosidade é enxergar em que consiste a troca em cada contrato concreto³²¹. Num segundo momento, passa-se a verificar em que medida essa troca deixou de ser equilibrada. Foi visto como a troca econômica foi captada pelo direito na categoria dos contratos onerosos, nas suas diversas estruturas. Os contratos onerosos, assim, são os sujeitos por natureza à possibilidade de ocorrência da onerosidade excessiva³²².

Nos contratos de troca³²³, a onerosidade é simples de ser identificada, tal qual pode ocorrer numa compra e venda, numa troca, numa locação, numa prestação de serviços, numa empreitada, num transporte. Caracterizados os termos da troca, será

³¹⁶ K. LARENZ. *Base del negocio...*, cit., pp. 130-147. Com relação à base do negócio, como já citado, tem-se os estudos de JOÃO BAPTISTA VILLELA, ORLANDO GOMES e CLÓVIS DO COUTO E SILVA. Em todos eles, chega-se a semelhantes precisões a respeito do equilíbrio contratual. É de se lembrar, para evitar confusões, que o próprio KARL LARENZ exclui da base objetiva do negócio, circunstâncias pessoais e fatos na esfera de influência da parte prejudicada.

³¹⁷ Supra, Cap IV. D. BERTHIAU. *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*. Paris, L.G.D.L., 1999, pp. 225-227; L. FIN-LANGER. *L'équilibre contractuel*. Paris, L.G.D.J., 2002, pp. 79-82.

³¹⁸ F. R. MARTINS. *Princípio...*, cit., pp. 374-380.

³¹⁹ L. C. FRANTZ. *Revisão dos contratos: elementos para sua construção dogmática*. São Paulo, Saraiva, 2007, pp.114-5.

³²⁰ (parecer) *Natureza jurídica do contrato de consórcio...*, cit.; (parecer) *Contrato de opção de venda de participações societárias. Variação imprevisível do valor da coisa prometida em relação ao preço de mercado. Possibilidade de revisão por onerosidade excessiva com base nos arts 478 a 480 do Código civil em contrato unilateral*, in *Novos estudos e pareceres de direito privado/A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO*. São Paulo, Saraiva, 2009, pp. 199-218.

³²¹ Interessante nesse sentido o seguinte acórdão, que faz expressa menção ao desequilíbrio causado pelo fato superveniente aliado às condições estabelecidas contratualmente: STJ, Resp nº 46.532-MG, 4ª Turma, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 5/5/2005, DJ 20/06/2005.

³²² C. L. B. GODOY. *Função social...*, cit., p. 41.

³²³ Classificação de F. MESSINEO. *Contratto...*, cit., pp. 934-935.

possível então vislumbrar se houve o desequilíbrio econômico superveniente. Posteriormente, se averiguará se e como ele poderá aparecer em outras estruturas contratuais.

Atenção deve ser conferida à afirmação de A. PINO, para quem a onerosidade deve ser determinada considerando o contrato como um todo orgânico³²⁴. As trocas econômico-contratuais podem se dar de várias formas, inclusive com obrigações acessórias. Vislumbrar a onerosidade em suas diferentes formas ajuda a identificá-la numa operação contratual mais complexa. R. R. AGUIAR JR. traz o exemplo de que, em contratos coligados, a prestação onerosa assumida em um deles seja correspondente à vantagem garantida em outro, de tal sorte que a falta de um contrato poderá abalar o equilíbrio da rede toda que o contrato garantia³²⁵.

É de se perguntar agora se existe um limite mínimo de desequilíbrio que enseje a excessiva onerosidade.

Desde os primeiros trabalhos sobre a imprevisão no direito brasileiro, a expressão onerosidade excessiva foi explicada pelo desequilíbrio entre prestações sempre adjetivado de forma a acentuá-lo. Assim é que, M. REALE, por exemplo, trata do desequilíbrio como algo que torna o contrato “*destituído de sentido*” e “*absurdo o vínculo negocial*”, “*esvaziando-o de seu conteúdo econômico*”, com “*encargos brutalmente desproporcionais às vantagens auferidas*”³²⁶.

O exemplo ilustra a preocupação de que não seja qualquer desequilíbrio que signifique onerosidade excessiva. O trabalho de A. M. FONSECA, por sua vez, utilizando-se de recurso analógico com outras disposições do direito positivo brasileiro, para conferir segurança à aferição do desequilíbrio, e somando ainda um requisito complementar a ele, sugere que tal desequilíbrio tenha que gerar um lucro excedente a um quinto do valor normal da prestação a que o credor tinha direito³²⁷.

Também R. J. MORAES assevera que o desequilíbrio deva ser “grave”, que a álea ocorrida deva “fugir do razoável”, que a variação seja algo “incontrolável” e que submeta a parte a “situação desastrosa” e “muito sacrifício”. Se o desequilíbrio não fosse

³²⁴ A. PINO. *La excesiva onerosidad...*, cit., p. 86.

³²⁵ R. R. AGUIAR JR. *Extinção dos contratos...*, cit., p. 90.

³²⁶ M. REALE. (*parecer*) *Compra e venda – Equilíbrio econômico do contrato*, cit., p. 56.

³²⁷ A. M. FONSECA. *Caso fortuito...*, 3ª ed. cit., p. 346.

sensível, se a economia contratual não fosse realmente alterada, não haveria onerosidade excessiva³²⁸.

Como se percebe, apesar dos julgados e da doutrina fazerem menção à gravidade do desequilíbrio, uma certa margem de arbítrio persiste, ao menos para se dizer a partir de quando o desequilíbrio passa a ser grave, ou, em sentido inverso, quando o desequilíbrio estaria dentro dos riscos assumidos pela parte contratante. Essa evidência não é exclusividade do direito brasileiro, visto que no direito francês, quando a lei mesma não impõe uma demarcação quantitativa fixa, sua apreciação é tida como matéria de fato³²⁹.

Nesse sentido, L. C. FRANTZ faz remissão à onerosidade excessiva italiana para dizer que no direito brasileiro também o desequilíbrio entre prestações, para ser tutelado, deve exceder a álea normal do contrato³³⁰. A álea normal de um contrato significa a oscilação entre os custos e vantagens previstos no momento de conclusão do contrato, e seu valor efetivo apreciado após a execução³³¹.

Álea existe sempre que haja atribuições patrimoniais de valores certos, mas que não haja simultaneidade entre o momento de conclusão e de execução do contrato, de forma que esse decorrer de tempo pode trazer variações inerentes aos custos das prestações³³². Essa oscilação não traz consequência alguma para o conteúdo do contrato ou para sua força obrigatória, que continua íntegra.

Assim, os autores italianos pesquisados são quase unânimes ao colocar os caracteres da álea normal. Para V. ROPPO, ela é a tipologia ou medida de risco que a parte implicitamente assume ao concluir certo contrato. Depende em primeiro lugar do tipo contratual, já que cada tipo incorpora um plano específico de repartição dos riscos³³³. Da

³²⁸ R. J. MORAES. *Cláusula...*, cit., pp. 194-96. Podem ainda ser citados, nesse sentido, os seguintes julgados: STJ, Resp 135151-RJ, 4ª Turma, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 8/5/1997, DJ 10/11/1997, em que se alude a alteração substancial da base objetiva do negócio; TJ/RS, Apel. 193.088.358, 2ª C., rel. Juiz João Pedro Freire, j. 23/9/1993, RT 705/193, em que se alude ao preço pago como sendo “ridículo”; TJ/SP, Embgos Infring. c/rev., 29ª Cam., rel. Des. Pereira Calças, j. 25/10/2006, reg. 31/10/2006, em que é julgado caso de arrendamento mercantil atrelado à variação cambial, e que além de aludir à *extrema dificuldade* para parte adimplir a obrigação, refere que em curto espaço de tempo, o valor da prestação aumentou mais de 50%. Por outro lado, no acórdão TJ/SP Ap. Cív. nº 419.044.4/5, 4ª Câmara, rel. Des. Francisco Loureiro, j. 16/4/2009, ficou assentado no voto do relator que a variação sazonal de um índice de reajuste frente a outro não é suficiente para alterar o equilíbrio contratual.

³²⁹ Capítulo IV.

³³⁰ L. C. FRANTZ. *Revisão...*, cit., pp. 113-4.

³³¹ F. P. D. C. MARINO. *Classificação dos contratos...*, cit., p. 41.

³³² E. BETTI. *Teoria generale delle obbligazioni III...*, cit., p. 76.

³³³ V. ROPPO. *Il contratto*, cit., p. 1024.

mesma forma, R. SACCO entende que a álea normal varia segundo o tipo contratual, e portanto, é um assunto pertinente à parte especial dos contratos³³⁴.

Para E. BETTI, cada tipo de contrato opera um “engessamento” na valoração dos interesses em jogo, ou seja, dos previsíveis custos e previsíveis benefícios. É possível que essa valoração se revele frustrada, mas nem por isso o contrato poderá ser modificado. Se cada contrato fosse modificado sempre que alguma circunstância de seu contexto mudasse, haveria neles uma implícita cláusula *rebus sic stantibus*, o que não ocorre. Para encontrar a álea normal é preciso atentar para cada tipo de contrato, ou mais precisamente, valorar o contrato concreto segundo critérios típicos³³⁵.

No estudo de G. ALPA, M. BESSONE e E. ROPPO sobre o risco contratual, a álea normal é sintetizada como a elementar operação de cálculo econômico em termos de custo-benefício que instaura a margem de incerteza dos prejuízos e lucros conexos à possível variação das circunstâncias do adimplemento³³⁶.

E A. GAMBINO, por fim, sumariza as expressões utilizadas em doutrina para justificá-la: a álea vem reportada à incerteza do resultado econômico do contrato; a uma alteração na relação de comparação entre previsíveis custos e rendimentos das prestações; variação da situação econômica contratual; flutuação normal de mercado; diferença de valores entre prestações que um contrato comporta num regime de normalidade; ou ainda a incerteza de ganhar ou perder economicamente com o contrato. Por fim, conclui que o raciocínio acaba por voltar para a noção de vontade presumida das partes³³⁷.

E nesse último sentido, concorda com A. BOSELLI, para quem álea normal é o risco que o contrato comporta em sua peculiaridade, ou seja, o risco a que cada uma das partes implicitamente se submete ao concluir o contrato. A medida dessa margem de tolerância não é predeterminada de modo fixo, mas varia conforme o tipo do contrato, de seu conteúdo concreto e das circunstâncias que o acompanharam desde a conclusão³³⁸.

Ora, de todas essas posições, uma idéia comum se evidencia: a alusão a algo ordinário e por isso previsível, ou implicitamente assumido pelas partes. Em geral, aquilo que é implicitamente assumido ganha contornos de objetividade a partir de um exame do

³³⁴ R. SACCO. *Il contratto...*, cit., p. 1000.

³³⁵ E. BETTI. *Teoria generale delle obbligazioni I...*, cit., pp. 191-2; E. BETTI. *Teoria generale delle obbligazioni III...*, cit., p. 77.

³³⁶ G. ALPA, M. BESSONE, E. ROPPO. *Rischio contrattuale e autonomia privata*. Napoli, Jovene, 1982, p. 393.

³³⁷ A. GAMBINO. *Eccessiva onerosità...*, cit., pp. 442 e 448.

³³⁸ A. BOSELLI. *Eccessiva Onerosità*, cit., p. 335.

tipo contratual. Não existe uma delimitação fixa e prévia para determinar se o desequilíbrio será ou não relevante.

Para ilustrar tal raciocínio para o direito brasileiro, convém como exemplo, trazer as lições de SÍLVIO RODRIGUES ao iniciar o estudo do tipo contratual da empreitada. Embasado no artigo 619 do Código Civil, afirma que na empreitada o dono da obra procura justamente se livrar dos riscos da obra, pagando por isso, quantia certa e determinada, talvez até mais elevada do que o custo de ele próprio realizar a obra, mas que, enfim, garante-o contra riscos de despesas mais elevadas³³⁹. O próprio SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA tem jurisprudência que menciona riscos implicitamente assumidos no contrato, tema que será devidamente abordado na Seção 6ª, mas que serve aqui para indicar que o direito brasileiro já trabalha com a noção de que certos desequilíbrios estão contidos nos riscos do contrato³⁴⁰.

Os textos legais brasileiros não prevêm expressamente a álea normal. Mas ela pode ser considerada subentendida num requisito adjacente da excessiva onerosidade, que será examinado a seguir.

Uma exigência legal que tem gerado dificuldades para a doutrina é a de que a onerosidade excessiva gere extrema vantagem para a outra parte. Uma consideração freqüente é a de que o requisito é inadequado e tornaria muito rara a utilização do dispositivo, inclusive se vantagem extrema for entendida como lucro exorbitante³⁴¹.

Realmente, se para proteger a parte que sofre a excessiva onerosidade for exigido o efetivo enriquecimento da outra, a ponderação é pertinente. Mas talvez não seja necessário assemelhar vantagem com enriquecimento. A relação entre enriquecimento sem causa e onerosidade excessiva foi detalhadamente estudada por G. E. NANNI. Desde o início de seu estudo, contudo, informa o autor que o caráter do enriquecimento sem causa que incide sobre a onerosidade excessiva é o de princípio, e não o de fonte obrigacional, ou seja, a onerosidade excessiva é uma das figuras contratuais (junto com lesão e estado de

³³⁹ S. RODRIGUES. *Direito civil*, v. 3..., cit., p. 245.

³⁴⁰ O Superior Tribunal de Justiça julgou alguns casos em que decidiu que embora o contrato de compra e venda de safra futura a preço certo fosse comutativo, ele comportava riscos inerentes ao próprio negócio, que tornavam previsíveis eventuais oscilações graves no valor das prestações, com base na alteração dos valores de cotação dos produtos no mercado: REsp 722130-GO, 3ª Turma, rel. Min. Ari Parglender, j. 15/12/2005, DJ 20/2/2006; REsp 783520-GO, 3ª Turma, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 7/5/2007, DJ 28/5/2007; REsp 803481-GO, 3ª Turma, rel. Min(a). Nancy Andrighi, j. 28/6/2007, DJ 1/8/2007..

³⁴¹ R. R. AGUIAR JR. *Extinção dos contratos...*, cit., p. 152; C. L. B. GODOY. *Função social...*, cit., p. 67.

perigo) que permite visualizar a atuação do princípio que obsta o enriquecimento sem causa³⁴². Nas suas palavras:

*“É imperioso advertir, (...) que não se sustenta que enriquecimento sem causa representa a natureza jurídica delas, muito pelo contrário, cada qual possui a sua, mas apenas que o princípio em tela atua como pano de fundo em todas essas figuras”.*³⁴³

Ainda assim, G. E. NANNI, apesar de manifestar-se no sentido de que é a vantagem obtida indevidamente pelo desequilíbrio contratual que torna a figura relevante para o direito, não chega a sustentar que a “vantagem” descrita no art. 478 deva ser entendida nos termos do enriquecimento do art. 884. Da mesma forma, C. MICHELON, em comentários sobre o direito restituitório no Código civil, não desenvolve qualquer associação entre a extrema vantagem do art. 478 e o enriquecimento sem causa³⁴⁴.

Também não seria o caso de entender extrema vantagem como lucro exagerado³⁴⁵. Essa forma de pensar tem origem no direito brasileiro com o pensamento de A. M. FONSECA, que exigia “*lucro inesperado e injusto do credor, excedente a um quinto do valor normal da prestação a que teria direito*” para aplicação da teoria da imprevisão. Tal requisito, no pensamento do autor fazia sentido, uma vez que ele só entendia cabível a imprevisão no nosso direito por analogia com a legislação extravagante advinda da década de 30, na qual se encontravam disposições que consideravam o lucro usurário como ilícito. Essa ilicitude seria comum com a hipótese da imprevisão gerar lucros para a outra parte³⁴⁶. Todavia, lembra R. J. MORAES que, ao longo do século XX, os Tribunais brasileiros não costumavam exigir o “efeito gangorra” para acatar a imprevisão³⁴⁷.

Lembre-se, inclusive que, até no próprio conceito de atribuição patrimonial vantagem não precisa significar efetivo enriquecimento. Essa vantagem pode significar

³⁴² G. E. NANNI. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo, Saraiva, 2004, pp. 367 e ss.

³⁴³ G. E. NANNI. *Enriquecimento...*, cit., p. 374.

³⁴⁴ C. MICHELON. *Direito restituitório: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

³⁴⁵ R. J. MORAES. *Alteração das circunstâncias negociais*, in *Direito dos contratos*/G. H. JABUR E A. J. PEREIRA JÚNIOR (coord.). São Paulo, Quartier Latin, 2006, pp. 133-60, p. 150.

³⁴⁶ A. M. FONSECA. *Caso fortuito...*, 3ª ed. cit., pp. 342-3.

³⁴⁷ R. J. MORAES. *Alteração...*, cit., p. 150. Dentre os julgados citados pelo autor que concederam a intervenção no contrato sem a exigência do “efeito gangorra” estão: Trib. Apel./DF, Apel. N° 3487, j. 22/5/1934, RT 121/704; Trib. Apel./DF, Ap. civ. n° 3147, j. 28/8/1943, RT 151/712; TJ/RS, Ap. 586053548, 6ª c., rel. Des. Adrolado Furtado Fabrício, RT 630/176; TJ/RS, Ap. 193088358, 2ª C., rel. Juiz João Pedro Freire, j. 23/9/1993, RT 705/193. Há julgado recente, contudo, que já vincula a onerosidade excessiva à “ocorrência de enriquecimento inesperado, injusto e anormal em benefício do credor”, TJ/SP, Apel. n° 99206003851-8, 25ª Cam. dir. priv., rel. Des. Marcondes D’Angelo, j. 22/10/2009.

qualquer modificação num patrimônio, ainda que provisória. Uma simples mudança material pode ser uma vantagem.

O argentino J. A. DÍAZ, por sua vez, expressa posicionamento original sobre o tema:

“O texto do novo Código civil foi metódico ao exigir que a excessiva onerosidade para uma das partes deva significar, necessariamente, extrema vantagem para a outra. Evidentemente, quis o codificador eliminar a possibilidade de resolução quando os efeitos do acontecimento extraordinário e imprevisível incidissem por igual em ambos contratantes, tirando parte das vantagens previstas tanto do devedor quanto do credor”³⁴⁸.

J. O. ASCENSÃO também atenta para o requisito:

“Há um elemento no art. 478/1 que deve ser realçado. Fala-se em extrema vantagem para a outra parte, em contrapartida da onerosidade excessiva para a outra. Isto significa que não é qualquer vantagem que releva. Só releva uma vantagem extrema. O que do mesmo modo conduz no sentido da necessidade de uma desproporção que não seja normal ou pouco significativa”³⁴⁹.

As posições acima merecem acolhida. Se uma das partes arcar sozinha com o aumento do custo do desequilíbrio contratual em consequência do fato superveniente (extraordinário e imprevisível, como se examinará), a outra estará recebendo uma vantagem. Por outro lado, se a outra parte sofrer também na sua prestação um aumento de custo com o fato superveniente, por qual razão haveria de submeter-se a um reajuste em favor do outro contratante?

O entendimento que aqui se defende a respeito dessa vantagem é que ela será, freqüentemente, uma consequência automática da onerosidade excessiva. Mais do que isso: a vantagem será, assim como a excessiva onerosidade, verificada tão somente a partir do cotejo entre as atribuições patrimoniais correspectivas.

³⁴⁸ J. A. DÍAZ. *A teoria...*, cit., p. 208.

³⁴⁹ J. O. ASCENSÃO. *Alteração das circunstâncias...*, cit., p. 110.

A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO também expressa entendimento segundo o qual, dado um fato superveniente que tenha gerado alterações nas circunstâncias contratuais, a parte que se vê livre das consequências dele está recebendo uma extrema vantagem³⁵⁰.

Um caso comum da jurisprudência brasileira que pode ser levado em conta para ilustrar esse posicionamento é o dos contratos de arrendamento mercantil atrelados à variação cambial. Com a alteração da política econômica levada a cabo no início do ano de 1999, o Governo Federal decidiu parar de intervir no câmbio para fixar as bandas mínima e máxima de cotação do dólar americano. Adotou-se, em suma, um regime cambial de livre flutuação. Com isso, houve aumento substancial no preço do dólar, que em cerca de duas semanas já havia aumentado mais de 50%. Os arrendatários que tinham contratado com vinculação a essa variação viram suas prestações subirem no mesmo valor. Foram, então, muitas as ações que pediam a revisão de tais pactos, com base na onerosidade excessiva.

O tema tocava as questões de se saber se a mudança cambial era ou não imprevisível, se os contratos eram submetidos ao Código de Defesa do Consumidor ou ao Código Civil, se deveria haver substituição do índice de reajuste das parcelas, ou repartição entre as partes da variação ocorrida. Prescindindo de todos esses aspectos nesse momento, pode-se focar a questão apenas na onerosidade excessiva e na extrema vantagem.

Quanto à onerosidade, pode-se dizer que até os julgados que negavam a revisão, aceitavam que houvera desequilíbrio, mas entendiam que outros pressupostos, tais como a imprevisibilidade do fato superveniente, a não assunção de riscos pela parte prejudicada e a extrema vantagem para a contraparte é que estiveram faltantes³⁵¹.

Com relação à extrema vantagem, alguns julgados entenderam que ela não estava configurada justamente porque a arrendadora também sofrera, no caso, as consequências da abrupta variação cambial. Tendo sido o *leasing* realizado com captação de recursos no exterior, teria o arrendador de repor a soma captada com os reflexos da variação cambial³⁵².

³⁵⁰ A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO. (*parecer*) *Natureza jurídica do contrato de consórcio...*, cit., p. 362.

³⁵¹ Nesse sentido, os seguintes acórdãos do TJ/SP: Apel. nº 992.02.037257-3, 32ª cam. dir. privado, rel. Des. Walter Zeni, j. 15/10/2009, reg. 5/11/2009; Apel. nº 992.06.057391-0, 25ª Cam. dir. Privado, rel. Des. Amorim Cantuária, j. 21/10/2009, reg. 11/11/2009.

³⁵² Os julgados citados na nota acima fazem esse raciocínio. Além deles, outros citados abaixo também se posicionam sobre esse problema.

Outra parcela da jurisprudência contornou esse obstáculo lançando mão dos seguintes expedientes: o interessado deveria fazer prova da captação no exterior³⁵³, ou presumir-se-ia que a arrendadora não sofrera perdas com a operação, eis que “*sempre estão amparadas por operações de ‘hedging’, que as protegem contra a variação cambial, mercê do que, o risco que as arrendadoras assumem quando atuam em sua atividade empresarial é mínimo*”³⁵⁴.

A respeito desses casos, C. L. B. GODOY, prescindindo do exame sobre aplicação ou não do Código de Defesa do Consumidor no caso concreto, entende que precisamente quando o arrendador ainda deva o repasse para os bancos estrangeiros, não se configuraria a extrema vantagem³⁵⁵.

Ousamos divergir e tentaremos explicar nossas razões. Tanto o desequilíbrio quanto a extrema vantagem devem ser verificados tomando em conta tão somente as atribuições patrimoniais correspectivas. No caso do *leasing*, a correspectividade econômica – troca – se dá entre o valor da parcela mensal que paga o arrendatário e o valor de mercado do bem da vida negociado no contrato concreto³⁵⁶. Os reajustes aplicados sobre os dois valores devem ser semelhantes para manutenção de proporcionalidade.

Ao explicar o mecanismo do contrato de *leasing*, F. K. COMPARATO o cita como um instrumento jurídico de viabilização do investimento empresarial na produção, focado na modernização constante do maquinário industrial³⁵⁷. Tem-se, portanto, o *leasing* como um claro contrato de fornecimento de bens. O caráter de fornecimento de bens fica ainda mais claro quando se passou a utilizar o *leasing* para aquisição de produtos de consumo, como por exemplo, o próprio automóvel.

³⁵³ STJ, REsp nº 299501-MG, 3ª Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 11/09/2001.

³⁵⁴ TJ/SP, Embgos Infring. c/rev., 29ª Cam., rel. Des. Pereira Calças, j. 25/10/2006, reg. 31/10/2006. Interessante notar que neste acórdão consta como pressuposto da onerosidade excessiva o benefício injustificado da contraparte, mesmo sendo ele referente a período anterior ao Código Civil de 2002. No aditamento que fez ao voto no acórdão STJ, REsp nº 401.021-ES, 4ª Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Rel. p/ Acórdão Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 17/12/2002, DJ 22/9/2003, explica este último que caso ali tivessem sido provadas a captação de recursos no exterior e a realização de contratos de *hedge*, tais evidências implicariam diferenças no seu julgamento.

³⁵⁵ C. L. B. GODOY. *Função social...*, cit., p. 67.

³⁵⁶ Tal entendimento também está expresso no acórdão do STJ, REsp nº 268.661-RJ, 3ª Turma, Rel. Min(a). Nancy Andrighi, j. 16/8/2001, DJ 24/09/2001. Consta da ementa e do voto da relatora: “A equação econômico-financeira deixa de ser respeitada quando o valor da parcela mensal sofre um reajuste que não é acompanhado pela correspondente valorização do bem da vida no mercado”. Em sentido contrário, entendendo que a natureza do contrato não é de fornecimento de bens mas primordialmente de intermediação financeira, e por isso a captação de recursos no exterior deve ser tomada em conta para aferição do desequilíbrio e da vantagem, STJ, REsp nº 437.660-SP, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 8/4/2003, DJ 5/5/2003.

³⁵⁷ F. K. COMPARATO. *Contrato de “leasing”*, in *Ensaio e pareceres de direito empresarial*/F. K. COMPARATO. Rio de Janeiro, Forense, 1978, pp. 319-333, pp. 321-22.

Prossegue o citado autor, elencando seus elementos: o estabelecimento de uma relação definitiva de locação de coisa, uma obrigação de adquirir o objeto da locação de acordo com indicações do arrendatário, uma promessa unilateral de venda e, eventualmente, uma venda³⁵⁸. Não é citado, em momento algum, a captação dos recursos como elemento essencial do *leasing*. E o próprio autor arremata que a relação obrigacional típica predominante no *leasing* é a de locação de coisa, certo de que a garantia primordial da instituição financeira é o fato de conservar a propriedade do equipamento adquirido³⁵⁹.

É por isso que entendemos que a troca existente no contrato de *leasing* dá-se entre a aquisição e a locação do bem e a prestação paga por essa locação com opção de compra. A alusão aos recursos com que o *leasing* foi realizado pela empresa arrendadora consistiria, na nossa visão, uma indevida inserção em condição particular de um dos contratantes, não importante sequer a circunstância da empresa ter sido constituída para esse fim. O foco de atenção para averiguação tanto da onerosidade excessiva como da extrema vantagem refere-se tão somente às atribuições patrimoniais correspectivas. Ademais, quando entende-se o *leasing* como um contrato de mera intermediação financeira não se vislumbra o feixe de relações obrigacionais por ela gerada.

Um trecho de julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ilustra bem nossa visão a respeito da relação entre o desequilíbrio econômico e a extrema vantagem:

“Para se invocar a teoria da imprevisão, com vistas à revisão do contrato, de modo a restaurar-lhe o pretendido equilíbrio, não basta a simples alegação de onerosidade. É imprescindível a demonstração de desequilíbrio efetivo na relação contratual, caracterizado também pela vantagem auferida pela outra parte” (g. n.).

“(...) Esses requisitos estão claramente previstos no art. 478 do Código Civil de 2002, nos termos a seguir destacados (...). embora a norma do CDC não seja tão completa como aquela do Código civil, é forçoso extrair de ambas as regras, que não basta a superveniência da onerosidade excessiva para uma das partes, ocorrência esta imprevisível ao tempo da formação do contrato. É imprescindível que, paralelamente, esteja acontecendo, em virtude dessa onerosidade excessiva, extrema vantagem para a outra parte”.

³⁵⁸ Idem, ibidem, pp. 327-30.

³⁵⁹ Idem, ibidem, p. 330.

*“Ao juiz não é dado olhar apenas para a situação do devedor. Deve averiguar se efetivamente está acontecendo o desequilíbrio na relação contratual de natureza continuada, ou seja, se o credor está se beneficiando indevidamente à custa do devedor”*³⁶⁰.

A essência do problema é o desequilíbrio econômico, que tem a aparência de uma onerosidade excessiva para um lado e extrema vantagem para outro. A extrema vantagem demonstra ou evidencia o desequilíbrio econômico.

Um exemplo hipotético em que haveria aparente onerosidade excessiva sem extrema vantagem seria o seguinte: um contrato de empreitada mista, com previsão de reajuste do preço de acordo com a variação dos índices de preço de materiais da construção civil. Caso houvesse um aumento brutal em tal indexador, a prestação do dono da obra ficaria mais custosa. Contudo, esse aumento seria, em tese, sofrido também pelo construtor encarregado da compra dos materiais, bem como restaria incorporado no valor de mercado da obra pronta. Destarte, a ausência de vantagem para contraparte ajudaria a vislumbrar a inocorrência do desequilíbrio econômico.

L. C. FRANTZ traz também uma circunstância que, segundo seu pensamento, seria capaz de indicar a extrema vantagem: a impossibilidade do contratante não prejudicado realizar um contrato no mercado naqueles mesmos termos³⁶¹. Contudo, há um julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo que não admite para comprovação de desequilíbrio contratual a comparação com outros contratos de partes diversas³⁶².

No mais, o requisito é extremamente pertinente ao se colocar o adjetivo *extrema*. Ora, no direito brasileiro, como visto, não há dispositivo legal que disponha que o desequilíbrio deverá estar além da álea normal. Mas é possível entender o requisito da *extrema* vantagem como decorrente de um desequilíbrio acima do normal, eis que, seguindo o mesmo raciocínio, a simples oscilação normal dos custos contratuais no máximo ocasionaria uma *simples vantagem* à contraparte, advinda de eventos ordinários, previsíveis e implicitamente previstos no tipo contratual.

³⁶⁰ TJ/SP, Ap. civ. Nº 7.243.368-2, 21ª Câm. Dir. priv., rel. Des. Itamar Gaino, j. 17 de junho de 2009. Em sentido próximo, tem-se também, TJ/SP, Ap. c/ rev. nº 784.345-0/4, 27ª Câm. dir. priv., rel. Des. Dimas Rubens Fonseca, j. 27/1/09, no qual o relator assim pondera: “Outro ponto que deve ser destacado é que com a superveniência de alteração significativa do dólar em janeiro de 1999, apenas o apelante suportou os efeitos da causa imprevisível, permanecendo a apelada ao largo, sem sofrer qualquer consequência pelo resultado havido”.

³⁶¹ L. C. FRANTZ. *Revisão...*, cit., p. 142.

³⁶² TJ/SP, Apel. nº 7.039.183-6, 20ª Cam. dir. privado, rel. Des. Francisco Giaquinto, j. 6/4/2009.

Subseção IV

ACONTECIMENTOS EXTRAORDINÁRIOS E IMPREVISÍVEIS

Como visto no Capítulo III, Seção 6^a, a primeira antecedente moderna da onerosidade excessiva foi a teoria da cláusula *rebus sic stantibus* tal como construída por ALCIATO, durante o período denominado de *Humanismo jurídico*. Essa teoria abandonou uma concepção interpretativa da cláusula, tal como utilizada pelos *pós-glosadores*, para arranjar-lhe um novo fundamento: a vontade das partes. Sua utilização só seria justificável se surgisse um acontecimento superveniente que as partes, ao momento de celebração do contrato, não consideraram nem se precaveram. Perceba-se, pois, que há uma nítida antítese entre força obrigatória do contrato – advinda da vontade das partes – e utilização da *rebus sic stantibus*: esta só se aplica onde não há vontade.

Esse modo moderno de conceber a cláusula *rebus sic stantibus* esteve presente em todas as construções teóricas seguintes, alemãs, francesas e italianas, bem como deixou suas marcas no direito brasileiro. Na Alemanha, a pressuposição não é outra coisa senão uma auto-limitação pressuposta da declaração de vontade. E mesmo a teoria alemã mais objetivista já criada – a teoria da base de K. LARENZ – tem como limite para sua aplicação a não incidência sobre circunstâncias previsíveis que, justamente por isso, faziam parte do risco do negócio.

Na França, onde se concebeu mais explicitamente o contrato como coisa das partes, a intervenção judicial só tem cabimento quando autorizada por lei naquilo que a vontade dos contratantes não pudesse dar conta: é o sentido mais radical da imprevisibilidade. E na Itália, a menção à imprevisibilidade constou do texto legal que positiva a onerosidade excessiva.

No Brasil, A. M. FONSECA, na primeira monografia aqui escrita sobre o tema, parte de um conceito de imprevisão segundo o qual a imprevisibilidade do evento é essencial para onerosidade excessiva. A partir das décadas de 60 e 70, todos os grandes tratadistas do direito civil se manifestaram sobre a teoria da imprevisão ou cláusula *rebus sic stantibus*, fazendo remissão ao requisito da imprevisibilidade do evento causador da onerosidade excessiva.

Ilustrando, M. M. SERPA LOPES alude a acontecimentos que escapam de qualquer previsão no nascimento do contrato³⁶³; D. BESSONE cita acontecimentos novos que alterem a equivalência além dos limites da previsão do contratante médio³⁶⁴; C. M. SILVA PEREIRA exige modificação profunda nas condições objetivas coetâneas da execução, em relação às envolventes da celebração, imprevistas e imprevisíveis em tal momento³⁶⁵; SÍLVIO RODRIGUES sintetiza a fórmula em acontecimentos extraordinários e supervenientes, imprevisíveis por ocasião do negócio³⁶⁶; M. H. DINIZ, além da imprevisibilidade e extraordinariedade da modificação, explica que as partes não podem tê-la previsto, pois estaria fora do curso habitual das coisas³⁶⁷; W. B. MONTEIRO ratifica a necessidade da ocorrência de acontecimentos extraordinários e imprevistos³⁶⁸; A. WALD faz coro ao acontecimento imprevisível e inevitável³⁶⁹; O. GOMES acentua a necessidade de concurso de imprevisibilidade e extraordinariedade, sendo necessário que as partes não possam prever a alteração decorrente do evento³⁷⁰; na atualização dessa obra levada a cabo por A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, soma-se o entendimento de que fatos genericamente previsíveis podem ser imprevisíveis na sua especificidade e concretude³⁷¹; e C. R. GONÇALVES, dentre as obras mais novas, repete a exigência de imprevisibilidade e de extraordinariedade³⁷².

A imprevisibilidade é também o elemento a que a jurisprudência atribui maior peso à hora de julgar a possibilidade de quebra contratual, na opinião de R. J. MORAES. O autor ainda explica que tal valorização se deu justamente pela dominância de doutrinas voluntaristas para explicação do vínculo contratual. Assim, somente o fato imprevisível ao momento da celebração do pacto, ou seja, aquilo que não era passível de ser levado em

³⁶³ M. M. SERPA LOPES. *Curso de direito civil*, v. III, cit., p. 111.

³⁶⁴ D. BESSONE. *Do contrato: teoria geral*, cit., p. 223.

³⁶⁵ C. M. SILVA PEREIRA. *Instituições de direito civil*, v. 3, cit., p. 111.

³⁶⁶ S. RODRIGUES. *Direito civil*, v. 3, 26ª ed., cit., p. 23.

³⁶⁷ M. H. DINIZ. *Curso de direito civil brasileiro*, v. 3: *teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*, 25ª ed., reform. São Paulo, Saraiva, 2009, p. 164.

³⁶⁸ W. B. MONTEIRO. *Curso de direito civil*, v. 5, cit., p. 10.

³⁶⁹ A. WALD. *Obrigações e contratos*, 13ª ed., rev., ampl. e atual. de acordo com a Constituição de 1988, as modificações do CPC, a jurisprudência do STJ e o Código do Consumidor e com a colaboração do Prof. Samy Glanz. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, p. 155.

³⁷⁰ O. GOMES. *Contratos*, 10ª ed., cit., p. 41.

³⁷¹ O. GOMES. *Contratos*, 26ª ed., cit., p. 215.

³⁷² C. R. GONÇALVES. *Direito civil brasileiro*, v. III: *contratos e atos unilaterais*. São Paulo, Saraiva, 2004, p. 171.

conta pela vontade dos contratantes, autorizaria uma intervenção heterônoma na força obrigatória dos contratos³⁷³.

Dado todo esse contexto histórico e conceitual, pode-se dizer que hoje essa mesma preocupação se encontra consagrada na lei por meio dos adjetivos *extraordinários* e *imprevisíveis* que qualificam os fatos supervenientes que alteram o equilíbrio do contrato. Convém adentrar no conteúdo de cada um deles, procedendo pela mesma ordem do legislador.

Antes disso, é de se ter por certo que extraordinário e imprevisível podem qualificar qualquer evento natural ou humano, seja esse último técnico, econômico, político, ou normativo³⁷⁴. Tal evento deve incidir sobre o contrato, e não sobre a esfera particular de uma das partes envolvidas. Caso o evento afete apenas as circunstâncias pessoais dos contratantes, a jurisprudência tende a entender o requisito como não cumprido³⁷⁵, no que é seguida pela doutrina mais recente³⁷⁶. Desemprego, doença, acidente, casamento, separação, nascimento de filho não são considerados fatos aptos a preencherem os pressupostos da extraordinariedade e imprevisibilidade³⁷⁷. Pode-se ver bem

³⁷³ R. J. MORAES. *Cláusula...*, cit., p. 183. Nos julgados colacionados no decorrer desta seção evidencia-se a importância dada pela jurisprudência ao elemento da imprevisibilidade.

³⁷⁴ V. ROPPO. *Il contratto*, cit., pp. 1026-7.

³⁷⁵ R. J. MORAES. *Cláusula...*, cit., p. 183. São inúmeros os julgados no sentido de que modificações em circunstâncias pessoais das partes não implicam imprevisão. No acórdão TJ/SP, Apel. civ. c/ rev. nº 316.655-4/2-00, 5ª Cam. dir. priv., rel. Des. Oscarlino Moeller, j. 20/5/2009, está disposto que “situações como redução da capacidade financeira por conta de mudança ou perda de emprego, embora prejudiciais e indesejáveis, são infelizmente circunstâncias corriqueiras e incapazes de modificar o ajuste entabulado entre as partes, caso contrário, flagrante seria a insegurança disseminada no meio social”. Já no acórdão TJ/SP, Apel. Civ. nº 672.324.4/0-00, 4ª Cam. Dir. priv., rel. Des. Francisco Loureiro, j. 1º/10/2009, consta que “o fato futuro e imprevisível, que provoca alteração radical nas condições de execução do contrato, em comparação com as condições existentes no momento da celebração, deve ser objetivo, vale dizer, atingir todo um segmento da economia. Razões pessoais, como doença e desemprego, não bastam para provocar a revisão do contrato, diante de sua natureza subjetiva”. Um único acórdão foi encontrado no Tribunal de Justiça de São Paulo que aplicava a imprevisão diante de circunstância pessoal. Trata-se de acórdão no qual há muitos aspectos do caso concreto levados excepcionalmente em conta, como se vê do seguinte trecho: “É que, se tratando de pessoa simples, um pedreiro, razoável a adoção, na espécie, excepcionalmente, da teoria da imprevisão, consideradas a complexidade do contrato, de inúmeras cláusulas preestabelecidas, e a intrincada situação econômica pátria, de difícil compreensão para a maioria da população, por analfabeta”, TJ/SP, Apel. civ. Nº 80.127.4/0, 5ª Cam. dir. priv., rel. Des. Ivan Sartori, j. 10/6/1999.

³⁷⁶ O. L. RODRIGUES JR. *Revisão...*, cit., pp. 113-6; L. C. FRANTZ. *Revisão...*, cit., p.

³⁷⁷ TJ/SP, Apel. Civ. Nº 7.302.306-8, 15ª Cam. dir. priv., rel. Des. Souza José, j. 9/12/2008; TJ/SP Apel. nº 646.911.4/3-00, 9ª Cam. dir. priv., rel. Des. João Carlos Garcia, j. 8/9/2009; TJ/SP Aepl. Civ. c/ rev. nº 586.872-4/8-00, 9ª Cam. dir. priv., rel. Des. Piva Rodrigues, j. 16/12/2008; TJ/SP, apel. nº 612.927-4/2, rel. Des. Beretta da Silveira; TJ/RS Apel. Civ. Nº 70023910714, 9ª. Cam. Civ., rel. Des. Odoné Sanguiné, j. 12/11/2008; TJ/RJ, Apel. 8048/09, 4ª Cam. Civ., rel. Des. Reinaldo Pinto Alberto Filho, j. 19/2/2009; TJ/SP, Ap. Civ. nº 477.098-4/5-00, 3ª Cam. dir. priv., rel. Des. Donegá Morandini, j. 8/4/2008.

uma relação de coerência entre a exigência de o evento afetar as prestações do contrato³⁷⁸, com a onerosidade excessiva que leva em conta tão somente o equilíbrio entre prestações.

O evento extraordinário, para E. BETTI, é aquele que não entra no andamento ordinário das coisas³⁷⁹. Para M. BIANCA, eventos extraordinários são aqueles que se manifestam raramente, quanto ao tipo e quanto ao porte, como a desvalorização monetária quando se manifesta de maneira repentina e grave³⁸⁰. Para J. A. DÍAZ um acontecimento é extraordinário quando sua ocorrência não obedece ao curso normal, ou estatisticamente comum da vida ordinária³⁸¹. Acrescenta ainda que “*num contrato de trabalho com o serviço de extinção de incêndios, considera-se o incêndio como evento ordinário*”³⁸². J. O. ASCENSÃO liga a extraordinariedade ao que está fora dos riscos normais do contrato, ao que é anormal³⁸³. E R. SACCO, por sua vez, além de valorar a ordinariedade de acordo com o ramo de atividade a que a obrigação se refere, conclui que a natureza do contrato é decisiva para clarear quais eventos foram postos a risco do devedor³⁸⁴.

O evento imprevisível, por sua vez, é para E. BETTI, aquele que não se podia dar conta no momento de conclusão do contrato por um contratante de ordinária diligência, de acordo com a qualidade das partes, o conteúdo e as condições do contrato³⁸⁵. Para V. ROPPO, é previsível aquilo que um homem médio pode prever ao tempo do contrato, à luz da natureza do contrato, da qualidade dos contratantes, das condições de mercado, e de todo elemento significativo individualizante³⁸⁶. Para A. M. FONSECA, o imprevisível deve ser entendido como um elemento também de ordem objetiva, conceituado pelo *que deveria ter sido previsto, segundo o que normalmente sucede*³⁸⁷.

A relação do extraordinário com o imprevisível é bem delineada por M. BIANCA, para quem a extraordinariedade comporta a imprevisibilidade salvo quando circunstâncias particulares fazem ter como provável seu advento³⁸⁸. No mesmo sentido, J.

³⁷⁸ C. L. B. GODOY. *Função social...*, cit., p. 69.

³⁷⁹ E. BETTI. *Teoria generale delle obbligazioni I...*, cit., pp. 192-3.

³⁸⁰ C. M. BIANCA. *Diritto Civile*, v. V, cit., pp. 396-7.

³⁸¹ J. A. DÍAZ. *A teoria...*, cit., p. 205.

³⁸² Idem, ibidem, p. 206.

³⁸³ J. O. ASCENSÃO. *Alteração das circunstâncias...*, cit., p. 102.

³⁸⁴ R. SACCO. *Il contratto...*, cit., p. 996.

³⁸⁵ E. BETTI. *Teoria generale delle obbligazioni I...*, cit., pp. 192-3.

³⁸⁶ V. ROPPO. *Il contratto*, cit., p. 1026-7.

³⁸⁷ A. M. FONSECA. *Caso fortuito...*, 3ª ed. cit., p. 150.

³⁸⁸ C. M. BIANCA. *Diritto Civile*, v. V, cit., pp. 396-7.

A. DÍAZ afirma que mesmo o extraordinário às vezes é previsível, como sucede com algumas guerras, por exemplo; por isso é necessária a presença de ambos os requisitos³⁸⁹.

Quem melhor analisa a relação é R. SACCO, em trecho traduzido por A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO:

*“A previsibilidade é correlata a um segundo problema, concernente ao grau de especificidade com que o evento é considerado pelo direito, assim como o grau de certeza que a previsão do evento deveria assumir. Qualquer evento extraordinário é genericamente previsível, no sentido de que qualquer um de nós pode prever que nos próximos dias ou no próximo século ocorrerão fatos extraordinários. Se faltasse ao homem essa faculdade de imaginação, o próprio legislador não teria podido pré-configurar, no art. 1.467, eventos extraordinários situados no futuro. Mas o art. 1.467 refere-se evidentemente a previsões dotadas de uma margem de certeza e de especificidades maiores. O contraente pode prever a eclosão de guerras, a imposição de novos meios de locomoção. Mas lhe é difícil prever a eclosão de uma guerra entre tal e tal país, a data e a duração da guerra, a imposição e a quantidade de tal tributo, a natureza do futuro meio de locomoção. O grau de especificidade e de certeza da previsão não se presta a ser indicado em uma definição jurídica – e por isso o juízo acerca do caráter previsível e extraordinário do evento é um juízo de fato”*³⁹⁰.

Entendido dessa forma, faz sentido a idéia de L. C. FRANTZ, apoiada em A. GAMBINO e V. ROPPO, para quem o imprevisível contém o extraordinário³⁹¹. Contudo, tratar do problema na mesma ordem que o legislador, averiguando primeiro sobre sua extraordinariedade, e depois sobre o dever de prever o extraordinário, o torna mais palpável. Assim, vale a assertiva de G. B. SCHUNCK, para quem os dois requisitos devem ser entendidos conjuntamente^{392 393}.

³⁸⁹ J. A. DÍAZ. *A teoria...*, cit., p. 206.

³⁹⁰ A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO. (*parecer*) *Contrato de opção de venda de participações societárias...*, cit., pp. 208-9; R. SACCO. *Il contratto...*, cit., p. 996.

³⁹¹ L. C. FRANTZ. *Revisão...*, cit., p. 123.

³⁹² G. B. SCHUNCK. *A onerosidade excessiva superveniente no Código Civil de 2002: questões controvertidas e críticas*. Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008, p.

³⁹³ Entendemos não ser possível a proposta de M. A. V. AZEVEDO, de prescindir dos elementos da extraordinariedade e imprevisibilidade na averiguação da excessiva onerosidade no Código civil: M. A. V. AZEVEDO. *Onerosidade excessiva e desequilíbrio contratual supervenientes*. Tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2002, p.116. Além de ser interpretação que despreza o direito positivo, é descabida no direito civil, como ensina J. O. ASCENSÃO. *Alteração das circunstâncias...*, cit., p. 101: “O regime geral do Código Civil é intencionalmente mais exigente que o do

Oportuna nesse sentido, breve alusão à imprevisão francesa, focalizada sempre no requisito da imprevisibilidade. M. M. EL-GAMMAL parte do princípio de que as flutuações econômicas são da natureza da economia liberal. Assim o contrato perfaz uma função de previsão. Há inclusive uma dose de imprevisto sempre previsto pelas partes. Portanto, só é possível adjetivar as flutuações por grandes ou pequenas, normais ou anormais. Desse modo, ou se exige imprevisibilidade absoluta (e se perverteria o próprio fim da figura), ou se admite a imprevisibilidade do evento segundo o critério do bom pai de família, apenas numa variação de normal ou anormal, voltada às circunstâncias de cada contexto contratual. E para embasar seu pensamento, informa que a jurisprudência tende a decidir com base no que pode ser previsto ou imprevisto normalmente³⁹⁴. Ou seja, ao se utilizar apenas a imprevisibilidade, recorre-se à extraordinariedade para especificá-la.

No mais, resta dizer como avaliar o dever de prever o extraordinário. Segundo J. MARTINS-COSTA,

*“O imprevisível é o que não poderia ser legitimamente esperado pelos contratantes, de acordo com a sua justa expectativa, a ser objetivamente avaliada, no momento da conclusão do ajuste. (...) Não são os azares da inflação ou do câmbio os únicos fatores de imprevisibilidade. Outros elementos podem intervir, como inovações técnicas, descobertas científicas, injunções políticas, modificações no mando ou controle de uma sociedade comercial, a tomada, por uma empresa, de uma situação de posição dominante no mercado, a falência de determinado setor econômico, etc. (...); Portanto, para a caracterização da imprevisibilidade normativamente considerada, devem ser tomadas em conta todas as concretas circunstâncias do negócio, a capacidade de previsão de uma pessoa razoável e as características do ramo de atividade no qual a prestação devida está inserida”*³⁹⁵.

O. L. RODRIGUES JR. entende que

“Se a teoria exige a ocorrência de eventos futuros, não se pode basear numa maior ou menor capacidade de antevê-los, como faz crer sua interpretação literal. (...). O que se exige, na verdade, é o cálculo e a

Código do Consumidor. Este basta-se com aqueles fatores porque pressupõe um outro: a fraqueza relativa do consumidor perante o fornecedor. Por isso permite a revisão do contrato logo que a prestação se torne excessivamente onerosa.

³⁹⁴ M. M. EL-GAMMAL. *L'adaptation du contrat aux circonstances économiques – Étude comparée de droit civil français et de droit civil de la République Arabe Unie*. Paris, Pichon, 1967, pp. 230-232.

³⁹⁵ J. MARTINS-COSTA. *A revisão dos contratos...*, cit., pp. 158-9.

prudência nos negócios. Numa expressão, a diligência normal de um bom pai de família”³⁹⁶.

Para J. A. DÍAZ,

“a capacidade de prever deve ser determinada com referência à diligência do ‘bom pai de família’, ou de um homem de diligência ordinária que exerça uma atividade do mesmo ramo que a do contratante que exige a resolução. O contraente tem a obrigação de prever, mas isso não deve ser considerado como a possibilidade concreta de prever de cada contratante em particular”³⁹⁷.

A mesma idéia é esboçada por J. O. ASCENSÃO:

“A lei fala em imprevisível e não em imprevisto: (...) Imprevisível qualifica o fato, enquanto imprevisto descreve o estado de espírito do agente. (...) É independente da situação psíquica das partes. Resulta de uma observação feita de fora”³⁹⁸.

Para L. MOSCO, que faz uma espécie de cisão entre os dois requisitos, por evento extraordinário e imprevisível, deve-se entender os eventos que considerados objetivamente e prescindindo da representação das partes, não entram na série de eventos econômicos normais, de modo a não se poder prevê-los ao contratar³⁹⁹.

Do mesmo modo, para A. PINO não se deve entender a alusão à imprevisibilidade e extraordinariedade como um reenvio à vontade em sentido psicológico. Há que se proceder a uma interpretação típica-objetiva, a fim de estabelecer, em relação com a função econômica e social e com as circunstâncias concomitantes, se são consideradas normais determinadas flutuações da prestação. Ainda assim, grifa que seria inoportuno conceder o remédio por quem não se utilizou dos conhecimentos disponíveis por qualquer um que exerça a mesma atividade profissional para previsão contratual⁴⁰⁰.

R. R. AGUIAR JR. soma à imprevisibilidade a idéia de probabilidade:

“A imprevisibilidade deve acompanhar a idéia da probabilidade: é provável o acontecimento futuro que, presentes as circunstâncias conhecidas, ocorrerá certamente, conforme o juízo derivado da

³⁹⁶ O. L. RODRIGUES JR. *Revisão...*, cit., p. 119.

³⁹⁷ J. A. DÍAZ. *A teoria...*, cit., pp. 205-6.

³⁹⁸ J. O. ASCENSÃO. *Alteração das circunstâncias...*, cit., p. 104.

³⁹⁹ L. MOSCO. *Onerosità e gratuità...*, cit., p. 241.

⁴⁰⁰ A. PINO. *La eccessiva onerosidad...*, cit., pp. 104-5.

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 eficientemente sobre o contrato, devendo o conhecimento das partes incidir 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 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 a 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 máxima desvalorização 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 da 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”^{401 402}.

É hora, pois, de fazer uma recapitulação.

Em primeiro lugar questiona-se sobre a ordinariedade do evento. Se corriqueiro, está incluído no risco contratual normal. Se for considerado extraordinário em relação ao tipo e ao ramo de atividade em que se insere o contrato, parte-se para o requisito da imprevisibilidade. Nesse caso, pergunta-se se o contratante devia ou não ter previsto o fato extraordinário ocorrido. Mais uma vez, recorre-se aos padrões do homem médio, da conduta legitimamente esperada, sempre inseridos, por sua vez, no contexto que envolve o tipo e a atividade profissional (ou não) do contratante. A exigência da imprevisibilidade

⁴⁰¹ R. R. AGUIAR JR. *Extinção dos contratos...*, cit., pp. 155-6.

⁴⁰² No sentido de atentar para as condições pessoais das partes, acórdão TJ/SP, Ap. civ. nº 86.569-4/0, 4ª Câ. dir. priv., rel. Fonseca Tavares, j. 12/8/1999. Trata-se de caso que envolvia compromisso de compra e venda, pelo qual o adquirente havia comprado imóvel na planta. A incorporadora não havia sequer iniciado a construção de edifício a pretexto de crise econômica e se defendeu alegando imprevisão. O Tribunal negou a aplicação da teoria sob o argumento de que “Atribuir-se o benefício da arguição ao hipersuficiente seria desproteger aquele que é tutelado pelas normas legais”.

deverá ainda ser ponderada segundo juízos de probabilidade, sendo que quanto mais específico for um evento, menos provável será sua ocorrência.

Interessante notar ainda outra semelhança entre a onerosidade excessiva e o pressuposto da extraordinariedade e imprevisibilidade do evento modificador. Lá, o desequilíbrio contratual é objetivado, ainda que o equilíbrio tenha uma origem subjetiva. Aqui, a imprevisibilidade, que já foi entendida em termos puramente voluntarísticos, é também objetivada. A onerosidade excessiva e seus pressupostos têm esse caráter, portanto, de objetivar seus elementos para chegar a uma solução satisfatória.

A jurisprudência, por sua vez, mostra-se bastante rigorosa com o pressuposto da imprevisibilidade. Pode-se até afirmar que foram poucos os fatos considerados imprevisíveis pelos tribunais. Excetuando-se a Revolução de 1930 e a Segunda Guerra Mundial em julgados um pouco antigos⁴⁰³, ou casos esparsos como o de interdição de estabelecimento comercial (no caso, um bingo) pela autoridade policial⁴⁰⁴, foram tidos como imprevisíveis, em certos contextos, a inflação⁴⁰⁵ e a variação do dólar com relação a contratos de arrendamento mercantil atrelados à flutuação cambial. Com respeito a esses últimos, é de se trazer, como ilustração a respeito da ponderação sobre a imprevisibilidade num caso concreto, o seguinte trecho de julgado já citado⁴⁰⁶:

“Assim é que, a partir da edição da Medida Provisória nº 542, de 30 de junho de 1955, diplomas legais que implementaram o Plano Real com o objetivo primordial de debelar a violenta inflação que assolava nosso País e lograr a estabilização da moeda nacional, foi editada

⁴⁰³ Trib. Apel./DF, Apel. Nº 3487, j. 22/5/1934, RT 121/704; Trib. Apel./DF, Ap. civ. nº 3147, j. 28/8/1943, RT 151/712, respectivamente.

⁴⁰⁴ TJ/RJ, Ag. Inst. Nº 2008.002.22963, 12ª Câmara Cív., rel. Des. Antonio Carlos Esteves Torres, j. 23/9/2008.

⁴⁰⁵ Abaixo a questão da inflação será apresentada mais detalhadamente.

⁴⁰⁶ Trata-se de um dos mais completos acórdãos sobre o tema: TJ/SP, Emb. Infring. c/rev., nº 726.023-1/2, 29ª Câmara Dir. priv., rel. Des. Pereira Calças, j. 25/10/2006, reg. 31/10/2006. Em sentido contrário, já citado, TJ/SP, Apel. nº 992.02.037257-3, 32ª Câmara Dir. privado, rel. Des. Walter Zeni, j. 15/10/2009, reg. 5/11/2009, no qual pondera o relator: “A variação excepcional do valor do dólar, tido como fato superveniente que tornou excessivamente onerosa a prestação, não viabiliza aceitá-la como justificativa, porque quem aceitou a indexação ao dólar deveria saber que o real sempre esteve sujeito a variação cambial, para mais ou para menos, sempre previsível diante de constantes e reiteradas notícias divulgadas pela mídia falada, escrita e televisiva, como atualmente vem ocorrendo com a desvalorização da moeda americana frente ao real. (...) Ora, optando a arrendatária pelos benefícios das taxas internacionais menores na composição dos custos financeiros que às contratadas pelos índices de custos com prestações pré-fixados ou pós-fixados através da TR e TBF, resta-lhe submeter-se ao risco da oscilação que a moeda estrangeira sempre oferece diante das transformações do comércio e relações internacionais. Não se trata, pois, de fato superveniente imprevisto e nem um acontecimento extraordinário, mas, de fato superveniente calculado, porque não se pode afirmar que a liberação do câmbio, com a conseqüente alta do dólar, era de todo imprevisto”.

ampla propoganda oficial, em que ressaltava que não haveria desvalorização da moeda perante o dólar americano, cujo valor seria controlado pelo Banco Central através da fixação das bandas cambiais, mínima e máxima”.

“Durante mais de quatro anos as bandas cambiais oficialmente fixadas mantiveram a estabilidade da moeda perante o dólar americano, sendo também mantida em níveis mínimos a inflação, fato que encorajou a realização de contratos com prestações continuadas ou diferidas em valores atrelados à variação cambial”.

“Porém, com a abrupta mudança da política financeira praticada pelo Governo Federal, ocorrida em janeiro de 1999, quando o Banco Central deixou de fixar as bandas mínima e máxima do dólar americano, houve a conhecida crise que abalou a economia nacional, pois, o repentino aumento da cotação da moeda norte-americana causou a enorme elevação das prestações dos contratos atrelados ao dólar. A imprensa especializada anotou que em 13 de janeiro de 1999 o dólar foi cotado a R\$ 1,3193 e em 03 de março de 1999 sua cotação atingiu o valor de R\$ 2,1647 (fonte: Banco Central)”.

“Entendo que tal fato, originário do governo federal, é de ser considerado imprevisível e excepcional, pois, diante das diversas manifestações oficiais que as bandas cambiais seriam controladas pelo Banco Central, a inesperada e abrupta modificação das regras a respeito de matéria de tão grande importância, não era mesmo previsível para o cidadão comum”.

“Houve, portanto, modificação da situação fática que existia no momento da celebração do contrato de leasing por fato que se considera imprevisível e extraordinário, diante das condições econômico-financeiras-políticas vigentes ao tempo da contratação”.

Perceba-se toda a contextualização da situação fática que não autorizava imputar ao homem médio a previsão do risco de tal variação cambial, concretizada em termos bastante específicos e pouco prováveis.

Por outro lado, não foram considerados fatos imprevisíveis: o rompimento de um contrato contínuo de prestação de serviços⁴⁰⁷; alta de juros, correção monetária, chuvas na cidade de São Paulo, greves de trabalhadores e aumentos de salário para uma

⁴⁰⁷ TJ/RJ, Ap. civ. nº 90.170, 8ª Câm Cív., rel. Des. Olavo Tostes, j. 27/5/1975, RT 476/194.

empreiteira, na vigência de contrato de empreitada⁴⁰⁸; modificações introduzidas na economia por planos econômicos para comerciantes⁴⁰⁹; o inadimplemento de devedores no meio empresarial⁴¹⁰; a variação no preço de mercado da cana para comerciantes da área⁴¹¹; o evento que se insira na mera execução de um contrato⁴¹²; a desvalorização das linhas telefônicas⁴¹³; o insucesso da empresa e a conseqüente desvalorização de suas ações no mercado acionário⁴¹⁴; fortes chuvas para o setor da construção civil⁴¹⁵; o custo do financiamento com a economia estável⁴¹⁶; a variação do IGP-M⁴¹⁷; a extinção do tabelamento do preço de combustíveis em contratos entre distribuidores e postos⁴¹⁸; o atraso no pagamento de preços por compradores para comerciantes⁴¹⁹; a demora na regularização de documentação de imóvel em contrato de compromisso de compra e venda⁴²⁰; a variação do dólar quando o próprio preço em contrato de compra e venda internacional é estabelecido em moeda estrangeira⁴²¹; a ocorrência de dissídio coletivo na categoria, em contrato de empreitada⁴²²; e as intempéries climáticas, tais como secas, para produtores rurais⁴²³.

⁴⁰⁸ Prim. Trib. Alç. Civ./SP, Ap. N° 780.620-0, 1a. Câ., rel. Des. Ademir Benedito, j. 14/12/1998.

⁴⁰⁹ TJ/SP, Ap. N° 1.049.219-8, 24a. Câ. dir. priv., rel. Des. Cardoso Neto, j. 21/2/2008.

⁴¹⁰ TJ/SP, Ap. c/ rev. n° 950.117-0/6, 35ª Câ. dir. priv., rel. Des. Clovis Castelo, j. 14/7/2008.

⁴¹¹ TJ/SP, Ap. c/ rev. n° 1.210.484-0/6, 36ª Câ. dir. priv., rel. Des. Dyrceu Cintra, j. 5/3/2009.

⁴¹² TJ/SP, Ap. n° 7.318.460-4, 37ª Câ. dir. priv., rel. Des. Luís Fernando Lodi, j. 27/5/2009.

⁴¹³ TJ/SP, Ap. civ. s/ rev. n° 213.290-4/5, 7a. Câ. dir. priv., rel. Des. Elcio Trujillo, j. 4/11/2009.

⁴¹⁴ TJ/SP, Ap. civ. c/ rev. n° 304.862-4/4-00, 6ª Câ. dir. priv., rel. Des. Vito Guglielmi, j. 24/8/2006.

⁴¹⁵ TJ/SP, Ap. civ. c/ rev. n° 207.798-4/4-00, 10ª Câ. dir. priv., rel. Des. Octavio Helene, j. 29/9/2009.

⁴¹⁶ TJ/SP, Ap. civ. c/ rev. n° 489.771-4/0-00, 7ª Câ. dir. priv., rel. Des. Elcio Trujillo, j. 26/3/2008.

⁴¹⁷ TJ/SP, Ap. civ. c/ rev. n° 529.743-4/2-00, 5ª. Câ. B dir. priv., rel. Des. Douglas Iecco Ravacci, j. 3/4/2009.

⁴¹⁸ TJ/SP, Ap. n° 992.911-1, 24ª Câ. dir. priv., rel. Des. Cardoso Neto, j. 1º/6/2006; TJ/SP Ap. n° 1.052.591-0, 21ª Câ. dir. priv., rel. Des. Antonio Marson, j. 26/4/2006; TJ/SP, Ap. n° 992.05.018.461-9, 29ª Câ. dir. priv., rel. Des. Ferraz Felisardo, j. 9/12/2009. Nesses casos, determinante para conclusão de previsibilidade do evento foi a previsão legal de possibilidade de liberação dos preços.

⁴¹⁹ TJ/SP, Ap. civ. c/ rev. n° 499.161-4/4-00, 10a. Câ. D dir. priv., rel. Des. Guilherme Santini Teodoro, j. 14/5/2008.

⁴²⁰ TJ/SP, Ap. civ. n° 477.256.4/7-00, 4ª Câ. dir. priv., rel. Des. Francisco Loureiro, j. 24/5/2007.

⁴²¹ TJ/SP, Ap. c/ rev. n° 668.373-0/3, 5ª Câ. dir. priv., rel. Des. Pereira Calças, j. 19/5/2004. É interessante pontuar que nesse caso, embora o evento futuro seja a variação do dólar durante a crise de 1999, o fato do próprio preço do contrato ter sido estipulado na moeda estrangeira tira o caráter imprevisível da flutuação cambial.

⁴²² Ap. c/ rev. n° 802.495/97, 29ª Câ. dir. priv., rel. Des. Pereira Calças, j. 19/12/2007.

⁴²³ TJ/RS, Ap. civ. n° 70026492868, 16ª Câ. civ., rel. Des. Marco aurélio dos Santos Caminha, j. 13/8/2009; TJ/RS, Ap. civ. n° 70020269783, 18ª Câ. civ., rel. Des. Nelson José Gonzaga, j. 17/12/2009.

O direito brasileiro criou um ulterior desdobramento, consistente no entendimento de que a imprevisibilidade compreende não só o fato em si (que pode até ser previsível), mas também seus efeitos (estes sim imprevisíveis).

Esse raciocínio foi utilizado principalmente com relação a casos que envolviam o problema da inflação, na época do plano cruzado. Na maioria dos julgados, esta era entendida, com apoio na doutrina, como um evento previsível, dadas as circunstâncias históricas e econômicas brasileiras – inflação era algo normal – a não autorizar a intervenção no contrato. Assim, a corrente dominante da jurisprudência considerava que a inflação era um elemento da vida econômica brasileira que as partes tinham obrigação de prever ao celebrar o contrato, devendo as partes se valerem de cláusulas de reajuste. Incluem-se nesse tópico também os casos de contratos que previam determinados índices de reajuste que, por sua vez, acabaram por se tornar obsoletos ⁴²⁴.

Contudo, houve entendimentos em sentido contrário que propugnavam que apesar da inflação ser previsível enquanto fato econômico, seus níveis e índices eram, muitas vezes imprevisíveis. Ora, aí está um exemplo concreto que possibilita ilustrar a diferenciação proposta por R. SACCO entre o evento abstrato e o evento na sua específica caracterização ⁴²⁵.

É mister apenas pontuar que os efeitos imprevisíveis não chegam a adentrar a esfera própria do equilíbrio contratual em si. Explica-se: não é correto dizer que o efeito

⁴²⁴ R. J. MORAES. *Cláusula...*, cit., p. 188. Exemplificativamente: TJ/SP, Apel. 137.337-2, 9ª Cam., rel. Des. Accioli Freire, j. 9/2/1989, RT 643/87; TJ/SP Apel. civ. Nº 130.819-2, 15ª Cam. civ., rel. Des. Bourril Ribeiro, j. 24/8/1988, JTJ 118/67; TJ/SP Ap. Civ. Nº 130.630-2, 15ª Cam. Civ., rel. Des. Pinto de Sampaio, j. 15/6/1988, JTJ 118/86; TJ/SP, Ap. Civ. Nº 134.398-2, 13ª Cam. civ., rel. Des. Paulo Shintate, j. 20/9/1988, JTJ 118/96; TJ/SP, Ap. Civ. Nº 131.673-2, 17ª Cam. Civ., rel. Des. Hermes Pinotti, JTJ 118/98; TJ/SP, Ap. Civ. Nº 136.792-2, 16ª Cam. Civ., rel. Des. Bueno Magano, j. 9/11/1988, JTJ 118/254; TJ/SP, Ap. Civ. Nº 138.534-2, 13ª Cam. Civ., rel. Des. Isidoro Carmona, j. 30/8/1988, JTJ 118/266, T. Alç. Civ/SP, Ap. nº 391.348-2, 6ª Cam. Esp., rel. Des. Toledo Silva, j. 17/8/1988; TJ/SP, Ap. nº 617.796.4/0-00, 9ª Cam. dir. priv., rel. Des. João Carlos Garcia, j. 15/9/2009; TJ/RS, Ag. Ins. nº 70017503178, 8ª Cam. civ., rel. Des. Luiz Ari Azambuja Ramos, j. 21/12/2008.

⁴²⁵ Dois acórdãos são comumente citados para ilustrar tal entendimento: TJ/RS Ap. nº 586053548, 6ª Cam., rel. Des. Adroaldo Furtado Fabrício, j. 24/3/1987, RT 630/176; T. Alç./RS, Ap. 193.088.358, 2ª Cam., rel. Juiz João Pedro Freire, j. 23/9/1993, RT 705/193. É importante destacar que ambos os julgados apresentam peculiaridades. No primeiro, o preço pago pela saca de soja chegou a ficar abaixo do mínimo legal; no segundo, o preço pago pelo arrendamento foi adiantado em uma única parcela. Esses aspectos foram determinantes para os julgadores, como se depreende dos acórdãos. No Superior Tribunal de Justiça a Terceira Turma manteve o entendimento da inflação como fato previsível: Ag. Reg. no Ag. Inst. Nº 12.795-RJ, rel. Min. Dias Trindade, j. 23/8/1991, DJ 16/9/1991; Ag. Reg. no Ag. Inst. Nº 51.186-3-DF, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 26/9/1994, DJ 31/10/1994; Ag. Reg. no Ag. Inst. Nº 58.430-5-SP, rel. Min. Cláudio Santos, j. 7/2/1995, DJ 20/3/1995; REsp nº 87.226-DF, rel. Min. Costa Leite, j. 21/5/1996, DJ 5/8/1996. Já na Quarta Turma, prevaleceu entendimento que a inflação poderia ser previsível, mas, em certos contextos, seus índices foram considerados imprevisíveis: REsp nº 8.473-RJ, rel. Min. Athos Carneiro, j. 23/10/1991, DJ 25/11/1991; REsp nº 9.182-PR, rel. Min. Athos Carneiro, j. 10/8/1992, DJ 8/9/1992; REsp nº 94.692-RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 25/6/1998, DJ 21/9/1998.

imprevisível do fato previsível foi o desequilíbrio contratual. Como visto, o desequilíbrio contratual é elemento autônomo já estudado com suas devidas particularidades, ainda que obviamente, tenha ligações com os outros pressupostos. A variação ordinária e previsível do equilíbrio contratual diz respeito à álea normal, e não a um evento externo ao contrato. A consequência imprevisível do fato previsível é sempre, e ainda, causa do desequilíbrio contratual, e não o desequilíbrio em si.

Uma analogia com o direito processual civil pode ser útil aqui. Ao se tratar dos elementos da demanda, distingue-se entre causa de pedir remota e próxima. Ora, a causa remota do desequilíbrio contratual pode ser a inflação (fato em si previsível), mas a causa próxima é a brutal desvalorização monetária no índice correspondente à x (imprevisível). Ora, essa causa próxima é que pode tornar desequilibrado o contrato.

Nos *Princípios Unidroit Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais*, ao tratar de *hardship*, prevê-se que esta pode ser consequência de fato *ocorrido* supervenientemente, ou *tornado conhecido* da parte em desvantagem após a formação do contrato⁴²⁶.

Realmente, poderia se pensar em casos em que haveria um desconhecimento de realidades presentes no momento da conclusão do negócio, mas que só seriam conhecidas efetivamente no futuro, e que poderiam causar desequilíbrio contratual.

Seria o caso, por exemplo, de um túnel encomendado, que passaria por dentro de uma montanha com determinado tipo de solo. Durante a execução da obra, toma-se conhecimento de que o solo não era tal como o previsto, gerando em decorrência, custos adicionais. Não há aqui fato superveniente, propriamente dito, mas há um posterior conhecimento de certa situação de fato, diferente daquela que havia sido pressuposta. O próprio exemplo de PONTES DE MIRANDA sobre a obra em terreno de fonte⁴²⁷, serve de ilustração para o caso.

Especificamente quanto ao contrato de empreitada, é possível dizer que o direito brasileiro tutela esse tipo de situação, sob o regime de onerosidade excessiva,

⁴²⁶ J. B. VILLELA et. al. *Princípios...*, cit., p. 194: 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; (...).

⁴²⁷ Capítulo da delimitação conceitual do problema.

prevendo, entretanto, a suspensão da obra em caso de negativa de revisão do preço⁴²⁸. Dado tal precedente legal do direito brasileiro, é de se entender cabível uma interpretação do art. 478 que também abarque situações de fato supervenientemente conhecido que gere onerosidade excessiva, desde que, obviamente, seja extraordinário e imprevisível.

Nesse sentido, é interessante que o Código Civil português trata, em seu artigo 252/2, da hipótese de erro quanto à base do negócio, sujeitando-o ao regime da alteração das circunstâncias⁴²⁹, aberta a possibilidade tanto de anulação quanto de modificação do contrato, se ocorrido⁴³⁰.

Subseção V

RESOLUÇÃO

Dentre as consequências possíveis para a onerosidade excessiva, a escolha legislativa expressa no artigo 478 refere-se à resolução. Mister se faz conceituar esta figura.

A resolução age no plano da eficácia do negócio. Segundo A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, pode ocorrer que um contrato, existente, válido e eficaz venha, depois, por causa superveniente, não ligada à formação do negócio, tornar-se ineficaz. A resolução, portanto, é um fator de ineficácia do contrato⁴³¹, que opera segundo determinados pressupostos – no caso da resolução por onerosidade excessiva, os examinados acima.

A resolução, portanto, não extingue o contrato, mas tão-só a relação jurídica obrigacional⁴³². Ela é decorrente de exercício de direito formativo, ou direito potestativo – aquele que não exige uma ação ou omissão do devedor, mas opera por si, bastando seu exercício para modificar uma certa situação jurídica. No caso da resolução por onerosidade

⁴²⁸ Artigo 625, inc. II, do Código Civil.

⁴²⁹ Artigo 252º. Erro sobre os motivos. 1. O erro que recaia nos motivos determinantes da vontade, mas se não refira à pessoa do declaratório nem ao objeto do negócio, só é causa de anulação se as partes houverem reconhecido, por acordo, a essencialidade do motivo. 2. Se, porém, recair sobre as circunstâncias que constituem a base do negócio, é aplicável ao erro do declarante o disposto sobre a resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias vigentes no momento em que o negócio foi concluído.

⁴³⁰ L. A. CARVALHO FERNANDES. *A Teoria...*, cit., pp. 264-5.

⁴³¹ A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO. *Negócio Jurídico: existência, validade, eficácia*, cit., p. 59.

⁴³² R. R. AGUIAR JR. *Extinção dos contratos...*, cit., p. 39.

excessiva, tal direito formativo tem origem legal e depende de manifestação do interessado mediante procedimento judicial. Ela acaba por gerar efeito jurídico na esfera de terceiro⁴³³.

Nesse sentido, A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO cita estudo francês de CORINNE RIGALLE-DUMETZ que, partindo da diferença entre contrato e relação contratual, sustenta que a resolução extingue a relação contratual básica, ou a obrigação principal, eis que o contrato ainda pode dar ensejo a outras obrigações remanescentes⁴³⁴. PONTES DE MIRANDA, por sua vez, também entende a resolução como uma questão de eficácia do contrato, que extingue a relação jurídica⁴³⁵. Explica, ainda, que a resolução é um *como se*. “*Tem-se o negócio jurídico concluído como se concluído não tivesse sido*”, pois o mundo jurídico não admite que se desfizesse o negócio⁴³⁶.

Quanto ao marco temporal dos efeitos da resolução, vigora como norma geral o princípio da irretroatividade dos efeitos já produzidos nos contratos de duração, enquanto nos contratos de execução instantânea se retorna ao *status quo ante*, com extinção retroativa dos efeitos produzidos⁴³⁷. Por isso se entende que a resolução pode ter efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*⁴³⁸. Indiscutível, outrossim, é seu efeito liberatório, para o credor e para o devedor, o que concretiza seu caráter preventivo⁴³⁹.

Dadas estas coordenadas gerais, é preciso atentar para o conteúdo da resolução expressa no artigo 478, que determina inclusive um marco temporal único: A resolução retroagirá à data da citação. Observa-se que o dispositivo não faz diferenciação entre quaisquer categorias contratuais e, além disso, faz menção, no início, tanto aos contratos de execução continuada ou diferida, sendo certo que os últimos se encontram dentre os de execução instantânea. Assim, aparece uma dúvida: estariam os contratos de execução diferida também sujeitos à resolução *ex nunc*?

⁴³³ Idem, ibidem, pp.23-30.

⁴³⁴ A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO. (parecer) *Natureza jurídica do contrato de consórcio...*, cit., p. 367.

⁴³⁵ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado, Tomo XXV*, cit., p. 305.

⁴³⁶ Idem, ibidem, p. 307.

⁴³⁷ F. P. D. C. MARINO. *Classificação dos contratos...*, cit., p. 33.

⁴³⁸ Para R. R. AGUIAR JR., a resolução *ex nunc* chama-se resilição. *Extinção dos contratos...*, cit., pp. 63-4. Já para O. GOMES, resilição seria “a dissolução do contrato por simples declaração de vontade de uma ou das duas partes contratantes”: *Contratos*, 26ª ed., cit., pp. 221-25. O Código Civil utiliza-se do termo resilição no art. 473, como sinônimo de denúncia. Estaria, assim, mais próximo da terminologia empregada por O. GOMES. A resolução por onerosidade excessiva, de efeitos para o futuro, a partir da citação, seria também uma evidência de que a terminologia empregada por R. R. AGUIAR JR. não foi adotada.

⁴³⁹ Idem, ibidem, pp. 48-50.

Necessário dizer que, por exemplo, um compromisso de compra e venda em que se estabelece o preço a ser pago em prestações é contrato de execução diferida e não de trato sucessivo. Essa é a lição de F. P. D. C. MARINO:

“É a natureza da prestação que determina os contratos de duração e não a vontade das partes. Se a prestação pode ser prestada de uma só vez e as partes a dividem no tempo, não se configura contrato de execução continuada. Ter-se-ia, então, contrato de execução instantânea porém diferida, como na venda a prestações”⁴⁴⁰.

L. C. FRANTZ entende que nesse caso, para se evitar a perda das parcelas adimplidas desde o momento da contratação, não se aplica a parte final do artigo que trata dos efeitos da resolução⁴⁴¹. Contudo, não decorre da lei esta exceção. Inclusive porque até haveria outro meio disponível no próprio Código Civil de se cobrar a devolução das parcelas pagas, mesmo com a previsão legal de a resolução por onerosidade excessiva operar efeitos a partir da citação. Tratar-se-ia do artigo 885 do Código Civil, no capítulo sobre o enriquecimento sem causa, que poderia ter aplicação nas hipóteses de resolução contratual sem culpa do devedor⁴⁴². A delimitação do objeto da obrigação de restituir, nesse caso, é matéria que depende das regras próprias do direito restitutivo e não da onerosidade excessiva.

No Código de Defesa do Consumidor, a questão das parcelas pagas obedece a outros comandos (artigo 53 da Lei 8.078/90). No Código Civil, diferentemente, o pedido de resolução por onerosidade excessiva deverá vir acompanhado, se for o caso, do pedido de devolução das parcelas pagas com base no artigo 885, que veda o enriquecimento quando deixa de existir a causa que o justificava, como na resolução por onerosidade excessiva de contrato de execução diferida, como por exemplo, um compromisso de compra e venda, com pagamento do preço em parcelas⁴⁴³. A solução pode não parecer a mais simples, mas é a que decorre da lei, não só do artigo 478, mas de outros dispositivos do Código.

A questão de saber se o Código adotou somente a resolução do contrato como única solução para a onerosidade excessiva, ou se ao lado dela também haveria

⁴⁴⁰ F. P. D. C. MARINO. *Classificação dos contratos...*, cit., pp. 32-3.

⁴⁴¹ L. C. FRANTZ. *Revisão...*, cit., p. 146.

⁴⁴² C. MICHELON. *Direito restitutivo...*, cit., p. 252-5.

⁴⁴³ No mesmo sentido, A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO. *Relatório...*, cit., p. 94.

possibilidade de um pedido direto de revisão será tratada em pormenores a seguir. Outra questão diretamente relacionada com a literalidade do artigo em tela, que deve ser aqui mencionada, diz respeito a saber se ambos os contratantes têm direito à resolução ou apenas o devedor, como indica o artigo, excluído o credor. Segundo N. BORGES, esse foi dos mais graves erros do legislador brasileiro, pois, em primeiro lugar, entende o autor que ônus é encargo exclusivo do devedor. Em segundo lugar, aduz que o artigo expressamente dispõe que “*poderá o devedor pedir a resolução do contrato*”. Com isso, conclui que ao credor foi negado o direito à resolução, em afronta ao valor bilateral da justiça⁴⁴⁴.

Tais críticas, contudo, não trazam maiores consequências. Foi já estudado como a noção de onerosidade significa o desequilíbrio da troca econômica em desfavor de um dos contratantes, seja porque aquilo que se dá ficou muito mais custoso, seja porque aquilo que se recebe perdeu muito do seu valor. Em nenhum dos casos a atribuição patrimonial de um sujeito é remunerada, ou compensada, pela atribuição correspondente. Se o contrato oneroso for bilateral, as duas partes são credores e devedores. Disso resulta que a alusão ao devedor refere-se a quem deve a prestação tornada excessivamente onerosa, seja porque seus custos aumentaram, seja porque a contraprestação envileceu.

⁴⁴⁴ N. BORGES. *Aspectos...*, cit., pp. 95-8.

SEÇÃO 2ª

CONSERVAR AO INVÉS DE RESOLVER: A OFERTA DO RÉU DE MODIFICAÇÃO EQÜITATIVA

Diz o artigo 479 do Código Civil: *A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar eqüitativamente as condições do contrato.* Seus termos são muito próximos do que dispõe o artigo 1467/3 do Código Civil italiano, pelo qual a parte contra a qual é demandada a resolução pode evitá-la oferecendo-se a modificar as condições do contrato. Essa modificação do contrato possui o caráter de uma garantia que tem o contratante demandado na resolução de manter o vínculo contratual, desde que sanada a onerosidade excessiva.

Se o artigo servisse apenas para reiterar a possibilidade da parte de oferecer modificações no contrato, o dispositivo seria desnecessário. É evidente que iniciada uma ação judicial sobre direitos patrimoniais de caráter privado, as partes podem fazer concessões mútuas e transacionar sobre o objeto do litígio. No caso, poderiam muito bem renegociar o contrato, consensualmente. O artigo 479 só faz sentido, portanto, se a oferta puder ser imposta pelo juiz à parte que demanda a resolução, desde que cumpra as exigências legais determinadas.

Destarte, as questões trazidas pela doutrina dizem respeito ao conteúdo desse pedido de modificação, bem como ao papel atribuído ao juiz, ao julgar as demandas. Caso a parte que pretende a resolução aceite a proposta, o juiz apenas teria função homologatória. Se, ao contrário, a rejeita, o juiz terá de julgá-la e, eventualmente, impô-la⁴⁴⁵.

M. BIANCA explica que a atuação da parte que sofre a demanda não deve se limitar a uma proposta de modificação do contrato, mas deve já retificá-lo de modo a eliminar a excessiva onerosidade. Caberá ao juiz julgar se tal modificação é suficiente⁴⁴⁶. No mesmo sentido, o entendimento de R. LOTUFO, com respeito à analógica disposição relativa à lesão (art. 157 § 2º): “o que evitará, contudo, a anulação do negócio não é o

⁴⁴⁵ C. M. BIANCA. *Diritto Civile*, v. V, cit., p. 399.

⁴⁴⁶ Idem, ibidem, p. 399.

*simples oferecimento dessa complementação ou redução, mas a efetiva quebra da desproporção entre as prestações, fenômeno que deverá ser fiscalizado pelo juiz*⁴⁴⁷. Essa modificação, segundo J. A. DÍAZ,

*“Pode consistir em contentar-se com uma prestação econômica menor que a que foi pactuada, retribuir com uma contraprestação de entidade maior que a convencionada, ambas conjuntamente, ou até em uma modificação da modalidade de execução do contrato (prazos mais extensos, ou número de prestações maiores, etc)”*⁴⁴⁸.

Segundo autores italianos, esse julgamento teria como parâmetro a álea normal do contrato, ou seja, o juiz verificaria se a modificação elimina o desequilíbrio econômico do contrato que está além de oscilação ordinária dos custos e vantagens advindos com o contrato⁴⁴⁹. Já J. A. DÍAZ, a respeito do direito argentino, mostra que existem duas posições possíveis: pela primeira, o juiz deve estabelecer o pleno equilíbrio, pois uma vez que é chamado a intervir, não pode consagrar uma justiça restritiva. Pela segunda, basta que se elimine esse desequilíbrio acima da álea normal. O autor argentino acata a segunda, inclusive por razões de isonomia. Se um devedor pode sofrer um desequilíbrio econômico que não atinja o grau de excessiva onerosidade, estando ainda nos limites da álea normal e restar vinculado ao contrato, por quê aquele que sofre do desequilíbrio acentuado teria direito a uma posição mais benéfica⁴⁵⁰?

Nesse sentido, vale a pena ressaltar jurisprudência consagrada do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA nos já citados casos envolvendo contratos de *leasing* desequilibrados em virtude da liberação da flutuação cambial posta a cabo a partir de 1999. Ao invés de determinar a substituição da cláusula de variação cambial por indexadores internos de correção monetária, aquela corte passou a ordenar que as partes dividissem, meio a meio, o percentual da correção cambial, de forma a amenizar a prestação dos consumidores⁴⁵¹. Pode-se entender tal solução no sentido de que o SUPERIOR TRIBUNAL DE

⁴⁴⁷ R. LOTUFO. *Código civil comentado: parte geral (arts. 1º a 232)*, v. 1, 2ª ed. atual. São Paulo, Saraiva, 2004, p. 442.

⁴⁴⁸ J. A. DÍAZ. *A teoria...*, cit., p. 211.

⁴⁴⁹ V. ROPPO. *Il contratto*, cit., p. 1029; R. SACCO. *Il contratto...*, cit., p. 1003; C. M. BIANCA. *Diritto Civile*, v. V, cit., p. 399.

⁴⁵⁰ J. A. DÍAZ. *A teoria...*, cit., p. 212.

⁴⁵¹ REsp nº 472.594, 2ª Seção, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, rel. p/ acórdão Min. Aldir Passarinho Jr., j. 12/2/2003, DJ 4/8/2003; REsp nº 401.021, 4ª Turma, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, rel. p/ acórdão Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 17/12/2002, DJ 22/9/2003; e REsp nº 268.661, 3ª Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 16/8/2001, DJ 24/9/2001, com voto vencido do Min. Ari Pargendler.

JUSTIÇA optou por apenas eliminar a onerosidade excessiva e não reestabelecer um pleno equilíbrio.

Assim, em seguimento a tal entendimento jurisprudencial, a modificação eqüitativa do artigo 479 deve ser compreendida como eliminação da excessiva onerosidade que está além da variação ordinária dos custos e vantagens imbutida em cada contrato e avaliada de acordo com critérios típicos.

Portanto, a solução legal deve ser procedida de acordo com a seguinte ordem: proposta a demanda de resolução, na primeira oportunidade de se manifestar o demandado terá de fazer pedido no sentido de que o juiz aceite uma determinada modificação das condições do contrato que o reequilibre. O instrumento processual em que tal pedido será feito não precisa ser delimitado nesse trabalho, mas deverá obedecer as regras de processo, instrumentais aos comandos do direito material⁴⁵². Se a proposta for rejeitada, o juiz terá duas demandas a julgar: primeiramente, deverá verificar se estão presentes os requisitos da resolução. Aqui já se nota que o exercício do art. 479 não pode significar reconhecimento da pretensão da demandante, mas poderá ter caráter subsidiário. Assim, verificado pelo juiz que a resolução pode ser constituída, ele passa a julgar se a oferta do demandado é apta ou não a evitá-la. Deverá aqui verificar se ela restabelece o equilíbrio subjetivo original do contrato, a troca entabulada⁴⁵³. Se assim for, essa revisão deverá ser imposta à parte demandante.

M. BIANCA traz posicionamento do direito italiano segundo o qual a parte demandada na resolução poderia pedir que o juiz reconduza ele mesmo o contrato ao seu equilíbrio, ou, caso julgue insuficiente a modificação, a retifique⁴⁵⁴. Com relação à primeira hipótese, ela parece descumprir a regra de que deve haver uma oferta concreta de modificação do contrato, e não simplesmente o oferecimento de uma disponibilidade de revisá-lo.

Além disso, a regra com relação ao pedido no direito processual civil brasileiro é de que ele seja certo e determinado, sempre que seja possível a precisa quantificação dos bens postulados⁴⁵⁵. Nesse sentido, um pedido para que o juiz, ele mesmo, reconduza o

⁴⁵² Sobre os desdobramentos do art. 479 no direito processual civil brasileiro, F. L. YARSHELL. *Resolução por onerosidade excessiva: uma nova hipótese de “ação dúplice”?*, in *Estudos em homenagem à Professor Ada Pellegrini Grinover*, F. L. YARSHELL E M. Z. MORAES/Org. São Paulo, DPG, 2005, pp. 563-574.

⁴⁵³ A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO. *Relatório...*, cit., pp. 195-6.

⁴⁵⁴ C. M. BIANCA. *Diritto Civile*, v. V, cit., p. 400.

⁴⁵⁵ Art. 286, CPC. C. R. DINAMARCO. *Instituições de direito processual civil*, v. II. São Paulo, Malheiros, 2001, p. 120.

contrato ao seu equilíbrio econômico viola tal norma, uma vez que o equilíbrio contratual, ainda que construído subjetivamente, é formalizado em termos precisos e objetivos. Por fim, um tal pleito viola também o direito à ampla defesa e ao contraditório da parte excessivamente onerada, que necessita que a modificação seja concreta para poder avaliá-la.

Uma objeção a essa observação consistiria na hipótese da onerosidade excessiva não ser expressa em termos precisos pela parte que pede a resolução. Ilustrando: a parte pode pleitear a resolução por conta de um aumento no custo de materiais na ordem de x%, ou num valor determinado de tantos reais, ou por causa de desvalorização monetária na ordem de x% sobre o valor da prestação, ou ainda em razão da atividade necessária para superar dificuldade advinda de modo imprevisível que gera um custo adicional na ordem de tantos reais, etc. Em todos esses casos, o pedido de modificação deveria ser determinado nos mesmos termos que a onerosidade excessiva. Mas pode ocorrer que a parte excessivamente onerada peça a resolução sem especificar precisamente qual o montante da onerosidade excessiva, dependendo este de instrução probatória. Nesse caso, é razoável pensar que a determinação do pedido de revisão dependerá também da prova a ser produzida e poderá ser determinado após sua produção. No processo civil, aliás, uma das exceções à certeza e liquidez do pedido refere-se aos casos em que a quantificação depende de alguma conduta do réu⁴⁵⁶.

Com relação à hipótese de retificação pelo juiz da oferta julgada insuficiente, vale a sustentação acima no sentido de que, se houver uma oferta determinada, e um pedido subsidiário para que o juiz a modifique se julgá-la insuficiente, esse segundo pleito acaba por gerar uma indeterminação indevida no pedido. O que a parte sempre poderá fazer para garantir melhor seu direito à modificação é oferecer pedidos subsidiários, no sentido de que, proposta uma modificação, caso seja julgada insuficiente, seja aceita uma outra, mas sempre com parâmetros certos e determinados.

Outra questão também trazida por M. BIANCA, refere-se à possibilidade do pedido de modificação ser feito até quando ainda não haja juízo de mérito sobre a resolução⁴⁵⁷. Dada a estrutura preclusiva do processo civil brasileiro, em que é estabelecida uma fase postulatória única, essa alternativa não pode ser aplicada aqui⁴⁵⁸.

⁴⁵⁶ Art. 286, incs. I-III, CPC. C. R. DINAMARCO. *Instituições...*, cit., p. 120.

⁴⁵⁷ C. M. BIANCA. *Diritto Civile*, v. V, cit., p.401.

⁴⁵⁸ Art. 264, par., CPC. C. R. DINAMARCO. *Instituições...*, cit., p. 74.

As conclusões aqui parecem ser, portanto, em dois sentidos: o juiz não pode, sem pedido da parte demandada, alterar as condições do contrato (julgamento *extra petita*). Não pode também, rejeitar a modificação apresentada pela parte demandada e impor condições outras, mais severas (julgamento *ultra petita*)⁴⁵⁹, salvo se a quantificação da onerosidade excessiva e do conseqüente reequilíbrio ficar na dependência da instrução probatória. Vale dizer, ainda, que tais posicionamentos estão fundamentados, por fim, nos princípios da inércia e da adstrição que regem o processo civil brasileiro⁴⁶⁰.

Nada disso impede, por fim, que o juiz atue de forma a promover a renegociação do contrato, como um mediador que, enxergando de forma mais imparcial o problema de seu equilíbrio, atue ativamente com o objetivo de composição de interesses, na direção de uma justiça conciliatória, atento aos comandos normativos que a incentivam no processo civil.

A renegociação, aliás, parece ser a alternativa mais avançada para a solução do desequilíbrio superveniente. Assim, os *Princípios Unidroit Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais* estabelecem, como primeiro efeito do desequilíbrio contratual superveniente, o nascimento do direito da parte prejudicada de pleitear renegociações. Somente em caso de frustração delas é que pode a parte recorrer a um órgão judicante⁴⁶¹.

A jurisprudência já se manifestou sobre o art. 479 no sentido de negar antecipação de tutela para resolução do contrato antes que a parte contrária tivesse oportunidade de exercer seu direito de modificar equitativamente a avença para conservar o contrato⁴⁶².

⁴⁵⁹ A. C. F. PUGLIESE. *Teoria...*, cit., p. 22.

⁴⁶⁰ J. R. S. BEDAQUE. *Código de processo civil interpretado*, A. C. MARCATO/Coord., 3ª ed. São Paulo, Atlas, 2008, p. 375. Interessante relatar julgado a respeito do citado problema envolvendo contrato de *leasing*, no qual o a parte havia pedido a substituição da cláusula de variação cambial por um indexador de correção monetária interno, e o TJ/SP determinou o compartilhamento da variação cambial em partes iguais pelos contratantes. Constatou do acórdão que tal conclusão não configurava decisão *ultra* ou *extra petita*, uma vez que o pedido foi acolhido, porém em extensão menor do que a pretendida: TJ/SP, ap. c/ rev. nº 784.345-0/4, 27ª Câ. dir. priv., rel. Des. Dimas Rubens Fonseca, j. 27/1/2009.

⁴⁶¹ J. B. VILLELA et. al. *Princípios Unidroit Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais/2004 [versão em língua portuguesa]*. São Paulo, Quartier Latin, 2009, pp. 199-200. 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) A falta de acordo das partes em tempo razoável, cada uma delas 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.

⁴⁶² TJ/SP, Ag. Inst. nº 1.195.058-0/7, 30ª Câ. dir. priv., rel. Des. Andrade Neto, j. 13/8/2008; TJ/SP, Ag. Inst. nº 683.349-4/9-00, 1ª Câ. dir. priv., rel. Des. De Santi Ribeiro, j. 10/12/2009.

Pode-se concluir, por fim, que o artigo em tela concretiza o princípio da conservação do negócio jurídico, segundo o qual tanto o legislador quanto o intérprete devem procurar conservar, o máximo possível, um negócio jurídico concreto realizado⁴⁶³.

⁴⁶³ A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO. *Negócio Jurídico: existência, validade, eficácia*, cit., pp. 66-71.

SEÇÃO 3ª

SE NO CONTRATO AS OBRIGAÇÕES COUBEREM A APENAS UMA DAS PARTES

Convém atentar que na conceituação da onerosidade, o emprego da palavra correspectividade pode gerar confusões indevidas. O mesmo pode acontecer com a palavra sinalagma. A noção de atribuição patrimonial é interessante justamente por não trazer esse risco. Há que se distinguir, assim, a correspectividade econômica (onerosidade) da correspectividade das obrigações simultâneas e contrapostas, nos contratos ditos bilaterais ou sinalagmáticos⁴⁶⁴.

A correspectividade das obrigações simultâneas e contrapostas, ou bilateralidade de obrigações, é apreciada no momento de formação do contrato e diz respeito aos efeitos jurídicos gerados para as partes, especificamente quanto ao número e quanto à relação entre as obrigações⁴⁶⁵.

Por conta da existência desses dois critérios para apreciação da bilateralidade, passou o direito italiano a utilizar a expressão contratos com prestações correspectivas ou recíprocas, (obrigações correlatas⁴⁶⁶) para quando houvesse um nexo de interdependência entre as obrigações nascidas no momento de formação do contrato, de tal modo que as prestações fossem executadas simultaneamente, “*mano contro mano*”⁴⁶⁷. No direito brasileiro, a essa categoria corresponde a dos contratos bilaterais⁴⁶⁸ mencionada no artigo 476 do Código Civil. Podem ser chamados também de sinalagmáticos. A figura da exceção de contrato não cumprido ilustra bem tal característica⁴⁶⁹, que diz respeito à estrutura do contrato.

Desse modo, não são contratos com prestações correspectivas (nem bilaterais no sentido do artigo 476) os chamados bilaterais imperfeitos, ou seja, aqueles contratos cujo tipo não gera obrigações para ambas as partes, mas a bilateralidade pode eventualmente surgir na fase de execução. O exemplo é do mandato que, tipicamente

⁴⁶⁴ E. BETTI. *Teoria generale delle obbligazioni III...*, cit., p. 70.

⁴⁶⁵ F. MESSINEO. *Contratto...*, cit., p. 910; O. GOMES. *Contratos*, 26ª ed., cit., pp. 84-85.

⁴⁶⁶ O. GOMES. *Contratos*, 26ª ed., cit., p. 85.

⁴⁶⁷ F. MESSINEO. *Contratto...*, cit., p. 911.

⁴⁶⁸ O. GOMES. *Contratos*, 26ª ed., cit., p. 85.

⁴⁶⁹ F. P. D. C. MARINO. *Classificação dos contratos...*, cit., p. 37.

unilateral⁴⁷⁰, pode dar ensejo a obrigação do mandante ressarcir despesas do mandatário⁴⁷¹. Mas nem mesmo o significado dos bilaterais imperfeitos é unânime. Há entendimento, ainda, de que estes seriam justamente os contratos em que a corresponsividade se dá não entre duas obrigações, mas entre prestação e obrigação⁴⁷².

Sintetizando, pode haver:

(i) Bilateralidade de obrigações no sentido de obrigações para as duas partes, como no caso dos bilaterais “perfeitos” (compra e venda) e bilaterais imperfeitos (mandato).

(ii) Bilateralidade de obrigações no sentido de obrigações interdependentes para as duas partes, nascidas no momento de formação do contrato, também conhecidos por contratos sinalagmáticos ou contratos com prestações corresponsivas ou correlatas (compra e venda, locação, empreitada, artigo 476 do Código civil).

(iii) Bilateralidade de atribuições patrimoniais, no sentido de que o contrato instrumentaliza uma troca econômica. É o conceito de onerosidade. Às vezes, pode ser referido como de corresponsividade entre prestações, ou como bilateral imperfeito, em que há corresponsividade entre prestação e obrigação. O que importa é que o sentido da corresponsividade aqui é econômico e significa equivalência subjetiva entre atribuições patrimoniais corresponsivas. É o contrato que instrumentaliza uma troca, independentemente de sua estrutura jurídica.

Com esse último sentido se resolve o problema da onerosidade nos contratos unilaterais. Neles, a estrutura contratual é unilateral, mas há uma troca de atribuições patrimoniais.

Exemplo deste último é o mútuo oneroso. No direito brasileiro o mútuo é contrato real e, portanto, unilateral. Assim, a *mutui datio*, ou prestação constitutiva⁴⁷³ não é considerada uma obrigação. Mas é uma atribuição patrimonial que equivale subjetivamente à restituição com juros (*tantundem* e juros⁴⁷⁴) devida pelo mutuário. Daí seu caráter de troca⁴⁷⁵.

⁴⁷⁰ O. GOMES. *Contratos*, 26ª ed., cit., p. 426.

⁴⁷¹ F. P. D. C. MARINO. *Classificação dos contratos...*, cit., p. 34.

⁴⁷² A. PINO. *La eccessiva onerosidad...*, cit., p. 54.

⁴⁷³ E. BETTI. *Teoria generale delle obbligazioni III...*, cit., p. 69.

⁴⁷⁴ L. CARIOTA FERRARA. *Il negozio giuridico...*, cit., p. 226.

⁴⁷⁵ EMILIO BETTI destaca uma especificidade dos contratos de crédito: neles, há o elemento característico do “differimento” que é a própria concessão do crédito. Se a essa vantagem do mutuário

Não há troca, contudo, nos contratos unilaterais gratuitos. A obrigação a cargo do mutuário ou comodatário não consiste numa vantagem patrimonial para o credor, mas simples restituição da primeira prestação. À vantagem havida pelo mutuário ou comodatário não corresponde nenhum sacrifício. Nem à desvantagem sofrida pelo mutuante, consistente na privação da disponibilidade da coisa por certo período, corresponde vantagem alguma⁴⁷⁶.

Nas liberalidades impuras, em que até poderia haver atribuições patrimoniais correspectivas, faltaria justamente o sentido imanente de equivalência subjetiva entre elas, que autorizasse, por sua vez, a avaliação do desequilíbrio objetivo superveniente⁴⁷⁷. Da mesma maneira entende A. ALVIM: ainda que imposto encargo, predomina na doação o caráter de liberalidade⁴⁷⁸.

O ato gratuito cumpria a função de caridade e generosidade nas sociedades desiguais. Seu papel era o de corrigir a injustiça do direito. Na sociedade moderna, o direito pretende garantir a todos o livre desenvolvimento da própria atividade, de tal modo que todos podem encontrar na lei o modo de satisfazer suas necessidades, sem recorrer à caridade alheia⁴⁷⁹.

Concluindo, a correspectividade de obrigações sempre representará onerosidade, enquanto a recíproca não é verdadeira, já que a onerosidade pode se dar de outras formas⁴⁸⁰.

Disso já decorre uma consequência lógica para a onerosidade excessiva: nos contratos gratuitos, como visto, não existe troca, não existe onerosidade na atribuição patrimonial realizada. Dada essa evidência, não se pode neles invocar a excessiva onerosidade. Não há a prestação contraposta para se fazer a relação de equilíbrio econômico.

corresponde uma vantagem para o mutuante, há aí onerosidade no sentido de troca (*Teoria generale delle obbligazioni III...*, cit., p. 87).

⁴⁷⁶ L. CARIOTA FERRARA. *Il negozio giuridico...*, cit., p. 227. EMILIO BETTI entende que o ato de restituir tem caráter oneroso por ser prestação devida em função de algo anteriormente recebido. Contudo, aponta que a onerosidade aí refere-se a um “transferimento corrispondente”, mas não “scambio con prestazione corrispective” (*Teoria generale delle obbligazioni III...*, cit., pp. 86-7).

⁴⁷⁷ L. MOSCO. *Onerosità e gratuità...*, cit., p. 247.

⁴⁷⁸ A. ALVIM. *Da doação*, 3ª ed. São Paulo, Saraiva, 1980, p.236. E prossegue o autor, p. 237: “Pode ocorrer o excesso do encargo sobre o benefício, o que se dá, ordinariamente, por motivo posterior ao negócio, que não se altera por isso. Mas, se assim for conscientemente pactuado de início, alguns autores sustentam, com razão, a inversão de posições: o verdadeiro doador será o que se designou como donatário”.

⁴⁷⁹ L. MOSCO. *Onerosità e gratuità...*, cit., p. 286.

⁴⁸⁰ A. TRABUCCHI. *Istituzioni...*, cit., p. 703.

No direito italiano, contudo, o tema não é pacífico. Há autores que excluem dos gratuitos a possibilidade de alegação da excessiva onerosidade⁴⁸¹, bem como há os que entendem ser ela cabível⁴⁸². A discussão gira em torno da interpretação do artigo 1468 do *Codice*, que alude aos contratos com obrigações para apenas uma das partes⁴⁸³. É comum a interpretação de que, no artigo 1468, a excessiva onerosidade deve ser medida no confronto entre a prestação no momento de seu nascimento e no momento de sua execução, com a consequência lógica da quebra da natureza unitária da onerosidade excessiva⁴⁸⁴. Com esse último entendimento, até os contratos gratuitos poderiam sofrer excessiva onerosidade. Como o artigo 480 do Código Civil brasileiro praticamente repete o artigo 1468, esse debate também poderia se instalar aqui.

Respeitadas todas as posições divergentes na doutrina italiana, é mister reconhecer, entretanto, que no direito brasileiro o problema deverá ser resolvido levando-se em conta, além dos artigos 478 a 480, outros dispositivos legais. Nesse sentido, o artigo 317 do Código Civil, constante do capítulo referente ao pagamento das obrigações, na parte geral do direito obrigacional, traz a hipótese da desproporção do valor da prestação ocorrida entre o momento de sua origem e de sua execução.

Assim, se no direito italiano havia, por assim dizer, necessidade de se pensar em um regime não unitário da onerosidade excessiva (por não haver artigo semelhante ao 317 do Código Civil brasileiro), no Brasil isso não se mostra pertinente ou oportuno. A possibilidade de revisão de contratos gratuitos deverá ser valorada quando da análise do artigo 317. Por ora, em se tratando de onerosidade excessiva, o regime é unitário. Logo, os contratos gratuitos estão excluídos da aplicação da onerosidade excessiva.

Isso não significa, por outro lado, a exclusão da possibilidade de revisão dos contratos gratuitos. Convém atentar para essa hipótese no exame próprio do artigo 317, que será feito a seguir. Além disso, teriam cabimento, no caso dos gratuitos, formas subsidiárias de proteção do devedor em caso de alteração das circunstâncias, como a boa-fé objetiva. A onerosidade excessiva, disposta nos artigos 478 a 480 do Código Civil, é que tem um regime único e excludente dos contratos gratuitos, não a revisão. Os contratos gratuitos, nas palavras precisas de A. PINO, podem tornar-se mais gravosos com relação a

⁴⁸¹ A. BOSELLI. *Eccessiva Onerosità*, cit., p. 334; A. PINO. *La eccessiva onerosidad...*, cit., p. 53.

⁴⁸² E. BETTI. *Teoria generale delle obbligazioni I...*, cit., pp. 197-9; V. ROPPO. *Il contratto*, cit., p. 1.030; C. M. BIANCA. *Diritto Civile*, v. V, cit., p. 401.

⁴⁸³ Ver capítulo V.

⁴⁸⁴ A. GAMBINO. *Eccessiva onerosità...*, cit., p. 421.

potencialidade econômica do devedor, mas não podem tornar-se excessivamente onerosos, segundo o art. 1.467 (do Código Civil italiano, correspondente ao art. 478)⁴⁸⁵.

É de se lembrar ainda que, em alguns tipos de contratos gratuitos, a própria lei já dispõe de algumas soluções específicas para hipóteses que podem abarcar algum tipo de acentuação na dificuldade que envolve o adimplemento da obrigação: assim, por exemplo, o comodante pode suspender o uso da coisa pelo comodatário, antes do prazo convencionado, em caso de necessidade imprevista e urgente, reconhecida pelo juiz⁴⁸⁶. Ao depositário é facultado requerer o depósito judicial da coisa quando, por motivo plausível, não a possa guardar⁴⁸⁷.

Nos contratos unilaterais onerosos, ou com prestação constitutiva que, ainda que não tenham bilateralidade obrigacional, têm bilateralidade de atribuições patrimoniais, é cabível a onerosidade excessiva⁴⁸⁸, pois é justamente a troca econômica⁴⁸⁹ que se leva em conta para aferi-la. Não há nem que se utilizar dois raciocínios diversos para caracterização da onerosidade excessiva, como aludido por alguns autores do direito italiano. Comprovado que há troca econômica, ainda que por meio de contrato unilateral, é essa troca que deverá ser sopesada em momento superveniente, e não a prestação em si. Como visto, o regime é unitário, seja para os contratos bilaterais sinalagmáticos, seja para os unilaterais onerosos.

Nesse sentido, J. A. DÍAZ entende também que no direito brasileiro a onerosidade excessiva pode ser alegada em contrato unilateral oneroso, e justifica seu posicionamento pelo confronto de textos legislativos:

“Em primeiro lugar, a parte final do art. 480 parece enfatizar a idéia da correlatividade ao indicar, expressamente, que a finalidade da redução ou da alteração do modo de executar a prestação é a de evitar a onerosidade excessiva. A expressão é significativa, pois o antecedente italiano, de cujo texto é quase cópia fiel, não a emprega. Ao contrário, o art. 1.468 do Código de 1942 refere-se a uma redução ou modificação na modalidade da execução suficiente para reduzi-la à equidade. Nesse sentido, poder-se-ia

⁴⁸⁵ A. PINO. *La excesiva onerosidad...*, cit., p. 207.

⁴⁸⁶ Art. 851 do Código Civil.

⁴⁸⁷ Art. 635 do Código Civil.

⁴⁸⁸ C. L. B. GODOY. *Função social...*, cit., p. 66.

⁴⁸⁹ A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO. *Negócio jurídico e declaração negocial (noções gerais e formação da declaração negocial)*, tese para o concurso de professor titular de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1986, p. 208.

imaginar que o codificador brasileiro quis utilizar, deliberadamente, uma expressão suficientemente associada à idéia de correspectividade de modo a afastar, precisamente, a aplicabilidade da teoria da imprevisão no caso dos contratos a título gratuito. Com efeito, se a excessiva onerosidade aparece no art. 478 como a expressão de um desequilíbrio entre as prestações, não se aprecia como seria possível tentar estender idêntico critério aos contratos unilaterais onde não existem prestações que possam ser contra-balanceadas”.

E prossegue adiante:

“O problema consiste em que a onerosidade excessiva, fácil de conceber nos contratos onerosos, pela simples comparação entre o sacrifício de uma parte e o benefício que recebe; nos contratos gratuitos, por definição, aparece como impossível, pois o único que se possui é o sacrifício. Neste último caso, a única comparação factível seria a do valor originário com a do superveniente, mas daí já não poderia resultar um contrato excessivamente oneroso, senão apenas o que López de Zavália, com fino humor, chama de excessivamente gratuito”⁴⁹⁰.

Além dos contratos unilaterais onerosos, o autor também mostra outra possibilidade de aplicação do artigo em tela, consistente nas hipóteses em que em contratos inicialmente bilaterais, uma das partes já tenha executado sua prestação antes da ocorrência do fato superveniente ensejador da onerosidade excessiva. E justifica:

“Também não parece desprovida de significação a circunstância de que o antecedente italiano, já mencionado, refere-se aos contratos em que apenas uma das partes tenha assumido obrigações. O Código brasileiro, pelo contrário, refere-se aos contratos em que as obrigações couberem a apenas uma das partes”⁴⁹¹.

Outro detalhe também deve ser levado em conta para corroborar a afirmação acima: o texto legal do art. 480 se refere ao *contrato*, no singular, a indicar que não está se referindo a uma categoria de contratos, especificamente. Se o texto se referisse “aos contratos em que couberem obrigações a uma das partes”, a alusão à categoria dos unilaterais estaria mais evidente. Contudo, o modo de se expressar do legislador brasileiro, que ainda principiou o artigo pela conjunção “se” realmente permite o entendimento de que um contrato que tenha nascido bilateral sinalagmático, mas em que já houve

⁴⁹⁰ J. A. DÍAZ. *A teoria...*, cit., pp. 202-3.

⁴⁹¹ Idem, *ibidem*, pp. 202-3.

pagamento de uma das obrigações, continua sujeito à possibilidade de ocorrência da onerosidade excessiva, mas a consequência desta será tão somente a modificação da prestação e não mais a resolução.

C. L. B. GODOY também associa a possibilidade de revisão dos contratos unilaterais com a hipótese de uma das partes já ter cumprido sua obrigação⁴⁹². E A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO também amplia o alcance do art. 480 para abarcar a hipótese de contratos mais complexos, ainda que não categorizados como unilaterais, em que as cláusulas criem obrigações para apenas uma das partes⁴⁹³.

De todo exposto, pode-se chegar a uma conclusão a respeito do artigo 480: ele deverá ser aplicado sempre que, embora haja troca econômica (onerosidade) essa troca não esteja espelhada na estrutura obrigacional criada pelo contrato, ou seja, sempre que não haja nexo de interdependência entre obrigações num contrato. Pode ser aplicado, ainda, quando uma das obrigações, nos contratos bilaterais sinalagmáticos já houver sido adimplida. Quando uma obrigação tiver seu correspectivo econômico em uma prestação anterior, e que não tiver obrigação recíproca pendente, utiliza-se o art. 480. O sentido último do dispositivo diz respeito ao fato de ele prever não a resolução do contrato, mas a redução da prestação, ou a alteração do modo de executá-la.

Esse artigo concretiza uma exceção à regra da resolução por onerosidade excessiva, por uma razão: “*ausente o sinalagma, inaplicável a resolução*”⁴⁹⁴. A única maneira de evitar a onerosidade excessiva quando não há nexo de interdependência entre obrigações é pela revisão, que pode ser quantitativa (redução do preço) ou qualitativa (modo de execução)⁴⁹⁵, que pode se referir, por exemplo, a uma dilação de prazo. De todo modo, valem aqui as mesmas diretivas já afirmadas quanto à oferta de modificação do contrato trazida no art. 479: o pedido de revisão deverá ser certo e determinado, para o juiz julgar se cabe ou não a modificação nos termos em que foi demandada pelo interessado, com a possibilidade de pedidos sucessivos.

Tal artigo pode ter bastante utilidade no contrato de mútuo, unilateral no direito brasileiro, e cuja onerosidade já foi bem ilustrada por SÍLVIO RODRIGUES, ao expor

⁴⁹² C. L. B. GODOY. *Função social...*, cit., p. 67.

⁴⁹³ A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO. (*parecer*) *Natureza jurídica do contrato de consórcio...*, cit., p. 368.

⁴⁹⁴ R. R. AGUIAR JR. *Extinção dos contratos...*, cit., p. 85.

⁴⁹⁵ F. R. MARTINS. *Princípio...*, cit., p. 384.

sobre os contratos de crédito ao consumo e de crédito à produção⁴⁹⁶. O autor traz o problema da desvalorização monetária no contrato de mútuo, em que, por força do princípio do nominalismo, pelo qual a obrigação que resulta do empréstimo em dinheiro é a soma numérica expressa no contrato, o mutuante poderia sofrer onerosidade excessiva ao receber prestação bem menos valiosa do que aquela que efetuou anteriormente⁴⁹⁷. Ainda que tal hipótese se encaixe mais perfeitamente no art. 317 do Código Civil, não se poderia, pelas mesmas razões já trazidas ao se analisar a possibilidade de resolução pelo credor no art. 478, negar ao mutuante o direito à revisão.

Mas o problema também nem sempre se limitará à variação entre valor nominal e valor real da prestação. R. J. MORAES traz julgados em que se alega o aumento exagerado da prestação dos mutuários, nos quais a exacerbação se dá nos juros, calculados a partir de dados da inflação⁴⁹⁸. Aqui está uma hipótese de aplicação exclusiva do art. 480.

Importa, por fim, mencionar opinião diferente encontrada na doutrina a respeito do art. 480. Quanto à questão do dispositivo não fazer menção aos acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, A. VILLAÇA DE AZEVEDO tem posicionamento no sentido de que o dispositivo teria consagrado a lesão enorme, segundo a qual bastaria o exame do desequilíbrio objetivo entre prestações, prescindindo do fato extraordinário e imprevisível⁴⁹⁹. Com respeito pela posição defendida pelo civilista, da simples diferença entre categorias contratuais, bilaterais ou unilaterais, não se pode deduzir tamanha discriminação, tal como se dá nos contratos de consumo. Como já aludido anteriormente, não parece que o sentido do art. 480 seja o de reduzir exigências para aplicação da excessiva onerosidade. As próprias expressões aludidas – “*se no contrato*” e “*evitar a onerosidade excessiva*” remetem o intérprete para os pressupostos contidos no artigo acima.

A grande diferença e razão de ser deste dispositivo reside tão somente na impossibilidade da resolução nos contratos unilaterais e na conseqüente necessidade de se remediar a onerosidade excessiva apenas com a revisão contratual.

⁴⁹⁶ S. RODRIGUES. *Direito civil*, v. 3..., cit., p. 266.

⁴⁹⁷ Idem, *ibidem*, p. 267.

⁴⁹⁸ R. J. MORAES. *Cláusula...*, cit., p. 246.

⁴⁹⁹ A. V. AZEVEDO. *O Novo Código Civil...*, cit., pp. 26-7.

SEÇÃO 4ª

O VALOR REAL DA PRESTAÇÃO: ARTIGO 317

O art. 317 do Código Civil necessita ser transcrito para que se possa melhor estudá-lo.

Art. 317. *Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação 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.*

Para J. A. DÍAZ, a inserção do art. 317 no Código Civil brasileiro foi motivo de perplexidade, por várias razões: sua localização, as expressões utilizadas (“*motivos imprevisíveis*”), a comparação entre um valor e um momento, a alusão à desproporção manifesta⁵⁰⁰.

De fato, trata-se de disposição sem precedentes no Código anterior ou no direito estrangeiro. Enquanto as disposições sobre a resolução por onerosidade excessiva encontram-se no capítulo da extinção dos contratos em geral, o art. 317 está na seção do objeto do pagamento, na parte geral de obrigações, entre artigos que tratam exclusivamente de dívidas de dinheiro. Não constam do seu texto as expressões “*onerosidade excessiva*”, ou “*revisão do contrato*”. Assim, uma primeira importante tarefa é identificar seu âmbito de aplicação, de que problema ele trata, e como se relaciona com a onerosidade excessiva.

Da leitura do dispositivo percebe-se que ele se remete apenas a uma única prestação. Apreende-se também, apesar da redação confusa, que essa prestação, ou melhor, o valor dela, deve ser comparado em dois momentos: o de seu surgimento e o de sua execução. Ao final, o juiz deve assegurar, o quanto possível, seu valor real.

Assim, pergunta-se: estaria o dispositivo em tela regrando a onerosidade excessiva por outras palavras, ou se trata de hipótese distinta? Com raras exceções⁵⁰¹, muitos doutrinadores têm entendido que esse dispositivo tem requisitos semelhantes à hipótese de onerosidade excessiva⁵⁰².

⁵⁰⁰ J. A. DÍAZ. *A teoria...*, cit., pp. 214-5.

⁵⁰¹ Idem, ibidem, p. 215.

⁵⁰² R. LOTUFO. *Código civil comentado: obrigações: parte geral (arts. 233 a 420)*, v. 2. São Paulo, Saraiva, 2003, pp. 226-8; J. MARTINS-COSTA. *Comentários ao novo Código civil*, v. V, t. I: *do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 249; R. R.

Sua localização parece indicar uma direção para determinar seu conteúdo. Ele está inserido na seção do objeto do pagamento e sua prova, na parte geral das obrigações. O art. 315, anterior a ele, que trata apenas das dívidas em dinheiro, consagra o princípio do nominalismo no direito civil brasileiro⁵⁰³. Estabelece, ao seu final, uma ressalva: “salvo o disposto no artigos subsequentes”. O art. 316 permite a estipulação de aumento progressivo de prestações, sucessivas; o art. 317 é o que ora se examina; o art. 318 trata da nulidade das convenções de pagamento em ouro, ou em moeda estrangeira; e a partir do art. 319, já se cuida de regras sobre a quitação. Ora, é perceptível que os artigos 315 a 318, além da disposição expressa do art. 315, têm como tema central as dívidas em dinheiro. Mas não é esse o argumento decisivo para limitar o art. 317 às dívidas pecuniárias. Como bem observou L. C. FRANTZ, o dispositivo determina que o juiz assegure, o quanto possível, o *valor real* da prestação. Ora, só as dívidas em dinheiro possuem valor real, contraposto a valor nominal⁵⁰⁴. Este último, explica R. LOTUFO, é o valor consignado na moeda ou no papel moeda⁵⁰⁵. Já o valor real é a quantidade de objetos que determinado valor nominal pode comprar⁵⁰⁶.

R. LOTUFO mostra também que o texto do artigo 317, antes de sua aprovação pelo Senado, era diferente⁵⁰⁷. Dele constava:

“Art. 317. 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 de índices oficiais, por cálculo do contador”.

No Senado foi oferecida subemenda modificativa, que resultou no texto atual dos artigos 315 a 317. Ela suprimiu as expressões “*pela desvalorização da moeda*”, e “*correção monetária*”, trocando-as por “*motivos imprevisíveis*” e “*valor real da prestação*”, respectivamente. Em que pese a aparente tentativa congressista de expandir a aplicação do dispositivo para outras possibilidades de revisão além da desvalorização monetária, a persistente alusão a apenas uma prestação e a expressão “*valor real da prestação*”, acabam por limitar-lhe o âmbito aplicativo.

AGUIAR JR. *Extinção dos contratos...*, cit., pp. 152-3; J. C. F. SILVA. *Adimplemento e extinção das obrigações*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 181; L. C. FRANTZ. *Revisão...*, cit., p.109.

⁵⁰³ R. LOTUFO. *Código civil comentado*, v. 2, cit., p. 219.

⁵⁰⁴ L. C. FRANTZ. *Revisão...*, cit., p. 140.

⁵⁰⁵ R. LOTUFO. *Código civil comentado*, v. 2, cit., p. 220.

⁵⁰⁶ C. COUTO E SILVA. *A obrigação como processo, reimpressão*. Rio de Janeiro, FGV, 2007, p. 146.

⁵⁰⁷ R. LOTUFO. *Código civil comentado*, v. 2, cit., p. 220.

Apesar de muitos doutrinadores terem entendido que o dispositivo não deve ter aplicação restrita às dívidas pecuniárias⁵⁰⁸, entende-se, pelas razões antes colocadas, que a restrição procede⁵⁰⁹. Assim, uma diferença marcante com relação à onerosidade excessiva reside na aplicação limitada do art. 317 às prestações pecuniárias. Mais do que isso, o art. 317 trata do problema da perda do valor real nas prestações pecuniárias, seja por processo inflacionário, seja por deflacionário, eis que não faz diferença entre credor e devedor.

Foi visto, e aqui deve ser repetido, que onerosidade excessiva é o desequilíbrio econômico entre prestação e contraprestação. Ela requer dois elementos a serem postos em relação, quais sejam, as atribuições patrimoniais contrapostas, que guardam em si uma relação de equilíbrio subjetivo. Quando essa equivalência subjetiva é rompida, seja porque o custo de uma prestação aumentou por dificuldade de execução, por aumento dos preços, pela utilização de índices econômicos variáveis, seja porque a contraprestação se envileceu por desvalorização monetária, tem-se caracterizada a excessiva onerosidade. Foi verificado, inclusive, como a utilização de atribuições patrimoniais contrapostas é possível ainda que se trate de contratos estruturalmente unilaterais.

Assim, a onerosidade excessiva não se limita à variação no valor da moeda, mas esta última pode, por sua vez, ser um dos modos como se apresenta a excessiva onerosidade. Poder-se-ia dizer que a relação entre as duas é de gênero e espécie.

Tais ponderações conceituais têm respaldo legal que as autoriza. Nesse sentido, convém analisar uma oportuna ressalva feita pela lei: a de que o magistrado deva assegurar, “*quanto possível*”, o valor real da prestação. Essa expressão permite que se relacione aquela prestação única com o contexto que a envolve. Assim, se a prestação

⁵⁰⁸ J. MARTINS-COSTA. *Comentários...*, cit., pp. 255-7; R. R. AGUIAR JR. *Extinção dos contratos...*, cit., pp. 152-3; J. C. F. SILVA. *Adimplemento...*, cit., p. 161; R. LOTUFO. *Código civil comentado*, v. 2, cit., pp. 228-9. Merece ser transcrita a defesa que R. LOTUFO faz de seu posicionamento: “Por último, entendemos que o dispositivo não fica restrito ao plano das obrigações em dinheiro, ainda que sejam as mais numerosas, pois que a interpretação integradora enseja aplicação mais genérica do dispositivo. O exame da história deste art. 317 demonstra que está incluído na seção relativa ao objeto do pagamento e sua prova, sendo certo que pagamento é expressão técnica sinônima de adimplemento. Portanto, a satisfação do crédito, pelo devedor, mediante atividade sua, quer seja dando alguma coisa, quer fazendo, quer não fazendo. A remissão feita pelo art. 315 implica que é absolutamente pertinente quanto ao presente artigo em exame, mas não implica a supressão das outras hipóteses de obrigação de dar, isto é, de dar coisas que não sejam dinheiro, como não suprime as obrigações de fazer ou não fazer. Ademais, o texto advindo da subemenda não contém a restrição que existia no art. 311 do anteprojeto e do projeto: “Quando, pela desvalorização da moeda, ocorrer desproporção manifesta...”. A referência expressa do artigo à prestação devida evidencia que não há restrição à de dar dinheiro, já que englobadora de qualquer das modalidades obrigacionais. Aliás, tal interpretação estará muito mais consentânea com o espírito da socialidade e da boa-fé do que a restritiva, e tais princípios são norteadores do novo Código. Como argumento de reforço há que se lembrar que os arts. 319, 320 e 326 não podem ser entendidos como restritos às obrigações em dinheiro, sem falar que o artigo inicial da Seção, o 313, por sua generalidade, jamais poderia sofrer interpretação restritiva”.

⁵⁰⁹ No mesmo sentido, A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO. *Relatório...*, cit., p. 187; L. C. FRANTZ. *Revisão...*, cit., p. 140; F. R. MARTINS. *Princípio...*, cit., p. 382.

constar de um contrato oneroso, é necessário analisar o equilíbrio contratual para se fazer o reajuste necessário, pois deve se ter em conta que uma correção do valor de uma única prestação, sem o devido balanceamento num contrato oneroso, pode ocasionar onerosidade excessiva para a outra parte.

Vale dizer, como salientou R. LOTUFO, que se a norma protege o interesse do credor, daquele que vai receber o pagamento, também “*não colide nem invalida as disposições expressas relativas à onerosidade excessiva, estipuladas para serem de aplicação estrita ao campo contratual*”⁵¹⁰. Assim, quando a lei determina: deve-se assegurar o valor real da prestação, o *quanto possível*; leia-se: enquanto não prejudicar o equilíbrio para o outro lado, em desfavor do devedor.

Entendida dessa maneira, de acordo com os dispositivos legais, a presente norma se harmoniza com a onerosidade excessiva, visto que, ocorrendo a desvalorização monetária no âmbito contratual, deve-se ter em mente não só o valor real da prestação em si mesma, foco do art. 317, mas todo o contexto contratual, como autoriza o próprio art. 317.

Com relação à medida da variação do valor real da prestação, mais uma vez se mostra necessário recorrer ao contexto contratual. Pelo art. 317, ela deve ser manifesta. Ou seja, não será qualquer modificação passível de ser corrigida. Em se tratando de negócios onerosos, uma maneira de se verificar se a desproporção foi manifesta é investigar se ela excedeu a álea normal do negócio, se causou também excessiva onerosidade.

Na verdade, não há como tratar do problema da desvalorização monetária em contratos onerosos separadamente do campo da excessiva onerosidade. É melhor, portanto, fazer como R. LOTUFO e identificar o que as duas figuras têm em comum:

*“Tem em comum, com a onerosidade excessiva, que não é vício anterior ao nascimento, como é a lesão, mas decorrente do diferimento entre o nascimento e o momento do cumprimento, e que, por isso mesmo, afeta o real sentido da obrigação, visto que quem acreditou e deu crédito ao devedor merece receber a prestação conforme seu real conteúdo, ou seja, o valor estipulado originalmente”*⁵¹¹.

Também comum é a alusão à imprevisibilidade. Mister pontuar que o fato do artigo não mencionar a extraordinariedade do fato modificador é justificável na medida em que o contexto do artigo envolve a variação monetária. O que se exige é que a inflação ou

⁵¹⁰ R. LOTUFO. *Código civil comentado*, v. 2, cit., p. 228.

⁵¹¹ Idem, *ibidem*, p. 228.

deflação tenham um grau de imprevisibilidade, de especificidade, principalmente quanto aos seus efeitos. É necessário que as partes não pudessem legitimamente esperar o índice alcançado, que ele não fosse passível de ser razoavelmente previsto, que houvesse pouca probabilidade de ele ocorrer. E tudo isso deve ser apreciado levando-se em conta o contexto em que se encontram os contratantes, principalmente se são ou não profissionais. A desatualização monetária deve ser grave, a ponto de ter se mostrado, ainda que previsível no plano abstrato, acima das expectativas, no concreto.

O presente artigo também é aplicável para os casos de contratos que prevêm índices de atualização monetária, mas que tais índices se mostrem insuficientes. Se a perda do valor se deu por inflação mais alta do que o legitimamente esperado, pode ser feita a correção.

A utilização da palavra “*motivos*” aqui deve ser relevada. Seu uso está associado, no direito privado, ao negócio jurídico. Segundo A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, por “*motivos*” deve-se entender uma razão psicológica ou uma razão objetiva que precede e determina a declaração negocial. Mas o próprio autor lembra também, mas não sem enfatizar a necessidade de uniformizar a linguagem jurídica, que em outras situações no direito privado, “*motivos*” são utilizados com o mesmo sentido de “*causa*” ou “*justa causa*”⁵¹². Ora, somente nesse último sentido é que pode ser entendida a expressão “*motivos imprevisíveis*”, isto é, como “*causas imprevisíveis*” da desproporção manifesta.

Uma outra aproximação possível do art. 317 com o art. 478 é oferecida por J. C. F. SILVA, para quem o art. 317 tem aplicação exclusiva no âmbito negocial⁵¹³, pois tanto obrigações restitutórias, quanto indenizatórias são dívidas de valor e já comportam em si a correção monetária. De fato, a atualização monetária advém de disposição legal expressa: art. 389, no caso da obrigação de indenização, art. 395, em caso de mora e art. 884, no caso do enriquecimento sem causa, todos do Código Civil. Assim, é bem provável que a absoluta maioria de casos envolvendo o artigo se refira a obrigações negociais. Mas, se a

⁵¹² A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO. *Negócio jurídico e declaração negocial*..., cit., pp. 210-11.

⁵¹³ J. C. F. SILVA. *Adimplemento*..., cit., p. 160. “Poder-se-ia intuir que, seja pelo contraste topológico, seja pela abrangência do pagamento, o art. 317 teria um âmbito de aplicação relacionado a todas as obrigações e não só àquelas advindas de relações de natureza contratual. Todavia, essa possível imagem preliminar se mostra falsa quando se constata que tanto as obrigações de indenizar, quanto as restitutórias decorrentes do enriquecimento sem causa em sentido amplo (incluindo o pagamento indevido) – ou seja, obrigações não decorrentes de negócios jurídicos – dispensam uma tal medida. Estas, além de constituírem dívidas de valor, o que já implica a sua revisão monetária, não sofrem os efeitos de outros fatores de insegurança valorativa, como o desequilíbrio prestacional superveniente, de sorte a inexigirem medidas revisionais específicas”.

própria lei não fez essa restrição, talvez seja o caso de deixar que o desenvolvimento do tema e da jurisprudência tragam ulteriores esclarecimentos⁵¹⁴.

Uma importante diferença com relação à onerosidade excessiva, no entanto, refere-se à possibilidade de aplicação do art. 317 aos contratos gratuitos. Foi visto que a excessiva onerosidade é própria dos contratos onerosos. Ora, “desproporção manifesta não é a mesma coisa que onerosidade excessiva”⁵¹⁵. Nesse sentido, prestações pecuniárias nascidas de contratos gratuitos poderão ser revisadas para que se assegure seu valor real, uma vez que se tornem manifestamente desproporcionais, por fatos supervenientes imprevisíveis.

Poderia se objetar que nesses casos não haveria uma outra prestação para se fazer a comparação necessária com respeito a exigência da desproporção ser manifesta. Realmente, não se pode aqui escapar de um inexorável juízo de fato, mas se os outros requisitos estiverem presentes, principalmente se ocorreu uma desvalorização monetária qualificada como imprevisível, é bem possível que o valor real da prestação tenha sofrido manifesta modificação.

Um exemplo trazido por J. A. DÍAZ pode ilustrar a idéia:

*“Poder-se-ia pensar, por exemplo, em uma pessoa que se compromete a outorgar uma renda vitalícia e, posteriormente, como consequência de algum plano econômico singular se produz um processo deflacionário que transforma o valor comprometido originariamente em outro desproporcionalmente superior ao valor inicial”*⁵¹⁶.

A flagrante injustiça de impor alguém o cumprimento de uma liberalidade muito mais gravosa da que ele quis praticar seria sanada com recurso ao art. 317.

A grande vantagem da disposição do art. 317 é permitir que o juiz corrija o valor da prestação, ao invés de dispor sobre a resolução do contrato. Com isso, o direito civil brasileiro ganha uma consagração legal *geral* para a revisão judicial⁵¹⁷, em caso de variação de valor monetário, isto é, de discrepância entre valor nominal e valor real da prestação. Lembre-se que esse poder de revisão é bem delimitado pela lei: o juiz deve buscar o valor real da prestação pecuniária, sem olvidar do equilíbrio contratual em que se insere a prestação. Desse modo conserva-se o contrato e os interesses que com ele estão em jogo, por meio de uma adaptação sua à realidade subjacente. De fato, num caso em que a

⁵¹⁴ Sem limitar o artigo às obrigações contratuais, R. LOTUFO. *Código civil comentado*, v. 2, cit., p. 228.

⁵¹⁵ J. A. DÍAZ. *A teoria...*, cit., p. 215.

⁵¹⁶ Idem, *ibidem*, p. 203.

⁵¹⁷ A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO. *Relatório...*, cit., p. 187.

onerosidade excessiva ocorre por conta de desvalorização monetária, é melhor solução a revisão. Para os casos em que ela não for possível, sempre sobrar a resolução⁵¹⁸.

Assim, pode-se concluir fazendo coro com a observação de R. J. MORAES, para quem o art. 317 é uma disposição que pode ser utilizada nos casos mais habituais de desequilíbrio econômico superveniente, e o legislador foi feliz ao incluí-la no Código Civil⁵¹⁹.

⁵¹⁸ R. R. AGUIAR JR. *Extinção dos contratos...*, cit., p. 153.

⁵¹⁹ R. J. MORAES. *Alteração...*, cit., p. 144.

SEÇÃO 5ª

PRESSUPOSTOS NEGATIVOS

A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO informa que doutrina e jurisprudência, durante todo o período em que não houve tratamento legislativo para a matéria, elencaram três ordens de requisitos negativos para a resolução por onerosidade excessiva. São eles: (i) não haver recebimento anterior da prestação, por quem alega a onerosidade excessiva da contraprestação; (ii) não estar em mora quem alega o desequilíbrio; (iii) não ter o contratante assumido o risco da ocorrência do fato gerador da perturbação da relação de equivalência⁵²⁰. Vale agora, que há tratamento legal, verificar se tais requisitos são ainda exigíveis.

O primeiro desses requisitos também é trazido por outros autores com uma variante: a própria prestação excessivamente onerosa é que não pode ter sido ainda executada ou recebida, caso em que presumiria-se sua suportabilidade⁵²¹. Dessas duas questões, pode resultar, teoricamente, uma terceira: pode-se alegar o desequilíbrio depois de cumprido o contrato?

Tratando primeiramente dessas variantes, se o pedido for de resolução do contrato e se a parte o fizer depois de adimplida sua prestação, pendente ainda a contraprestação, o efeito liberatório em favor de quem pede restaria prejudicado, pois, como visto, a sentença não poderia causar efeitos retroativos à própria citação. Logo, essa hipótese configuraria-se prejudicial à própria parte que pedisse a resolução. Restaria, contudo, a possibilidade de invocação do art. 885 para reaver o que já havia sido pago. Ainda assim, parece ser preferível a via de um pedido de complementação da contraprestação, por exemplo. Nesse sentido, há julgados em que a questão da onerosidade excessiva foi apreciada em ação de consignação em pagamento, movida diante da situação em que o credor exigia complementação de preço para dar a quitação⁵²².

⁵²⁰ A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO. *Relatório...*, cit., p. 191.

⁵²¹ L. A. L. M. DIAS. *Onerosidade excessiva e revisão contratual no direito privado brasileiro*, in *Contratos empresariais: Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais*, W. FERNANDES/Coord. São Paulo, Saraiva, 2007, pp. 323-89, p. 357.

⁵²² TJ/SP, Ap. Cív. nº 130.630-2, 15ª Câm. Cív., rel. Des. Pinto de Sampaio, j. 15/6/1988, JTJ 118/86; TJ/SP, Ap. Cív. nº 128.534-2, 13ª Câm. civ., rel. Des. Isidoro Carmona, j. 30/8/1988, JTJ 118/266.

Em julgado do Superior Tribunal de Justiça a respeito da questão, entendeu-se ser preferível a alternativa de pagar e pedir a revisão a não pagar e submeter-se às dificuldades que decorrem da inadimplência⁵²³. Por outro lado, para que não se dê margem a entendimento de que a efetivação da prestação torna inadmissível a alegação de onerosidade excessiva⁵²⁴, como uma espécie de *venire contra factum proprium*, ou para não surpreender a outra parte com a recusa do recebimento do pagamento⁵²⁵, é prudente notificá-la a respeito do desequilíbrio e da intenção de pleitear a revisão. A quitação, por sua vez, aparece na jurisprudência como óbice definitivo para o pleito de resolução ou revisão contratual com base na onerosidade excessiva⁵²⁶.

Já para a exigência de não haver recebimento anterior da prestação, por quem alega a onerosidade excessiva da contraprestação, a solução no direito vigente parece apontar na direção do art. 480. Parte-se da já estudada circunstância muito pertinente apontada por J. A. DÍAZ, segundo a qual o art. 480 refere-se *ao contrato* em que as obrigações *coubrem* a apenas uma das partes, enquanto o dispositivo semelhante do Código Civil italiano alude *aos contratos* em que apenas uma das partes tenha *assumido* obrigações⁵²⁷.

Vale dizer, portanto, que a lei vigente admite que se alegue a onerosidade excessiva quando uma das obrigações já houver sido executada. Entretanto, atentando-se à estrutura do negócio, determinou que o remédio nesse caso se limita à revisão, vedada a resolução, em coerência com os efeitos da sentença retroativos apenas à data da citação. Ou seja, se uma das partes já adimpliu sua prestação, não poderá liberar-se do contrato, pela ausência de reciprocidade numa dada solução. Mas nem por isso sofrerá inerte os efeitos da onerosidade excessiva: poderá pleitear a redução ou alteração do modo de executar a prestação restante – mas em todo caso, terá de executá-la. Em caso de desvalorização monetária, em que pode ser usado o art. 317, a solução se mantém, podendo

⁵²³ STJ, REsp nº 293.778 – RS, 4ª Turma, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 29/5/2001, DJ 20/8/2001.

⁵²⁴ TJ/SP, Ap. c/ rev. nº 748.381-0/4, 30ª Câ. Dir. priv., rel. Des. Andrade Neto, j. 25/6/2008.

⁵²⁵ STJ, REsp nº 32.488-2-GO, 4ª Turma, re. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 7/9/1994, DJ 5/12/1994.

⁵²⁶ TJ/SP, Ap. civ. nº 134.398-2, 13ª Câ. civ., rel. Des. Paulo Shintate, j. 20/9/1988, JTJ 118/96; TJ/SP, Ap. c/ rev. nº 1.063.976-0/5, 35ª Câ. dir. priv., rel. Des. Clovis Castelo, j. 15/12/2008; TJ/SP, Ap. c/ rev. nº 935.817-0/1, 35ª Câ. dir. priv., rel. Des. José Malberi, j. 27/8/2007. Há ainda julgado que entendeu ser aplicável à situação de onerosidade excessiva o prazo prescricional das ações pessoais em geral, a contar do momento que houver o desequilíbrio: TJ/SP, Ap. civ. nº 419.044.4/5, 4ª Câ. Dir. priv., rel. Des. Francisco Loureiro, j. 16/4/2009.

⁵²⁷ J. A. DÍAZ. *A teoria...*, cit., p. 202-3.

o credor que já adimpliu sua obrigação, requerer o reajuste do preço para assegurar o valor real da prestação que tem para receber.

Pode-se passar, desta feita, para o segundo requisito, qual seja, da inexistência de mora da parte que alega o desequilíbrio⁵²⁸. Essa situação também comporta uma variante, verificada por R. J. MORAES: a ausência de culpa da parte prejudicada⁵²⁹. L. C. FRANTZ também faz menção às duas exigências⁵³⁰. Na ausência de artigo expresso relacionado ao tema do tratamento da onerosidade excessiva, a solução deve se ajustar ao regime geral.

Nesse sentido, valem as observações de R. LOTUFO a respeito do art. 399 do Código Civil sobre os efeitos da mora quanto à responsabilidade do devedor:

“(...) tem-se que o dispositivo traz efeito da mora já ocorrida, que não se desfaz pela superveniência, quer da força maior, quer do caso fortuito. Não se desfaz porque a mora implica a perpetuação da obrigação, o que vem a significar que o objeto da prestação fica imperecível juridicamente, ainda que fisicamente continue sendo perecível”⁵³¹.

Assim, se o devedor está em mora, e durante a mora ocorre o caso fortuito, ele continua respondendo pela obrigação. Ora, esse raciocínio deve também ser aplicado ao caso da onerosidade excessiva⁵³², pois se mesmo em caso de a prestação tornar-se fisicamente impossível, permanece a obrigação para o direito, por qual razão não permaneceria se, ao invés de impossibilitada, ela se tornasse tão somente mais custosa com relação à contraprestação? Aqui sim, faz sentido a expressão “quem pode o mais, pode o menos”, ou melhor, “quem deve o mais, deve o menos”. Se o devedor já deveria ter adimplido sua prestação, e após esse termo vem a ocorrer evento imprevisível que a torna excessivamente onerosa, não pode ele se beneficiar de sua impontualidade. Há que se

⁵²⁸ L. A. L. M. DIAS. *Onerosidade excessiva...*, cit., p. 359; C. L. B. GODOY. *Função social...*, cit., p. 68. TJ/SP, Ap. civ. c/ rev. nº 402.788-4/0-00, 2ª Câ. dir. priv., rel. Des. Ariovaldo Santini Teodoro, j. 18/11/2008, de cuja ementa consta: “Inadimplência dos promitentes compradores que é óbice à aplicação da ‘teoria da imprevisão’”.

⁵²⁹ R. J. MORAES. *Cláusula...*, cit., p. 200. Nesse sentido, TJ/SP, Ap. civ. nº 477.256.4/7-00, 4ª Câ. dir. priv., rel. Des. Francisco Loureiro, j. 24/5/2007, no qual se lê: “A onerosidade excessiva pressupõe ausência de culpa das partes contratantes. O inadimplemento do alienante, acima reconhecido, é frontalmente incompatível com a teoria da imprevisão. Eventual desequilíbrio do contrato, em última análise, decorreu de fato imputável ao próprio alienante, e não de fatores externos e inevitáveis”.

⁵³⁰ L. C. FRANTZ. *Revisão...*, cit., pp. 136-9.

⁵³¹ R. LOTUFO. *Código civil comentado*, v. 2, cit., p. 451.

⁵³² R. R. AGUIAR JR. *Extinção dos contratos...*, cit., p. 157.

verificar, como ensina J. O. ASCENSÃO, se a mora é causal para que a relação fique desequilibrada em consequência do fato superveniente⁵³³.

Outrossim, importa ter em mente, seguindo A. ALVIM, e com respeito aos dispositivos legais (art. 396) que “*a culpa é elementar na mora do devedor*”⁵³⁴, com o que se dá a ligação entre os requisitos da inexistência de mora e da ausência de culpa.

Esse requisito é importante inclusive para pontuar que não é o simples retardamento que prejudica a resolução ou revisão. É preciso que esse retardamento seja imputável ao devedor⁵³⁵. Nesse sentido, é importante notar o requisito trazido por A. PINO, de existência de um nexo causal entre o evento superveniente e a onerosidade excessiva⁵³⁶. Entre nós, o requisito é lembrado por C. R. GONÇALVES⁵³⁷.

Por tudo isso, a conclusão de A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO se mostra bastante pertinente: todos esses casos em que o devedor não pode se beneficiar de sua culpa para alegação de desequilíbrio econômico preservam a boa-fé objetiva, pela proibição do *venire contra factum proprium*⁵³⁸. Vale apenas esclarecer que não se está a confundir boa-fé objetiva, padrão de conduta objetivo, com culpa, que tem aspecto subjetivo. Num primeiro momento se verifica a mora (culpa). Num segundo momento se faz a relação entre a conduta culposa e a posterior conduta de pleitear a onerosidade excessiva. Essa segunda conduta é que viola a boa-fé objetiva. R. SACCO sintetiza o entendimento, afirmando que não pode invocar a onerosidade excessiva o devedor inadimplente, ou aquele que tiver dado causa a ela⁵³⁹.

Outra questão é a de saber se onerosidade excessiva é excludente da culpa do devedor para o caso de configuração dos efeitos da mora. Quando um contratante é atingido pela onerosidade excessiva, são três as possíveis alternativas que lhe aparecem, como mostra R. R. AGUIAR JR.:

⁵³³ J. O. ASCENSÃO. *Alteração das circunstâncias...*, cit., p. 113.

⁵³⁴ A. ALVIM. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, 5a. ed. São Paulo, Saraiva, 1980, p. 13.

⁵³⁵ V. ROPPO. *Il contratto*, cit., p. 1020. O Superior Tribunal de Justiça manifestou entendimento de que se a parte que alega a onerosidade excessiva é também imputável pelo atraso que a ela deu causa, não tem direito à proteção frente ao desequilíbrio: REsp nº 205.172-SC, 3ª Turma, rel. Min. Ari Parglender, rel. p/ acórdão Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 20/11/2001, DJ 25/3/2002.

⁵³⁶ A. PINO. *La excesiva onerosidad...*, cit., p.

⁵³⁷ C. R. GONÇALVES. *Direito civil brasileiro*, v. III, cit., p. 175.

⁵³⁸ A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO. *Relatório...*, cit., p. 191.

⁵³⁹ R. SACCO. *Il contratto...*, cit., pp. 994-5.

“(a) o devedor não pode deixar de efetuar sua prestação, sob pena de se tornar inadimplente; (b) pode deixar de prestar, depois de avisar expressamente o credor de sua dificuldade ou depois de promover a demanda de resolução, ou de modificação/revisão do contrato; (c) pode quedar-se inerte, alegando a onerosidade excessiva como defesa, na ação de adimplemento ou na de resolução proposta pelo credor”.⁵⁴⁰

Entende o autor que o desequilíbrio econômico superveniente justifica o inadimplemento, eliminando a culpa e liberando o devedor do dever de prestar e de arcar com perdas e danos, mas não produz o efeito de liberá-lo dos deveres secundários de conduta, entre os quais o de avisar o credor da dificuldade de cumprimento, para que este possa, inclusive, se oferecer a modificar as condições contratuais⁵⁴¹. No mesmo sentido se posiciona C. L. B. GODOY, para quem a excessiva onerosidade, avaliada de acordo com a boa-fé objetiva, pode afastar a mora⁵⁴². A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO também ressalta o dever de comunicar a onerosidade excessiva ao parceiro contratual⁵⁴³.

Assim, se mostra muito pertinente a observação de G. B. SHUNCK, para quem é preciso que o juiz verifique se a mora se deu tão somente em razão da onerosidade excessiva, ou se o devedor também contribuiu para agravar seus efeitos⁵⁴⁴. O Superior Tribunal de Justiça já pacificou entendimento de que para descaracterizar a mora não basta o reconhecimento de alguma ilegalidade na cobrança, ou no título que a embasa. Para tanto são necessário três requisitos simultâneos, quais sejam, a contestação da existência parcial ou integral do débito, a demonstração da plausibilidade jurídica de sua irresignação e o depósito da parte tida por incontroversa, se houver⁵⁴⁵.

Aplicando tais requisitos ao problema da onerosidade excessiva, pode-se concluir que uma notificação completa, demonstrando a presença dos requisitos da onerosidade excessiva, bem como uma atuação do devedor de forma a não contribuir para agravar seus efeitos e a prevenir o credor de alimentar a expectativa de recebimento da prestação tal como estipulada contratualmente, podem servir para descaracterizar a mora, se, simultaneamente, em caso de prestação de pagar quantia em dinheiro, for depositado o

⁵⁴⁰ R. R. AGUIAR JR. *Extinção dos contratos...*, cit., p. 159.

⁵⁴¹ Idem, *ibidem*, pp.159-60.

⁵⁴² C. L. B. GODOY. *Função social...*, cit., p. 68.

⁵⁴³ A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO. *(parecer) Natureza jurídica do contrato de consórcio...*, cit., p. 356.

⁵⁴⁴ G. B. SCHUNCK. *A onerosidade excessiva...*, cit., p. 107.

⁵⁴⁵ REsp nº 764.241-RS, 4ª Turma, rel Min. Jorge Scartezini, j. 25/4/2006, DJ 15/5/2006; REsp nº 246.106-SP, 4ª Turma, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 18/10/2005, DJ 6/2/2006.

valor tido por incontroverso. É provável que nesses casos a controvérsia seja solucionada em ação de consignação de pagamento.

Por fim, cabe tratar de um último aspecto de culpa trazido por R. J. MORAES. Trata-se da culpa no momento de formação do contrato, ao se prever de maneira imprudente. Como o próprio autor afirma, essa culpa está na verdade encoberta pelo requisito da imprevisibilidade, eis que nele se exige que o evento superveniente não possa ser legitimamente esperado pelo contratante, segundo o padrão do homem médio. Ora, se o evento deveria ter sido previsto segundo esses parâmetros (e não o foi por culpa do contratante), ele não pode ser dado como imprevisível e, logo, não há como se remediar o desequilíbrio⁵⁴⁶.

O requisito negativo final, o mais importante, segundo A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, é referente à não assunção dos riscos da superveniência pelo contratante. Entende o autor que o evento não pode estar na denominada álea normal do contrato⁵⁴⁷. Esse requisito, por sua vez, foi tratado já como uma medida mínima para o desequilíbrio, consagrada no texto da lei junto ao requisito da *extrema* vantagem para a outra parte, bem como foi visto que os eventos supervenientes ordinários não cumprem o requisito da extraordinariedade. Por outro lado, se se tratar de previsão do próprio fato extraordinário, ou se ele deveria ter sido previsto e não foi, se estará novamente no campo do pressuposto da imprevisibilidade, que restará ausente.

A questão mais delicada aqui é a da renúncia do direito à resolução ou revisão por onerosidade excessiva⁵⁴⁸. Seria possível tal renúncia no nosso direito?

A resolução por onerosidade excessiva é um *naturalia negotii*, um elemento natural do negócio jurídico, ou seja, aquele que pode ser afastado pelas partes sem que o negócio mude de categoria⁵⁴⁹. Um contrato não deixará de ser qualificado pelo ordenamento jurídico como contrato se as partes tiverem renunciado à possibilidade de revisá-lo. Desse modo, não haveria qualquer problema em se renunciar a esse direito. Entretanto, o tema requer atenção, pois como ensina A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, se a lei

⁵⁴⁶ R. J. MORAES. *Cláusula...*, cit., p. 201.

⁵⁴⁷ A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO. *Relatório...*, cit., p. 191.

⁵⁴⁸ G. B. SCHUNCK. *A onerosidade excessiva...*, cit., p. 157.

⁵⁴⁹ A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO. *Negócio Jurídico: existência, validade, eficácia*, cit., pp. 35-8.

exige o fato imprevisível para o direito à resolução, a renúncia antecipada implica numa previsão do imprevisível, o que se mostra contraditório do ponto de vista lógico. Vale dizer, sempre se poderia alegar que o fato concretamente ocorrido era imprevisível. E ainda, como ensina R. LOTUFO, a simples assunção de riscos imprevisíveis implica em declaração negocial sobre objeto indeterminável, o que também é vedado pelo direito⁵⁵⁰.

Logo, é preciso esclarecer esse ponto: a resolução ou revisão por onerosidade excessiva podem ser renunciadas pelo contratante, são elementos naturais do negócio. Contudo, sua renúncia deve ser específica. O evento superveniente, cujo risco de advir é coberto pela parte, deve estar previsto e especificado, de modo que não parem dúvidas acerca da impossibilidade de alegar o desequilíbrio por ele causado. Assim, as partes podem prever determinados riscos geológicos, determinados índices de inflação, determinada conjuntura internacional. Quando da ocorrência de determinado fato, ele deverá ser cotejado com o efetivamente previsto, o que faz com que o problema se coloque, assim como na antiga cláusula *rebus sic stantibus*, como uma questão de interpretação, na qual as particularidades do fato ocorrido deverão ser examinadas. No limite, sempre poderá ocorrer algo de imprevisível.

Há julgados que corroboram esse entendimento. No primeiro deles, de 1968, foi excluída a possibilidade de reajuste nos preços de certos contratos, para que os compradores adquirissem imóveis com a certeza de parcelas fixas. A empresa vendedora, contudo, moveu ação de revisão contratual por conta do fenômeno inflacionário. Embora a cláusula que vedava os reajustes tenha influído de maneira determinante no resultado do julgado, os julgadores não deixaram de apreciar se o fato superveniente – inflação – era ou não imprevisível. O resultado do julgamento foi que diante da cláusula e do evento previsível, o contrato não poderia ser revisto⁵⁵¹.

Em julgado de 2007, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo apreciou caso envolvendo empreitada por preço global e certo, em que se pleiteava sua revisão. Constatou do voto do relator o seguinte trecho:

“Tampouco o fato de tratar-se de contrato de empreitada global por preço certo, que não comporta, normalmente, revisão do preço, afasta, por si só, a aplicação da teoria da imprevisão. Tal teoria somente encontra fundamento em casos excepcionais. Em regra, nesse tipo de

⁵⁵⁰ As observações foram feitas pelos professores durante o exame de qualificação.

⁵⁵¹ TJ/SP, Ap. nº 172.247, 2ª Câ. civ., rel. Des. Cordeiro Fernandes, j. 27/8/1968.

*contratação, o empreiteiro assume o risco da alteração dos preços dos insumos, desde que tal alteração ocorra dentro de determinado padrão de normalidade. Tratando-se de contrato por preço certo, a teoria da imprevisão não é afastada, apenas deve-se considerar os pressupostos da imprevisibilidade com mais rigor*⁵⁵².

O art. 424 do Código Civil determina a nulidade das cláusulas que em contrato de adesão importem em renúncia antecipada a direito resultante da natureza do negócio. Contrato por adesão é aquele em que há predisposição de cláusulas, não havendo oportunidade para discussão do conteúdo contratual⁵⁵³. C. S. ZANETTI entende que o artigo citado refere justamente os elementos categoriais derogáveis⁵⁵⁴, acima citados, dentre os quais se encontra a possibilidade de resolução por onerosidade excessiva. Desta feita, se predisposta em contrato por adesão, a cláusula que renunciar ao remédio contra o desequilíbrio superveniente será nula.

Isso não implica, por outro lado, no nascimento automático do direito à resolução por excessiva onerosidade. Evidentemente, todos os pressupostos para tal devem estar presentes, principalmente, como visto, a imprevisibilidade do fato superveniente. A grande contribuição deste dispositivo é que se a onerosidade excessiva for argüida contra a parte predisponente, ela não poderá valer-se da citada cláusula para se defender.

⁵⁵² TJ/SP, Ap. c/ rev. nº 991.131-0/9, 29ª Câm. dir. priv., rel. Des. Pereira Calças, j. 19/12/207.

⁵⁵³ C. S. ZANETTI. *Direito contratual...*, cit., p. 228.

⁵⁵⁴ Idem, ibidem, p. 239.

SEÇÃO 6ª

CONTRATOS ALEATÓRIOS

Os contratos onerosos se subdividem em comutativos e aleatórios⁵⁵⁵. Nos contratos comutativos, há certeza quanto às prestações, o que permite que a relação de equivalência subjetiva entre elas possa ser concebida pela parte desde o momento em que o contrato se aperfeiçoa^{556 557}. Nos contratos aleatórios, um ou todos os contratantes assumem o risco de uma das prestações vir a falhar, quantitativa ou qualitativamente⁵⁵⁸. No contrato aleatório, portanto, pelo menos uma das partes não pode, desde a sua formação, saber se a prestação que poderá receber existirá, ou qual o seu montante⁵⁵⁹. Por isso, a equivalência subjetiva entre as prestações se dá entre a chance de ganhar e a de perder de cada parte⁵⁶⁰.

Há tipos contratuais reconhecidamente aleatórios no direito brasileiro, tais como o jogo, a aposta e a renda vitalícia⁵⁶¹. Quanto ao contrato de seguro, mister se faz um aprofundamento: do ponto de vista de seguradoras coordenadoras de grandes redes de seguros, a possibilidade de calcular com razoável precisão a probabilidade de ocorrência do sinistro faz com que, nesse contexto, não exista álea. Entretanto, do ponto de vista de um contrato isolado, sempre existe álea no tocante à existência e ao montante da prestação. E mesmo no caso da rede de contratos, sempre existirá álea para o segurado⁵⁶².

Há outros tipos contratuais que podem ser comutativos ou aleatórios conforme a vontade das partes, como por exemplo, as vendas aleatórias previstas nos artigos 458 a 461 do Código Civil⁵⁶³.

⁵⁵⁵ O. GOMES. *Contratos*, 26ª ed., cit., p. 88; S. RODRIGUES. *Direito civil*, v. 3..., cit., p. 33.

⁵⁵⁶ O. GOMES. *Contratos*, 26ª ed., cit., p. 88 e S. RODRIGUES. *Direito civil*, v. 3..., cit., p. 33.

⁵⁵⁷ R. LOTUFO. *Código civil comentado*, v. 1, cit., p. 439: “a comutatividade requer o equilíbrio na reciprocidade, com igualdade de sacrifícios”.

⁵⁵⁸ F. P. D. C. MARINO. *Classificação dos contratos...*, cit., p. 41.

⁵⁵⁹ S. RODRIGUES. *Direito civil*, v. 3..., cit., p. 33.

⁵⁶⁰ O. GOMES. *Contratos*, 26ª ed., cit., p. 88, de acordo com o art. 1104 do Código Civil francês.

⁵⁶¹ F. P. D. C. MARINO. *Classificação dos contratos...*, cit., p. 41.

⁵⁶² F. P. D. C. MARINO. *Classificação dos contratos...*, cit., p. 42; S. RODRIGUES. *Direito civil*, v. 3..., cit., pp. 330-337.

⁵⁶³ F. P. D. C. MARINO. *Classificação dos contratos...*, cit., p. 41.

Os contratos aleatórios chamam a atenção para a noção de álea. Em primeiro lugar álea existe não só nos contratos ditos aleatórios. Álea, como visto, existe sempre que haja atribuições patrimoniais de valores certos, mas que não haja simultaneidade entre o momento de conclusão e o de execução do contrato, de forma que esse decorrer de tempo pode trazer variações inerentes aos custos das prestações⁵⁶⁴. É a álea normal, conceito utilizado para delimitar o mínimo de desequilíbrio que enseja a onerosidade excessiva.

A álea acima citada se distingue, portanto, da aleatoriedade típica, que consiste numa troca de valores incertos, num equilíbrio de probabilidade. A fixação desses valores depende, por sua vez, da verificação de um evento esperado ou temido, mas expressamente previsto⁵⁶⁵. O que uma parte ganha, com sua ocorrência ou inoccorrência, a outra necessariamente perde. Ou seja, nos contratos aleatórios, o evento que fará cessar a aleatoriedade é objetivamente levado em conta para fixação do equilíbrio subjetivo em termos de probabilidade.

Há negócios, contudo, que não são facilmente subsumidos às hipóteses de contratos comutativos ou aleatórios. É o que ocorre, por exemplo, com os casos de contratos envolvendo compra e venda de safra futura a preço certo e com outros tipos de derivativos, como os *swaps*.

O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA já julgou alguns casos em que decidiu que embora o contrato de compra e venda de safra futura a preço certo fosse comutativo, ele comportava riscos inerentes ao próprio negócio, que tornavam previsíveis eventuais oscilações graves no valor das prestações, com base na alteração dos valores de cotação dos produtos no mercado⁵⁶⁶. Até a variação do dólar no mercado de câmbio flutuante, eleições presidenciais e guerra no oriente médio foram abarcados entre os riscos assumidos neste tipo de negócio.

Quanto aos outros casos de derivativos, há posição na doutrina que defende que nesses contratos a possibilidade de variações favoráveis ou contrárias é sempre

⁵⁶⁴ E. BETTI. *Teoria generale delle obbligazioni III...*, cit., p. 76.

⁵⁶⁵ Idem, *ibidem*, p. 77.

⁵⁶⁶ REsp 722130-GO, 3ª Turma, rel. Min. Ari Parglender, j. 15/12/2005, DJ 20/2/2006; REsp 783520-GO, 3ª Turma, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 7/5/2007, DJ 28/5/2007; REsp 803481-GO, 3ª Turma, rel. Min(a). Nancy Andrighi, j. 28/6/2007, DJ 1/8/2007. Esses podem ser tidos como “leading cases” na matéria. O primeiro deles menciona parecer de Silvio Rodrigues.

prevista pelas partes, o que faria com que a alegação de reequilíbrio por fatos supervenientes imprevisíveis escapasse à lógica da própria operação⁵⁶⁷.

Pode-se relacionar esses casos do direito brasileiro com a criação da doutrina italiana da categoria dos contratos de álea normal ilimitada. Tais tipos contratuais gerais nasceram de uma dupla exigência: não conceituar os chamados contratos de bolsa como aleatórios, em razão de sua possível assimilação aos tipos do jogo e da aposta e a conseqüente falta de proteção que daí decorreria no ordenamento italiano; e simultaneamente negar a eles o remédio da resolução por onerosidade excessiva, por ser ele inoportuno em contratos fortemente marcados pelas oscilações do mercado. Por isso, nos contratos de álea normal ilimitada, operaria uma presunção absoluta de insuperabilidade da álea normal⁵⁶⁸.

Hoje, contudo, entende-se que a discussão em torno da conceituação entre contratos álea normal ilimitada e aleatórios se resolve melhor pela interpretação contratual, certo que se as partes previram o risco de oscilações supervenientes e contrataram de tal modo que o acontecimento incerto viria determinar a medida das prestações, estar-se-ia diante de um contrato aleatório⁵⁶⁹.

No direito brasileiro, não há qualquer prejuízo em termos de segurança e proteção ao se chamar aleatório um contrato derivativo, eis que o artigo 816 do Código Civil expressamente os exclui da aplicação das regras do jogo e da aposta. Entretanto, como visto, há casos jurisprudenciais em que se encontram contratos comutativos com uma margem de risco bastante alargada.

Diante desse mapeamento das situações que envolvem a aleatoriedade, poder-se-ia perguntar se neles o desequilíbrio contratual superveniente comporta proteção, já que neles, por definição, pelo menos uma das partes não pode prever no momento de conclusão do ajuste o montante de sua prestação.

No direito italiano, há uma solução legal que não existe no direito brasileiro. O artigo 1469 do Códice os exclui da possibilidade de alegação de excessiva onerosidade⁵⁷⁰. Mas mesmo lá, há posicionamento no sentido de que aos contratos aleatórios são vedados

⁵⁶⁷ E. SALOMÃO NETO. *Direito bancário*, 1ª ed., 2ª reimpr. São Paulo, Atlas, 2007, p. 359.

⁵⁶⁸ L. BALESTRA. *Il contratto aleatorio e l'alea normale*. Padova, CEDAM, 2000, pp. 128-133.

⁵⁶⁹ Idem, *ibidem*, p. 142.

⁵⁷⁰ Capítulo V.

os remédios legais somente enquanto a superveniência realize exatamente o risco jurídico-econômico que constitui a álea daquele determinado contrato⁵⁷¹.

No direito brasileiro, em que não há dispositivo semelhante, o que fazer?

Foi visto acima que na aleatoriedade típica, a fixação dos valores das prestações contratuais depende da verificação de um evento esperado ou temido, mas que, em todo caso, é expressamente previsto⁵⁷². Isso significa que o equilíbrio fixado em termos de probabilidade sempre leva em conta um evento certo. Daí decorre que não é todo e qualquer desequilíbrio que constitui sua álea típica. Logo, o desequilíbrio permitido nos aleatórios é tão somente aquele causado pelo fato futuro expressamente previsto.

Nesse sentido, o estudo de L. BALESTRA conclui que as partes, ao estipular um contrato aleatório, assumem unicamente a álea própria do contrato, de forma que os desequilíbrios supervenientes não relacionados a ela recebem a mesma disciplina prevista para os contratos comutativos. O *discrimen* dos aleatórios só é legítimo quanto ao evento previsto. Ainda assim, uma tal situação pressupõe um regulamento contratual completo, em que os elementos de risco assumidos estejam bem definidos⁵⁷³.

Assim, é possível delimitar algumas idéias: é de rigor a não incidência do remédio por onerosidade excessiva na álea típica dos contratos aleatórios, salvo a exceção abaixo citada. E isso é assim simplesmente pelo fato de esses contratos existirem validamente no direito brasileiro. A alegação de onerosidade excessiva seria, nesse caso, contra a ontologia do próprio contrato. Não seria nem necessário um artigo de lei para proibir-lhe a incidência⁵⁷⁴. Já para os fatos excluídos da álea típica dos aleatórios, o regime dos comutativos referente à onerosidade excessiva, dada a ausência de texto legal que o vede, é plenamente aplicável⁵⁷⁵.

É importante lembrar ainda a exceção disposta para o contrato de seguro, consistente na possibilidade de revisão do prêmio em favor do segurado, caso a redução do risco seja considerável⁵⁷⁶. Trata-se de uma interessante possibilidade de reequilíbrio do

⁵⁷¹ V. ROPPO. *Il contratto*, cit., p. 1032.

⁵⁷² E. BETTI. *Teoria generale delle obbligazioni III...*, cit., p. 77.

⁵⁷³ L. BALESTRA. *Il contratto aleatorio...*, cit., pp. 147-8.

⁵⁷⁴ G. CAPALDO. *Contratto aleatorio e alea*. Milano, Giuffrè, 2004, p. 303. A posição da autora quanto ao direito italiano é de que se não é necessário dispositivo legal para retirar o regime da onerosidade excessiva quanto ao desequilíbrio causado pela álea típica, o artigo 1469 é uma escolha legislativa que só pode significar a negação do remédio para todo e qualquer contrato aleatório.

⁵⁷⁵ Julgado do TJ/SP considerou que a natureza aleatória do contrato não obsta a ocorrência de onerosidade excessiva: Ag. Inst. nº 7.324.656-7, 14ª Câm. dir. priv., rel. Thiago de Siqueira, j. 25/3/2009.

⁵⁷⁶ Art. 770.

contrato pelo desequilíbrio superveniente de probabilidades, apenas em favor do segurado e limitada pela hipótese legislativa.

Por fim, para aqueles casos de contratos reconhecidos no direito brasileiro que poderiam corresponder aos de álea normal ilimitada, a solução segue os mesmos princípios: neles, se prevê a possibilidade de graves desequilíbrios causados por variações abruptas do mercado. Assim, ainda que não se preveja qual o evento em si causador do desequilíbrio, a possibilidade dele ocorrer constitui a razão de ser desses contratos, de forma que não se aplicaria a eles o regime da onerosidade excessiva.

J. O. ASCENSÃO traz interessante exemplo de evento superveniente que fugiria do risco assumido num contrato de álea normal ilimitada:

“Quem joga na Bolsa está sujeito aos riscos da oscilação das cotações. Mas o encerramento das Bolsas é uma ocorrência extraordinária, que deve levar à revisão ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias”⁵⁷⁷.

A possibilidade da alegação do desequilíbrio, nesse e nos outros contratos aleatórios, portanto, passa pela questão da previsibilidade do evento causador do desequilíbrio. Nos contratos aleatórios uma gama de eventos supervenientes é abstratamente prevista, de modo a excluí-los do regime da excessiva onerosidade.

⁵⁷⁷ J. O. ASCENSÃO. *Alteração das circunstâncias...*, cit., p. 102. E prossegue em nota de rodapé: “Da mesma forma, uma aposta sobre o resultado dum jogo de futebol sofre o impacto do acontecimento extraordinário da queda do avião em que eram transportados os jogadores e da morte de toda a equipa, sendo substituída por jogadores de segunda linha”.

SEÇÃO 7ª

CONTRATOS DE SINALAGMA INDIRETO

A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO enxerga na noção de sinalagma um conceito fértil para desdobramentos do equilíbrio contratual, principalmente pela possibilidade de seu uso nas diferentes estruturas contratuais, o que ele denomina de sinalagma indireto⁵⁷⁸. Convém, então, fazer uma breve aproximação dessa temática.

Já foi observado como o conceito de sinalagma foi utilizado pelos romanos no sentido de reciprocidade de prestações, como troca, abarcando inclusive contratos como o de sociedade, mas sem chegar a representar uma equivalência objetiva⁵⁷⁹. Correntemente, um importante uso dessa noção se dá nos contratos de colaboração ou associativos, em que há comunhão de interesses e identidade de escopo entre os contratantes⁵⁸⁰. A diferença a ser notada é que nesses contratos, a relação sinalagmática tem caráter indireto e mediato, como acentua T. ASCARELLI⁵⁸¹.

L. MOSCO reconhece a mesma relação de troca mediata nos contratos associativos, porém sob o manto da onerosidade. Seu raciocínio é embasado no contrato de sociedade. Apesar da comunhão de escopo ser seu elemento essencial, há onerosidade, no seguinte sentido: cada sócio paga sua prestação que deve servir ao desenvolvimento da atividade social (nenhum sócio recebe diretamente algo de outro sócio); desta atividade deverá ser derivado um resultado econômico que será dividido entre os sócios, e constituirá para cada um a recompensa pelo sacrifício suportado; “*A sociedade constitui uma forma de onerosidade mediata, no sentido que a vantagem de cada contratante encontra sua realização através da fase intermediária de atividade social*”⁵⁸².

⁵⁷⁸ A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO. (*parecer*) *Natureza jurídica do contrato de consórcio...*, cit., p. 363.

⁵⁷⁹ Seção 1a., subseção II, deste capítulo. Fragmento do Digesto (D. 50, 16, 19) fazia remissão ao uso do termo pelos gregos como sinônimo de contrato, abarcando compra e venda, locação, ou sociedade, mas já sem se referir à noção de equivalência.

⁵⁸⁰ E. BETTI. *Teoria generale delle obbligazioni III...*, cit., p. 78.

⁵⁸¹ T. ASCARELLI. *O contrato plurilateral*, in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*/T. ASCARELLI, 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 1969, pp. 271-332, p. 309.

⁵⁸² L. MOSCO. *Onerosità e gratuità...*, cit., p. 110.

L. C. FERRARA também nota que nos contratos de colaboração a obrigação de um contratante está também justificada na obrigação de outro ou de outros contratantes. E especificamente quanto à sociedade, advoga que *“indubitavelmente a obrigação ou a prestação de cada um dos sócios é casualmente ligada àquela do outro e, sobretudo, em função de atribuição patrimonial”*⁵⁸³.

E. BETTI diferencia uma correspectividade econômica imediata e direta, que caracteriza o sinalagma comutativo dos contratos de troca, e uma correspectividade econômica mediata e indireta, que caracteriza a reciprocidade dos contratos de estrutura associativa. Nestes, a prestação é devida tendo em vista a finalidade do contrato, que é o interesse comum. Nenhuma parte recebe diretamente a prestação da outra, mas todas são beneficiadas através da realização do fim comum. Portanto, pode-se dizer que a reciprocidade aqui é *convergente*⁵⁸⁴.

Assim, uma vez que a relação de troca está presente nos contratos de colaboração, é necessário se perguntar se a onerosidade excessiva tem neles cabimento.

Segundo A. PINO, no contrato de sociedade, a resposta é negativa. Não se pode dizer que a sociedade tenha igual regime jurídico dos contratos de câmbio, apesar dessas semelhanças. Em particular, afirma, o valor das prestações de cada um dos sócios não é considerado em relação a prestações dos outros sócios. E não pode deixar de ser levado em conta ainda o surgimento de uma nova pessoa jurídica, quando isso ocorre⁵⁸⁵.

R. SACCO, por outro lado, tem posicionamento contrário. Em trecho traduzido por A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, assim esclarece:

“Também são contratos com prestações correspectivas os contratos de sociedade. A função associativa não exclui que a prestação do sócio e do associado seja reciprocamente condicionada à prestação dos outros sócios e ao direito à partilha final. Não excluem essa solução as complicações decorrentes do fato de ser o contrato plurilateral e de que, se a sociedade é personificada, a troca ocorre entre a contribuição inicial dos sócios e a aquisição da quota social. A peculiaridade da relação pode acarretar que a prestação consistente no emitir as ações ou no repartir os lucros ou o patrimônio não sejam mais excessivamente onerosas, porque avaliadas segundo parâmetros que impedem tal ocorrência. Mas a prestação

⁵⁸³ L. CARIOTA FERRARA. *Il negozio giuridico...*, cit., p. 233.

⁵⁸⁴ E. BETTI. *Teoria generale delle obbligazioni III...*, cit., p. 80.

⁵⁸⁵ A. PINO. *La eccessiva onerosidad...*, cit., p. 209.

do sócio, se diferida com relação ao momento da promessa, pode perfeitamente subsumir-se à hipótese do art. 1467”⁵⁸⁶.

Por um lado, não há como negar a onerosidade do contrato de sociedade, e daí, sua tendência a poder sofrer da onerosidade excessiva. Mas não é possível deixar de observar também que o contrato de sociedade, nas suas várias formas, possui muitas peculiaridades. Por isso, nosso entendimento é o de que pode ocorrer onerosidade excessiva no contrato de sociedade. Entretanto, os outros pressupostos exigidos devem também estar configurados. Com relação ao pressuposto da imprevisibilidade, pode-se dizer que ele deverá ser considerado com o rigor condizente com todas as especificidades do direito societário e levando-se em conta, principalmente, o objeto social.

Por outro lado, a onerosidade excessiva pode ocorrer em outros contratos colaborativos, como mostra A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO a respeito do contrato de consórcio⁵⁸⁷. Nesse caso, em virtude de inexistência de interdependência entre as obrigações, foi utilizado o art. 480 como solução para o desequilíbrio econômico. A. PINO, por sua vez, entende os contratos de edição como contratos colaborativos e defende neles a possibilidade de ocorrência da onerosidade excessiva⁵⁸⁸. Julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por sua vez, já reconheceu a ocorrência de onerosidade excessiva em contrato de consórcio, por conta da aumento na cotação do dólar de 1999⁵⁸⁹.

Outra estrutura contratual que apresenta o sinalagma atenuado é a dos contratos liquidativos ou de acerto, duas expressões utilizadas por L. MOSCO para se referir à divisão e à transação, contratos que visam encerrar um conflito de interesses⁵⁹⁰.

A divisão opera uma modificação na esfera patrimonial de cada condômino, isto é, cada sujeito perde o seu direito fracionário sobre a coisa toda, e adquire uma porção concreta e individualizada de determinado bem⁵⁹¹. Essa troca configura sua onerosidade.

⁵⁸⁶ R. SACCO. *Il contratto...*, cit., p. 987; tradução: A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO. (*parecer*) *Natureza jurídica do contrato de consórcio...*, cit., p. 365.

⁵⁸⁷ A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO. (*parecer*) *Natureza jurídica do contrato de consórcio...*, cit., pp. 363-6.

⁵⁸⁸ A. PINO. *La eccessiva onerosidad...*, cit., pp. 209-10.

⁵⁸⁹ TJ/SP, Ap. nº 1.079.107-2, 23ª Câm. dir. priv., rel. Des. Rizzatto Nunes, j. 25/10/2006, JTJ 312/75.

⁵⁹⁰ A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO. (*parecer*) *Relação jurídica que não é de consumo. Destinatário final. Cláusula abusiva*, in *Estudos e pareceres de direito privado/A. Junqueira de Azevedo*. São Paulo, Saraiva, 2004, pp. 226-34, p. 229.

⁵⁹¹ L. MOSCO. *Onerosità e gratuità...*, cit., p. 172.

Se a divisão tende a eliminar a incerteza sobre o objeto concreto do direito, a transação, por sua vez, visa por fim a uma incerteza referente à existência ou medida de um direito, que pode dar lugar a uma lide. As recíprocas concessões constituem a onerosidade da transação: cada renúncia é um sacrifício que traz vantagens para a outra parte, e entre elas existe uma relação de causalidade⁵⁹².

Com base na onerosidade da transação, pode-se notar um aspecto importante do conceito de onerosidade: qualquer forma de sacrifício patrimonial, realizado para obter uma vantagem correspondente é suficiente para que se tenha uma atribuição onerosa, sendo desnecessário o escopo de lucro. Mesmo uma notável desproporção não torna nula a onerosidade da transação, se existe acordo sobre a recíproca dependência entre as concessões⁵⁹³. Da mesma forma que ocorre na sociedade, não é de se negar neles, em princípio, a possibilidade de ocorrência do desequilíbrio contratual superveniente.

Há dois julgados recentes que apreciaram questão envolvendo onerosidade excessiva em transação, um em matéria de família⁵⁹⁴ e outro em matéria societária⁵⁹⁵. Nos dois casos o mérito da questão foi examinado, mas o fato superveniente invocado não foi considerado imprevisível.

Por fim, nos contratos de garantia não se pode falar em excessiva onerosidade, eis que entre as partes presentes, credor e garantidor, não existem prestações recíprocas que possam ser valoradas uma com relação a outra⁵⁹⁶.

Interessantíssimo acórdão relacionado a esse tópico foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, em caso envolvendo crédito documentário⁵⁹⁷. Em tal operação, figuram um importador (comprador) e um exportador (vendedor). Além dessa relação, há um intermediário, uma instituição financeira que garante o pagamento por meio de uma carta de crédito. No caso julgado, o importador pleiteava a revisão frente ao banco intermediador, por entender que a alta do dólar ocorrida em 1999 tornara sua obrigação

⁵⁹² Idem, ibidem, pp. 175-7.

⁵⁹³ Idem, ibidem, p. 177. Interessante notar, nesse sentido, que o Código Civil exclui a possibilidade de configuração de lesão na transação, mas nem por isso ela perde o caráter oneroso, ou a equivalência subjetiva entre as atribuições patrimoniais (art. 849).

⁵⁹⁴ TJ/RS, Ag. Inst. nº 70017503178, 8ª Câmara, rel. Des. Luiz Ari Azambuja Ramos, j. 21/12/2006.

⁵⁹⁵ TJ/SP, Ap. civ. c/ rev. nº 559.480-4/6-00, 3ª Câmara, dir. priv., rel. Des. Donegá Morandini, j. 19/5/2009.

⁵⁹⁶ A. PINO. *La excesiva onerosidad...*, cit., pp. 207-8.

⁵⁹⁷ REsp nº 654.969-PR, 3ª Turma, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 7/12/2004, DJ 28/3/2005; REsp nº 602.029-RS, 3ª Turma, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 7/12/2004, DJ 11/4/2005.

excessivamente onerosa frente ao banco. Entendeu o relator que o banco envolvido prestava um serviço de garantia para o importador, na quantia em dólar que este devia ao exportador. Uma vez paga esta quantia, não poderia a instituição financeira receber valor menor do que o desembolsado.

SEÇÃO 8ª

REGRAS ESPECÍFICAS SOBRE ONEROSIDADE EXCESSIVA NOS TIPOS CONTRATUAIS DO CÓDIGO CIVIL

O art. 478 a 480, bem como o art. 317 constituem um conjunto de regras gerais sobre a onerosidade excessiva, a ser aplicado a qualquer contrato, dentro dos parâmetros antes estabelecidos. Todavia, há outras hipóteses em que o desequilíbrio contratual superveniente é levado em conta pela legislação, mas de modo bastante específico. Cumpre mencionar esses casos.

No contrato de locação de coisas regido pelo Código civil, a atenção se volta ao art. 567⁵⁹⁸. A segunda parte do artigo, que prevê que a inutilidade da coisa para o fim a que se destinava pode acarretar a resolução do contrato, apesar de muito interessante, não diz respeito ao âmbito desse estudo, mas ao da alteração das circunstâncias causando perda da função social do contrato.

Interessa aqui a primeira parte, relativa à possibilidade de redução proporcional do aluguel por conta da deterioração da coisa alugada. Em primeiro lugar, percebe-se que se está no terreno do fortuito, ou seja, fora do âmbito da responsabilidade contratual. Em segundo lugar, apreende-se que a obrigação de entregar e manter a coisa alugada não restou absoluta e objetivamente impossível, tampouco perdeu o contrato seu fim último.

A hipótese tratada parece ser um desdobramento da regra contida no art. 235 do Código Civil, aplicada ao específico caso da locação, contrato de duração. Sob outro prisma, pode-se concluir também que a hipótese trazida é justamente de perturbação do equilíbrio econômico original do contrato, uma vez que o aluguel a ser pago passa a superar o valor da locação da coisa então deteriorada. Isso porque a deterioração, conforme explica R. LOTUFO, implica a perda do valor econômico da coisa⁵⁹⁹.

No mais, corroborando o aspecto do equilíbrio contratual, afirma S. C. SOUZA, que *“vindo a coisa a se deteriorar, destruindo-se, parcialmente, de tal maneira a influir*

⁵⁹⁸ Art. 567. Se, durante a locação, se deteriorar a coisa alugada, sem culpa do locatário, a este caberá pedir redução proporcional do aluguel, ou resolver o contrato, caso já não sirva a coisa para o fim a que se destinava.

⁵⁹⁹ R. LOTUFO. *Código civil comentado*, v. 1, cit., p. 23.

*em sua normal utilização, rompe-se a base econômica do negócio: a contraprestação já não mais traduz o real valor da prestação*⁶⁰⁰.

Não se exige aqui a imprevisibilidade do evento superveniente. Por outro lado, a revisão permitida é bem especificada pela lei: redução proporcional do aluguel, ou seja, deve se considerar o valor originário do aluguel e cotejá-lo com o prejuízo advindo à utilidade da coisa⁶⁰¹.

A respeito de locação de coisas, se mostra pertinente mencionar um dos casos mais corriqueiros de desequilíbrio econômico superveniente, que é o da revisão do aluguel nas locações de imóveis urbanos. Por ter se tornado medida comum, nem se cogita de se tratar de um caso de onerosidade excessiva⁶⁰². O art. 19 da Lei 8.245/1991 autoriza a revisão judicial do valor do aluguel a cada três anos, para ajustá-lo ao preço de mercado. Contudo, para casos que não se subsumissem à hipótese legal, por exemplo, por falta do decurso dos três anos, a jurisprudência admitia o recurso à teoria da imprevisão⁶⁰³. Hoje, no mesmo caso, não há razão para não se utilizar das regras gerais sobre onerosidade excessiva.

Interessante, notar, mais uma vez, que a revisão permitida é bem delimitada pela lei: revisão judicial do aluguel a fim de ajustá-lo ao preço de mercado.

Um outro caso de desequilíbrio econômico superveniente está previsto no art. 770⁶⁰⁴ do Código civil. A discussão a respeito da natureza aleatória ou comutativa do contrato de seguro já foi sintetizada anteriormente. O presente caso, contudo, tem mais o condão de servir de ilustração ao equilíbrio de probabilidades mencionado por E. BETTI, para aludir à onerosidade presente nos contratos aleatórios.

Assim, também L. C. FRANTZ entende que “a diminuição do risco em um contrato de seguro deverá ser entendida como a diminuição do grau de probabilidade de

⁶⁰⁰ S. C. SOUZA. *Comentários ao novo Código Civil*, v. VIII: das várias espécies de contrato, da troca ou permuta, do contrato estimatório, da doação, da locação de coisas. Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 376.

⁶⁰¹ Idem, ibidem, p. 376.

⁶⁰² R. J. MORAES. *Cláusula...*, cit., p. 229.

⁶⁰³ Idem, ibidem, p. 230. Como exemplo, STJ, REsp nº 50.089-MG, 5ª Turma, rel. Min. José Arnaldo, j. 15/10/1996.

⁶⁰⁴ Art. 770. Salvo disposição em contrário, a diminuição do risco no curso do contrato não acarreta a diminuição do prêmio estipulado; mas, se a redução do risco for considerável, o segurado poderá exigir a revisão do prêmio, ou a resolução do contrato.

que se verifique o evento incerto, com a conseqüente ruptura da relação de equivalência entre o risco e o prêmio”⁶⁰⁵.

Nesse sentido, J. A. DELGADO, ressaltando que somente uma diminuição anormal, de muita intensidade é tutelada pelo Código, afirma que a diminuição no valor do prêmio, ou a resolução do contrato são medidas que buscam impor o equilíbrio nesse tipo de negócio⁶⁰⁶.

O contrato de empreitada também conta com dispositivo específico para o caso de desequilíbrio superveniente. Para compreendê-lo é preciso antes entender o mecanismo do contrato de empreitada.

SÍLVIO RODRIGUES, em trecho já aludido anteriormente, explica que pelo contrato de empreitada, o dono da obra almeja a limitação de seu gasto. Nas palavras do autor:

*“Em vez de ele mesmo correr os riscos de execução da obra, donde lhe pode decorrer despesa maior ou menor, recorre ao contrato de empreitada, em que ajusta pagar cifra certa e determinada. Talvez pague mais do que pagaria se empreendesse fazer a coisa por seus próprios meios. Em todo caso, garante-se contra os perigos de uma despesa mais elevada”*⁶⁰⁷.

Ou seja, o empreiteiro é quem assume os riscos da produção. Perceba-se que essa avaliação dos fins do contrato de empreitada não é feita a partir de uma investigação dos motivos que levaram os contratantes a tal. Trata-se antes de uma finalidade que decorre objetivamente do tipo contratual.

Prossegue o autor ensinando que tão forte é esse propósito que há na lei disposição expressa vedando a majoração do preço a ser pago pelo dono da obra, ressalvada a existência de estipulação negocial em contrário (art. 619)⁶⁰⁸. A única possibilidade de majoração no preço se dá quando o próprio dono da obra atua introduzindo modificações no projeto, ou age de maneira conclusiva a concordar com elas. Nesse caso, vale dizer, se está no âmbito das alterações do próprio contrato⁶⁰⁹.

⁶⁰⁵ L. C. FRANTZ. *Revisão...*, cit., p. 176. A autora entende, contudo, que o contrato de seguro é comutativo.

⁶⁰⁶ J. A. DELGADO. *Comentários ao novo Código Civil*, v. XI, tomo 2: *das várias espécies de contrato, da constituição de renda, do jogo e da aposta, da fiança, da transação, do compromisso*. Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 280.

⁶⁰⁷ S. RODRIGUES. *Direito civil*, v. 3..., cit., p. 245.

⁶⁰⁸ Idem, *ibidem*, pp. 246-7.

⁶⁰⁹ N. ANDRIGHI. *Comentários ao novo Código Civil*, v. IX: *das várias espécies de contratos, do empréstimo, da prestação de serviço, da empreitada, do depósito*. Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 330.

Tudo isso leva a crer que ordinários aumentos de salários, ou dos custos de materiais não fazem nascer o direito de pleitear alguma majoração no preço da obra. Entretanto, se a modificação no preço dos insumos ou da mão de obra se revestir das características de imprevisibilidade extraordinariedade aludidas anteriormente, a onerosidade excessiva pode restar fundamentada pelo art. 478. Tudo isso está de acordo com o que expunha a doutrina anterior ao Código civil de 2002⁶¹⁰.

Já no art. 620 se estabelece a possibilidade de revisão do preço a favor do dono da obra, para assegurar eventual diferença havida em razão de diminuição nos custos de mão de obra e materiais, desde que superiores a um décimo do preço global convencionado. Segundo T. A. LOPEZ, a desigualdade no tratamento decorre da regra anterior, referente à impossibilidade de reajuste do preço a favor do empreiteiro⁶¹¹. Tal posicionamento se coaduna perfeitamente com a finalidade da empreitada, tal qual esclarecida por SÍLVIO RODRIGUES acima.

Diferente dessas hipóteses é aquela que consta do art. 625, inc. II,⁶¹² do Código Civil. Aqui sim se tem nítido desdobramento da onerosidade excessiva voltado especificamente para o contrato de empreitada. Estão presentes seus elementos principais, quais sejam, a imprevisibilidade e a excessiva onerosidade. Além disso, anota T. A. LOPEZ que se está no terreno da ausência de culpa por parte do empreiteiro⁶¹³. Interessante também a questão do requisito da oposição do dono da obra ao reajuste do preço⁶¹⁴, do que se presume o anterior dever de comunicação do empreiteiro.

Outras duas especificidades merecem atenção: a primeira é relativa às causas geológicas ou hídricas. Dentre elas se encontram problemas relativos à formação do solo, ao curso de rios, à existência de lençóis freáticos. Ora, nenhum deles, em princípio, seria um fato superveniente à conclusão do ajuste, mas somente seu efetivo conhecimento, e por conseguinte a dificuldade daí advinda, é que se dariam em tempo posterior ao do ajuste.

⁶¹⁰ C. M. SILVA PEREIRA. *Instituições de direito civil*, v. 3, cit., p. 222; W. B. MONTEIRO. *Curso de direito civil*, v. 5, cit., p. 205. No mesmo sentido, em comentários ao Código Civil vigente, T. A. LOPEZ. *Comentários ao código civil: parte especial: das várias espécies de contratos*, v. 7 (arts. 565 a 652). São Paulo, Saraiva, 2003, p. 317.

⁶¹¹ T. A. LOPEZ. *Comentários...*, cit., p. 310. Em sentido contrário, L. C. FRANTZ. *Revisão...*, cit., p. 171.

⁶¹² Art. 625. Poderá o empreiteiro suspender a obra: (...) II – quando, no decorrer dos serviços, se manifestarem dificuldades imprevisíveis de execução, resultantes de causas geológicas ou hídricas, ou outras semelhantes, de modo que torne a empreitada excessivamente onerosa, e o dono da obra se opuser ao reajuste do preço inerente ao projeto por ele elaborado, observados os preços.

⁶¹³ T. A. LOPEZ. *Comentários...*, cit., p. 330.

⁶¹⁴ Idem, *ibidem*, p. 331.

A segunda especificidade reside no direito conferido ao empreiteiro em razão da onerosidade excessiva: a suspensão da obra, por conta da oposição do dono em reajustar o preço. Daí decorre logicamente a existência de um direito anterior ao reajuste, que pode vir a ser cobrado em juízo. No mais, o preço complementar a ser pago pelo dono evitando que se prolongue a suspensão da obra é o inerente ao projeto, em clara remissão ao equilíbrio originário⁶¹⁵.

Por fim, importa apenas mencionar a alusão feita pelo art. 621 à onerosidade excessiva, como uma das exceções à salvaguarda do direito de autor daquele que fez o projeto da obra. Segundo T. A. LOPEZ, tal desequilíbrio pode se referir tanto ao construtor quanto ao dono da obra⁶¹⁶. O que se pode entender é que, surgida eventual onerosidade excessiva no contrato de empreitada, para saná-la será possível modificar o projeto inicial sem que com isso se esteja ferindo o direito de seu autor.

⁶¹⁵ A. WALD. *A aplicação da Teoria da Imprevisão na empreitada*, in *Revista do advogado*, n° 98, jul/2008. São Paulo, AASP, 2008, pp. 59-74, p. 71.

⁶¹⁶ T. A. LOPEZ. *Comentários...*, cit., p. 314.

SEÇÃO 9ª

PEDIDO DIRETO DE REVISÃO

O Código Civil brasileiro consagra expressamente e em primeiro lugar um direito do contratante a resolver o contrato em caso de excessiva onerosidade (art. 478). À primeira vista, a revisão parece ser a solução escolhida nos seguintes casos: (i) nos contratos unilaterais onerosos; (ii) nos contratos bilaterais em que já houve adimplemento de uma das obrigações; (iii) em qualquer outra hipótese em que falte o nexo de interdependência entre as obrigações a possibilitar a resolução – todas essas três hipóteses têm fundamento legal no art. 480; (iv) nas dívidas em dinheiro que tenham perdido seu valor real (art. 317); (v) na locação, seja em caso de deterioração da coisa (art. 567); (vi) seja em caso de ajuste do aluguel ao preço de mercado (art. 19 da Lei nº 8.245/91); (vii) no seguro, quando houver considerável diminuição do risco (art. 770); (viii) no contrato de empreitada, em favor do dono da obra, quando houver diminuição nos custos (art. 620); (ix) e em favor do empreiteiro, quando por causas geológicas, hídricas, ou semelhantes sobrevier excessiva onerosidade e, por fim, (x) no Código de Defesa do consumidor, em favor exclusivamente deste, quando sofrer excessiva onerosidade.

Há também a hipótese diferenciada da oferta do réu de modificação equitativa das condições contratuais para evitar a resolução pedida por quem sofre a onerosidade excessiva, em clara consagração do princípio da conservação dos negócios jurídicos.

Dado esse contexto, pergunta-se: há possibilidade no direito brasileiro de pedido de revisão contratual em virtude de onerosidade excessiva fora das hipóteses acima listadas, ou a opção pela resolução como regra geral exclui a revisão?

A exposição de motivos do *Projeto de Código de Obrigações de 1965* traz um ponto de vista:

“A onerosidade excessiva com base na teoria da improvisão (sic) (art. 346) ficou adstrita à resolução e não à revisão dos contratos, pois que esta última atenta muito mais contra a vontade das partes do que a primeira, se se observar que o contratante levado a uma prestação que não ajustou e que lhe vem de sentença, é mais atingido na sua liberdade do

que aquele que suporta o desfazimento do vínculo (...). Mas o interessado pode evitar a resolução oferecendo-se a modificar a prestação (art. 347)⁶¹⁷.

Por outro lado, a revisão pode ser fundamentada no princípio da conservação dos negócios jurídicos, que merece agora abordagem mais completa, tal como construída por A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO:

“Tanto dentro de cada plano, quanto nas relações entre um plano e outro, há um princípio fundamental que domina toda a matéria da inexistência, invalidade e ineficácia; queremos nos referir ao princípio da conservação. Por ele, tanto o legislador quanto o intérprete, o primeiro, na criação das normas jurídicas sobre os diversos negócios, e os segundos, na aplicação dessas normas, devem procurar conservar, em qualquer um dos três planos, existência, validade e eficácia, o máximo possível do negócio jurídico realizado pelo agente”.

“O princípio da conservação consiste, pois, em se procurar salvar tudo que é possível num negócio jurídico concreto, tanto no plano da existência, quanto da validade, quanto da eficácia. Seu fundamento se prende à própria razão de ser do negócio jurídico; sendo este uma espécie de fato jurídico, de tipo peculiar, isto é, uma declaração de vontade (manifestação da vontade a que o ordenamento jurídico imputa os efeitos manifestados como queridos), é evidente que, para o sistema jurídico, a autonomia de vontade produzindo auto-regramentos de vontade, isto é, a declaração produzindo efeitos, representa algo de juridicamente útil. A utilidade de cada negócio poderá ser econômica ou social, mas a verdade é que, a partir do momento em que o ordenamento jurídico admite a categoria negócio jurídico, sua utilidade passa a ser jurídica, de vez que somente em cada negócio concreto é que existe a categoria negócio jurídico. Não fosse assim e esta permaneceria sendo sempre algo abstrato e irrealizado; obviamente, não foi para isso que o ordenamento jurídico a criou. O princípio da conservação, portanto, é a consequência necessária do fato de o ordenamento jurídico, ao admitir a categoria negócio jurídico, estar implicitamente, reconhecendo a utilidade de cada negócio jurídico concreto”⁶¹⁸.

“Aplica-se também o princípio da conservação quando se trata da permanência da eficácia; realmente, quando os efeitos do

⁶¹⁷ O. N. SILVA. C. M. SILVA PEREIRA. T. A. SANTOS. S. MARCONDES. O. GOMES. N. GUEIROS. *Exposição de motivos do Projeto de Código de Obrigações*. Serviço de reforma de Códigos, 1965, p. XVIII.

⁶¹⁸ A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO. *Negócio Jurídico: existência, validade, eficácia*, cit., pp. 66-7.

negócio não correspondem aos que, de início, estavam previstos, de forma que, então, certos elementos categoriais naturais (ditas 'cláusulas de garantia implícitas') atuem, o ordenamento jurídico, ao invés de ordenar, pura e simplesmente, a resolução (ineficácia superveniente), admite, aqui também, correções, que levam à conservação dos efeitos do negócio (por exemplo: a permissão para optar por ação de abatimento de preço, em vez de ação redibitória, no caso dos vícios redibitórios, art. 1.105, do Código Civil; a possibilidade de escolher a restituição de parte do preço, ao invés de resolver o contrato, no caso da evicção parcial, art. 1.114, do Código Civil; a revisão judicial, nos casos de contratos onerosos desequilibrados pela excessiva onerosidade de uma das prestações; etc.)”⁶¹⁹.

Diante do que foi estudado, de todos os dispositivos legais analisados, pode-se afirmar claramente que o Código preza pela revisão e não pela resolução. E isso é muito claro principalmente pelos artigos 479, 480 e 317.

Pelo primeiro, diante de um conflito entre a resolução ou a revisão do contrato, a lei *determina* que o juiz opte pela revisão. Esse é o sentido do art. 479. A oferta de modificação é uma barreira à possibilidade de resolução que só se justifica por uma escolha legislativa que consagra o princípio da conservação do negócio jurídico.

Pelo segundo, tem-se que a revisão é, em princípio, algo natural quando se trata de contratos unilaterais, e não algo que fira ou viole liberdades individuais. Além disso, sua extensão aos casos em que uma das partes já adimpliu sua obrigação é também resultante de uma escolha legislativa que também só pode ser entendida como uma preferência pela conservação do negócio jurídico.

Pelo terceiro, por final, um dos casos mais frequentes de onerosidade excessiva, a desatualização monetária, recebe como solução justamente a revisão contratual.

No mais, é importante ter claro que o fato de o legislador consagrar a resolução no art. 478 não implica uma exclusão da revisão. Ao contrário, o legislador precisava dispor sobre essa específica hipótese de resolução – por onerosidade excessiva – mas não haveria necessidade de dispor uma regra geral para revisão, já que muitos outros dispositivos do Código a consagram naturalmente.

⁶¹⁹ Idem, ibidem, pp. 70-1.

Não se pode mais dizer, diante de todos os dispositivos legais que consagram a revisão, que a revisão contratual não é admitida no direito brasileiro. Não se pode dizer também, diante do princípio da conservação dos negócios jurídicos, que as disposições legais sobre revisão seriam taxativas. Ora, se a revisão é regra, vale dizer, se o princípio diretor manda que se revise e que se conserve o contrato, não se pode interpretar as disposições legais como taxativas. Se a regra fosse a resolução, aí sim faria sentido interpretar as disposições legais de revisão como taxativas, uma vez que elas seriam exceções à regras. Mas não são. Exceção, diante do princípio da conservação dos negócios jurídicos, é a resolução. E por isso ela vem expressa no art. 478.

Não há somente um fundamento legal para a revisão. Há um todo, um conjunto que a fundamenta, formado por todas as disposições legais que a autorizam expressamente, e pelo princípio dogmático da conservação dos negócios jurídicos, que ilumina as disposições expressas, mas não se limita a elas, extravasando por todo o ordenamento.

Nesse sentido, consta da ementa de julgado recente do Superior Tribunal de Justiça:

“Não obstante a literalidade do art. 478 do CC/2 – que indica apenas a possibilidade de rescisão (sic) contratual – é possível reconhecer onerosidade excessiva também para revisar a avença, como determina o CDC, desde que respeitados, obviamente, os requisitos específicos estipulados na Lei civil. Há que se dar valor ao princípio da conservação dos negócios jurídicos que foi expressamente adotado em diversos outros dispositivos do CC/02, como no parágrafo único do art. 157 e no art. 170”⁶²⁰.

É nesse contexto que ganha interesse a dicotomia apresentada por A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO entre os contratos empresariais e existenciais ou não-empresariais⁶²¹:

“Por contrato empresarial há 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

⁶²⁰ REsp nº 977.007-GO, 3ª Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24/11/2009, DJ 2/12/2009.

⁶²¹ O. GOMES. *Contratos*, 26ª ed., cit., p. 100; A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO. *Relatório...*, cit., p.

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”.

São empresariais os contratos de agência, distribuição, fornecimento, transporte, engineering, consórcio interempresarial, franquia e os contratos bancários, dentre outros⁶²².

A utilização da dicotomia entre contratos existenciais e empresariais, por sua vez, também corrobora a possibilidade de pedido direto de revisão. Os primeiros estão mais propensos à intervenção judicial⁶²³, de tal modo que a revisão, conservando o negócio jurídico, daria proteção a interesses existenciais, tais como a moradia, ou a casa própria. Um exemplo útil é trazido por J. H. NETO:

“Em contratos como tais (de financiamento da casa própria, por exemplo), ainda que civilísticos sejam classificados, é imperioso que se observe que a eventual onerosidade excessiva da prestação deve permitir a revisão contratual, até porque, na grande maioria dos casos, o mutuário não pretende mudar-se para outro imóvel – um outro bairro por exemplo – uma vez que ali já reside há muito tempo, inclusive já estabelecido relações dos mais variados matizes (profissionais, comerciais, culturais e sociais), dele próprio e da sua família”.

“Nesse sentido, eis o exemplo da lavra da Advogada Mônica Yoshizato Bierwagen, em igual sintonia: ‘Assim, se alguém compra uma casa a prestações, prevendo que tal negócio compromete determinado percentual de seu orçamento e, repentinamente, tais prestações se elevam, impossibilitando-o de honrar outros compromissos mais prioritários, é evidente que a decisão de desfazer a compra da casa vincula-se não à perda do interesse no negócio (mormente se estiver prestes a terminar a execução), mas na impossibilidade de assumir a diferença imposta pelas circunstâncias’”⁶²⁴.

⁶²² O. GOMES. *Contratos*, 26ª ed., cit., p. 101.

⁶²³ A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO. *Relatório...*, cit., p. 185.

⁶²⁴ J. HORA NETO. *A resolução por onerosidade excessiva no novo Código Civil: uma quimera jurídica?*, in *Revista de direito privado*, n. 16, out-dez/2003. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, pp. 148-60, p. 157.

Há que se ter em conta ainda que não se está a excluir a possibilidade de revisão fora dos casos previstos em lei para os contratos empresariais. Se a hipótese concreta for próxima dos casos de revisão expressamente consagrados, mais razão há para permiti-la. Por exemplo, se o desequilíbrio superveniente tiver relação com índices de reajuste das prestações pecuniárias, a situação está muito próxima do artigo 317, que poderia autorizar a revisão. Além disso, se num contrato empresarial que uma parte já cumpriu sua obrigação haveria revisão em caso de onerosidade excessiva, por qual razão nesse mesmo contrato, se houvesse onerosidade excessiva antes do adimplemento, a revisão estaria impedida?

O que não deve ocorrer é uma intervenção heterônoma desregrada nos contratos. Mas se 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, não há violação do direito. Estar-se-á simplesmente consagrando o princípio da conservação dos negócios jurídicos, princípio este que decorre simplesmente do fato de o negócio jurídico existir como categoria jurídica.

SEÇÃO 10ª.

A ONEROSIDADE EXCESSIVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A onerosidade excessiva está consagrada no Código de Defesa do Consumidor no art. 6º, inc. V: *São direitos básicos do consumidor: (...) a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.*

Por ter o direito do consumidor caráter de lei especial⁶²⁵ em face do direito civil, seu campo de incidência deve ser primeiramente reconhecido, restando o Código civil aplicado às relações que não forem de consumo. Importa verificar, assim, tanto as causas dessa especialidade, quanto os limites determinados pelo legislador para sua incidência. O caráter protetivo do direito do consumidor é determinante para que a onerosidade excessiva, aqui, apresente menos pressupostos.

Como ensina A. H. V. BENJAMIN, “o direito do consumidor nasce, desenvolve-se e justifica-se na sociedade de consumo” e “decorre diretamente da revolução industrial (com produção, comercialização, consumo, crédito e comunicação em massa)”⁶²⁶. Os economistas passaram a reconhecer que o poder econômico dos organismos produtores é quem dita as leis do mercado e não as necessidades dos consumidores⁶²⁷.

Dessas relações de produção nascem novas formas de manifestação das relações jurídicas, e surge o fenômeno da vulnerabilidade do consumidor, resultante da massificação das relações sociais e do fortalecimento da empresa. E é somente a universalização dessa vulnerabilidade que justifica a intervenção legislativa⁶²⁸.

A razão de ser desse ramo do direito é tão dependente da aludida vulnerabilidade que ele recebe o nome de direito do consumidor e não simplesmente

⁶²⁵ F. AMARAL. *Direito civil: introdução*, 5ª ed., rev., atual., e aum. Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 75.

⁶²⁶ A. H. V. BENJAMIN. *O direito do consumidor*, in *Revista dos Tribunais*, 670, ago/1991. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991, pp. 49-61, p. 49.

⁶²⁷ F. K. COMPARATO. *A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico*, in *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro, Forense, 1978, pp. 473-99, p. 474-5.

⁶²⁸ A. H. V. BENJAMIN. *O direito...*, cit., p. 50.

direito do consumo. Há um reforço no aspecto subjetivo da relação em detrimento do objetivo, que seria a tutela do mercado⁶²⁹.

Esse destaque se faz necessário, pois sua função existencial é proteger o consumidor, ou seja, mitigar sua vulnerabilidade, ante o outro pólo da relação, o fornecedor⁶³⁰. A relação de consumo já nasce desequilibrada, dando ensejo a um tratamento jurídico desigual para partes manifestamente desiguais⁶³¹.

P. A. FORGIONI, a partir do ponto de vista do direito comercial, enxerga uma dicotomia nítida entre direito do consumidor e direito mercantil:

“A autonomia entre as matérias evidencia-se tanto no plano formal quanto naquele material. Sua disposição em diplomas distintos sinaliza a independência formal.”

“O direito de não ser explorado, a busca do lucro a orientar o comportamento de apenas um dos pólos da relação, a premissa de hipossuficiência, enfim, a lógica do sistema consumerista afasta-se daquela típica do direito mercantil. Se, no direito do consumidor, a presunção é a vulnerabilidade de uma das partes, no direito comercial parte-se necessariamente da assunção oposta. Na dicção de Cairu”:

*“os comerciantes são, ou sempre se presumem, hábeis, atilados, e perspicazes em seus negócios (...) Por tanto os que exercem a profissão de mercancia, não devem ser menos prudentes e circunspectos em seus tratos (...)”*⁶³².

A partir do ponto de vista do direito civil, C. S. ZANETTI defende o reconhecimento de uma fragmentação da liberdade contratual, pela qual uma parte majoritária das relações civis e comerciais, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, passa a se submeter a regras próprias, por serem travadas no mercado de consumo: *“desde então, os antigos contratos civis e comerciais são amiúde contrapostos àqueles que disciplinam relações de consumo”*⁶³³.

⁶²⁹ Idem, ibidem, p. 50.

⁶³⁰ Idem, ibidem, p. 50-1.

⁶³¹ J. G. B. FILOMENO. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, A. P. GRINOVER... [ET. al.], 9ª ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2007, p. 17.

⁶³² P. A. FORGIONI. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, pp. 138-9.

⁶³³ C. S. ZANETTI. *Direito contratual contemporâneo*, v. 5: *a liberdade contratual e sua fragmentação*. Rio de Janeiro, Forense; São Paulo, Método, 2008, pp. 225-6.

Do ponto de vista de uma densa análise de sociologia econômica, R. P. MACEDO JR. chega a identificar no direito do consumidor um saber jurídico acerca da disciplina da ordem econômica, ligado a valores morais:

*“A idéia de justiça social ou os ideais welfaristas contidos no direito do consumidor vinculam as partes (...) em função de um sentimento de solidariedade social mais amplo e generalizado. Assim, a imoralidade do tratamento do consumidor como uma parte que detém poder de barganha igual ao fornecedor é o fundamento moral que justifica tratamentos desiguais tendo em vista o restabelecimento do equilíbrio contratual. O caráter distributivo do Direito Social faz com que se leve em consideração o caráter de mérito e status das partes envolvidas e, assim justifica moralmente o tratamento desigual e as discriminações positivas. No caso do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor há o recurso a uma solidariedade que se reporta a uma comunidade mais ampla, a própria sociedade. Por tal motivo, é exato falar-se aqui em solidariedade social”*⁶³⁴.

Identificadas acima as reconhecidas causas que conferem especialidade ao direito do consumidor, resta definir o âmbito das relações de consumo. Quais contratos estariam, afinal, sujeitos a essa tutela diferenciada?

O próprio Código, em seus artigos 2º e 3º, traz a definição dos sujeitos – fornecedor e consumidor – e do objeto – fornecimento de produtos e serviços – da relação de consumo, incluídos entre os serviços os de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária e excluídos os de caráter trabalhista, bem como os gratuitos. Pode-se dizer que o Código utiliza um critério objetivo e um subjetivo-teleológico para determinar seu campo de incidência⁶³⁵.

A partir dessa delimitação legal, A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO mostra que não estão incluídos entre os contratos de consumo, sob o aspecto objetivo, os que visam encerrar conflitos de interesse, como a transação, o compromisso arbitral, as partilhas e escrituras de divisão, nem os contratos de colaboração, como o de sociedade, o de parceria, o de franquia, o de agência, o de distribuição e o de união transitória de empresas⁶³⁶.

⁶³⁴ R. P. MACEDO JR. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo, Max Liminad, 1998, p. 213.

⁶³⁵ A. H. V. BENJAMIN. *O direito...*, cit., pp. 53-4.

⁶³⁶ A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO. *(parecer) Relação jurídica que não é de consumo...*, cit., pp. 228-9.

Já sob o aspecto teleológico-subjetivo, no pólo ativo, desponta a definição de fornecedores, dentre os quais estão todas as pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, e até os entes despersonalizados, que exerçam alguma das atividades ali enumeradas, quais sejam, produzir, montar, criar, construir, transformar, importar, exportar, distribuir ou comercializar produtos, ou prestar serviços.

Sob o mesmo aspecto, no pólo passivo, como consumidores, estão todas as pessoas, físicas ou jurídicas, que adquirem ou utilizam produto ou serviço como destinatário final. Se por um lado a pessoa física é identificada como o consumidor por excelência⁶³⁷, por outro, para os casos envolvendo pessoa jurídica consumidora, ou mesmo pessoas físicas contratando em atividade profissional, impõe-se a interpretação de conceito de *destinatário final*, em que o aspecto jurídico teleológico ganha preponderância.

Aqui aparecem duas correntes, maximalista e finalista. A maximalista entende que consumidor é todo destinatário final *fático* do produto ou serviço, aquele que os retira do mercado, seja para necessidade própria, ou para uso profissional com objetivo de lucro⁶³⁸. Só não haveria relação de consumo quando os bens fossem adquiridos e simplesmente repostos em circulação⁶³⁹.

Já para os finalistas, o aspecto teleológico é preponderante. Consumidor é todo destinatário final *fático e econômico* do produto ou serviço⁶⁴⁰. Não basta que o bem seja retirado de circulação. Ele deve ser utilizado sem o fim de lucro, para satisfazer necessidade própria, desvinculada da atuação profissional do sujeito. No caso das pessoas jurídicas, seriam consideradas consumidoras, por exemplo, quando adquirissem alimentos para os operários, máscaras protetoras contra poeiras tóxicas, ou utilizassem serviços de dedetização para seus estabelecimentos, mas não quando adquirissem máquinas para fabricação de seus produtos⁶⁴¹.

Ainda outros critérios foram desenvolvidos pela doutrina⁶⁴², mas são essas as duas correntes que têm encontrado acolhida na jurisprudência⁶⁴³. Para fins dessa seção, importa ter em mente a diferença, que vale para pessoas físicas ou jurídicas, existente no

⁶³⁷ C. S. ZANETTI. *Direito contratual...*, cit., p. 207.

⁶³⁸ C. L. MARQUES. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 5ª ed., rev., atual., e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudências. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 305.

⁶³⁹ C. S. ZANETTI. *Direito contratual...*, cit., pp. 207-8.

⁶⁴⁰ C. L. MARQUES. *Contratos...*, cit., p. 304.

⁶⁴¹ Exemplos de C. S. ZANETTI. *Direito contratual...*, cit., pp. 210-1.

⁶⁴² A. C. MORATO. *Pessoa jurídica consumidora*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.

⁶⁴³ C. S. ZANETTI. *Direito contratual...*, cit., pp. 207-18.

consumo para uso próprio – merecedor da tutela especial – e do consumo para fins profissionais, de lucro, ou organização empresarial – que não a merece.

Nas palavras de F. K. COMPARATO:

“O consumidor é, pois, de modo geral, aquele que se submete ao poder de controle dos titulares de bens de produção, isto é, os empresários. É claro que todo produtor, em maior ou menor medida, depende por sua vez de outros empresários, como fornecedores de insumos ou financiadores, por exemplo, para exercer a atividade produtiva; e, nesse sentido, é também consumidor. Quando se fala, no entanto, em proteção do consumidor quer-se referir ao indivíduo ou grupo de indivíduos, os quais, ainda que empresários, se apresentam no mercado como simples adquirentes ou usuários de serviços, sem ligação com a sua atividade empresarial própria”⁶⁴⁴.

Nesse sentido, a corrente finalista é preferível. Como visto, o direito do consumidor nasceu como um ramo especial de tutela do sujeito vulnerável. Quando a pessoa jurídica atuar como esse ente vulnerável, isto é, como destinatária final fática e econômica, o que pode ocorrer preponderantemente para fundações, associações, partidos políticos⁶⁴⁵, instituições religiosas, guardadas as possíveis exceções⁶⁴⁶, fará jus a essa proteção. *Idem*, para a empresa que contrata serviços e adquire produtos fora de sua atividade própria.

Essa posição não significa, poderia se objetar, abandono ao pequeno empresário, ou à pessoa física profissional, que não atuem como destinatários finais econômicos, diante de uma grande corporação. Como bem coloca C. S. ZANETTI⁶⁴⁷, a boa-fé, a função social e mesmo o artigo 424 do Código civil facultam a tais sujeitos uma proteção que pode ser tão efetiva quanto o próprio Código de Defesa do Consumidor. A proposta de C. L. MARQUES a respeito do diálogo das fontes entre os dois Códigos atua também no mesmo sentido⁶⁴⁸.

⁶⁴⁴ F. K. COMPARATO. *A proteção do consumidor...*, cit., p. 476.

⁶⁴⁵ A. H. V. BENJAMIN. *O conceito jurídico de consumidor*, in *Revista dos Tribunais*, n. 628, fev/1988. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988, pp. 69-79, p. 77.

⁶⁴⁶ A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO. *(parecer) Relação jurídica que não é de consumo...*, cit., pp. 226-34.

⁶⁴⁷ C. S. ZANETTI. *Direito contratual...*, cit., p. 217.

⁶⁴⁸ C. L. MARQUES. *Contratos...*, cit., p. 694.

O que importa é ter claro quando se está ou não diante de relação de consumo, bem como expor, em cada caso, porque tem lugar a aplicação de regra do Código de Defesa do Consumidor⁶⁴⁹.

Destarte, passa-se a tratar agora da onerosidade excessiva nas relações de consumo.

A onerosidade excessiva em si, ou seja, o desequilíbrio econômico superveniente entre prestação e contraprestação é exatamente a mesma figura estudada a partir do art. 478 do Código civil. Trata-se do desequilíbrio objetivo, correspondente à quebra da relação de equivalência entre as atribuições patrimoniais correspectivas.

C. L. MARQUES delimita o dispositivo à cláusula preço, o que faz sentido em se tratando de relações de consumo. Além disso, observa que o recurso à revisão judicial é unilateral, pois o artigo em tela institui direitos básicos apenas para o consumidor⁶⁵⁰. Tal unilateralidade é plenamente justificável diante da finalidade do direito do consumidor, acima exposta.

A diferença mais importante do Código de Defesa do Consumidor para o Código Civil com relação ao tratamento da onerosidade excessiva é a ausência do pressuposto da imprevisibilidade. Segundo C. L. MARQUES, o Código de Defesa do Consumidor exige apenas a quebra da base do negócio, a destruição da relação de equivalência⁶⁵¹. Entretanto, como visto, na teoria da base tal como formulada por K. LARENZ, os riscos previsíveis não podem ser alegados como causas da destruição da relação de equivalência. Dessa forma, não parece que o Código de Defesa do Consumidor tenha acolhido tal teoria⁶⁵². Por outro lado, N. NERY, por sua vez, afirma que a onerosidade excessiva no direito do consumidor será “*aferível de acordo com circunstâncias concretas que não puderam ser previstas pelas partes quando da conclusão do contrato*”. Inclusive, alude a que os acontecimentos decorrentes da álea normal do contrato, entendida esta como o risco previsto, não podem interferir na onerosidade excessiva⁶⁵³. Nesse entendimento, a questão da previsibilidade no direito do consumidor ganharia até contornos bastante subjetivos.

⁶⁴⁹ C. S. ZANETTI. *Direito contratual...*, cit., p. 217.

⁶⁵⁰ C. L. MARQUES. *Contratos...*, cit., p. 916.

⁶⁵¹ Idem, *ibidem*, p. 916.

⁶⁵² Como já citado, o Professor Antonio Junqueira de Azevedo costumava ensinar em aula que “lei não adota teoria, lei dá a solução”.

⁶⁵³ N. NERY. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, A. P. GRINOVER... [ET. al.], 9ª ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2007, p. 602.

Nenhuma das duas posições parece satisfatória. Dessa forma, melhor é entender como A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO e R. R. AGUIAR JR., que sem vincular o texto legal a qualquer teoria, observam que a onerosidade excessiva foi consagrada no Código de Defesa do Consumidor de maneira meramente objetiva e sem outros pressupostos⁶⁵⁴.

Ou seja, na onerosidade excessiva do Código de Defesa do Consumidor o legislador autoriza o intérprete a prescindir do exame da extraordinariedade e imprevisibilidade do evento causador na onerosidade excessiva. Enquanto no Código Civil tal apreciação é imprescindível e determinante, o direito do consumidor se contenta com o desequilíbrio superveniente.

Nesse sentido, consta de julgado do extinto Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo o seguinte entendimento:

*“No tocante ao outro ponto, a doutrina tem ensinado que a teoria da imprevisão não é a mesma no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, posto que, enquanto o primeiro reclama a imprevisibilidade e a onerosidade excessiva, o segundo contenta-se com a última, entendendo irrelevante a imprevisibilidade”*⁶⁵⁵.

Outro ponto importante de contraste refere-se à consequência do desequilíbrio superveniente. O dispositivo legal do Código de Defesa do Consumidor prescreve a revisão do contrato e não sua resolução em caso de onerosidade excessiva.

Segundo N. NERY, o direito básico do consumidor não é desvincular-se do pactuado, mas modificar o conteúdo do contrato, de modo a mantê-lo, íntegro e reequilibrado⁶⁵⁶. O juiz, segundo o autor, deverá solicitar das partes a composição do equilíbrio, mas se isso não ocorrer, deverá ele próprio, exercendo atividade criadora, completar ou mudar elementos da relação⁶⁵⁷.

A questão de se determinar se se trata de relação de consumo ou civil foi apreciada em vários julgados que apreciaram o problema da onerosidade excessiva em contrato de *leasing*. Três deles serão mencionados abaixo como forma de ilustrar-se esse tópico.

⁶⁵⁴ A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO. *Relatório...*, cit., p. 185; R. R. AGUIAR JR. *Extinção dos contratos...*, cit., p. 153.

⁶⁵⁵ Segundo Trib. Alç. Civ./SP, Emb. Infr. Nº 642.792-02/1, 12ª Câmara, rel. Des. Romeu Ricupero, j. 8/5/2003.

⁶⁵⁶ N. NERY. *Código...*, cit., p. 547.

⁶⁵⁷ Idem, *ibidem*, p. 547.

Em um deles, entendeu-se que o contrato de *leasing*, por natureza, não poderia configurar relação de consumo, eis que, sendo arrendamento mercantil, não configuraria um ato de consumo. Desse modo, os fatos foram enquadrados fora do Código de Defesa do Consumidor, passando-se a analisar-se a imprevisibilidade do evento, que restou ausente. Desse modo, negou-se a tutela ao desequilíbrio superveniente⁶⁵⁸.

Em outro julgado, entendeu-se de consumo a relação contratual pela qual pessoa jurídica adquiriu, por meio de contrato de *leasing*, automóvel que serviria para transporte de sua produção. Assim, analisou-se a onerosidade excessiva prescindindo do pressuposto da imprevisibilidade e o desequilíbrio contratual superveniente foi corrigido⁶⁵⁹.

Por fim, num terceiro julgado, o problema foi apreciado do ponto de vista do direito comum e do direito do consumidor. Entendeu-se o *leasing* ser contrato de consumo uma vez que, por meio dele, as arrendadoras estariam fornecendo serviços de natureza financeira. Por outro lado, no juízo a respeito da imprevisibilidade, considerou-se aqui que ela estava presente na adoção da livre flutuação cambial de 1999. Assim, pelos dois diplomas legais, haveria proteção frente ao desequilíbrio⁶⁶⁰.

Entendemos que o *leasing* não configura simples intermediação financeira, sendo certo que entre os seus elementos destacam-se o uso e eventual aquisição de um bem. Tal bem pode servir tanto para desempenho de atividade empresarial, como para efetivo consumo. Se o bem servir para desempenho da atividade empresarial, como no segundo exemplo acima, a relação não é de consumo. Se o bem for utilizado pelo adquirente como destinatário final fático e econômico, como uma pessoa que adquire automóvel para sua própria necessidade, está caracterizada a relação de consumo.

Estando a onerosidade excessiva evidenciada em qualquer dessas hipóteses, entendemos que a imprevisibilidade também o estava no caso da variação cambial de 1999. Assim, ainda que nosso entendimento seja no sentido de resolver ou revisar tais contratos, pôde-se perceber como a duplicidade de tratamento legal pode conduzir a resultados diferentes, principalmente no tocante aos fundamentos.

⁶⁵⁸ TJ/SP, Apel. nº 992.02.037257-3, 32ª cam. dir. privado, rel. Des. Walter Zeni, j. 15/10/2009, reg. 5/11/2009.

⁶⁵⁹ Segundo Trib. Alç. Civ./SP, Emb. Infr. Nº 642.792-02/1, 12ª Câ., rel. Des. Romeu Ricupero, j. 8/5/2003.

⁶⁶⁰ TJ/SP, Emb. Infring. c/rev., nº 726.023-1/2, 29ª Câ. Dir. priv., rel. Des. Pereira Calças, j. 25/10/2006.

CAPÍTULO IX

CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE A ONEROSIDADE EXCESSIVA NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

A onerosidade excessiva está ligada tanto a um elemento material, de troca econômica de prestações, quanto a um elemento consensual, ambos presentes em todo contrato oneroso. O fim comum contratual é o fundamento que pode dar unidade e sentido a esses aspectos.

Trata-se de uma figura com campo de atuação menor do que parece à primeira vista. Outras situações, como a ruína do devedor e a impossibilidade moral de prestar, não se enquadram naquilo que é a onerosidade excessiva. As próprias referências histórico-conceituais serviram para mostrar como diferentes casos de alteração das circunstâncias, resolvidos pela mesma teoria, na verdade referiam realidades distintas.

O âmbito do problema limita-se ao desequilíbrio econômico contratual superveniente, causado por um fato com certa dose de imprevisibilidade. Todas as teorias criadas a partir do prenúncio da modernidade têm em comum a tentativa de harmonizar esses dois aspectos para dar uma satisfatória solução a esse problema, que chega a ter ares de insolubilidade. Ele está ligado a concepções morais, à segurança do direito e das relações sociais, à justiça e à equidade.

As soluções jurídicas, a partir do século XX, tendem a uma objetividade no seu trato. Para alcançá-la, lançam mão de vários conceitos e pressupostos simultâneos, tal qual ocorre com a lei brasileira. E assim, torna-se muitas vezes rara a intervenção jurisdicional no contrato.

Talvez seja esse o caráter predominante da onerosidade excessiva: o de uma exceção.

Assim, com o estudo do elemento material, caracterizado pelo desequilíbrio econômico entre prestação e contraprestação, compreendeu-se como é concebido o equilíbrio contratual e a partir dele concluiu-se que a onerosidade excessiva é um problema exclusivo dos contratos onerosos, ou seja, daqueles contratos que instrumentalizam uma troca econômica.

Fundamental para o entendimento da onerosidade excessiva foi a noção de atribuição patrimonial. Entre duas atribuições correspectivas geradas por meio de um contrato existe uma relação de equivalência subjetiva. Essa relação ganha contornos objetivos a partir do momento que o contrato é concluído.

Se, em razão do necessário decurso do tempo, sobrevém fato superveniente que desequilibra objetivamente a relação entre atribuições patrimoniais, tornando-as desproporcionais, uma a outra, ocorre onerosidade excessiva, um problema de justiça econômica.

O desequilíbrio é avaliado objetivamente, ou seja, pela relação entre as atribuições patrimoniais e não com relação ao devedor, seu patrimônio e sua maior ou menor dificuldade para prestá-la.

Ele é caracterizado tanto por meio da onerosidade excessiva que sofre uma parte, como pela vantagem, pode-se dizer automática, que a contraparte recebe. Essa vantagem é avaliada da mesma forma que onerosidade excessiva: tendo em vista apenas as atribuições patrimoniais recíprocas. Dentro do universo das atribuições correspectivas, se uma parte perde, a outra já está ganhando.

A perda da equivalência deve ainda ser grave. Deve provocar uma alteração substancial no equilíbrio contratual, de tal modo que haja certeza para o intérprete de que a desproporção está além daquilo que normalmente se espera a respeito de ganhos e perdas numa relação contratual, avaliados estes de acordo com critérios típicos.

Definido assim os elementos do desequilíbrio superveniente, resta dizer que, para o Código Civil, é preciso que o fato que o gera seja extraordinário e imprevisível. Trata-se, primeiramente, de fato que está fora do que ocorre normalmente no contexto em que o contrato se insere. Sendo, portanto, extraordinário, não poderia ser legitimamente esperado pelos contratantes. As partes não tinham o dever de prevê-lo, não só pelo contexto fático anterior, como também pelo grau de especificidade que ele apresenta.

Para sua caracterização, basta para o direito que sua ocorrência tenha sido dada como fora de cogitação para o contratante, e pouco provável na sua peculiar concretude, ainda que possa ser tido por previsível do ponto de vista puramente empírico.

A valoração de tal fato é também objetiva e não subjetiva, no sentido de visar encontrar o padrão de comportamento do contratante médio e de boa-fé, naquelas

circunstâncias, e não de investigar como se deu efetiva e internamente a previsão do fato para determinada pessoa.

O imprevisível só poderá ser identificado com circunstâncias concretas. E, de acordo com nossos tribunais, com rigor. Situações particulares, por mais indesejáveis que sejam, não são consideradas imprevisíveis, como regra.

Tais entedimentos, longe de aparentarem indiferença frente a situações do cotidiano, reforçam duas conquistas morais: a fé na palavra dada e a proteção de injustiças extremas.

Diante de um tal quadro ontologicamente excepcional, o direito brasileiro autoriza tanto o pedido de revisão, quanto o de resolução. Este fundamentado em dispositivo legal, aquele decorrente do princípio da conservação dos negócios jurídicos, consagrado em vários dispositivos do direito civil brasileiro e aceito pela jurisprudência.

Caso uma parte peça a resolução e a outra, com interesse em manter o contrato, concretize modificação suficiente para eliminar a onerosidade excessiva, o juiz deve optar pela revisão e não pela resolução.

A resolução, por sua vez, é subordinada à existência de um nexo de interdependência entre as prestações. Uma vez que esse nexo não seja formado, por tratar-se de contrato unilateral, ou se ele já estiver findo, em razão de uma das partes já ter cumprido sua prestação, à contraparte só resta a revisão.

Seguindo a tendência do direito pátrio, o Código Civil não determinou a automática correção do valor real da prestação pecuniária em virtude da variação monetária, mas vinculou-a ao advento de índices imprevisíveis de sua medição.

A proteção frente à onerosidade excessiva é incompatível com a mora. Aquele que está em mora não faz jus a esse benefício. Por outro lado, se o devedor pontual sofre a imprevisão, esta, desde que bem fundamentada, pode servir para descaracterizar a mora, se ainda: o valor incontroverso for pago, quando houver, e o credor for devida e prontamente informado da situação.

As partes podem renunciar ao direito de revisar ou resolver o contrato por onerosidade excessiva. Contudo, se uma cláusula desse tipo estiver predisposta em contrato de adesão, será considerada nula. Além disso, o melhor meio para excluir-se tal

possibilidade é prever e declarar o mais completamente possível quais fatos e riscos estão sendo assumidos. Resta, não obstante, sempre a possibilidade de algo imprevisível ocorrer.

Os contratos aleatórios, espécie do gênero dos onerosos, também estão sujeitos à imprevisão, desde que ela não seja alegada justamente em decorrência de sua álea típica. Mas deve ser sempre lembrada a exceção em favor do segurado, pela qual ele pode pleitear a redução do prêmio em razão de considerável redução do risco, direito este fundado no equilíbrio de probabilidades.

Por fim, há contratos onerosos que não possuem uma estrutura de troca tão evidente. Neles também pode-se cogitar de onerosidade excessiva, e esta será tutelada desde que seus pressupostos estejam configurados. Estes, por sua vez, devem ser analisados com atenção a cada categoria e tipo contratual, máxime quando nova pessoa jurídica é constituída com objeto social próprio.

No direito do consumidor, devido à sua finalidade de dar tratamento desigual a partes desiguais, a revisão por onerosidade excessiva foi consagrada em favor apenas do consumidor, dispensado o pressuposto da imprevisibilidade. Tal ausência é justificável pelo seu caráter protetivo. Justamente por isso, a pessoa jurídica só fará jus a essa proteção quando não estiver adquirindo bens e serviços para sua atividade empresarial própria. Nesse caso, a lei que rege a relação é o Código Civil. E o regime ali disposto sobre a onerosidade excessiva é adequado para garantir, na medida certa, os relevantes interesses contrapostos.

Poderíamos, então, sintetizar nosso entendimento do tema da seguinte forma: o contrato, no direito civil brasileiro, guardados rigorosos pressupostos, pode ser revisto para solucionar o injusto desequilíbrio econômico da troca. Mas o contrato existe, ontologicamente, para ser cumprido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, 2ª ed. rev., atual. Rio de Janeiro, AIDE, 2003.
- ALMEIDA, João Batista de. *Resolução e revisão dos contratos*, in *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias*, R. A. C. Pfeiffer e A. Pasqualotto (Coord.). São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, pp. 232-246.
- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das obrigações*, 3ª ed., refund. Coimbra, Almedina, 1979.
- ALPA, Guido; BESSONE, Mario; ROPPO, Enzo. *Rischio contrattuale e autonomia privata*. Napoli, Jovene, 1982.
- ALVIM, Agostinho. *Da doação*, 3ª ed. São Paulo, Saraiva, 1980.
- _____. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, 5a. ed. São Paulo, Saraiva, 1980.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*, 5ª ed., rev., atual., e aum. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.
- AMERICANO, Jorge. “Cláusula Rebus Sic Stantibus”, in *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. XXIX, 1933, pp. 345-351.
- ANDRIGHI, Nancy *Comentários ao novo Código Civil*, v. IX: *das várias espécies de contratos, do empréstimo, da prestação de serviço, da empreitada, do depósito*. Rio de Janeiro, Forense, 2008.
- ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*, v. II, 7ª ed., 3ª reimpr. Coimbra, Almedina, 2007.
- ARANZADI, Luis Ignacio Arechederra. *La equivalencia de las prestaciones em el derecho contractual*. Madrid, Montecorvo, 1978.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad., textos adicionais e not. E. BINI. Bauru, Edipro, 2ª ed., 2007.
- ASCARELLI, Tullio. *O contrato plurilateral*, in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado/T. ASCARELLI*, 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 1969, pp. 271-332.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil*, in *Revista trimestral de direito civil*, v. 25, ano 7, jan./mar. 2006. Rio de Janeiro, Padma, 2004, pp. 93-118
- ASTUTI, Guido. *Contratto (Diritto intermedio)*, in *Enciclopédia del Diritto*, IX. Varese, Giuffrè, 1961, pp. 759-784.

- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *O Novo Código Civil Brasileiro: Tramitação; Função Social do Contrato; Boa-fé Objetiva; Teoria da Imprevisão e, em Especial, Onerosidade Excessiva (laesio Enormis)*, in *Questões Controvertidas no novo Código Civil*, v. 2, M. L. Delgado e J. F. Alvez (Coord.). São Paulo, Método, 2004, pp. 9-29.
- _____. *Teoria da imprevisão e revisão judicial nos contratos*, in *Revista dos Tribunais*, v. 733, nov. 1996, pp. 109-119.
- AZEVEDO, Marcos de Almeida Villaça. *Onerosidade excessiva e desequilíbrio contratual supervenientes*. Tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2002.
- BALESTRA, Luigi. *Il contratto aleatorio e l'alea normale*. Padova, CEDAM, 2000.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de processo civil interpretado*, A. C. MARCATO/Coord., 3ª ed. São Paulo, Atlas, 2008.
- BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos e. *O conceito jurídico de consumidor*, in *Revista dos Tribunais*, n. 628, fev/1988. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988, pp. 69-79.
- _____. *O direito do consumidor*, in *Revista dos Tribunais*, 670, ago/1991. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991, pp. 49-61.
- BERTHIAU, Denis. *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*. Paris, L.G.D.L., 1999.
- BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*, 4ª ed. São Paulo, Saraiva, 2007.
- BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni I. Prolegomeni: funzione economico-sociale del rapporti d'obbligazione*. Milano, Giuffrè, 1953.
- _____. *Teoria generale delle obbligazioni III. Fonti e vicende dell'obbligazione*. Milano, Giuffrè, 1954.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Evolução da teoria dos contratos em nossos dias*, in *Revista de Crítica Judiciária*, ano XVI, v. XXVIII, nº III, Set. 1938, pp. 137-143.
- BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile*, v. V, *La responsabilità*. Milano, Giuffrè, 1994.
- BORGES, Nelson. *Aspectos positivos e negativos da revisão contratual no novo Código Civil*, in *Revista dos Tribunais*, nº 849, jul. 2006, 95º ano. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, pp. 80-110.
- BORRAS, Alphonse. *Bíblia e direito canônico*, in *Bíblia e direito. O espírito das leis* (F. Mies/Org.). Trad. port. Paula S. R. C. Silva. São Paulo, Loyola, 2006, pp. 123-124.
- BOSELLI, Aldo. *Eccessiva Onerosità*, in *Novissimo Digesto Italiano*, v. VI. A. AZARA e E. EULA /Dir. Torino, Vnione Tipográfico/Torinese, 1975, pp. 331-338.

- CALASSO, Francesco. *Il Negozio giuridico, Lezioni di storia del diritto italiano*, 2ª ed. (ristampa). Milano, Giuffrè, 1967.
- CAMILLETTI, Francesco. *Profili del problema dell'equilibrio contrattuale*. Milano, Giuffrè, 2004.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha*, in *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado/I. W. SARLET (Org.)*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003, pp. 223-243.
- CAPALDO, Giuseppina. *Contratto aleatorio e alea*. Milano, Giuffrè, 2004.
- CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. *A teoria da imprevisão*, in *Revista Forense*, v. 260, out./nov./dez. 1977, pp. 109-116.
- CARIOTA FERRARA, Luigi. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli, Morano, s.d.
- CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de direito commercial brasileiro*, v. VI, 1ª parte, 3ª ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1938.
- CARVALHO FERNANDES, Luís A. *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil Português, reimpr.* Lisboa, Quid Juris, 2001.
- CARVALHO SANTOS, João Manuel de. *Código Civil brasileiro interpretado*, v. XV, 2ª ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1938.
- CICERÓN. *Sobre los deberes*, trad. esp. J. GUILLÉN. Madrid, Alianza, 2008.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico*, in *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro, Forense, 1978, pp. 473-99.
- CORRÊA, Alexandre. SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*, 6ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988.
- COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*, reimpr. Rio de Janeiro, FGV, 2007.
- _____. *A teoria da base do negócio jurídico no Direito brasileiro*, in *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva/C. COUTO E SILVA; V. M. J. FRADERA (Org.)*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997, pp. 89-96.
- _____. *A teoria da base do negócio jurídico no direito brasileiro*, in *Revista dos Tribunais*, v. 655, mai. 1990, pp. 7-11.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de Processo Civil Canônico (história e direito vigente)*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.

- DELGADO, José Augusto. *Comentários ao novo Código Civil*, v. XI, tomo 2: *das várias espécies de contrato, da constituição de renda, do jogo e da aposta, da fiança, da transação, do compromisso*. Rio de Janeiro, Forense, 2004.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 18ª ed. São Paulo, Atlas, 2005.
- DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Onerosidade excessiva e revisão contratual no direito privado brasileiro*, in *Contratos empresariais: Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais*, W. FERNANDES/Coord. São Paulo, Saraiva, 2007, pp. 323-89.
- DÍAZ, Julio Alberto. *A teoria da imprevisão no novo Código Civil brasileiro*, in *Revista de direito privado*, nº 20, ano 5, out./dez., 2004. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, pp. 197-216.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. II. São Paulo, Malheiros, 2001.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, v. 3: *teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*, 25ª ed., reform. São Paulo, Saraiva, 2009.
- DONNINI, Rogério Ferraz. *Revisão de contratos bancários*, in *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*, nº 26, ano 7, out./dez. 2004. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, pp. 41-54.
- _____. *A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor*. São Paulo, Saraiva, 1999.
- EL-GAMMAL, Mostapha Mohamed. *L'adaptation du contrat aux circonstances économiques – Étude comparée de droit civil français et de droit civil de la République Arabe Unie*. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1967.
- ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de obligaciones*, v. I, *doctrina general*, 2ª ed, al cuidado de J. P. Brutau in *Tratado de derecho civil*, t. II/L. Enneccerus, T. Kipp, M. Wolff, undécima revisión H. Lehmann, trad. esp. da 35ª ed. alemã por B. L. González e J. Alguer. Barcelona, Bosch, 1954.
- ESPÍNOLA, Eduardo. *A cláusula “rebus sic stantibus” no direito contemporâneo*, in *Revista Forense*, v. 137, Set. 1951, pp. 281-292.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, A. P. GRINOVER... [ET. al.], 9ª ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2007.
- FIN-LANGER, Laurence. *L'équilibre contractuel*. Paris, L.G.D.J., 2002.
- FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. Rio de Janeiro, Tip. Jornal do Commercio, 1932;

- _____. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*, 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 1958.
- FORGIONI, Paula Andréa. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.
- FRANTZ, Laura Coradini. *Revisão dos contratos: elementos para sua construção dogmática*. São Paulo, Saraiva, 2007.
- GAMBINO, Agostino. *Eccessiva onerosità della prestazione e superamento dell'alea normale del contratto*, in *Rivista del Diritto Commerciale*, n. 11-12, nov./dez. 1963, pp. 424-463.
- GHESTIN, Jacques. JAMIN, Christophe. BILLIAU, Marc. *Traité de Droit Civil: les effets du contrat*, 2ª ed. Paris, L.G.D.L., 1994.
- GODOY, Claudio Luiz Bueno. *Função social do contrato*. São Paulo, Saraiva, 2004.
- GOMES, Orlando. *Contratos*, 10ª ed. Rio de Janeiro, forense, 1984; 26ª ed., A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, F. P. D. C. MARINO/Atual., E. BRITO/Coord. Rio de Janeiro, Forense, 2007.
- _____. *Influência da inflação nos contratos*, in *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1967, pp. 125-140.
- _____. *Introdução ao direito civil*, 13ª ed. H. THEODORO JR/Atual. Rio de Janeiro, Forense, 1999.
- _____. *Introdução ao problema da revisão dos contratos*, in *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1967, pp. 45-64.
- _____. *Obrigações*, 17ª ed., 2ª tir., rev., atual., e aum., de acordo com o Código Civil de 2002, por E. BRITO. Rio de Janeiro, Forense, 2007.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, v. III: contratos e atos unilaterais*. São Paulo, Saraiva, 2004.
- HADEMANN, Justus Wilhelm. *Tratado de derecho civil, v. III, derecho de obligaciones*, trad. esp. J. S. Briz. Madrid, Revista de derecho privado, 1958.
- HORA NETO, João. *A resolução por onerosidade excessiva no novo Código Civil: uma quimera jurídica?*, in *Revista de direito privado*, n. 16, out-dez/2003. São Paulo, Revista dos tribunais, 2003, pp. 148-60.
- ITURRASPE, Jorge Mosset. PIEDECASAS, Miguel A. *Responsabilidad civil y contratos: la revisión del contrato*. Santa Fé, Rubinzal Culzoni, 2008.
- JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Ciência do direito, negócio jurídico e ideologia*, in *Estudos e pareceres de direito privado/A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO*. São Paulo, Saraiva, 2004, pp. 38-54.

- _____. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo, Saraiva, 2004.
- _____. *Negócio jurídico e declaração negocial (noções gerais e formação da declaração negocial)*, tese para o concurso de professor titular de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1986.
- _____. *Negócio Jurídico: existência, validade, eficácia*, 4ª ed., atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10.1.202). São Paulo, Saraiva, 2002.
- _____. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo, Saraiva, 2009.
- _____. *O direito pós-moderno e a codificação*, in *Estudos e pareceres de direito privado/A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO*. São Paulo, Saraiva, 2004, pp. 55-63.
- _____. (parecer) *A lesão como vício do negócio jurídico. A lesão entre comerciantes. Formalidades pré-contratuais. Proibição de venire contra factum proprium e ratificação de atos anuláveis. Resolução ou revisão por fatos supervenientes. Excessiva onerosidade, base do negócio e impossibilidade da prestação*, in *Estudos e pareceres de direito privado/A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO*. São Paulo, Saraiva, 2004, pp. 109-125.
- _____. (parecer) *Contrato de opção de venda de participações societárias. Variação imprevisível do valor da coisa prometida em relação ao preço de mercado. Possibilidade de revisão por onerosidade excessiva com base nos arts 478 a 480 do Código civil em contrato unilateral*, in *Novos estudos e pareceres de direito privado/A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO*. São Paulo, Saraiva, 2009, pp. 199-218.
- _____. (parecer) *Contrato de opção de venda (put option) de ações. Conflito entre o critério de determinação do valor das ações e o piso mínimo estipulado para transferência. Interpretação do conceito de preço justo. A boa-fé e os usos, visando evitar o enriquecimento sem causa*, in *Novos estudos e pareceres de direito privado/A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO*. São Paulo, Saraiva, 2009, pp. 273-286.
- _____. (parecer) *O direito como sistema complexo e de 2ª ordem; sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil*, in *Estudos e pareceres de direito privado/A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO*. São Paulo, Saraiva, 2004, pp. 25-37.
- _____. (parecer) *Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual*, in *Estudos e pareceres de direito privado/A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO*. São Paulo, Saraiva, 2004, pp. 137-147.
- _____. (parecer) *Natureza jurídica do contrato de consórcio. (sinalagma indireto). Onerosidade excessiva em contrato de consórcio. Resolução parcial do contrato*, in *Novos estudos e pareceres de direito privado/A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO*. São Paulo, Saraiva, 2009, pp. 345-374.

- _____. (parecer) *Relação jurídica que não é de consumo. Destinatário final. Cláusula abusiva*, in *Estudos e pareceres de direito privado/A. Junqueira de Azevedo*. São Paulo, Saraiva, 2004, pp. 226-34.
- _____. *Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant*, in *Novos estudos e pareceres de direito privado/A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO*. São Paulo, Saraiva, 2009, pp. 182-198.
- KLING, Márcio. *A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos*, 2ª ed., rev. e ampl. São Paulo, RT, 1991.
- LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Madrid, Revista de Derecho Privado, 1956.
- _____. *Derecho de obligaciones, t. I., version española y notas de J. S. BRIZ*. Madrid, Revista de Derecho Privado, 1958.
- LINS, Jaír. *A cláusula “rebus sic stantibus”*, in *Revista Forense*, v. XL, 1923, pp. 512-516.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno*. São Paulo, 34/Edesp, 2004.
- _____. *Direitos sociais como justiça distributiva: direito do consumidor e reciprocidade*, in *Direitos Sociais: Teoria e prática/J. R. L. LOPES*. São Paulo, Método, 2006, pp.141-162.
- LOPEZ, Teresa Ancona. *Comentários ao código civil: parte especial: das várias espécies de contratos*, v. 7 (arts. 565 a 652). São Paulo, Saraiva, 2003.
- LOTUFO, Renan. *Código civil comentado: parte geral (arts. 1º a 232)*, v. 1, 2ª ed. atual. São Paulo, Saraiva, 2004.
- _____. *Código civil comentado: obrigações: parte geral (arts. 233 a 420)*, v. 2. São Paulo, Saraiva, 2003.
- MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo, Max Limonad, 1998.
- MACPHERSON, C. B. *Ascensão e queda da justiça econômica*, in *Ascensão e queda da justiça econômica e outros ensaios: o papel do Estado, das classes e da propriedade na democracia do século XX/C.B. MACPHERSON, trad. port. L. A. MONJARDIM*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1991, pp. 13-35.
- MAGALHÃES, J. de Castro. (parecer) *A cláusula rebus sic stantibus*, in *Revista Forense*, v. XXXIII, jan./jun. 1920, pp. 45-46.
- MAIA, Paulo Caneiro. *Da cláusula rebus sic stantibus*. Monografia para concurso à Cátedra de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1959.

- _____. *Cláusula “rebus sic stantibus”*, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*/R. L. FRANÇA (Coord.), v. 15. São Paulo, Saraiva, 1977, pp. 123-167.
- MARÍAS, Julian. *História da filosofia*, trad. port. C. BERLINER. São Paulo, Martins Fontes, 2004.
- MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Classificação dos contratos*, in *Direito dos contratos*/G. H. JABUR E A. J. PEREIRA JÚNIOR (coord.). São Paulo, Quartier Latin, 2006, pp. 21-50.
- MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*, 8ª ed. São Paulo, Saraiva, 1995.
- MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 5ª ed., rev., atual., e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudências. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.
- MARQUES, Claudia Lima. CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. *Introdução de Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*/C. L. MARQUES e R. L. CAVALLAZZI (Coord.). São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, pp. 13-22.
- MARTINS, Fernando Rodrigues. *Princípio da justiça contratual*. São Paulo, Saraiva, 2009.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A revisão dos contratos no código civil brasileiro*, in *Roma e América. Diritto Romano Comune*, v. 16, Mucchi, 2003, pp. 135-172.
- _____. *A teoria da imprevisão e a incidência dos planos econômicos governamentais na relação contratual*, in *Revista dos Tribunais*, v. 670, ago. 1990, pp. 41-48.
- _____. *Comentários ao novo Código civil*, v. V, t. I: *do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro, Forense, 2003.
- _____. *Comentários ao novo Código civil*, v. V, t. II: *do inadimplemento das obrigações*, 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2009.
- MAUSS, Marcel. *Ensaio sobre a dádiva – Forma e razão da troca nas sociedades arcaicas*, in *Sociologia e antropologia*/M. Mauss, trad. port. Paulo Neves. São Paulo, Cosac Naify, 2003, pp. 183-314.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 25ª ed. São Paulo, Malheiros, 2008.
- MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra, Almedina, 1984.
- _____. *Da modernização do direito civil v. I (aspectos gerais)*. Coimbra, Almedina, 2004.
- MESSINEO, Francesco. *Contratto – Diritto privato– Teoria Generale*, in *Enciclopedia del Diritto*, v. IX. Varese, Giuffrè, 1961, pp. 784-979.

- MICHELON, Cláudio. *Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.
- MONTEIRO, Antônio Pinto. *Erro e teoria da imprevisão*, in *Revista trimestral de direito civil*, v. 15, ano 4, jul./set., 2003. Rio de Janeiro, Padua, 2003, pp. 3-20.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*, 1º vol. São Paulo, Saraiva, 1960
- _____. *Curso de direito civil*, v. 5, *Direito das obrigações*, 2ª parte, *Contratos*, 31ª ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 1999.
- MORAES, Renato José de. *Alteração das circunstâncias negociais*, in *Direito dos contratos*/G. H. JABUR E A. J. PEREIRA JÚNIOR (coord.). São Paulo, Quartier Latin, 2006, pp. 133-60.
- _____. *Cláusula “rebus sic stantibus”*. São Paulo, Saraiva, 2001.
- MORATO, Antonio Carlos. *Pessoa jurídica consumidora*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*, I, 2ª ed., rev. e acresc. Rio de Janeiro, Borsoi, 1967.
- _____. *Direito Romano*, II. Rio de Janeiro, Borsoi, 1966.
- MOSCO, Luigi. *Onerosità e gratuità degli atti giuridici con particolare riguardo ai contratti*. Milano, Francesco Vallardi, 1942.
- NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo, Saraiva, 2004.
- NERY, Nelson. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, A. P. GRINOVER... [ET. al.], 9ª ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2007.
- NONATO, Orozimbo. *Aspectos do modernismo jurídico e o elemento moral na culpa objetiva*, in *Revista Forense*, v. LVI, jan./jun. 1931, pp. 5-26.
- OLIVEIRA, Anísio José de. *A Cláusula “Rebus sic Stantibus” através dos tempos*. Belo Horizonte, 1968.
- OSTI, Giuseppe. *Contratto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, v. IV. A. AZARA e E. EULA/Dir. Torino, Vnione Tipografico/Torinese, 1974, pp. 462-535.
- _____. *La così detta clausola “rebus sic stantibus” nel suo sviluppo storico*, in *Giuseppe Osti: Scritti Giuridici*/P. RESCIGNO. Milano, Giuffrè, 1973, pp. 169-237.
- PENTEADO, Luciano de Camargo. *Doação com encargo e causa contratual*. Campinas, Millennium, 2004.

- PINO, Augusto. *La excesiva onerosidad de la prestación*. F. MALLOL/trad. e not. esp. Barcelona, Bosch, 1959.
- PLATÃO. *A República. Diálogos – I*. Publicações Europa-América, s.d.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*, t. XXII, 2ª ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1958.
- _____. *Tratado de Direito Privado*, t. XXIII, 2ª ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1958.
- _____. *Tratado de Direito Privado*, t. XXV, 2ª ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1959.
- PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca. *Teoria da imprevisão e o novo Código Civil*, in *Revista dos Tribunais*, nº 830, dez. 2004, 93º ano. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, pp. 11-26.
- REALE, Miguel. (parecer) *Compra e venda – Equilíbrio econômico do contrato*, in *Revista Forense*, v. 231, jul./ago./set. 1970, pp. 54-60.
- RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*, trad. port. O. OLIVEIRA. São Paulo, Livraria acadêmica/Saraiva, 1937.
- ROCHA, Arthur. *Da intervenção do estado nos contratos concluídos*. Rio de Janeiro, Irmãos Porgetti, 1932.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*, v. 3 – *dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*, 26ª ed. rev. São Paulo, Saraiva, 1999; 28ª ed. São Paulo, Saraiva, 2002.
- RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. São Paulo, Atlas, 2002.
- ROPPO, Vincenzo. *Il contratto. Trattato di diritto privato/G. IUDICA e P. ZATTI*. Milano, Giuffrè, 2001.
- SACCO, Rodolfo. *Il contratto. Trattato di Diritto Civile Italiano/F. VASSALLI*, v. 6, t. 2. Torino, Torinese, 1975.
- SADDI, Jairo. *Teoria da imprevisão no contrato bancário sob a égide do novo Código Civil*, in *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*, nº 21, ano 6, jul./set. 2003. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, pp. 184-210.
- SALOMÃO NETO, Eduardo. *Direito bancário*, 1ª ed., 2ª reimpr. São Paulo, Atlas, 2007.
- SAN TIAGO DANTAS, F. C. *Evolução contemporânea do direito contratual*, in *Problemas de direito positivo*. Rio de Janeiro, Forense, 1953, pp. 13-33;
- SCHUNCK, Giuliana Bonanno. *A onerosidade excessiva superveniente no Código Civil de 2002: questões controvertidas e críticas*. Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008.

- SENECA. *Moral essays*, v. III, trad. ing. J. W. BASORE. Cambridge, Harvard University, 2006.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*, v. III, (*Fontes das obrigações: contratos*), 4ª ed. rev. e aum. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1962.
- SIDOU, J. M. Othon. *A Revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas*, 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1984.
- SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Adimplemento e extinção das obrigações*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.
- SILVA, Luís Renato Ferreira da. *Causas de revisão judicial dos contratos*. Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, s.d.
- _____. *Causas de revisão judicial dos contratos bancários*, in *Revista de direito do consumidor*, v. 26, abr./jun., 1998. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, pp. 125-135.
- SILVA, Orosimbo Nonato da. SILVA PEREIRA, Caio Mário. SANTOS, Theophilo de Azeredo. MARCONDES, Sylvio. GOMES, Orlando. GUEIROS, Nehemias. *Exposição de motivos do Projeto de Código de Obrigações*. Serviço de reforma de Códigos, 1965.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, 1ª ed., 2ª tir. São Paulo, Malheiros, 2008.
- SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Cláusula “rebus sic stantibus”*, in *Revista Forense*, v. 92, out. 1942, pp. 797-800.
- _____. *Instituições de direito civil*, v. 3, *Fontes de obrigações*, 7ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1984.
- SOUZA, Sylvio Capanema de. *Comentários ao novo Código Civil*, v. VIII: *das várias espécies de contrato, da troca ou permuta, do contrato estimatório, da doação, da locação de coisas*. Rio de Janeiro, Forense, 2004.
- TARTAGLIA, Paolo. *Onerosità eccessiva*, in *Enciclopedia del Diritto*, v. XXX. Varese, Giuffrè, 1980, pp. 155-175.
- TARTUCE, Flávio. *A revisão do contrato pelo novo Código Civil. Crítica e proposta de alteração do art. 317 da Lei 10.406/02*, in *Questões Controvertidas no novo Código Civil*, M. L. Delgado e J. F. Alvez (Coord). São Paulo, Método, 2003, pp. 125-148.
- TAYLOR, Charles. *Fontes do self*, 2ª. ed. São Paulo, Loyola, 2005.
- TEPEDINO, Gustavo. *Efeitos da crise econômica na execução dos contratos*, in *Temas de Direito Civil/G. TEPEDINO*. Rio de Janeiro, Renovar, 1999, pp. 73-111.
- TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile*, 43ª ed, a cura di G. TRABUCCHI. Padova, CEDAM, 2007.

- VILLELA, João Baptista. *O Plano Collor e a teoria da base negocial*, in *Repertório IOB de Jurisprudência*, nº 19/90, São Paulo, pp. 379-385.
- VILLELA, João Baptista et. al. *Princípios Unidroit Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais/2004 [versão em língua portuguesa]*. São Paulo, Quartier Latin, 2009.
- VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo, Martins Fontes, 2005.
- WALD, Arnoldo. *A aplicação da Teoria da Imprevisão na empreitada*, in *Revista do advogado*, nº 98, jul/2008. São Paulo, AASP, 2008, pp. 59-74.
- _____. *Obrigações e contratos*, 13^a ed., rev., ampl. e atual. de acordo com a Constituição de 1988, as modificações do CPC, a jurisprudência do STJ e o Código do Consumidor e com a colaboração do Prof. Samy Glanz. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998.
- _____. *Revisão de valores no contrato: a correção monetária, a teoria da imprevisão e o direito adquirido*, in *Revista dos Tribunais*, v. 647, set. 1989, pp. 23-34.
- WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*, 2a. ed. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
- YARSHELL, Flávio Luiz *Resolução por onerosidade excessiva: uma nova hipótese de “ação dúplice”?*, in *Estudos em homenagem à Professor Ada Pellegrini Grinover*, F. L. YARSHELL E M. Z. MORAES/Org. São Paulo, DPG, 2005, pp. 563-574.
- ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Direito contratual contemporâneo: a liberdade contratual e sua fragmentação*. Rio de Janeiro, Forense; São Paulo, Método, 2008.